

ADMINISTRATIEVE RECHTSBIBLIOTHEEK

Beginnelsen van behoorlijk bestuur

Ingrid OPDEBEEK
Marnix VAN DAMME (ed.)

Marc Boes	Ingrid Opdebeek
Ann Coolsaet	Patricia Popelier
Philip De Keyser	Jan Theunis
David D'Hooghe	Marnix Van Damme
Eric Lanckswaert	Frederik Vandendriessche
Koen Lenaerts	Elly Van de Velde
Kaat Leus	Aube Wirtgen
Diane Mareen	

algemene reeks nr. 1

2006

 die keure

Administratieve Rechtsbibliotheek (algemene reeks)

De Administratieve Rechtsbibliotheek (algemene reeks) is gegroeid vanuit het Administratief Lexicon en bevat een beperkte lijst van trefwoorden waarin alleen strikt administratiefrechtelijke onderwerpen van algemene aard zijn opgenomen die gericht zijn op alle bestuursniveaus.

Hoofredactie:

J. DUJARDIN (voorzitter), Erestdssecretaris van Gent en Docent Vrije Universiteit Brussel
J. BAERT, Staatsraad
G. DEBERSAQUES, Staatsraad en Onderwijsprofessor aan de Vrije Universiteit Brussel
I. OPDEBEEK, Hoogleraar Universiteit Antwerpen, Advocaat
M. VAN DAMME, Kamervoorzitter in de Raad van State en Buitengewoon hoogleraar Vrije Universiteit Brussel
K. DEKETELAERE, Gewoon Hoogleraar Rechtsfaculteit K.U.Leuven en Expert, Kabinet van de Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur
A. VANDENDRIESSCHE, Staatsraad

Trefwoorden:

1. Beginselen van behoorlijk bestuur
2. Aansprakelijkheid van openbare besturen
3. Administratieve beroepen
4. Ambtenarenrecht
 - I. Vakbondsstatuut
 - II. Rechtspositieregeling
5. Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen
6. De intrekking van de administratieve rechtshandeling
7. De formele motivering van bestuurshandelingen
8. Openbaarheid van bestuur
9. De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten
10. Raad van State
 - I. Afdeling administratie
 1. Ontvankelijkheidsvoorwaarden en bevoegdheid
 2. Procedure
 3. Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder
 4. Kort geding
 5. Gevolgen
 6. Rechtsherstel door de Raad van State
 - II. Afdeling wetgeving
11. Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving
12. Publieke en private rechtspersonen
13. Wegenrecht
14. Onteigening
15. Taalgebruik in bestuurszaken
16. Alternatieve geschillenbeslechting in het bestuursrecht



243.1777-190

De **bijzondere reeks** bevat specifiek administratiefrechtelijke onderwerpen enerzijds uit de trefwoordenlijst van het Administratief Lexicon en anderzijds uit een nieuwe lijst van actualiteitsgebonden nieuwe onderwerpen, die door de redactieraad werden vastgelegd.

Trefwoorden:

Erediensten
Overheidsbegrotingen

- I. Federale Staat, gemeenschappen en gewesten en bijzondere begrotingsstelsels

Administratieve sancties in het socialezekerheidsrecht
Leidingen voor nutsvoorzieningen
Publiek-private samenwerking

D/0147/2005/191

ISBN 90 8661 016 1 – ISBN (EAN) 978 90 8661 016 7

© 2006 die Keure Brugge.

Verantwoordelijke uitgever: NV die Keure, Oude Gentweg 108 - 8000 Brugge.

Niets uit deze uitgave, zelfs gedeeltelijk, mag openbaar gemaakt worden, gereproduceerd worden, vertaald of aangepast, onder enige vorm ook, hierin begrepen fotokopie, microfilm, bandopname of plaat, of opgeslagen worden in geautomatiseerd gegevensbestand behoudens uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van de uitgever.

WOORD VOORAF

Nadat in 1970 in België het eerste tijdschriftartikel was verschenen over de beginselen van behoorlijk bestuur (L.P. Suetens, "Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht", *T.B.P.* 1970, 379-396), verscheen in 1993 het eerste boek over beginselen van behoorlijk bestuur (I. Opdebeek (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Kluwer rechtswetenschappen België, 1993, 194 p.). Aan dit boek werkten onder meer de pioniers mee van de beginselen van behoorlijk bestuur: Prof. L.P. baron Suetens en Prof. W. Lambrechts (*Zorgvuldig en milieubewust besturen. Huldeboek Prof. dr. W. Lambrechts*, Brugge, die Keure, 2001, 203-225). Beiden ontvielen ons ondertussen. Dit boek, dat niet alleen een actualisering, maar een volledige herwerking is van het boek van 1993, wordt in dankbaarheid aan hen opgedragen.

Het boek omvat drie delen. In het *eerste*, inleidend deel worden achtereenvolgens het begrip beginselen van behoorlijk bestuur en hun plaats in de hiërarchie van de normen besproken (P. Popelier), hun toepassingsgebied (F. Vandendriessche) en hun betekenis binnen het recht van de Europese Unie (K. Lenaerts).

In het *tweede* deel worden vervolgens de diverse beginselen van behoorlijk bestuur afzonderlijk behandeld: het zorgvuldigheidsbeginsel (K. Leus); het motiveringsbeginsel (D. Mareen); het redelijkheidsbeginsel (M. Boes); het gelijkheidsbeginsel (J. Theunis); de hoorplicht (I. Opdebeek); het onpartijdigheidsbeginsel (A. Coolsaet); het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel (M. Van Damme en A. Wirtgen); het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel (D. D'Hooghe en Ph. De Keyser); de redelijke-termijneis (I. Opdebeek).

In het *derde* en laatste deel worden de toekomstperspectieven bekeken. Allereerst komt hier de vraag aan bod naar de wenselijkheid van een *codificatie* van de beginselen van behoorlijk bestuur (E. Van de Velde). E. Lanckswertd geeft ten slotte een *metajuridische toekomstvisie* op de rol van de beginselen van behoorlijk bestuur voor de toekomst van ons bestuursrecht. Hoe zal ons bestuursrecht er binnen veertig jaar uitzien? Zullen de beginselen van behoorlijk bestuur dan nog bestaan?

Opvallend is dat in diverse bijdragen ook wordt gewezen op de beginselen van behoorlijk *burgerschap*, dit zijn de beginselen die de burger in zijn relatie tot het bestuur en de rechter moet respecteren (zorgvuldigheid, diligentie, alertheid, ...). Een boek over de beginselen van behoorlijk *bestuur* wordt aldus meteen ook een boek over de beginselen van behoorlijk *burgerschap*, zodat het “wederkerig bestuursrecht” tot uiting komt.

Moge dit boek zijn weg vinden naar zowel regelgevers, besturen en burgers, in de hoop op een rechtvaardiger, menselijker, behoorlijker samenleving.

De editors,

Prof. dr. Ingrid Opdebeek
Hoogleraar Universiteit Antwerpen
Advocaat

Prof. dr. Marnix Van Damme
Buitengewoon hoogleraar
Vrije Universiteit Brussel
Kamervoorzitter
in de Raad van State

INHOUDSTAFEL

DEEL I.

INLEIDEND DEEL

1

HOOFDSTUK 1.

BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR: BEGRIP EN PLAATS IN DE HIËRARCHIE VAN DE NORMEN

Prof. dr. Patricia Popelier

3

§ 1. Begrip en situering van de beginselen van behoorlijk bestuur en van
het behoorlijk burgerschap

3

I. Beginselen van behoorlijk bestuur als specificatie van een alge-
mene redelijkheidseis

3

II. Behoorlijk burgerschap

12

III. Geschreven en ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur

16

§ 2. De functies van algemene beginselen van behoorlijk bestuur

20

I. Garanties tegen overheidswillekeur

20

II. De preventieve en de jurisdictionele waarborgfuncties

21

III. De instrumentele functie

22

IV. Discretionaire en gebonden bestuursbeslissingen

23

§ 3. Aard van de rechterlijke toetsing

24

§ 4. Plaats in de hiërarchie van de normen

27

HOOFDSTUK 2.

HET TOEPASSINGSGEBIED VAN DE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR

Prof. dr. Frederik Vandendriessche

35

§ 1. Inleiding

35

§ 2. Geen wettelijk bepaald toepassingsgebied voor de ABBB

36

§ 3. Enkele stemmen uit de rechtspraak en rechtsleer

39

§ 4. Proeve van toepassingsgebied voor de ABBB

44

I. Een toepassingsgebied uitgaande van de doelstellingen van
de ABBB

44

II. Principiële toepasselijkheid van de ABBB op de “organieke
overheden”

46

A. De organieke overheden onderworpen aan de ABBB	46
B. De onderworpen handelingen van de organieke overheden	51
1. Zowel eenzijdige, contractuele als feitelijke handelingen zijn onderworpen	51
2. Zijn ook de handelingen van organieke overheden die niet gericht zijn op een taak van algemeen belang of een openbare dienst onderworpen?	54
III. ABBB in beginsel niet-toepasselijk op de handelingen van niet-organieke overheden, tenzij het gezagshandelingen betreft of ze ingebed zijn in een publiekrechtelijk procédé	57
A. De gezagshandelingen	58
B. De niet-gezagshandelingen die kaderen in een publiekrechtelijk procédé	60
IV. Zijn de ABBB toepasselijk op bepaalde handelingen van de organen van de wetgevende en de rechterlijke macht?	61

HOOFDSTUK 3. BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR IN DE EUROPESE UNIE

Prof. dr. Koen Lenaerts	67
§ 1. Inleiding	67
§ 2. Het beginsel van openbaarheid van bestuur	68
I. De erkenning als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht	68
II. Bependingen onderworpen aan het evenredigheidsbeginsel	73
§ 3. Het beginsel van procedurele gelijkheid	75
§ 4. Het voorzorgsbeginsel	81
I. De introductie van het voorzorgsbeginsel in de communautaire rechtsorde	81
II. Risicobeoordeling en eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel	85
III. Een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht	88
§ 5. Het zorgvuldigheidsbeginsel	89
I. Zorgvuldig bestuur	89
II. Procedurele billijkheid	91
III. Rechtszekerheid	94
§ 6. Besluit	97

DEEL II.	
BESPREKING VAN DE DIVERSE	
BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR	99
HOOFDSTUK 1.	
HET ZORGVULDIGHEIDSBEGINSEL	
Prof. dr. Kaat Leus	101
§ 1. Inleiding	101
§ 2. Het zorgvuldigheidsbeginsel, de onwettigheid en de onrechtmatige daad	104
I. Het foutbegrip in artikel 1382 en 1383 B.W. en het zorgvuldigheidsbeginsel	104
II. Het behoorlijk overheidsgedrag is naar redelijkheid te beoordelen	106
III. De zorgvuldigheidsnorm is bij uitstek evolutief	108
IV. Identiteit of dualiteit tussen onzorgvuldig overheidsgedrag en onwettig overheidshandelen	108
§ 3. De rol van het zorgvuldigheidsbeginsel naast de overige of specifieke beginselen van behoorlijk bestuur: een jurisprudentiële verkenning	114
I. De zorgvuldigheid als zelfstandig beginsel. Zorgvuldige voorbereiding, zorgvuldige belangenafweging en zorgvuldige begeleiding	114
II. De rol van het zorgvuldigheidsbeginsel in geval van niet-erkenning van een "specifiek" beginsel van behoorlijk bestuur	119
III. De rol van het zorgvuldigheidsbeginsel bij de toepassing van andere of specifieke (ongeschreven) rechtsregels	122
IV. De rol van het zorgvuldigheidsbeginsel bij de interpretatie en toepassing van geschreven rechtsregels	124
V. Het zorgvuldigheidsbeginsel en beginselen van behoorlijk burgerschap	126
Besluit	128

HOOFDSTUK 2.

HET MOTIVERINGSBEGINSEL

Dr. Diane Mareen	131
§ 1. Situering	131
§ 2. Het algemeen belang	133
I. De motieven moeten ontleend zijn aan het algemeen belang	133
II. Via het algemeen belang een middel van openbare orde?	134
III. Het algemeen belang is geen voldoende concreet motief	138
IV. Een reglement kan slechts ten dienste staan van het algemeen belang	138
§ 3. De motieven	139
I. Omschrijving	139
II. Onderscheid tussen motieven en doel	139
III. Juridische kwalificatie	139
IV. Juridische verantwoording van de vereiste van deugdelijke motieven	144
V. Feitelijke juistheid van de motieven	145
A. Omschrijving	145
B. Een controle van de feiten, niet een controle van de appreciatie van de feiten	147
C. Twijfel omtrent de feiten speelt in het voordeel van de verzoekende partij	148
D. De overheid heeft het vermoeden van objectiviteit en dat vermoeden moet weerlegd kunnen worden	148
E. Sterke argumentatie van de verzoekende partij en geen of geen behoorlijke weerlegging door het bestuur	150
F. Om de bewijskracht van stukken te ontzenuwen moeten ze eventueel van valsheid worden beticht	151
G. Het zelf op onderzoek uitgaan door de administratieve rechter	152
VI. Juridische juistheid van de motieven	152
VII. Het redelijkheidsbeginsel	156
VIII. Evidente motieven	157
IX. Overtollige motieven	158
X. Substitutie van motieven	159
§ 4. Onderscheid tussen gebonden en discretionaire bevoegdheid bij de motievencontrole	161
I. Gebonden bevoegdheid	161
II. Discretionaire bevoegdheid	163

§ 5. De schending van de materiële motiveringsplicht aanvoeren in een geding “bespaart” op het inroepen van enige andere rechtsbeginselen	166
§ 6. Kenbaarheid van de motieven	167
I. Slechts de motieven die aanwezig waren ten tijde van het nemen van de beslissing, kunnen in rechte in aanmerking worden genomen	167
II. Nieuw onderzoek, nieuwe motieven: niet in aanmerking te nemen als geen nieuwe beslissing volgt	169
§ 7. Aanvankelijk amper controle van de feitelijke juistheid, in de zestiger jaren ook van de juridische juistheid en sinds twintig jaar controle van de redelijke verhouding tussen motieven en inhoud	169
§ 8. Besluit	171

HOOFDSTUK 3.

HET REDELIJKHEIDSBEGINSEL

Prof. dr. Marc Boes	175
§ 1. Inleiding	175
I. Omschrijving van het redelijkheidsbeginsel	175
II. De plaats van het redelijkheidsbeginsel in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur	177
III. De eigen aard van het beginsel van behoorlijk bestuur	178
§ 2. Het redelijkheidsbeginsel in de rechtspraak van het Hof van Cassatie	180
I. Het redelijkheidsbeginsel in het ruimtelijkeordeningsrecht	180 *
II. Het redelijkheidsbeginsel in andere rechtstakken	185
III. Redelijkheidsbeginsel en rechtsmisbruik	186
§ 3. Het redelijkheidsbeginsel in de rechtspraak van de Raad van State	188
I. Het redelijkheidsbeginsel in het ambtenarenrecht	188
A. Het redelijkheidsbeginsel in het tuchtrecht	188
B. Benoemingen en bevorderingen	190
II. Het redelijkheidsbeginsel in het milieurecht en in het ruimtelijkeordeningsrecht	191 *
III. Het redelijkheidsbeginsel in andere rechtstakken	192

§ 4. Het redelijkheidsbeginsel in de rechtspraak van het Arbitragehof	194
§ 5. Het redelijkheidsbeginsel en de scheiding der machten	196
HOOFDSTUK 4. HET GELIJKHEIDSBEGINSEL	
Jan Theunis	201
Inleiding	201
§ 1. Het gelijkheidsbeginsel als rechtsnorm	202
§ 2. De verschillende gedaanten van het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur	204
I. Toepassing van de norm in geval van gebonden bevoegdheid	204
II. Toepassing van de norm in geval van beoordelingsbevoegdheid	206
III. Uitoefening van normerende bevoegdheid	210
A. Wettig doel	211
B. Objectief onderscheid	211
C. Adequaat onderscheid	212
D. Evenredigheid	214
E. Vergelijkbare gevallen gelijk behandelen	216
F. Onvergelijkbare gevallen ongelijk behandelen	218
G. Gelijkheid = redelijkheid + evenredigheid	219
§ 3. Het gelijkheidsbeginsel in enkele domeinen van het bestuursrecht	220
I. Gelijkheid ten aanzien van het gebruik van de openbare dienst	220
II. Gelijkheid voor de openbare lasten	221
III. Gelijkheid inzake benoemingen en bevorderingen	222
IV. Gelijkheid inzake overheidsopdrachten en aanverwante sectoren	227
V. Gelijkheid ten aanzien van de autonomie	228
§ 4. Enkele heikele kwesties	229
I. De schending van het gelijkheidsbeginsel moet worden gestaafd	229
II. Niet elke onwettigheid is een discriminatie	231
III. De schending van het gelijkheidsbeginsel ligt in een lacune	231
IV. De schending van het gelijkheidsbeginsel ingeroepen door een overheid	232
V. Het openbare orde-karakter van het gelijkheidsbeginsel	232

HOOFDSTUK 5.	
DE HOORPLICHT	
Prof. dr. Ingrid Opdebeek	235
§ 1. Begrip hoorplicht	235
I. Onderscheid met de rechten van de verdediging	236
A. Toepassingsgebied	237
B. Draagwijdte	237
C. Afwijkingsmogelijkheden	238
II. Onderscheid met het recht op (collectieve) inspraak	238
§ 2. Bronnen van de hoorplicht	239
I. Normatieve verplichting tot horen	239
II. Het ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur	240
§ 3. Doel en grondslag van de hoorplicht	242
§ 4. Toepassingsgebied van de hoorplicht	242
I. Enkel bij afwezigheid van een normatieve regeling van de hoorplicht	242
II. Enkel bij de besluitvorming over individuele bestuurshandelingen	243
III. Individuele bestuurshandelingen zowel ten aanzien van burgers, ambtenaren, mandatarissen en andere besturen	243
IV. Traditioneel: Enkel bij de besluitvorming over individuele bestuurshandelingen die een ernstig nadeel veroorzaken en die gebaseerd zijn op een gegeven dat de bestuurde als een tekortkoming wordt aangerekend	244
A. Ernstig nadeel	244
B. Maatregel gebaseerd op een gegeven dat de bestuurde als een tekortkoming wordt aangerekend	245
1. Algemeen	245
2. Beslissingen die niet gebaseerd zijn op een persoonlijke tekortkoming en bijgevolg uitgesloten zijn uit het toepassingsgebied van de hoorplicht	246
A. BESLISSINGEN DIE AUTOMATISCH VOORTVLOEIEN UIT DE TOEPASSELIJKE REGELGEVING (GEBONDEN BEVOEGDHEID)	246
B. BESLISSINGEN DIE VOORTVLOEIEN UIT ANDERE ALGEMENE BESLISSINGEN GENOMEN IN HET ALGEMEEN BELANG	247
C. BESLISSINGEN DIE EEN WEIGERING INHOUDEN OM EEN DOOR DE BESTUURDE GEVRAAGD VOORDEEL TE VERLENEN	247
V. Uitzonderingen op de hoorplicht	249
A. Dringend karakter van de beslissing	249
B. Onbereikbaarheid van de bestuurde	250

C. Vaststaande feiten én gebonden bevoegdheid wat de te nemen beslissing betreft	251
D. De bestuurde is reeds gehoord bij een eerdere beslissing of bij een ander bestuursorgaan en sindsdien hebben zich geen nieuwe feiten voorgedaan	254
VI. Toepassingen van de hoorplicht	255
A. Voorbeelden in de relatie bestuur - ambtenaar	255
1. Preventieve schorsing	256
2. Beëindigen of wijzigen van een bepaalde functie	257
3. Overplaatsing	258
4. Ambtshalve ontslag bij wijze van ordemaatregel	259
5. Ontslag van een op proef benoemd personeelslid	259
6. Diverse	259
B. Voorbeelden in de relatie burger - bestuur	260
1. Het ontnemen van een eerder verleend voordeel	260
2. Gemeentelijke politiematregelen	261
C. Voorbeeld in de relatie mandataris - bestuur	262
VII. Naar een verruiming van het toepassingsgebied tot alle individuele rechtshandelingen waardoor de rechtstoestand van de bestuurde negatief wordt beïnvloed?	262
§ 5. Modaliteiten van de hoorplicht	264
I. Algemeen	264
II. Uitnodiging om zijn standpunt naar voor te brengen	265
III. Tijdstip van het horen	266
IV. Voorafgaande mededeling van de feiten	266
V. Voorafgaande mededeling van de voorgenomen beslissing en de juridische grondslag ervan	268
VI. Bijstand van of vertegenwoordiging door een raadsman naar keuze	269
VII. Redelijke termijn om het verweer voor te bereiden	269
VIII. Inzage van het dossier	270
IX. Schriftelijk of mondeling verweer	271
X. Voorwerp van het verhoor	272
XI. Bevoegde instantie voor het verhoor	272
XII. Getuigenverhoor	273
XIII. Proces-verbaal van verhoor	273
XIV. Taalgebruik in overeenstemming met de Bestuurstaalwet	273
§ 6. Gevolgen van de hoorplicht	274
I. Gevolgen voor de overheid	274
A. Gevolgen voor de beslissingsbevoegdheid	274
B. Gevolgen voor de formele motivering van de beslissing	274
II. Gevolgen voor de bestuurde	275

A. Gevolgen van het vrijwillig verzaken aan het recht om gehoord te worden	275
B. Beginselen van behoorlijk burgerschap	275
§ 7. Sancties bij schending van de hoorplicht	276
§ 8. Conclusies	277
HOOFDSTUK 6.	
HET ONPARTIIDIGHEIDSBEGINSEL	
Ann Coolsaet	279
§ 1. Inleiding	279
I. Begrip	279
II. Rechtsbronnen	280
A. Rechtscolleges	280
B. Besturen	281
1. Onpartijdigheid opgelegd door een rechtsnorm	281
2. Onpartijdigheid als beginsel van behoorlijk bestuur	283
§ 2. Onafhankelijkheidsbeginsel	286
I. Rechtscolleges van de rechterlijke macht	286
II. Administratieve rechtscolleges	287
III. Organen van het actief bestuur	288
§ 3. Onpartijdigheidsbeginsel	291
I. Rechtscolleges van de rechterlijke macht	291
II. Administratieve rechtscolleges	293
III. Organen van het actief bestuur	295
A. Principe	295
B. Toepassingsgebied	296
1. Tuchtbeslissingen	296
2. Andere beslissingen dan tuchtbeslissingen	302
A. ALGEMEEN	302
B. EXAMENJURY'S	303
C. RUIMTELIJKE ORDENING	304
3. Adviezen	305
C. Uitzonderingen op de principiële toepasbaarheid van het onpartijdigheidsbeginsel op organen van het actief bestuur	308
1. De toepassing van de wet	308
2. De uitoefening van een gebonden bevoegdheid	310
3. De eigen aard, inzonderheid de eigen structuur van het bestuur	310

D. Sanctie	311
E. Het voorkomen of verhelpen van een schending van het onpartijdigheidsbeginsel	313
§ 4. Besluit	314
HOOFDSTUK 7.	
HET RECHTSZEKERHEIDS- EN VERTROUWENSBEGINSEL	
Prof. dr. Marnix Van Damme	
Dr. Aube Wirtgen	315
§ 1. Inleiding	315
I. Het rechtszekerheidsbeginsel: begrip en functie	315
II. De gevarieerde toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel	317
III. De plaats van het rechtszekerheidsbeginsel in de hiërarchie der normen	319
IV. Rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel	320
§ 2. Kenbaarheid en duidelijkheid van het recht	324
§ 3. De niet-retroactiviteit van administratieve rechtshandelingen	326
I. Principe: verbod van retroactiviteit	326
II. Temperingen van het verbod van retroactiviteit	329
III. De terugwerkende kracht van een vernietigingsarrest van de Raad van State	331
§ 4. De intrekking van administratieve rechtshandelingen	337
I. Begrip	337
II. Voorwaarden waaronder de intrekking is toegelaten	341
A. De klassieke leer geënt op een dubbel criterium	341
B. Jurisprudentiële verfijning van de klassieke leer	346
C. Kritiek op de klassieke leer	347
§ 5. Het vertrouwensbeginsel	349
I. Begrip	349
II. Hoedanigheid van het optredende bestuur	353
III. Vertrouwenwekkend bestuursgedrag	355
IV. Rechtmatige verwachtingen	357
V. Factoren die zich tegen het honoreren van de verwachtingen verzetten	358
VI. Vertrouwensbeginsel <i>contra legem</i>	359

HOOFDSTUK 8.	
HET CONTINUÏTEITSBEGINSEL EN HET VERANDERLIJKHEIDSBEGINSEL	
Prof. dr. David D'Hooghe	
Philip De Keyser	363
§ 1. Inleiding	363
§ 2. Het continuïteitsbeginsel	364
I. Algemeen	364
II. Het continuïteitsbeginsel en de voorrechten van de administratieve rechtshandeling	366
III. Het continuïteitsbeginsel en de uitvoeringsimmunititeit	367
IV. Het continuïteitsbeginsel en de mogelijkheid voor overheids-ondernemingen om failliet te worden verklaard	370
V. Het continuïteitsbeginsel en de sociale grondrechten van overheidspersoneel	371
VI. Het continuïteitsbeginsel als verantwoording voor afwijkingen van publiekrechtelijke regels inzake de bevoegdheid en de werking van het bestuur	373
A. Algemeen	373
B. Toepassingsgevallen	374
C. Beperkingen	377
VII. Het continuïteitsbeginsel bij de toetsing van retroactieve normen	378
§ 3. Het veranderlijkheidsbeginsel	380
I. Algemeen	380
II. Het veranderlijkheidsbeginsel en de administratieve rechtshandeling	381
A. Reglementaire handelingen	381
1. Algemeen	381
2. Veranderlijkheid en "standstill"	383
B. Veranderlijkheidsbeginsel en de opheffing of wijziging van individuele rechtsverlenende bestuurshandelingen	384
III. Het veranderlijkheidsbeginsel en overheidscontracten	386
A. Toepasselijkheid bij de zgn. "administratieve overeenkomsten"?	386
B. Overheidsopdrachten	390
C. Concessie van openbare dienst en domeinconcessie	391
§ 4. Slotbeschouwingen	392

HOOFDSTUK 9.

DE REDELIJKETERMIJNEIS

Prof. dr. Ingrid Opdebeek 397

- § 1. Het termijngebonden karakter van het overheidsoptreden 397
 - I. Normatieve termijnen 398
 - II. Het ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur van de redelijke termijn 400
- § 2. Toepassingsgebied van de redelijketermijneis 402
 - I. Residuaire termijnstelling bij afwezigheid van normatieve termijnen 402
 - II. Subsidiaire termijnstelling bij de schending van termijnen van orde 403
 - III. Alle domeinen van het bestuursrecht 403
 - IV. Alle fasen van het overheidshandelen 405
 - V. Alle adviserende, beslissende en uitvoerende bestuursinstanties 406
- § 3. Beoordeling van het al dan niet redelijk karakter van de termijn 406
 - I. Beoordeling *in concreto* 406
 - II. In aanmerking te nemen periode 407
 - III. Beoordelingselementen 408
 - A. Belang en/of dringend karakter van de zaak 408
 - B. Complexiteit van de zaak 409
 - C. Gedrag van het bestuur 410
 - D. Gedrag van de bestuurde 413
 - IV. Marginale controle? 413
- § 4. Bestaat er een rechtsplicht in hoofde van de bestuurde om een stilzittend bestuur aan te manen? 414
 - I. Algemeen (art. 14 § 3 R.v.St.-Wet) 415
 - II. Vergunningen 416
 - III. Tuchtmaatregelen 417
 - IV. Terbeschikkingstelling wegens ambtsontheffing in het belang van de dienst 418
 - V. Besluit 419
- § 5. Sancties bij schending van de redelijke termijn 420
 - I. Overzicht van de actiemogelijkheden bij schending van de redelijke termijn 420
 - II. Schorsing en/of vernietiging door de Raad van State 421
 - III. Vereiste belang bij het inroepen van het middel van de schending van de redelijke termijn 423
 - A. Wettig belang 423

B. De verzoeker moet benadeeld zijn door de schending van de redelijke termijn	423
C. De vernietiging wegens schending van de redelijke termijn moet een voordeel opleveren voor de verzoeker	425
§ 6. Conclusies	425
DEEL III.	
TOEKOMSTPERSPECTIEVEN	427
HOOFDSTUK 1.	
NAAR EEN CODIFICATIE VAN DE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR?	
Elly Van de Velde	429
Inleiding	429
§ 1. De vraagstelling is niet nieuw	430
§ 2. Het begrip algemeen beginsel van behoorlijk bestuur	432
I. Wat zijn algemene beginselen van behoorlijk bestuur <i>in abstracto</i> ?	432
II. Welke zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur <i>in concreto</i> ?	436
A. <i>De lege ferenda</i>	436
B. <i>De lege lata</i>	438
III. Zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur evolutief?	439
A. De definities	439
B. De onderliggende rechtsopvatting	440
§ 3. De hiërarchische plaats van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur	443
§ 4. De bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende wetgevers	445
§ 5. De (on)wenselijkheid van een evolutie naar gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur	446
Conclusie	448

HOOFDSTUK 2.

DE BEGINSLEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR:
EEN TOEKOMSTVISIE VOOR DE 21ste EEUW

Eric Lanckswert 449

Inleiding 449

§ 1. Het heden 450

I. Een beweging naar de diepte 450

II. Tempering van de machtsuitoefening 453

III. Een brugfunctie tussen wettigheid en rechtmatigheid 456

IV. Ruimte voor creatieve rechtsvinding 456

V. Een stapje buiten de piramide 457

VI. Rekening houden met het specifieke van de situatie 457

VII. Het mannelijke verrijken met het vrouwelijke 458

VIII. Naar meer bewustzijn 458

§ 2. Evoluties 459

I. Turbulentie 459

II. Van machtsverhoudingen naar partnerschap 459

III. Een paradigmawissel in het recht: andere structuren 461

IV. Voorbij het exclusieve denken en het scheidingsdenken 462

V. Een verder gaande belangenafweging 463

VI. Privatiseringstendens bij de overheid 464

VII. Evolutie in de instrumenten van het overheidsoptreden 464

VIII. Leren van de expertise in de samenleving 465

IX. Het materiële overstijgen 466

X. Het rationele aanvullen 468

§ 3. De toekomstvisie 469

I. Inleiding 469

II. BBB bij louter uitvoerende taken 469

III. De BBB bij creatieve taken 470

A. Het creëren van een "vrije ruimte" 470

B. De verhouding tussen het formele rechtssysteem en de vrije ruimte 473

C. Processen in de vrije ruimte 475

D. De beweging naar de diepte doortrekken 477

E. Van tempering machtsuitoefening naar empowerment 478

F. Een brug van wettigheid naar gerechtigheid 479

G. Nog meer rekening houden met het specifieke van elke situatie 480

H. Zingeving, verbondenheid en persoonlijke groei 481

1. Zingeving 481

2. Verbondenheid	481
3. Persoonlijke groei	482
I. Meer vrouwelijkheid	484
J. Een catalogus van BBB voor de “vrije ruimte”	484
1. Het inclusiviteitsbeginsel	484
2. Het partnerschapsbeginsel	486
3. Empoweringsbeginsel	486
4. Het dialoogbeginsel	487
5. Het creativiteitsbeginsel	487
6. Het soepelheidsbeginsel	488
7. Het evenwichtsbeginsel	488
8. Het neutraliteitsbeginsel	489
9. Het vertrouwensbeginsel	489
IV. Een kwestie van ingesteldheid	489
Slot	490

DEEL I.
INLEIDEND DEEL

HOOFDSTUK 1. BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR: BEGRIP EN PLAATS IN DE HIËRARCHIE VAN DE NORMEN

Prof. dr. Patricia Popelier
Hoofddocent Universiteit Antwerpen, Onderzoeksgroep Staats- en
bestuursrecht
Voorzitter Interuniversitair Centrum voor Wetgeving

§ 1. Begrip en situering van de beginselen van behoorlijk bestuur en van het behoorlijk burgerschap

I. Beginselen van behoorlijk bestuur als specificatie van een algemene redelijkheidseis

1. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn algemene rechtsbeginselen die aanwijzingen geven over de wijze waarop bestuursbeslissingen moeten worden genomen en ter kennis gebracht (1). De zorg om de kwaliteit van de besluiten die het bestuur treft binnen zijn discretionaire beslissingsmacht, is te vinden in de rechtsleer, rechtspraak en wetgeving van diverse Europese staten. Beginselen van behoorlijk bestuur vonden hun weg tot op het niveau van de Raad van Europa (2) en dat van de Europese Unie (3), die op hun beurt de uitwerking ervan in de nationale rechtstelsels hebben bevorderd (4). In België werden de “*principes généraux de*

(1) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 2004, 3 en “Le principe de bonne citoyenneté et le principe de chercher bon droit (partie I)”, *C.D.P.K.* 2004, 75 beperkt de definitie tot de uitoefening van administratieve functies in de relatie van het bestuur “tot de burger”. Ook I. OPDEBEEK was aanvankelijk van mening dat de hoorplicht geen toepassing vindt in de relatie tussen besturen onderling (I. OPDEBEEK, “Het recht van verdediging en het recht om zijn standpunt naar voor te brengen”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 65). Het valt echter moeilijk in te zien waarom de beslissing van het ene bestuur ten aanzien van het andere niet gemotiveerd, zorgvuldig en proportioneel zou moeten zijn. Om die reden meent ook I. OPDEBEEK thans dat de hoorplicht wel geldt tussen besturen. (Zie de bijdrage van I. Opdebeek in dit boek, nr. 319).

(2) Aanbeveling R(80)2 aangenomen door het Comité van Ministers op 11 maart 1980.

(3) Zie J. PONCE SOLÉ, “The Fight for Quality in the Field of Administrative Decisions”, *Revue européenne de droit public* 2002, 1514-1522.

(4) Zie A.F.M. BRENNINKMEYER, *Gedeelde rechtsorde*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, 37-38, die met name verwijst naar Nederland en Groot-Brittannië.

droit public” uit het Franse publiekrecht overgenomen, waarin reeds behoorlijkheidseisen besloten lagen (5). Als zodanig zijn de beginselen van behoorlijk bestuur pas rond de jaren zeventig in de rechtspraak geïntroduceerd vanuit Nederland, waar ze reeds enkele decennia opgang maakten (6). Die introductie was geen kunstmatig gebeuren: verschillende beginselen van behoorlijk bestuur vormden op dat ogenblik reeds impliciet leidraden voor het bestuurlijk optreden, ook indien dat nog niet onder die benaming gebeurde (7). Intussen zijn ze uitgegroeid tot een werkelijke bron van recht (8) en een substantieel onderdeel van het bestuursrecht. Het recht op behoorlijk bestuur is intussen zelfs erkend als een fundamenteel recht, opgenomen in art. 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (9).

2. Beginselen van behoorlijk bestuur zijn in eerste instantie gericht tot het bestuur, dat bestuursbeslissingen neemt. Volgens DE STAERCKE hebben zij echter een ruimere betekenis en moet de toepassing uitgebreid worden tot al wie “beschikt over een doelgebonden bevoegdheid”, ook als het dan om een privaatrechtelijke persoon gaat zoals bv. een vrije onderwijsinstel-

(5) Zie A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en buitenlandse equivalenten*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, 110; voor de behoorlijkheidseisen in het Franse rechtssysteem *ibid* 78-109.

(6) Zie over deze voorgeschiedenis J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 3-4; L.P. SUETENS, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 4-5. Suetens lag overigens zelf aan de basis van deze introductie, zie L.P. SUETENS, “Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht”, *T.B.P.* 1970, 379-396. Over de ontwikkeling van algemene beginselen van behoorlijk bestuur in Nederland, zie J. IN ’T VELD en N.S.J. KOEMAN, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1985, 8-12; P. NICOLAÏ, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Kluwer, 1990, 11-205. Die laatste situeert de “doorbraak” van de erkenning van beginselen van behoorlijke administratie in wetgeving, rechtspraak en rechtsleer in de periode na de tweede wereldoorlog, p. 53, 73 en 211; eveneens G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, 2.

(7) Zo toonde W. VAN GERVEN, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de administratieve praktijk van de Bankcommissie”, *T.B.P.* 1985, 323-344 aan dat algemene beginselen van behoorlijk bestuur reeds invloed uitoefenden op de administratieve praktijk van de Bankcommissie.

(8) A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 45.

(9) Handvest van 7 december 2000, *PB. C.* 364, 18 december 2000. Voor een bespreking zie J. PONCE SOLÉ, *l.c.*, 1524-1528. Dat handvest vormt een onderdeel van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, zie art. I-9.1 van dat verdrag.

ling (10). Om die reden hoeft de gepastheid van de term “beginselen van behoorlijk bestuur” echter niet in vraag te worden gesteld, zoals de auteur doet (11). Waar het om gaat is dat “bestuursbeslissingen” kunnen worden genomen ten opzichte van een persoon, d.w.z. eenzijdige beslissingen die de rechtspositie van deze persoon kunnen wijzigen en dat het orgaan dat de beslissingen treft een taak van publieke belangenbehartiging uitoefent (12). Het bestuur in functionele zin, los van de organieke betekenis, moet behoorlijk zijn.

Het Arbitragehof lijkt voor diverse aspecten van het bestuursrecht overigens geen relevant onderscheid te zien naargelang het gaat om bestuurlijke beslissingen die uitgaan van een administratieve overheid dan wel van een wetgevende vergadering of een van haar instellingen. Als in het ene geval een objectief beroep openstaat moet dat ook in het andere geval worden georganiseerd (13). De organisatie van eenzelfde rechtsbescherming tegen beide soorten van bestuursbeslissingen brengt vervolgens mee, aldus het Hof, dat de Uitdrukkelijke Motiveringswet in beide gevallen van toepassing moet zijn, zodat de Raad van State een doeltreffende toetsing kan uitoefenen (14).

3. Voor een goed begrip van de beginselen van behoorlijk bestuur dient men hoe dan ook verder te kijken dan het loutere bestuursrecht. Het evenredigheidsbeginsel bijvoorbeeld is een beginsel van behoorlijk bestuur dat, vooral onder invloed van het Europees Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (15), ook buiten het bestuursrecht tot ontwikkeling is gekomen. Vandaag toetst het Arbitragehof ook formele wetten stelselmatig aan het evenredigheidsbeginsel, via de rechtvaardigingstest die inherent is aan het gelijkheidsbeginsel, de grondrechtentoets en het systeem van federale bevoegdheidsverdeling. In Duitsland worden de beginselen die niet als bestuurlijke criteria in wetgeving zijn opgeno-

(10) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, o.c., 9-13. Vreemd genoeg staan volgens de auteur zgn. procedurele beginselen los van die doelgebonden bevoegdheid: J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap*, o.c., 14-15.

(11) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, o.c., 13.

(12) Zie voor dit laatste element P. NICOLAÏ, o.c., 239.

(13) Arbitragehof nr. 31/1996, 15 mei 1996, B.S. 25 juni 1996 en Arbitragehof nr. 89/2004, 19 mei 2004, B.S. 1 oktober 2004.

(14) Arbitragehof nr. 17/2004, 29 januari 2004, B.S. 29 april 2004.

(15) W. VAN GERVEN, “Wederzijdse doordringing van publiek- en privaatrecht op nationaal en supranationaal niveau: van doorwerking gesproken!”, in X (ed.), *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 191-193: op Europees niveau speelde dan weer vooral de invloed van het Duitse en het Franse recht.

men, zoals het gelijkheidsbeginsel, rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, beschouwd als grondwettelijke beginselen die zowel op het bestuur als de wetgever van toepassing zijn (16).

4. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur vormen dus een specifieke formulering van algemene rechtsbeginselen die ook ten aanzien van anderen dan het bestuur gelden (17).

Zo ontstaat er langzamerhand een verzameling van beginselen van behoorlijke regelgeving, die naar wezen en inhoud veel overeenkomsten vertonen met de beginselen van behoorlijk bestuur, maar aangepast zijn aan de eisen van de regelgever – inclusief de formele wetgever – die gewoonlijk over een grotere beleidsvrijheid beschikt (18). Van die beginselen van behoorlijke regelgeving maken onder meer het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en het motiveringsbeginsel deel uit – beginselen die reeds gekend waren als beginselen van behoorlijk bestuur. In het Belgische recht kan dat geen verrassing zijn. De toepassing van beginselen van behoorlijk bestuur bleef hier niet, zoals in Nederland, beperkt tot individuele besluiten.

Behoorlijkheidsbeginselen worden zelfs doorgetrokken naar de rechter (19). Dat laatste gebeurt vooral aan de hand van de toepassing van artikel 6 E.V.R.M. door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, maar ook hier werd vastgesteld dat beginselen van behoorlijk bestuur enerzijds en van behoorlijke rechtspraak anderzijds grote gelijkenissen vertonen (20).

5. VAN GERVEN EN OPDEBEEK hebben eerder de beginselen van behoorlijk bestuur beschreven als concretisering van algemene “beginselen van behoorlijk handelen” (Van Gerven) of van de in artikel 1382 e.v. B.W. neer-

(16) A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, *o.c.*, 178 en 50, 64-71.

(17) In die zin ook G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *o.c.*, 117.

(18) Zie over deze beginselen van behoorlijke regelgeving mijn *De wet, juridisch bekeken*, Brugge, die Keure, 2004, 23-65, met verdere verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer.

(19) Zie in het bijzonder C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 229-438 en P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling bij geschillen over directe rijksbelastingen*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 588 p. en in Nederland B.W.N. DE WAARD, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987, 450 p. en J.M. POLAK, “Algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak”, *N.J.B.* 1968, 417-422.

(20) C. BERX, *o.c.*, 437.

gelegde zorgvuldigheidsnorm (Opdebeek) (21). Voordien wees in Nederland DROOGLEEVER FORTUYN reeds op de gelijkenis tussen beginselen van behoorlijk bestuur in het publiekrecht en goede trouw, redelijkheid en billijkheid in het burgerlijk recht (22).

SUETENS vreesde dat dergelijke benadering te eenvoudig is: “zij leidt ertoe dat de specifiek publiekrechtelijke wezenstrekken worden weggeschoven; zij leidt niet tot verduidelijking of verfijning, maar tot een nutteloze vervlakking” (23). NICOLAÏ voert gelijkaardige kritiek aan (24).

Nochtans is het goed een breder kader voor ogen te houden waarbinnen de beginselen van behoorlijk bestuur gesitueerd worden. Het biedt een beter inzicht in de plaats van de beginselen van behoorlijk bestuur in de hiërarchie der normen; daarop wordt verder teruggekomen. Het biedt plaats voor zogenaamde beginselen van behoorlijk burgerschap: de beoordeling van een bestuurshandeling in het licht van een beginsel van behoorlijk bestuur houdt ook rekening met de houding die de bestuurde zelf aanneemt (25). Het biedt tevens inzicht in de samenhang van de beginselen van behoorlijk bestuur, de beginselen van behoorlijke regelgeving en de beginselen van behoorlijke rechtspraak, wat de ontwikkeling van elk onderdeel kan stimuleren. Dat belet niet dat de specifieke formulering ten aanzien van bestuur, regelgever en rechter telkens rekening houdt met de eigenheden van de publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening (26).

(21) I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, 30-32 en W. VAN GERVEN, “Beginselen van behoorlijk handelen”, *R.W.* 1982-83, 961-978. Zie in navolging van VAN GERVEN ook J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap, o.c.*, 13-14 en *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, o.c.*, 9 en 11.

(22) E. DROOGLEEVER FORTUYN, “Congruentie van privaatrechtelijke en administratiefrechtelijke begrippen”, in *Non sine causa*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1979, 43-47. Zie vervolgens ook J. IN 'T VELD en N.S.J. KOEMAN, *o.c.*, 53-54.

(23) L.P. SUETENS, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen”, *l.c.*, 16. In een vroegere bijdrage toonde hij meer sympathie voor de situering van beginselen van behoorlijk bestuur binnen de algemene idee van beginselen van behoorlijk handelen, zie L.P. SUETENS, “Vigilantibus, non dormientibus, subvenient iura”, in *Liber Amicorum J. Ronse*, Gent, Story-Scientia, 1986, 99.

(24) P. NICOLAÏ, *o.c.*, 232-236. De auteur ziet ook als minpunt dat het onderscheid tussen procedurele en materiële beginselen verloren gaat; dit onderscheid biedt echter hoe dan ook weinig meerwaarde, zie *infra* randnr. 31.

(25) Hierover *infra* randnr. 11-13.

(26) Ook M. VAN DAMME, “Goede trouw van burger en bestuur”, *R.W.* 1989-90, 1108-1109 wijst erop dat beginselen van behoorlijk bestuur te herleiden zijn tot meer algemene rechtsbeginselen, maar dan in een aan het bestuursrecht aangepaste verschijningsvorm.

Zo blijkt dat beginselen van behoorlijk bestuur, beginselen van behoorlijke regelgeving en beginselen van behoorlijke rechtspraak uiteindelijk neerkomen op een redelijkheidseis (27).

6. Het is moeilijk een sluitende opsomming te geven van alle beginselen van behoorlijk bestuur. Over een aantal beginselen is in de rechtsleer overeenstemming te vinden, maar over de precieze opsomming verschillen de meningen.

SUETENS noemt tien beginselen: de fair-play, de motiveringsplicht, de zorgvuldigheid, het verbod van machtsafwendings, het verbod van willekeur, het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, de zuinigheidsplicht, de hoorplicht en de onpartijdigheid (28). In het boek over algemene beginselen van behoorlijk bestuur waarin hij deze opsomming geeft, worden verder nog het recht van verdediging en het recht om zijn standpunt naar voor te brengen, het redelijkheidsbeginsel en als toepassing daarvan het evenredigheidsbeginsel, en de onpartijdigheidsplicht als beginselen van behoorlijk bestuur naar voren geschoven. DE TAEYE ziet het vertrouwensbeginsel als een zelfstandig beginsel, los van het rechtszekerheidsbeginsel (29). Volgens VAN MENSEL is ook het onafhankelijkheidsbeginsel een beginsel van behoorlijk bestuur (30). In het voorliggende werk wordt de redelijketermijneis niet meer als onderdeel van het zorgvuldigheidsbeginsel, maar als afzonderlijk beginsel besproken.

In Nederland omschrijft NICOLAÏ “het beginsel van correcte bejegening” – door anderen omschreven als onderdeel van het zorgvuldigheidsbeginsel (31) – en “het beginsel van zorgvuldige kennisgeving” nog als afzonderlijk

(27) Zie voor de beginselen van behoorlijk bestuur mijn bijdrage “Beginselen van behoorlijk bestuur in de ruimtelijke ordening en stedenbouw”, in B. HUBEAU en P. POPELIER (ed.), *Behoorlijk ruimtelijk ordenen. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de ruimtelijke ordening en stedenbouw*, Brugge, die Keure, 2002, 13 en voor de beginselen van behoorlijke regelgeving *De wet, juridisch bekeken, o.c.*, 63-68. Volgens J. DE STAERCCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap, o.c.*, 13 en *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, o.c.*, 14 en 17-33, zijn enkel zgn. “inhoudelijke” beginselen van behoorlijk bestuur, nl. de inhoudelijke motiveringsplicht en het gelijkheidsbeginsel, te herleiden tot de redelijkheidseis; de andere zijn te herleiden tot de zorgvuldigheidsplicht. Zie voor het Nederlandse model voor deze indeling P. NICOLAÏ, *o.c.*, 232.

(28) L.P. SUETENS, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen”, *l.c.*, 6.

(29) S. DE TAEYE, “Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel”, in B. HUBEAU en P. POPELIER (ed.), *Behoorlijk ruimtelijk ordenen, o.c.*, 98-100.

(30) A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 29.

(31) A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, *o.c.*, 21-22, die daaronder dan weer o.m. het onpartijdigheidsbeginsel en de hoorplicht plaatst.

ke beginselen, en maakt hij ook onderscheid tussen het beginsel van “kenbare motivering” en dat van “draagkrachtige motivering” (32). VAN DER HEIJDEN somt nog beginselen op als het “specialiteitsbeginsel”, het “rechtstreeksheidsbeginsel”, het “noodzakelijkheidsbeginsel” en het “geschiedheidsbeginsel” (33).

Ten slotte komt ook de openbaarheid van bestuur in zicht, waarvan de motiveringsplicht een onderdeel vormt.

Ook het legaliteitsbeginsel stelt overigens eisen ten aanzien van bestuur en regelgever in hun relatie met de burger (34). Ten aanzien van het bestuur gaat het dan specifiek om de verplichting dat elk overheidshandelen een grondslag vindt in de wet of de Grondwet en dat het bestuur verplicht is de noodzakelijke uitvoering te geven aan de wet, binnen een redelijke termijn en zonder de draagwijdte van de wet te wijzigen (35). NICOLAÏ acht het “niet verhelderend” het legaliteitsbeginsel als een beginsel van behoorlijk bestuur aan te merken (36). Zijn argument dat het niet om een kwestie van “behoorlijkheid” gaat, is evenwel voor discussie vatbaar. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens beklemtoont in elk geval dat een bestuur dat een uitzonderlijke procedure opent die leidt tot een ingrijpende maatregel – *in casu* de intrekking van een erkenning van eigendomsrecht – zelf in eerste instantie moet nagaan of er wettelijke gronden bestaan voor het aannemen van dergelijke procedure (37). Hoe dan ook ziet de auteur het “beginsel dat de wet moet worden toegepast”, net als het “verbod van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling” en het rechtszekerheidsbeginsel, als “oriëntatiepunt” voor de invulling van behoorlijkheidseisen (38).

(32) P. NICOLAÏ, *o.c.*, 319.

(33) G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *o.c.*, 133.

(34) Zo spreken bv. A. BOSSUYT, “Algemene rechtsbeginselen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie”, *T.P.R.* 2004, 1596; W. PAS, “Een Algemeen Decreet Bestuursrecht in Vlaanderen? Welke ruimte voor de decreetgever?”, in J. DE STAERCKE en J. VAN STEELANDT (eds.), *Een Algemeen Decreet Bestuursrecht in Vlaanderen?*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 49 en G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *o.c.*, 126 en 133 over het legaliteitsbeginsel als een beginsel van behoorlijk bestuur.

(35) Ik heb het legaliteitsbeginsel uitgewerkt in de context van de democratische staat, met daaruit voortvloeiende eisen ten aanzien van wetgever en bestuur in *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 326 p.

(36) P. NICOLAÏ, *o.c.*, 222.

(37) Hof Mensenrechten, arrest Valova, Slezak en Slezak / Slovaĳie van 1 juni 2004, www.echr.coe.int.

(38) P. NICOLAÏ, *o.c.*, 437.

Met DE MOOR-VAN VUGT moet besloten worden dat de beginselen van behoorlijk bestuur niet scherp kunnen worden afgebakend en vaak ook in elkaar overlopen (39).

7. De rode draad door al deze beginselen is echter steeds weer het verhaal van een rationeel bestuur (40).

Het westerse rechtssysteem is gebouwd op de idee van rationaliteit en vormt als zodanig een belangrijke bescherming van individuen tegen overheidswillekeur. In zijn juridische vertaling betekent rationaliteit namelijk dat beslissingen niet op zuiver willekeurige basis worden genomen, maar dat zij in verhouding staan tot een bepaald doel, na verzameling van feiten en afweging van belangen, en in dat licht kunnen verantwoord worden. De beginselen van behoorlijk bestuur vormen elk op zich een onderdeel van die versie van “redelijk” bestuur. Het gelijkheidsbeginsel – en het in het zog daarvan ook wel genoemde “consistentiebeginsel” – evenals het rechtszekerheidsbeginsel vereisen dat het bestuur niet *ad hoc* beslissingen neemt, maar uitgaat van een beleid, van een visie op grond waarvan elke persoon het overheidsoptreden kan voorzien. Het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en de hoorplicht nopen het bestuur tot zorgvuldig onderzoek van feiten en belangen. De motiveringsplicht dwingt het er toe zijn beslissingen op basis van dat onderzoek te verantwoorden.

8. In de literatuur wordt opgemerkt dat, na een *hausse* (41), “het behoorlijk bestuur als notie wordt teruggeschroefd” en de beginselen minder worden toegepast (42). VANDE LANOTTE stelt dat “het toepassen van een algemeen rechtsbeginsel, redelijkheid inbegrepen, bijna steeds overbodig is zolang gewoon de wet ‘goed’ wordt toegepast. Men heeft overdreven met het toepassen van algemene beginselen en behoorlijk bestuur. Dat besef is er en het wordt duidelijk minder toegepast. Mijn aanvoelen is dat de factor

(39) A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, *o.c.*, 14.

(40) Zie overigens G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *o.c.*, 75-101 over de functie van de beginselen van behoorlijk bestuur in een gerationaliseerd recht.

(41) J. VANDE LANOTTE, “Bestuursrecht: de rusteloze zoektocht naar eenvoud, stabiliteit en de macht van rechter en bestuur”, in W. DEBEUCKELAERE en D. VOORHOOF (ed.), *En toch beweegt het recht*, Brugge, die Keure, 2003, 144 spreekt over “een interessante vernieuwing die echter vlug uit de hand liep”.

(42) W. DEBEUCKELAERE, “Rond de tafel. De rusteloze zoektocht naar eenvoud, stabiliteit en de macht van rechter en bestuur”, in W. DEBEUCKELAERE en D. VOORHOOF (ed.), *En toch beweegt het recht*, Brugge, die Keure, 2003, 154.

instabiliteit meer en meer als storend wordt ervaren en dat men nu nauwer aansluiting zoekt bij de regel om meer zekerheid te bieden” (43).

9. Dat ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur, zeker in een periode waarin ze nog vorm krijgen en steeds nieuwe beginselen worden ingeroepen, onzekerheid creëren, lijdt geen twijfel. Ook in Nederland werd meermaals kritiek geuit op de beginselen van behoorlijk bestuur, waarvan men vond dat de rechter ze in zijn creativiteit bleef “produceren” om een billijke oplossing aan een geschil te kunnen geven (44). Als het waar is dat de beginselen vandaag minder worden toegepast (45), dan is dat misschien onder meer te wijten aan het feit dat er vandaag, dank zij een uitgebreide rechtspraak, een beter omlijnd idee bestaat van welke beginselen van behoorlijk bestuur er zijn en wat zij inhouden.

In de Verenigde Staten bestaat veel kritiek op de wijze waarop beginselen van “due process” (de term “good administration” is onbekend in Amerikaans recht) (46) discretionaire bestuursbeslissingen daar bijzonder kwetsbaar hebben gemaakt voor juridictionele beroepen en hebben geleid tot een overdreven rechtsgang (47). Dergelijke uitwassen worden vermeden indien men oog heeft voor de preventieve werking van beginselen van behoorlijk bestuur (48) en voor alternatieve vormen van bescherming, bijvoorbeeld via de ombud (49). De ombud die het gedrag en de besluiten van bestuursorganen op hun behoorlijkheid toetst, ontwikkelt daarvoor behoorlijkheidscriteria die de juridische behoorlijkheidseisen kunnen overlappen (50). Ook in België vormt de toetsing aan behoorlijkheidseisen de kern van de ombudsfunctie (51).

10. Dat de beginselen van behoorlijk bestuur overbodig zijn indien men louter de wet ‘goed’ toepast, kan evenwel betwijfeld worden. Beginselen

(43) Zie het verslag van het ronde tafelgesprek, *ibid.*

(44) P. NICOLAÏ, *o.c.*, 1-2.

(45) Het gaat blijkbaar om een “aanvoelen”; de tekst wordt niet ondersteund door cijfers die de stelling hard maken.

(46) J. PONCE SOLÉ, *l.c.*, 1513.

(47) Hierover J. PONCE SOLÉ, *l.c.*, 1511 met verdere verwijzingen.

(48) Zie verder onder II. De functies van algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

(49) Zie eveneens J. PONCE SOLÉ, *l.c.*, 1512-1513.

(50) B. HUBEAU, “De ombudsfunctie en het ombudsinstituut: structurele kenmerken en conjuncturele modellen”, in B. HUBEAU (ed.), *De ombudsfunctie*, Brugge, die Keure, 1997, 23-24.

(51) Zie i.h.b. de uitgave van de Vlaamse Ombudsdienst, *Normconform ombudswerk: een zoektocht naar ombudsnormen*, Brussel, 2002, 98 p.

van behoorlijk bestuur komen precies aan de orde in de sfeer van discretionaire bevoegdheden, daar waar de wet geen precieze instructies geeft maar het bestuur vrijheid van handelen biedt. De beginselen trachten juist aan te geven wat een “goede” toepassing van de wet inhoudt. Als beginselen van behoorlijk bestuur vandaag inderdaad minder toepassing vinden in het administratief contentieux, is dat op zich geen slechte zaak – misschien wordt er wel beter bestuurd. Als de uitspraak waar is dat “het behoorlijk bestuur als notie wordt teruggeschroefd” is dat evenwel een betreurenswaardige evolutie. Beginselen van behoorlijk bestuur brengen, ook los van het administratief contentieux, de notie van rationeel bestuur, “good governance”, aan de orde, dat alleszins als politiek begrip niet aan belang heeft ingeboet.

II. Behoorlijk burgerschap

11. In dat licht komen de beginselen van behoorlijk burgerschap opduiken.

Beginselen van behoorlijk burgerschap passen in de opvatting van “wederkerig bestuursrecht”: de burger moet ten aanzien van het bestuur blijk geven van voldoende “zorgvuldigheid, alertheid en coöperatie” (52).

VENY, DE MAERTELAERE en DE SUTTER beklemtonen het belang van eisen van behoorlijk burgerschap vanuit de idee van de instrumentele functie van beginselen van behoorlijk bestuur, die de uitbouw van de samenleving trachten mogelijk te maken in functie van de persoonlijke autonomie (53). Om een “integere samenhang” te verkrijgen tussen individuele en collectieve belangen dienen particulieren evenzeer rekening te houden met de rechten en belangen van andere individuen en van de bestuursorganen zelf.

12. Ook deze keer is de inspiratie voor de idee van “beginselen van behoorlijk burgerschap” in Nederland te vinden. Beschouwingen daarover zijn in de Nederlandse rechtsleer vanaf het midden van de jaren tachtig te

(52) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap*, o.c., 5.

(53) L.M. VENY, J. DE MAERTELAERE en T. DE SUTTER, “De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en hun bijdrage tot een democratische werking van de overheid”, in M. ADAMS en P. POPELIER (ed.), *Recht en democratie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 651, in navolging van G.M.A. VAN DER HEIJDEN, o.c., 212 en 245-246. Over deze instrumentele functie infra randnr. 25.

rug te vinden (54). In aansluiting daarop beschreef ook de Commissie-Scheltema in de Memorie van Toelichting bij het Nederlandse voorontwerp Algemene wet bestuursrecht de verhouding tussen burger en bestuur als een “wederkerige” relatie (55).

SUETENS introduceerde reeds in 1986 de term “beginselen van behoorlijk burgerschap” (56). Ofschoon deze term bijna twintig jaar later nog niet werkelijk ingang heeft gevonden in het Belgische bestuursrecht (57), vindt de idee erachter wel weerklank in het recht.

Sinds eind jaren tachtig, begin jaren negentig van de vorige eeuw kent ze een groeiende aanhang in de rechtsleer (58).

In de rechtspraak wordt de term niet gehanteerd, maar is de idee wel terug te vinden. SUETENS vond in 1986 dat de “zg. ‘beginselen van behoorlijk burgerschap’” nog nauwelijks tot ontwikkeling waren gekomen, maar wees toch reeds op een arrest van de Raad van State waarin die gedachte tot uiting kwam (59). VAN DAMME oordeelde in 1989 eveneens dat “bezwaarlijk”

(54) Zie o.m. J. IN ‘T VELD en N.S.J. KOEMAN, *o.c.*, 56 evenals de verwijzingen aldaar. Zie eveneens G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *o.c.*, 91-101.

(55) Zie ook de redactionele kanttekening van E.H.M. HIRSCH BALLIN, “Wederkerig bestuursrecht”, *R.M.Themis* 1989, 1-4, die deze gedachte verder uitwerkt.

(56) L.P. SUETENS, “Vigilantibus, ...”, *l.c.*, 99.

(57) Anno 2004 achten B. HUBEAU en G. CLOOTS, “Een Algemeen Decreet Bestuursrecht in Vlaanderen. Ordening of vernieuwing van de gereedschapskist van de Vlaamse sociale rechtsstaat?”, in J. DE STAERCKE en J. VAN STEELANDT (ed.), *Een Algemeen Decreet Bestuursrecht in Vlaanderen?*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 108 “dit leerstuk (...) nog onvoldoende ontwikkeld om hierin reeds codificerend op te treden”.

(58) Zie S. DE GREEF, “Hoe deugdelijk is het nieuwe Vlaamse bestuursmodel?”, *T.B.P.* 2005, 15-16; J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap*, *o.c.*, 5 en 49-68; -, “Le principe de bonne citoyenneté...”, *l.c.*; -, “Een algemeen decreet bestuursrecht in Vlaanderen? Een terreinverkenning bij wijze van inleiding”, in J. DE STAERCKE en J. VAN STEELANDT (ed.), *Een Algemeen Decreet Bestuursrecht in Vlaanderen?*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 20-21; W. LAMBRECHTS, “Goede trouw van burger en bestuur. Een reactie op het rapport van M. Van Damme”, *R.W.* 1989-90, 1120-1121; D. MAREEN, “De redelijke termijn in tuchtzaken na advies van de kamer van beroep”, *T. Gem.* 2002, 233-238; I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE, “Over stilzittende besturen... en stilzittende burgers”, *R.W.* 2003-04, 218; M. VAN DAMME, *l.c.*, 1107 en 1119; E. VAN DE VELDE, “De zin of onzin van een algemene wet bestuursrecht rechtsvergelijkend doorgelicht”, *R.W.* 2003-04, 1335-1336; L.M. VENVY, J. DE MAERTELAERE en T. DE SUTTER, “De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en hun bijdrage tot een democratische werking van de overheid”, in M. ADAMS en P. POPELIER (ed.), *Recht en democratie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 651. Volgens J. DE STAERCKE, “Le principe de bonne citoyenneté...”, *l.c.*, 74 is het debat in de loop van de jaren negentig weer gestopt, maar de auteur tracht het met geciteerde bijdrage weer te lanceren.

(59) L.P. SUETENS, “Vigilantibus...”, *l.c.*, 99.

reeds kon “worden gesproken van het bestaan van zgn. ‘beginselen van behoorlijk burgerschap’”, maar zag in de rechtspraak van de Raad van State toch reeds een aanzet hiertoe (60). Ook LAMBRECHTS en OPDEBEEK zagen in de in 1993 verschenen bundel *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur* toepassingen in de rechtspraak van een beginsel van behoorlijk burgerschap (61). Uiteindelijk vindt DE STAERCKE begin eenentwintigste eeuw in de rechtspraak volgende concretisering die het bestaan van de beginselen van behoorlijk burgerschap onderschrijven: de burger moet administratieve formulieren nauwgezet invullen, de burger die zich klaagt over het uitblijven van een bepaalde overheidshandeling mag dit niet te wijten hebben aan zijn eigen nalatigheid, de burger mag niet bedrieglijk optreden, moet optreden in overeenstemming met de algemene zorgvuldigheidsplicht van art. 1382 e.v. B.W. en moet op behoorlijke wijze recht zoeken voor de administratieve rechter (62).

In een voorstel van algemene bestuurswet dat in de Kamer werd ingediend, wordt een wettelijke verankering voorgesteld. Art. 2.1.3. van dat voorstel bepaalt (in wetgevingstechnisch nog onvoldragen formulering) (63): “§ 1. Burgers dragen bij tot de behoorlijke besluitvorming door een zorgvuldige medewerking met en tijdige en correcte informatieverstrekking aan het bestuursorgaan. § 2. Burgers moeten zich in hun verhouding tot het bestuur waakzaam en alert gedragen” (64). In de Toelichting wordt dit gezien als “een eerste algemene aanzet tot codificatie van beginselen van behoorlijk burgerschap” (65).

(60) M. VAN DAMME, *l.c.*, 1107-1108 en 1119. Zie ook het verslag van de sectiebespreking tijdens het betrokken congres van de Vlaamse Juristenvereniging, F. MEERSSCHAUT, “Goede trouw van burger en bestuur: naar een ongelijk-wederkerig bestuursrecht?”, *R.W.* 1989-90, 1497: “Wel werd een ontwikkeling naar beginselen van behoorlijk burgerschap vastgesteld”.

(61) W. LAMBRECHTS, “Het zorgvuldigheidsbeginsel”, in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, o.c.*, 32 spreekt enkel over “de eis van de zorgvuldigheidsplicht van de rechtsonderhorige”; I. OPDEBEEK, “Het recht van verdediging en het recht om zijn standpunt naar voor te brengen”, in *ibid.* 80-82 spreekt uitdrukkelijk over een “beginsel van behoorlijk burgerschap”.

(62) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap, o.c.*, 49-68; zie nog meer uitgewerkt zijn “Le principe de bonne citoyenneté...”, *l.c.*, 81-88. Zie ook I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE, *l.c.*, 218 en E. VAN DE VELDE, *l.c.*, 1335-1336.

(63) Overeenkomstig de regels van de wetgevingstechniek worden rechtsregels niet in gebiedende vorm geformuleerd, maar op beschrijvende wijze. § 2 dient dus als volgt te worden geformuleerd: “Burgers gedragen zich in hun verhouding tot het bestuur waakzaam en alert”.

(64) Voorstel van algemene wet bestuursrecht, *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 496/1.

(65) Toelichting, p. 14. Op p. 13 wordt dit ingebed in de idee van “wederkerig bestuursrecht”.

13. De idee van rationaliteit, die het hele rechtssysteem doorkruist, heeft ook een impact op de juridische positie van particulieren. Het recht reduceert de mens in al zijn complexiteit tot het eenvoudig “rechtssubject”. Dat rechtssubject is een projectie van de “rationele burger”, in het recht vertaald in termen als bijvoorbeeld “de goede huisvader”. Wanneer van het bestuur redelijkheid wordt verwacht, dan is dat vanuit de gedachte dat de overheid de burger ruimte moet bieden om zichzelf als rationeel persoon te kunnen ontwikkelen (66).

SUETENS heeft gelijk wanneer hij stelt dat “om de houding van de bestuurde tegenover het bestuur te beoordelen”, men beroep kan doen “op andere privaatrechtelijke begrippen en rechtsfiguren, zoals de goede trouw, rechtsmisbruik en misbruik van procedure, rechtsverwerking en zelfs bedrog” (67). In een vroegere bijdrage vond de auteur bijvoorbeeld – tegen de rechtspraak van het Hof van Cassatie in – dat een persoon die een onrechtmatige bestuurshandeling niet heeft aangevochten bij de Raad van State, nadien op grond van “rechtsverwerking” in principe niet meer schadevergoeding zou mogen vragen bij de burgerlijke rechter. De auteur verwees in die bijdrage wel zelf nog naar “beginselen van behoorlijk burgerschap” (68).

De idee van “behoorlijk burgerschap” hoeft echter niet noodzakelijk te worden gezien als een “geforceerde uitbreiding van de beginselen van behoorlijk bestuur” (69). Hoe dan ook gaat het niet om beginselen van behoorlijk bestuur, uitgebreid tot de burger in zijn relatie met de overheid, omdat de burger ten aanzien van de overheid niet over een gelijkaardige “gezagsgeschiedenis” (Van Gerven) of “doelgebonden bevoegdheid” (De Staercke) beschikt (70). Men hoeft de idee van behoorlijk burgerschap evenmin te zien als een afzonderlijke set van behoorlijkheidsbeginselen, gericht tot de burger. Men kan haar in plaats daarvan zien als een begrip dat inzicht biedt in de afweging waarmee een toetsing aan beginselen zoals die van

(66) Hierover meer in mijn thesis *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 100-102.

(67) L.P. SUETENS, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur”, *l.c.* 20.

(68) L.P. SUETENS, “Vigilantibus...”, *l.c.*, 99.

(69) L.P. SUETENS, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur”, *l.c.* 21.

(70) Het wederkerig bestuursrecht zal dus nooit een symmetrisch karakter vertonen, zie C. BERX, *o.c.*, 121 en J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap, o.c.*, 14. Zie ook D. MAREEN, *l.c.*, 236; I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE, *l.c.*, 218 en E. VAN DE VELDE, *l.c.*, 1335.

behoorlijk bestuur gepaard gaat (71). Zo kan worden beoordeeld of een beginsel van behoorlijk bestuur werd geschonden en ingeschat in welke mate een individueel belang opweegt tegen het algemeen belang waarvoor het bestuur optreedt. De mate waarin de bestuurde blijk geeft van goede trouw en fair play kan daarin een belangrijke rol spelen.

III. Geschreven en ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur

14. Beginselen van behoorlijk bestuur zijn in wezen ongeschreven rechtsbeginselen. Zij zijn voor codificatie vatbaar, maar blijven ook dan beginselen (72). Zo vindt de sanctionering van machtsafwendingsrecht een rechtsgrond in art. 14 R.v.St.-Wet, vindt het gelijkheidsbeginsel een neerslag in de artikelen 10-11 van de Grondwet en is het motiveringsbeginsel neergeschreven in de Uitdrukkelijke Motiveringswet (73). Die bepalingen geven weliswaar een wettelijke verankering aan de behoorlijkheidsbeginselen en kunnen ze ook strenger maken – met name wat de motiveringsplicht betreft –, maar dat verhindert niet dat zij in wezen als beginselen fungeren. Dat blijkt met name bij de vraag wanneer een ongelijke behandeling gerechtvaardigd dan wel discriminerend is, of bij de vraag wanneer de motivering overeenkomstig art. 3 Uitdrukkelijke Motiveringswet “afdoende” is.

15. Onder meer in Nederland bestaat er een meer uitvoerige codificatie van beginselen van behoorlijk bestuur. De Algemene Wet Bestuursrecht incorporeert onder meer het onpartijdigheidsbeginsel (art. 2:4), het formeel zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2), het materieel zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:4.1) en het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4.2), het verbod van machtsafwendingsrecht (art. 3:3), de redelijketermijneis (art. 3:28, art. 3:33, art. 4:13-4:15), de hoorplicht (art. 4:7-4:12) en het motiveringsbeginsel (art. 3:46-3:50). De Algemene Wet Bestuursrecht geeft geen volledige op-

(71) Zie bv. R.v.St., De Bal, nr. 111.845, 24 oktober 2002 en de annotatie van I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE, *l.c.*, 218-219: het gedrag van de burger is *in casu* een element om te bepalen of de overheid al dan niet de redelijke termijn heeft geschonden. G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *o.c.*, spreekt over een asymmetrische verhouding in een glijdende schaal; hoe symmetrischer de verhouding tussen burger en bestuur wordt, des te horizontaler het bestuur.

(72) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap*, *o.c.*, 14 en J. DE STAERCKE, “Een algemeen decreet bestuursrecht in Vlaanderen?”, *l.c.*, 20.

(73) Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, *B.S.* 12 september 1991.

somming van beginselen van behoorlijk bestuur (74) en vermeldt evenmin de term als zodanig. Wel krijgen de beginselen een wettelijke verankering en worden zij gespecificeerd.

Dit model wordt wel eens als na te volgen voorbeeld genoemd voor een Belgische codificatie van beginselen van behoorlijk bestuur (75). Intussen bestaat er reeds een door het Nederlandse model geïnspireerd voorstel van algemene wet bestuursrecht, dat diverse beginselen van behoorlijk bestuur neerlegt (76).

16. Een codificatie zou alleszins het voordeel bieden dat beginselen van behoorlijk bestuur op systematische wijze bijeen worden gebracht in één toegankelijk wettelijk kader (77). Zo wordt ook de preventieve waarborgfunctie van de beginselen gediend (78).

Codificatie kan die beginselen concretiseren, bijvoorbeeld inzake termijnen, die nu onder de vage “redelijkheids”-eis vallen. Zo bijvoorbeeld bepaalt art. 3:28 van de Nederlandse Algemene Wet Bestuursrecht dat het bestuur een besluit op aanvraag “zo spoedig mogelijk” maar alleszins “uiterlijk zes maanden na ontvangst van de aanvraag” neemt (behoudens verlenging van de termijn krachtens art. 3:29); voor een beschikking verloopt de redelijke termijn vanaf “acht weken na ontvangst van de aanvraag” (art. 4:14). Overigens biedt juist een zekere concretisering meerwaarde aan de codificatie. Terecht waarschuwen DEBERSAQUES en DE CLERCQ voor bepa-

(74) Zie W. KONIJNENBELT, “De rechter, de algemene wet bestuursrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur”, in H. DE DOELDER, W.B.M. TOMESSEN en A.H. VAN WIJK (ed.), *Met recht naar 2000*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1990, 36-37 voor een vergelijkend overzicht van algemeen erkende beginselen van behoorlijk bestuur enerzijds en in de Awb gecodificeerde beginselen anderzijds (dan nog in de fase van voorstel).

(75) Bv. I. OPDEBEEK, *l.c.*, 85; L.P. SUETENS, *l.c.*, 18-19.

(76) Voorstel van algemene wet bestuursrecht, *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 496/1, dat een aangepaste versie is van het eerder ingediende voorstel van algemene wet bestuursrecht, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 679/1. Over het eerste ingediende voorstel zei de Raad dat het “in zeer ruime mate geïnspireerd is door de Nederlandse Algemene wet bestuursrecht”, in bepaalde gevallen wellicht *te* zeer, advies van de Raad van State nr. 30.416/3 van 25 maart 2003, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 679/2, 9-10. Voor kritiek op deze voorstellen, zie J. DE STAERCKE, “Een algemeen decreet bestuursrecht in Vlaanderen?”, *l.c.*, 7-9.

(77) Zie ook het advies van de Raad van State nr. 30.416/3 van 25 maart 2003, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 679/2, 9: codificatie “kan bijdragen tot de doorzichtigheid van de regelgeving, en dus ook tot de rechtszekerheid”.

(78) Zie *infra* randnr. 23-24. Zie eveneens W. KONIJNENBELT, *l.c.*, 38 en E. VAN DE VELDE, *l.c.*, 1330.

lingen die dermate abstract geformuleerd zijn dat zij geen houvast meer bieden voor nadere invulling in de praktijk (79).

Codificatie kan eveneens de concrete eisen die voortvloeien uit de beginselen strenger maken. Zo eist de Uitdrukkelijke Motiveringswet dat de motivering van een individueel besluit in de tekst van het besluit zelf te lezen staat (art. 2), terwijl het materiële motiveringsbeginsel ermee genoegen neemt dat de motivering terug te vinden is in het administratief dossier.

17. De concretisering van een beginsel van behoorlijk bestuur in een wettekst mag echter niet het wezen van dat beginsel aantasten. Zoals gezegd, verliezen de beginselen van behoorlijk bestuur door codificatie niet hun aard van rechtsbeginsel. Om die reden blijkt de Nederlandse codificatie overigens ook niet tot verstarring te leiden, zoals tegenstanders vreesden (80). In België heeft de neerlegging in een wet van de motiveringsplicht voor individuele bestuurshandelingen juist aangezet tot de ontwikkeling van een uitgebreide rechtspraak rond dit beginsel (81). In de afdeling over de plaats van beginselen van behoorlijk bestuur in de hiërarchie van de normen zal bovendien blijken dat het loutere feit dat de beginselen van behoorlijk bestuur zijn gericht tot de bestuurder, niet impliceert dat de wetgever eraan afbreuk kan doen door onbehoorlijk bestuurlijk optreden toe te laten of op te leggen.

18. Codificatie houdt dus een wettelijke neerlegging in van de beginselen van behoorlijk bestuur, die geconcretiseerd worden en eventueel strenger worden gemaakt, maar tast de kern van de beginselen niet aan. Dat in het federale België het uitvaardigen van een algemene wet bestuursrecht een parallelle bevoegdheid vormt voor de federale wetgever en de decreet- en ordonnantiegevers (82), en de beginselen van behoorlijk bestuur dus een

(79) G. DEBERSAQUES en S. DE CLERCQ, *Bestuursrecht harmoniseren?*, Deventer, Kluwer, 2004, 24-29.

(80) E. VAN DE VELDE, *l.c.*, 1330. Ook G. DEBERSAQUES en S. DE CLERCQ, *o.c.*, 48-50 zijn ervan overtuigd dat codificatie van de beginselen van behoorlijk bestuur de rechtvormende taak van de rechter niet zal beletten. Volgens J. DE STAERCKE, "Een algemeen decreet bestuursrecht in Vlaanderen?", *l.c.*, 19 mag het evolutief karakter van de beginselen overigens niet worden overroepen.

(81) J. DE STAERCKE, "Een algemeen decreet bestuursrecht in Vlaanderen?", *l.c.*, 5.

(82) Advies van de Raad van State nr. 30.416/3 van 25 maart 2003, *Parl. St. Kamer* 2002-03, nr. 679/2, 6. De Raad formuleert wel het voorbehoud dat de federale wetgever overeenkomstig de rechtspraak van het Arbitragehof m.b.t. de uitdrukkelijke motiveringswet, ook ten aanzien van besturen van Gemeenschappen en Gewesten regels ter bescherming van de bestuurde kan

.../...

verschillende toepassing kunnen krijgen in de verschillende wetgevingen, is daarom geen fundamenteel probleem – ofschoon het voor de burger uiteraard eenvoudiger zou zijn indien gelijkaardige regels zouden gelden op elk niveau. Essentieel is dat het bestuur bijvoorbeeld besluiten moet nemen binnen een redelijke termijn en dat de wet een aanwijzing geeft van wat als een redelijke termijn wordt beschouwd, niet of het nu concreet om een maand dan wel zeven weken gaat. Overigens blijkt dat met betrekking tot de openbaarheid van bestuur, de wetten, decreten en ordonnanties behoorlijk op elkaar inspelen.

19. Dezelfde problematiek speelt overigens in de verhouding tussen strikt interne bestuurshandelingen en bestuurshandelingen met een communautaire dimensie, bijvoorbeeld bij de toekenning van subsidies op basis van een Europees programma (83). Ook als er verschillen kunnen optreden bij de concrete invulling, zou over het wezen van de beginselen geen fundamenteel verschil mogen bestaan. Een codificatie zou wellicht de gelegenheid bieden om ook de Europeesrechtelijke eisen waaraan bestuurs-handelingen met communautaire dimensie zijn onderworpen te expliciteren (84) en waar nodig de invulling van de eigen beginselen daaraan aan te passen (85). In Nederland blijkt dat de Algemene Wet Bestuursrecht dit niet volkomen, maar toch in zekere mate heeft gedaan, voor het bestuursrecht in het algemeen, maar ook voor de beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder, bijvoorbeeld door de explicietere formulering van het evenredigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur (86).

.../...

vaststellen mits eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel; om potentiële bevoegdheidsconflicten te vermijden acht hij een afzonderlijke regeling niettemin aangewezen, 7-8. Zie over deze problematiek G. DEBERSAQUES en S. DE CLERCQ, *o.c.*, 63-67; J. DE STAERCKE, “Een algemeen decreet bestuursrecht in Vlaanderen? Een terreinverkenning bij wijze van inleiding”, in J. DE STAERCKE en J. VAN STEELANDT (ed.), *Een Algemeen Decreet Bestuursrecht in Vlaanderen?*, *o.c.*, 14-16; W. PAS, “Een Algemeen Decreet Bestuursrecht in Vlaanderen? Welke ruimte voor de decreetgever?”, 48-49 en E. VAN DE VELDE, *l.c.*, 1331.

(83) Zie art. 5.1.3. van het voorstel van algemene wet bestuursrecht, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 496/1, dat de voorgestelde regeling in dat geval niet van toepassing acht. Over subsidies in Europees perspectief, zie i.h.b. J.E.M. POLAK en W. DEN OUDEN, *Harmonisatie van bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, 112-150.

(84) Een codificatie van Europeesrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur zien J.E.M. POLAK en W. DEN OUDEN, *o.c.*, 90-91 nog niet binnen de eerste tien jaar gebeuren.

(85) Over mogelijke divergenties, zie G. DEBERSAQUES en S. DE CLERCQ, *o.c.*, 61-62; voor Nederland zie o.m. J.E.M. POLAK en W. DEN OUDEN, *o.c.*, 95. G. DEBERSAQUES en S. DE CLERCQ, *o.c.*, 53-55 bekritisieren overigens het gebrek aan aandacht in de Belgische rechtsleer en bij de Belgische wetgever voor deze communautaire dimensie van het bestuursrecht.

(86) J.E.M. POLAK en W. DEN OUDEN, *o.c.*, 94-103. Zie ook G. DEBERSAQUES en S. DE CLERCQ, *o.c.*, 59.

§ 2. De functies van algemene beginselen van behoorlijk bestuur

I. Garanties tegen overheidswillekeur

20. De westerse democratische rechtsstaat wil de ontwikkeling van de persoonlijke autonomie vrijwaren door enerzijds de staat de macht te geven om de samenleving op vreedzame wijze te organiseren en te beheersen, maar anderzijds machtsmisbruik en willekeur te verhinderen die de overheidsfuncties zouden afleiden van dit uiteindelijke doel van persoonlijke autonomie (87). In dat plan passen ook de beginselen van behoorlijk bestuur (88).

21. De democratische staat gaf in eerste instantie alle vertrouwen aan de democratisch verkozen wetgever. Het bestuurlijk optreden werd beperkt door het toegekend karakter en door de juridische en politieke controle op de naleving van wet en Grondwet. Het bestuursrecht is om die reden – in België maar ook elders – vooral gericht op legaliteitscontrole, eerder dan op de kwaliteit van de bestuurshandelingen (89). Naarmate het takenpakket van het bestuur omvattender en complexer wordt, de wetgever terugtreedt en het wettelijk kader steeds ruimer wordt, schiet de legaliteitscontrole tekort om particulieren tegen willekeurig bestuur te beschermen. Dat is het moment waarop de beginselen van behoorlijk bestuur relevant worden. De beginselen ‘compenseren’ het verlies aan rechtszekerheid door de terugtrekking van de wetgever (90).

(87) Zie i.h.b. R. BRUNNER, *Rechtsstaat tegen Totaalstaat*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1948, 286 p., die de rechtsstaat op die wijze onderscheidt van de totalitaire staat. Over de polariteit van het gezagsmotief en het vrijheidsmotief in de rechtsstaat zie S.W. COUWENBERG, *Modern constitutioneel recht en emancipatie van de mens*, Assen, Van Gorcum, 1979-1984, 4 delen.

(88) G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en de maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, 212 ziet de kernfunctie van beginselen van behoorlijk bestuur in de ordening van een samenleving waarin de emancipatie van het individu centraal staat.

(89) J. PONCE SOLÉ, *l.c.*, 1505.

(90) Over de zgn. “compensatietheorie” P. NICOLAÏ, *o.c.*, 211-216 en G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *o.c.*, 4-5. Zie ook J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap, o.c.*, 4; -, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, o.c.*, 1 en L.P. SUETENS, *l.c.*, 9-10. Deze evolutie biedt echter geen afdoende verklaring voor de beginselen van behoorlijk bestuur, aldus G. VAN DER HEYDEN, *o.c.*, 4-6 en 251-256 en in navolging daarvan L.M. VENY, J. DE MAERTELAERE en T. DE SUTTER, “De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en hun bijdrage tot een democratische werking van de overheid”, in M. ADAMS en P. POPELIER (ed.), *Recht en democratie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 644.

22. Deze beginselen doen geen afbreuk aan de inhoudelijke beoordelingsvrijheid die in steeds ruimere mate aan het bestuur wordt toegekend. Zij trachten wel door garanties die grotendeels betrekking hebben op de wijze waarop besluiten tot stand komen, te waarborgen dat de beslissingen die worden genomen redelijk zijn, dit is afgewogen en verantwoord, en dus niet willekeurig. Dat beginselen van behoorlijk bestuur vooral een garantie vormen tegen overheidswillekeur, wordt onder meer door VAN GERVEN beklemd: “in wezen gaan al deze beginselen van behoorlijk overheids-handelen terug op datgene wat de essentie van de Rechtsstaat is: het zichgebonden-weten van macht (...)” (91).

Hetzelfde motief is ook in andere landen terug te vinden. In Duitsland bijvoorbeeld zijn criteria voor de uitoefening van beoordelingsvrijheid afgeleid uit het gelijkheidsgebod en het daarin begrepen “Willkürverbot” (92). De Raad van Europa wijst expliciet op het belang van de beginselen van behoorlijk bestuur als garantie tegen overheidswillekeur (93).

II. De preventieve en de jurisdictionele waarborgfuncties

23. Beginselen van behoorlijk bestuur zijn er dus op gericht de burger te beschermen tegen overheidswillekeur.

In de rechtsleer kent men in dat verband twee functies toe aan de beginselen van behoorlijk bestuur (94). Als maatstaf voor het bestuur hebben zij een preventieve werking: zij bieden richtlijnen aan voor de wijze waarop het bestuur dient te functioneren. Als toetsingscriteria bieden zij rechtsbescherming aan de burger tegen onbehoorlijk bestuur.

24. Indien beginselen van behoorlijk bestuur het bestuur een slecht gevoel geven, wegens de “onzekerheid” ervan en de misbruiken bij de toepassing (95), dan werd in de loop der jaren wellicht te grote nadruk op de

(91) W. VAN GERVEN, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de administratieve praktijk van de Bankcommissie”, *l.c.*, 344.

(92) A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, *o.c.*, 50.

(93) Zie de considerans van en het “explanatory memorandum” bij aanbeveling R(80), *gecit.*

(94) P. NICOLAÏ, *o.c.*, 216-222 en 255; L.P. SUETENS, *l.c.*, 11. Zie ook W. KONIJNEN-BELT, *l.c.*, 37. Eveneens J. IN 'T VELD en N.S.J. KOEMAN, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1985, 2 beklemtonen dat de beginselen van behoorlijk bestuur ook een preventieve functie hebben, los van de rechterlijke toetsing.

(95) Zie J. VANDE LANOTTE, “Bestuursrecht: de rusteloze zoektocht naar eenvoud, stabiliteit en de macht van rechter en bestuur”, *l.c.*, 144 en W. DEBEUCKELAERE, *l.c.*, 154.

rechtsbeschermende functie gelegd en te weinig op de preventieve functie. De beginselen van behoorlijk bestuur kunnen niet enkel worden gelezen als een bloemlezing van rechtspraak met argumenten om een bestuursbeslissing aan te vechten. Zij vormen eveneens een handleiding besluitvorming voor het bestuur, met richtlijnen voor dat bestuur met betrekking tot het opzetten van een coherent beleid, met betrekking tot de concrete besluitvormingsprocedure en met betrekking tot de communicatie van een besluit (96). Naast de rechterlijke toetsing zijn ook bijvoorbeeld het ontwerpen van besluitvormingsprocedures die behoorlijk bestuur waarborgen, het sensibiliseren van bestuursfunctionarissen voor een code van goed bestuur en de controle door de ombud technieken om behoorlijk bestuur te realiseren (97).

III. De instrumentele functie

25. VAN DER HEIJDEN en in navolging daarvan VENY, DE MAERTELAERE en DE SUTTER onderscheiden naast de “waarborgende” functies ook nog een instrumentele functie (98). In die functie staat niet de rechtsbescherming centraal als compensatie voor het verlies aan waarborgen die door de wet worden geboden, maar wel het uitgangspunt van de ordening van de samenleving in het licht van de idee van de persoonlijke autonomie. Ook NICOLAÏ wijst erop dat de beginselen van behoorlijk bestuur “een aanknopingspunt vormen om aan de veranderende verhouding tussen bestuur en burger vorm te geven” in een tot sociale rechtsstaat geëvolueerde rechtsorde, waarin individuele en algemene belangen in acht worden genomen (99).

In dat opzicht is het motiveringsbeginsel een dragend beginsel: door de motivering geeft het bestuur aan dat zijn beslissing juridisch gegrond is en bovendien verantwoord is op grond van een afweging van individueel en collectief belang. Ook het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel zijn in deze belangrijk, omdat zij het bestuur ertoe dwingen een bepaald beleid uit te tekenen waarbinnen individuele beslissingen worden genomen.

(96) G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *o.c.*, 199 spreekt over een “checklist” aan de hand waarvan in een systeem van “procesbegeleiding” de juridische kwaliteit van de besluitvorming kan worden geoptimaliseerd.

(97) In die zin ook J. PONCE SOLÉ, *l.c.*, 1512 en 1528-1529.

(98) G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *o.c.*, 212-235; L.M. VENY, J. DE MAERTELAERE en T. DE SUTTER, *l.c.*, 643-646.

(99) P. NICOLAÏ, *o.c.*, 215-216.

26. Omdat in deze functie belangenafweging en verantwoording centraal staan, wordt duidelijk dat de beginselen van behoorlijk bestuur niet enkel de rechtsbescherming dienen, maar ook de democratische kwaliteit van het bestuursapparaat. Volgens DE GREEF garanderen de beginselen van behoorlijk bestuur zodoende “dat de burger op behoorlijke wijze kan participeren aan het bestuurlijk besluitvormingsproces” (100).

IV. Discretionaire en gebonden bestuursbeslissingen

27. In de rechtsleer wordt wel eens gesteld dat de beginselen van behoorlijk bestuur enkel toepassing vinden wanneer het bestuur over een discretionaire bevoegdheid beschikt (101). Ook de aanbeveling van de Raad van Europa over beginselen van behoorlijk bestuur spreekt uitdrukkelijk over de uitoefening van discretionaire bevoegdheden (102). Dat is alleszins de hypothese waarin de beginselen van behoorlijk bestuur het meest relevant worden (103).

DE STAERCKE legt de vraag voor of de beginselen toch niet van toepassing zouden zijn op beslissingen waarvan de inhoud door de wet wordt voorgeschreven, voor zover het gaat om procedurele beginselen. Hij besluit dat de burger in dat geval geen belang heeft om een schending in te roepen: “Wanneer de overheid slechts over een gebonden bevoegdheid beschikt, heeft de betrokkene geen belang bij het inroepen van de afwezigheid van motivering aangezien met of zonder motivering de beslissing toch dezelfde blijft” (104). Hetzelfde geldt – aldus de auteur – voor andere procedurele beginselen als bijvoorbeeld het recht van verdediging of het onpartijdigheidsbeginsel.

28. Toch is het belangrijk erop te wijzen dat het bestuur hoe dan ook de beginselen van behoorlijk bestuur dient na te leven, ook als blijkt dat de burger die een schending zou inroepen voor de rechter slechts een pyrrus-overwinning behaalt.

(100) S. DE GREEF, *l.c.*, 12; zie ook p. 13.

(101) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, o.c.*, 13-14.

(102) Aanbeveling R(80)2 “concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities”.

(103) Zie ook J. IN 'T VELD en N.S.J. KOEMAN, *o.c.*, 1-2.

(104) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, o.c.*, 14 en “Le principe de bonne citoyenneté”, *l.c.*, 79. Zie ook R.v.St., Bourdouxhe, nr. 68.265, 24 september 1997, die evenwel, maar slechts in ondergeschikte orde (“trouwens”), erop wijst dat de bestuurde het motief van de beslissing hoe dan ook kende.

De beginselen van behoorlijk bestuur hebben, zoals hierboven aangestipt, immers ook een preventieve waarborgfunctie en een instrumentele functie. Zo maakt de Uitdrukkelijke Motiveringswet – een (strengere) concretisering van het materiële motiveringsbeginsel – geen onderscheid tussen gebonden en discretionaire bestuursbeslissingen. In geval van gebonden beslissingen moet de beslissing verwijzen naar de toegepaste wet en een algemene overweging bevatten, aldus de Raad van State (105). De motivering heeft ook in dat geval zijn waarde: de bestuurde verneemt waarom het bestuur die bepaalde beslissing neemt, kan nagaan of de voorwaarden voor de toepassing van die wetsbepaling zijn vervuld en kan ervan worden overtuigd dat de beslissing niet zomaar *ad hoc* en willekeurig werd genomen. Precies daarom is de rechtspraak van het Arbitragehof die, met betrekking tot de bevoegdheidsvraag, de ratio van de Uitdrukkelijke Motiveringswet enkel op de jurisdictionele waarborgfunctie steunt, te eenzijdig (106).

Bovendien bieden de beginselen van behoorlijk bestuur ook waarborgen voor de gegrondheid van de inhoudelijke beslissing, bijvoorbeeld met betrekking tot de vraag of alle voorwaarden die tot een gebonden bevoegdheid leiden wel aanwezig zijn.

29. VAN DER HEIJDEN pleit in dat verband overigens voor een ruimere invulling van het begrip “discretionaire vrijheid” (107). In zijn concept is het niet langer zo dat de wet op de eerste plaats komt, die in subsidiaire orde enige ruimte geeft aan het bestuur om op te treden, maar heeft het bestuur vrijheid van handelen voor zover het niet begrensd wordt door de wetgever. Dat beeld laat beter toe te begrijpen dat ook in een context van gebonden bevoegdheden, er nog vrijheid van handelen kan bestaan waarin de eerbiediging van beginselen van behoorlijk bestuur relevant blijft.

§ 3. Aard van de rechterlijke toetsing

30. Met betrekking tot de jurisdictionele waarborgfunctie wordt in de rechtsleer de vraag voorgelegd of de rechter een volle dan wel slechts een marginale controle kan uitoefenen bij de toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur. Rechtsvergelijking geeft op die vraag geen eenduidig ant-

(105) R.v.St., De Bourck e.a., nr. 43.560, 30 juni 1993.

(106) Arbitragehof nr. 55/2001, 8 mei 2001, *B.S.* 28 juni 2001 en Arbitragehof nr. 128/2001, 18 oktober 2001, *B.S.* 7 december 2001.

(107) G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *o.c.*, 255-256.

woord: in Duitsland voeren de rechters een vrij intensieve evenredigheidstest door, in Groot-Brittannië blijkt de rechtspraak meer terughoudend (108).

Volgens LUST moet het rechterlijk toezicht steeds marginaal zijn omdat de rechter niet mag oordelen over de opportuniteit van een overheidsbeslissing (109). Volgens DE STAERCKE moet een onderscheid gemaakt worden tussen zogenaamde “inhoudelijke” en “procedurele” beginselen. Enkel voor de “inhoudelijke beginselen” geldt een marginale controle (110).

31. In de rechtsleer wordt wel vaker het onderscheid gemaakt tussen inhoudelijke en procedurele beginselen. In de praktijk is dat onderscheid vaak nogal kunstmatig.

Zo is er niet steeds overeenstemming tussen wat als “procedureel” en wat als “inhoudelijk” moet worden beschouwd en wordt eenzelfde beginsel – bv. het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel – voor dat doel soms gesplitst in een “inhoudelijk” en een “procedureel” aspect.

Bovendien kan eenzelfde beginsel op verschillende manieren worden gerealiseerd. Zo toont SCHONBERG aan dat legitieme verwachtingen in het Europese bestuursrecht op een eerder substantiële en in het Engelse bestuursrecht op een eerder procedurele wijze worden beschermd; in het Franse bestuursrecht wordt dan weer vaak naar een compenserende techniek gegrepen, die voorziet in schadevergoeding in geval van een schending van het legitiem vertrouwen (111).

Hoe dan ook lijkt de tweedeling in inhoudelijke en procedurele beginselen weinig meerwaarde te bieden. Zogenaamd procedurele beginselen zijn vaak garanties om ook een inhoudelijk faire beslissing tot stand te brengen. Zo blijkt uit Nederlands onderzoek dat de vernietiging van een besluit op

(108) F. STROINK, “Judicial control of the administration’s discretionary powers”, in R. BAKKER, A.W. HERINGA en F. STROINK (eds.), *Judicial Control*, Metro, 1995, 96.

(109) S. LUST, *Raad van State, afdeling administratie. Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, 141.

(110) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap, o.c.*, 12-13 en 15; -, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, o.c.*, 17-18 en -, “Le principe de bonne citoyenneté”, *l.c.*, 78-79.

(111) S. SCHONBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 270 p.

grond van zogenaamde “formele” beginselen, vaak aanleiding geeft tot een nieuw besluit dat ook inhoudelijk gunstiger is voor de verzoeker (112).

32. DE STAERCKE ziet het belang van het onderscheid in de aard van de rechterlijke controle. Volgens de auteur is er bij inhoudelijke beginselen slechts sprake van een marginale controle omdat de overheid over een discretionaire bevoegdheid beschikt bij het afwegen van belangen (113). Enkel een “kennelijke” inbreuk op het beginsel wordt dan bestraft. Bij de toetsing aan procedurele beginselen volstaat, aldus de auteur, de lichtste fout, omdat het in wezen gaat over de zorgvuldigheidsplicht zoals verwoord in de artikelen 1382 e.v. B.W. (114). Voor zover de zorgvuldigheidsplicht terugvalt op het criterium van de “*bonus pater familias*”, de normale vooruitziende en voorzichtige overheid, en dus wel een opportuniteitscriterium inhoudt, gaat het volgens de auteur niet meer om de toetsing aan een procedureel beginsel, maar om de toetsing aan het inhoudelijke redelijkheidsbeginsel (115).

33. Het komt ons nochtans voor dat bij de rechterlijke toetsing niet zozeer het onderscheid procedureel - inhoudelijk beginsel relevant is, maar veeleer de vraag of de rechter toetst aan een wetsbepaling die een concrete gedragsnorm voorschrijft dan wel een aan een (ongeschreven of in de wet neergelegd) algemeen rechtsbeginsel.

Een wetsbepaling die een bepaald gedrag voorschrijft of verbiedt is geschonden of niet geschonden.

De toetsing aan rechtsbeginselen daarentegen houdt steeds een bepaalde afweging in (116). Het is precies die afweging die de rechter zo dicht bij de grens tussen legaliteits- en opportuniteitscontrole brengt. Dat geldt ook voor de zogenaamde procedurele beginselen. Volgens DE STAERCKE behoort het rechtszekerheidsbeginsel tot de procedurele beginselen, maar de auteur geeft toe dat bijvoorbeeld het beginsel van de niet-retroactiviteit van bestuurshandelingen moet worden afgewogen tegen “andere beginselen of

(112) J. IN 'T VELD en N.S.J. KOEMAN, *o.c.*, 16.

(113) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap, o.c.*, 13.

(114) *Ibid.*, 14-16 en 32.

(115) *Ibid.*, 16.

(116) Zie over de werking van algemene rechtsbeginselen mijn thesis *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving, o.c.*, 14-15.

verplichtingen” (117). *Idem* wat bijvoorbeeld de hoorplicht betreft: “om redenen van spoed en efficiëntie kan de overheid ervan afwijken” (118). *Idem* wat bijvoorbeeld het onpartijdigheidsbeginsel betreft, dat slechts geldt “voor zover dit met de aard en de structuur van het betrokken orgaan verenigbaar is” (119). Zo wordt een inbreuk op dit beginsel niet zonder meer bestraft, maar afgewogen met onder meer de beginselen van de goede werking van de openbare dienst (120).

Bij de toetsing aan rechtsbeginselen gaat de rechter dus niet zonder meer na of een bepaald gedragsvoorschrift geschonden is, maar geeft hij een oordeel over een geheel aan feiten, beginselen en belangen, die tegen elkaar worden afgewogen en waarin aan het algemeen belang dat door het bestuur wordt gediend vanzelfsprekend een belangrijk gewicht toekomt.

§ 4. Plaats in de hiërarchie van de normen

34. Traditioneel heerste de – ook in sommige recente rechtsleer nog herhaalde – stelling dat algemene rechtsbeginselen weliswaar onduidelijkheden in de wet kunnen aanvullen en leemten kunnen opvullen, maar geen voorrang hebben op de wet, die steeds van een rechtsbeginsel kan afwijken (121). De rechtspraak van het Arbitragehof, dat wetten via het gelijkheidsbeginsel aan ongeschreven beginselen als het rechtszekerheidsbeginsel toetst, heeft duidelijk gemaakt dat die stelling niet onverkort kan blijven gelden. In de rechtsleer wordt vervolgens, naar Frans voorbeeld, vaak een onderscheid gemaakt tussen enerzijds “gewone” en anderzijds “grondwet-

(117) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap*, o.c., 43.

(118) *Ibid.*, 39. Zie verder I. OPDEBEEK, “Het recht van verdediging en het recht om zijn standpunt naar voor te brengen”, *l.c.*, 66-69.

(119) J. DE STAERCKE, *ibid.*, 41 met verwijzing naar rechtspraak van de Raad van State.

(120) P. VANSANT, “*Nemo iudex in causa sua* of het onpartijdigheidsbeginsel”, in *Behoorlijk ruimtelijk ordenen*, o.c., 226.

(121) Zie onder meer J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap*, o.c., 6; -, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, o.c., 2-3 en 9; -, “Een algemeen decreet bestuursrecht in Vlaanderen?”, *l.c.*, 20; -, “Le principe de bonne citoyenneté...”, *l.c.*, 75; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit”, *J.T.* 1970, 567; E. KRINGS, “Aspecten van de bijdrage van het Hof van Cassatie tot de rechtsvorming”, *Arr. Cass.* 1990, 9-12 en M. VAN HOECKE, “De algemene rechtsbeginselen als rechtsbron”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 5. Zie ook Arbitragehof nr. 32, 29 januari 1987, *A.A.* 1987, 17; Cass. 13 september 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 51; R.v.St., Gutmacher, nr. 22.540, 15 oktober 1982.

telijke” rechtsbeginselen (122). Beginselen van behoorlijk bestuur zouden dan onder de categorie van de gewone rechtsbeginselen vallen, die ondergeschikt zijn aan de wet (123).

35. Dat onderscheid kan moeilijk worden volgehouden. Alleen al de vaststelling dat elk rechtsbeginsel is afgeleid uit een fundamenteel rechtsprincipe, dat juist via de algemene rechtsbeginselen tot uiting komt, geeft aan *alle* rechtsbeginselen een grondwettelijke status (124). Het is niet duidelijk volgens welk criterium een beginsel wordt ondergebracht in de ene dan wel in de andere categorie. Volgens BOSSUYT moet een beginsel “gedekt” zijn door een grondwetsbepaling om grondwettelijke waarde te krijgen (125), maar dat belet haar niet om aan het rechtszekerheidsbeginsel grondwettelijke waarde toe te kennen (126). Beginselen als het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel die wel onder de noemer van grondwettelijke beginselen vallen (127), gelden evengoed als beginselen van behoorlijk bestuur.

Bovendien is het niet omdat de beginselen van behoorlijk bestuur tot het bestuur zijn gericht, en dit bestuur ondergeschikt is aan de wetgever, dat

(122) A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 88; A. BOSSUYT, *l.c.*, 1643-1648; F. DUMON, “Artikel 95 G.W.”, in X, *Gerechtigd recht? Artikels-gewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 38; M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Brussel, Bruylant, 1987, 166; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 47-48; L.P. SUETENS, *l.c.*, 5 en 22; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, “Enkele knelpunten in de hiërarchie van de rechtsnormen”, in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 72 e.v. Dat is blijkbaar ook de visie van het Hof van Cassatie, zie het *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-2003*, www.cass.be, 127-129.

(123) J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *l.c.*, 73-74 en L. VENY, S. CASTELAIN en B. VERBEECK, *Grondslagen van Publiek Recht*, Gent, Vanden Broele, 2003, 230. Zie meest recent over de louter wettelijke waarde van beginselen van behoorlijk bestuur J. DE STAERCKE, “Beginselen van behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen”, *NjW* 2004, 1406-1415. Eveneens *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-2003*, www.cass.be, 129.

(124) Voor een meer uitgebreide bespreking zie P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, o.c., 16-21. Zie ook P. VAN ORSHOVEN, “Non scripta, sed nata lex”, in *Algemene rechtsbeginselen*, o.c., 76 en “Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken”, in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, o.c., 32 e.v. Contra J. DE STAERCKE, “Beginselen van behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen”, *l.c.*, 1414-1415, die pas bereid is *grondwettelijke* waarde toe te kennen aan beginselen van behoorlijk bestuur indien ze eerst mee door de wetgever nader omlind zijn, zoals bijvoorbeeld voor de motiveringsplicht is gebeurd.

(125) A. BOSSUYT, *l.c.*, 1643.

(126) *Ibid.*, 1645.

(127) Aldus L.P. SUETENS, *l.c.*, 22-25.

meteen ook de beginselen van behoorlijk bestuur ondergeschikt zijn aan de wet. Beginselen die de werking van een staatsorgaan als het bestuur beheersen, kunnen evengoed van grondwettelijke aard zijn. Het valt moeilijk aan te nemen dat de wetgever het bestuur zou kunnen toelaten of zelfs verplichten om te handelen in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur en dus om onredelijk, willekeurig gedrag te vertonen ten aanzien van de particulier (128). Dat blijkt uit de rechtspraak van zowel het Arbitragehof (129) als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

36. In arrest nr. 147/2004 roept de verzoeker de schending in van, onder meer, “het” beginsel van behoorlijk bestuur. Het Arbitragehof laat niet blijken dat een formele wet niet gebonden zou zijn aan een beginsel van behoorlijk bestuur, maar beperkt zich tot de vaststelling dat het Hof niet bevoegd is om te antwoorden op de *rechtstreekse* schending van “het” beginsel van behoorlijk bestuur (130). In arrest nr. 86/2005 wordt een schending van onder meer het beginsel van behoorlijk bestuur, ingeroepen in samenhang met de artikelen 10 en 11 G.W., niet afgewezen, maar ook niet uitdrukkelijk aanvaard: het Arbitragehof verwijst ter beoordeling naar een ander, samenhangend middel (130bis).

In andere arresten toetst het Arbitragehof evenwel op een minder expliciete manier formele wetgeving aan specifieke beginselen van behoorlijk bestuur. Het Hof maakt duidelijk dat de wetgever niet mag verhinderen dat bestuursmaatregelen worden uitgevaardigd op grond van een gemotiveerde belangenafweging, zoals wordt voorgeschreven door de beginselen van behoorlijk bestuur.

37. Dat bleek uit het oordeel van het Hof over het Franse Gemeenschapsdecreet dat een automatische preventieve schorsing invoerde van

(128) Eveneens W. PAS, “Een algemeen Decreet Bestuursrecht in Vlaanderen? Welke ruimte voor de deroetgever?”, *l.c.*, 48.

(129) Contra J. DE STAERCKE, “Beginselen van behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen”, *l.c.*, 1411-1413. Zijn opmerkingen worden in de hier volgende bespreking behandeld. De auteur vindt bovendien in het arrest van het Arbitragehof nr. 40/99, 30 maart 1999, *B.S.* 29 april 1999 niet terug dat de wetgever hoe dan ook de beginselen van behoorlijk bestuur moet eerbiedigen, 1411. Daarmee weerlegt hij een stelling die nergens werd geponoerd. In de door hem aangehaalde passage citeerde ik dit arrest enkel ter illustratie van de zin dat “de wet niet zomaar zodanig kan worden geïnterpreteerd dat zij afwijkt van een beginsel van behoorlijk bestuur” en volgde pas daarna de stelling dat bovendien de wetgever hoe dan ook de beginselen van behoorlijk bestuur moet eerbiedigen, met daarop volgend de argumentatie voor die stelling, zie P. POPELIER, “Beginselen van behoorlijk bestuur in de ruimtelijke ordening en stedenbouw”, *l.c.*, 8. (130) Arbitragehof nr. 147/2004, 15 september 2004, *B.S.* 5 oktober 2004. (130bis) Arbitragehof nr. 86/2005, 4 mei 2005, *B.S.* 24 mei 2005.

leerkrachten die in verdenking zijn gesteld of worden beschuldigd van zedenfeiten gepleegd op minderjarigen of op minderjarige of meerderjarige leerlingen van de school waar zij hun ambt uitoefenen. Volgens het Hof was dit “een ernstige maatregel voor de persoon die het voorwerp ervan is. Die maatregel moet dus steeds gebaseerd zijn op motieven die *in concreto* beoordeeld worden ten aanzien van de in het geding zijnde hogere belangen, hier meer in het bijzonder de belangen van de kinderen en van het onderwijs. De toetsing van die motieven – alsmede van het regelmatig karakter van de procedure – door de rechter vormt een fundamentele waarborg voor de betrokkene”. De decreetgever werd gelaakt omdat hij “elke beoordelingsbevoegdheid *in concreto* van een overheid en met name van de inrichtende macht (heeft) uitgesloten en bijgevolg in samenhang ermee, op aanzienlijke wijze de controle (heeft) beperkt die door een rechter zou kunnen worden uitgeoefend ten aanzien van de motieven die aan de administratieve maatregel ten grondslag liggen” (131).

Volgens DE STAERCKE behelst dit arrest enkel een toetsing van het decreet aan het gelijkheidsbeginsel: “Wat immers als de regelgever een (aspect van een) beginsel van behoorlijk bestuur op *algemene wijze regelt* zodat de regeling in beginsel op alle burgers van toepassing is? (...) In dat geval is er geen schending van het gelijkheidsbeginsel, en is het perfect mogelijk dat de wetgever de beginselen regelt, en van beperkingen en uitzonderingen voorziet” (132). Dat het Arbitragehof in dat geval geen ongrondwettigheid zou kunnen vaststellen, heeft echter alles te maken met de beperkte bevoegdheden van het Arbitragehof, en impliceert geenszins dat de wetgever *niet* de beginselen van behoorlijk bestuur zou moeten respecteren.

38. Ook uit andere rechtspraak blijkt dat de wetgever gebonden is door beginselen van behoorlijk bestuur. Met betrekking tot het decreet dat een einde stelde aan de zogenaamde “opvullingsregel” in de ruimtelijke ordening en stedenbouw oordeelde het Arbitragehof dat de decreetgever niet door het bestuur gewekte legitieme verwachtingen had geschonden, omdat het bestuur vrij regelmatig afwijkingen had toegestaan, en de toepassing van de opvullingsregel geen “automatisme” was geworden, getuige hiervan de weigering van deze toepassing aan verschillende verzoekers (133).

(131) Arbitragehof nr. 2/2000, 19 januari 2000, *B.S.* 3 maart 2000.

(132) J. DE STAERCKE, “Beginselen van behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen”, *l.c.*, 1413.

(133) Arbitragehof nr. 40/95, 6 juni 1995, *B.S.* 4 augustus 1995; Arbitragehof nr. 56/95, 12 juli 1995, *B.S.* 29 augustus 1995; Arbitragehof nr. 24/96, 27 maart 1996, *B.S.* 26 april 1996.

Volgens DE STAERCKE gaat het ook hier louter om een toetsing van decreten aan het gelijkheidsbeginsel (134). Wanneer men de redenering van het Arbitragehof *a contrario* beschouwt, kan men er evenwel uit afleiden dat wanneer het bestuur wel degelijk legitieme verwachtingen had gewekt, de decreetgever daarmee had moeten rekening houden, ook al is het bestuur ondergeschikt aan de wetgever. Om die reden overigens vormden de uitzonderingsmaatregelen ten voordele van personen die wel legitieme verwachtingen hadden, geput uit bijvoorbeeld individuele, schriftelijke toezeggingen dat de opvullingsregel op een bepaalde manier zou worden toegepast, géén schending van het gelijkheidsbeginsel.

39. Ten slotte blijkt uit de rechtspraak van het Arbitragehof dat ook de kennisgeving van individuele besluiten een beginsel is waaraan de wetgever geen afbreuk mag doen. In een prejudiciële vraag werd artikel 23 van de wet van 17 april 1835 bekritiseerd, dat voorziet in een bekendmaking bij aanplakking in de gemeente van een bericht, dat het bestuur onteigende gronden kan wederverkopen omdat de gronden die onteigend werden voor werken van algemeen nut niet de vereiste bestemming hebben gekregen. Het bericht doet een termijn van drie maanden ingaan waarin de vroegere eigenaars een recht van terugkoop kunnen doen gelden. In de prejudiciële vraag werden deze vroegere eigenaars vergeleken met alle andere bestuursinstellingen die het voorwerp uitmaken van een individuele bestuurshandeling: voor andere bestuursinstellingen kan dergelijke handeling hen niet worden tegengeworpen zonder voorafgaande individuele kennisgeving. Het Arbitragehof oordeelde dat de ontstentenis van individuele kennisgeving afbreuk doet aan “het algemeen beginsel volgens hetwelk een administratieve handeling met individuele strekking dient te worden meegedeeld aan de betrokken persoon” en dat de aangevochten bepaling om die reden ongrondwettig was (135). Het Arbitragehof oordeelde evenwel dat de wet ook in samenhang met die van 27 mei 1870 kon worden gelezen, waardoor de individuele kennisgeving wel verplicht blijkt. In die interpretatie zag het Hof geen strijd met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

40. Ook uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat de wetgever niet zomaar afbreuk mag doen aan de beginselen van behoorlijk bestuur.

(134) J. DE STAERCKE, “Beginselen van behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen”, *l.c.*, 1413.

(135) Arbitragehof nr. 64/2004, 28 april 2004, *B.S.* 25 juni 2004 (2de ed.).

Het Hof beklemtoont dat het regelgevend raamwerk dat de wetgever tot stand brengt binnen zijn beleidsvrijheid, procedurele waarborgen voor het individu moet inhouden. *In casu* oordeelde het dat de kwetsbare positie van zigeuners als een minderheid met zich meebrengt dat wetgeving en bestuursbeslissingen bijzondere aandacht moeten schenken aan hun specifieke behoeften en levensstijl. Zo mag de wet niet zomaar bevoegdheid geven aan het bestuur om zigeuners uit te zetten zonder dat dergelijke beslissing moet worden gemotiveerd door argumenten die door een onafhankelijke rechter kunnen worden gecontroleerd (136).

Het Hof wijst er voorts op dat wanneer het bestuur optreedt in een materie van algemeen belang – *in casu* huur en huisvesting –, het moet handelen op het juiste ogenblik en op gepaste en consistente wijze. Het Hof noemt in dat verband in het bijzonder het vertrouwensbeginsel. Onzekerheid voortvloeiend uit wetgeving, bestuursmaatregelen of administratieve praktijken is een factor waarmee het Hof rekening houdt bij de beoordeling van het overheidsoptreden in het licht van het verdrag (137).

41. DE STAERCKE tracht de stelling dat beginselen van behoorlijk bestuur ondergeschikt zijn aan de wet te onderbouwen aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat niet toelaat dat het bestuur met verwijzing naar deze beginselen een beslissing *contra legem* neemt (138). De rechtspraak van het Hof van Cassatie is inderdaad in die zin. Een uitzondering daarop, het in de rechtsleer druk besproken arrest van 27 maart 1992 (139), wordt door de auteur weggewuifd: “In het concrete geschil ging het om de toepassing tegen een koninklijk besluit”.

Bij koninklijk besluit werd inderdaad voorgeschreven welke gegevens de facturen moeten vermelden om een wettige titel uit te maken voor het recht op aftrek van effectief betaalde B.T.W. Een garagist had dit gedurende jaren niet helemaal gevolgd maar het bestuur had de facturen steeds aanvaard als wettige titel, tot het moment waarop het de B.T.W. niet kon recupereren van de eigenlijke belastingplichtige en het zich met terugwerkende kracht verhaalde op de garagist. Het Hof van Cassatie zag ruimte voor een toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel, volgens hetwelk de terugvordering

(136) Hof Mensenrechten, arrest Connors / VK, 27 mei 2004.

(137) Hof Mensenrechten, arrest Hutten-Czapska / Polen, 22 februari 2005, i.v.m. art. 1 Eerste Protocol E.V.R.M.

(138) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, o.c.*, 3-9 en “Beginselen van behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen”, *l.c.*, 1409-1411.

(139) Cass. 27 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991, 727.

met terugwerkende kracht niet aanvaardbaar was, en het legaliteitsbeginsel, volgens hetwelk de wet moet worden toegepast (140). Het is wel degelijk de wet die het fiscaal bestuur voorschrijft, als een gebonden bevoegdheid, om onwettig toegekende voordelen terug te vorderen. Het ging dus niet om de vraag naar de naleving van het K.B. – het fiscaal bestuur diende dit voor de toekomst ook na te leven; alleen moest de garagist in kennis worden gesteld van de gebreken op zijn facturen – maar om de vraag naar de naleving van de wetsbepaling die terugvordering voor het verleden eist.

Hoe dan ook is dit een uitzonderingsarrest en is de vaste lijn in de rechtspraak van het Hof van Cassatie dat het bestuur niet wordt geacht beginselen van behoorlijk bestuur *contra legem* toe te passen.

42. Die rechtspraak bewijst evenwel nog niet dat beginselen van behoorlijk bestuur ondergeschikt zijn aan de wet. In al deze gevallen ging het immers om de vraag of het bestuur een welbepaalde beslissing kan nemen die in strijd is met de wet, op grond van beginselen van behoorlijk bestuur, die zelf, als “beginselen”, geen concreet gedrag voorschrijven. Dat de wet zelf, als algemene rechtsregel, in strijd zou zijn met een beginsel van behoorlijk bestuur, werd in die casussen echter niet beweerd.

Uit boven geciteerde rechtspraak van het Arbitragehof en van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat wetgeving, als zodanig en in haar algemeenheid, niet in strijd mag zijn met de beginselen van behoorlijk bestuur, doordat zij toelaat of zelfs oplegt dat het bestuur in zijn algemene beslissingspraktijk die beginselen negeert, of doordat zij zonder rechtvaardiging of compensatie een maatregel zou neerleggen die het gewettigd vertrouwen, ontstaan op grond van de voorafgaande (en wettige) bestuurspraktijk, zou schenden.

Daaruit volgt dat de formele wet wel degelijk ondergeschikt is aan de beginselen van behoorlijk bestuur en daar niet zonder meer van mag afwijken. De gewone en de administratieve rechter zijn in principe evenwel niet bevoegd om de formele wet aan de beginselen van behoorlijk bestuur te toetsen, tenzij het tevens gaat om een schending van een verdragsbepaling. In de regel zal dergelijke schending door het Arbitragehof en in samenhang met artikel 10-11 G.W. worden vastgesteld.

(140) Zie ook D. D’HOOGHE, “Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid”, *R.W.* 1993-94, 1096.

HOOFDSTUK 2. HET TOEPASSINGSGEBIED VAN DE BEGINSLEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR

Prof. dr. Frederik Vandendriessche
Docent UAntwerpen
Deeltijds doctorassistent UGent
Advocaat Stibbe

§ 1. Inleiding

43. In de rechtspraak en rechtsleer zijn talloze definities en indelingen terug te vinden van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (hierna afgekort als “ABBB”). Veel minder aandacht is voorsnog besteed aan het toepassingsgebied van die beginselen: op welke personen en/of op welke handelingen zijn de ABBB naar Belgisch recht (141) toepasselijk?

De vraag zou schijnbaar vrij gemakkelijk kunnen worden beantwoord door de “*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*” taalkundig te ontleden. De ABBB zijn dan die algemene rechtsbeginselen die toepasselijk zijn op iedere bestuurshandeling. Die benadering is vrees ik te eenvoudig. Deze definitie verschuift slechts het probleem naar de vraag welke handelingen dan “bestuurshandelingen” zijn. Bijkomend is het nog maar de vraag of zich trouwens (ook) geen organieke benadering van het toepassingsgebied opdringt. Moet m.a.w. niet veeleer gekeken worden naar de aard van de betrokken persoon – die men dan als “bestuur” moet kwalificeren – dan naar het bestuursgehalte van de handeling?

44. In deze bijdrage worden de (eerder schaarse) elementen van antwoord uit de rechtspraak en rechtsleer op die vragen samengebracht.

(141) Er wordt niet ingegaan op de vraag naar de toepasselijkheid van de ABBB op internationaal niveau of in de Europeesrechtelijke context. Voor nadere duiding ter zake kan worden verwezen naar de bijdragen van P. POPELIER en K. LENAERTS in dit boek. Evenmin wordt hier ingegaan op de vraag in welke mate burgers in hun relatie met de overheid eveneens gebonden zijn door bepaalde beginselen. Ter zake kan o.m. worden verwezen naar J. CONRADT, “Les principes de bonne administration dans la jurisprudence du Conseil d’Etat”, *A.T.P.* 1999, 283-284 en J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 9-17 (en de aldaar aangehaalde rechtsleer).

Uitgegaan wordt van de vaststelling dat een algemene wettelijke omschrijving van het toepassingsgebied van de ABBB ontbreekt (§ 2).

Bij gebrek aan een algemene wettelijke definitie, wordt de aandacht vervolgens gericht op de rechtspraak en de rechtsleer (§ 3). Ook de (gepubliceerde) rechtspraak en rechtsleer die zich over dit vraagstuk uitspreekt, is – zo blijkt – evenwel beperkt.

Gesteund op de doelstellingen die aan de ABBB ten grondslag liggen, wordt daarom een eigen benadering van het toepassingsgebied voor de ABBB aangereikt (§ 4).

§ 2. Geen wettelijk bepaald toepassingsgebied voor de ABBB

45. Een eerste vaststelling die zich opdringt bij het onderzoeken van het toepassingsgebied van de ABBB, is het ontbreken van een wettelijke afbakening.

Dit ontbreken van enige codificatie van het toepassingsgebied is, in het licht van de aard en herkomst van deze beginselen, een evidentie. De ABBB zijn in België immers ontstaan in de rechtspraak en rechtsleer, geïnspireerd door de ontwikkelingen in het Nederlandse recht en in navolging van de Franse “*principes généraux du droit*”. De doorbraak van de ABBB is in de eerste plaats een reactie van die rechtspraak en rechtsleer op de verruiming van het overheidsoptreden en de groeiende discretionaire beslissingsbevoegdheid van die overheid. Waar de regelgever in gebreke bleef om uitdrukkelijke formele en inhoudelijke grenzen te stellen aan die bevoegdheids- en machtsuitbreiding, heeft de rechtspraak zelf remmende en sturende beginselen afgeleid uit het geheel van de bestaande regelgeving en de grondslagen van ons rechtssysteem (142).

Aangezien de ABBB in origine een vinding zijn van de rechtspraak in antwoord op het ontbreken van een uitgewerkte wettelijke regeling, is het logisch dat in die wetgeving het toepassingsgebied (laat staan een coherent

(142) Zie in die zin o.m. J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 3-4; L.P. SUETENS, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning” in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 4-7; A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 1-3.

en gedetailleerd uitgewerkt toepassingsgebied) van de ABBB evenmin terug te vinden valt.

Toch drie bedenkingen.

46. Inmiddels zijn de ABBB hun kinderschoenen ontgroeid. De ABBB zijn weliswaar nog van relatief recente datum (143). Toch hebben ze in het Belgisch recht een onbetwistbare plaats verworven en bepalen zij in belangrijke mate mee het overheidsoptreden en het toezicht op dit optreden. Rechtspraak en rechtsleer hebben de beginselen bovendien in belangrijke mate geconcretiseerd en verfijnd. In die context werd in het verleden reeds terecht de vraag gesteld naar de noodzaak/wenselijkheid van een wettelijke verankering en codificatie van de ABBB én van hun toepassingsgebied (144).

Zonder hier uitgebreid bij te blijven stilstaan (145), lijkt dergelijke codificatie mij – in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel en het belang van de ABBB voor de rechtspraak en de burger – alvast voor het toepassingsgebied minstens (146) wenselijk.

Bij die codificatie zullen de regelgever(s) (147) zich niet mogen beperken tot algemene of vage begrippen, zoals “publiekrechtelijk rechtspersoon”, “overheid” of “bestuurshandeling”. Een dergelijke werkwijze zou op gespannen voet staan met de vereisten van een duidelijke regelgeving en de rechtszekerheid. Evenmin kunnen kwalificaties uit andere regelgeving zoals bv. het begrip “administratieve overheid” in de zin van art. 14 R.v.St.-Wet (148), zonder meer worden overgenomen. De doelstellingen en over-

(143) In Nederland wordt hun doorbraak gesitueerd in 1952, terwijl in België de ABBB vooral sinds de jaren 70 opgang hebben gemaakt (zie L.P. SUETENS, *l.c.*, 4 en A. VAN MENSEL, *o.c.*, 3).

(144) L.P. SUETENS, *l.c.*, 18-19.

(145) Zie ter zake meer uitgebreid de bijdrage van E. VAN DE VELDE in dit boek.

(146) Uit de vereisten van een duidelijke en rechtszekere regelgeving, zou desgevallend zelfs een verplichting afgeleid kunnen worden voor de regelgever om tot een concretisering en codificering van het toepassingsgebied van de ABBB over te gaan (vgl. F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 161-165).

(147) Er wordt niet ingegaan op de complexe vraag naar de bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid, de Gemeenschappen en Gewesten om ter zake regelgevend op te treden. Zie hierover de bijdrage van E. Van de Velde.

(148) Zie over de problemen die uit dergelijke gelijkschakeling kunnen voortvloeien en de vragen die hierbij rijzen L. VENY, “Vrije inrichtende machten en de Raad van State: scheidende wegen!”, *C.D.P.K.* 2001, 336.

wegingen die de keuze van de wetgever voor die begrippen en de invulling ervan door de rechtspraak bepalen, stemmen immers niet (noodzakelijk) overeen met de doelstellingen van de ABBB. Daarentegen zal de regelgever het toepassingsgebied van de ABBB aan de hand van concrete criteria, waarvan de aard en de onderlinge verhouding in het licht van de specifieke doelstellingen van de ABBB worden vastgesteld, moeten aflijnen.

47. Bij het verankeren van het toepassingsgebied van de ABBB in de regelgeving, is verder een specifieke plaats voor te behouden voor het gelijkheidsbeginsel.

• Door zijn opname in artikel 10 van de Grondwet, heeft dit beginsel voor eerst een onbetwistbare (149) grondwettelijke waarde. Het beginsel is bovendien in tal van internationale verdragen en reglementeringen (niet het minst in de Europese Verdragsbepalingen en richtlijnen) opgenomen, vaak met hieraan een eigen specifiek toepassingsgebied gekoppeld (150). Het staat de Belgische regelgevers derhalve allerminst vrij om het toepassingsgebied van dit beginsel te gaan bepalen (lees vooral: in te perken).

48. Ten slotte zal de regelgever bij het vastleggen van het toepassingsgebied oog moeten hebben voor specifieke, ruimere en meer concrete verplichtingen die kunnen overlappen met het toepassingsgebied van de “algemene” ABBB. Er zal m.a.w. over gewaakt moeten worden dat de codificatie van het toepassingsgebied van de ABBB niet wordt aangegrepen om (het toepassingsgebied van) die specifieke regelingen – die vaak een eigen historiek en verantwoording kennen – te beperken. Via opname van een bepaling in de zin “*dat dit toepassingsgebied geldt onverminderd andere regelingen die een ruimer toepassingsgebied vaststellen*”, kan hieraan worden verholpen.

(149) Zie over de eventuele grondwettelijke waarde van de ABBB o.m. J. DE STAERCKE, “Beginselen van behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen”, *NjW*, 2004, 1406-1415; L.P. SUETENS, *l.c.*, 24-25; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, “Enkele knelpunten in de hiërarchie van de rechtsnormen”, in X., *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 70-74; P. VAN ORSHOVEN, “Recente ontwikkelingen van Publiek Recht. Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken over de grondwettelijke waarde van de publiek- en privaatrechtelijke beginselen”, in X., *Recht in beweging*, Leuven, K.U.Leuven, 2002, 31-57 en de bijdrage van P. POPELIER in dit boek.

(150) Bij wijze van voorbeeld kan worden verwezen naar de verplichting opgenomen in de Europese aanbestedingsrichtlijnen voor “aanbestedende diensten” om “ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen” (art. 2 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 en art. 10 van Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004). Het begrip “aanbestedende diensten” waarop dit gelijkheidsbeginsel wordt toegepast, wordt in diezelfde richtlijnen gedetailleerd uitgewerkt.

§ 3. *Enkele stemmen uit de rechtspraak en rechtsleer*

49. Welke zijn, bij afwezigheid van een wetgevend optreden, de indicaties die met betrekking tot het toepassingsgebied te putten zijn uit de rechtspraak en rechtsleer? Een zoektocht in rechtsleer en rechtspraak naar het antwoord op die vraag levert bedroevend weinig duidelijke en concrete resultaten op.

50. In de rechtsleer is vooral gediscussieerd over de zin en onzin van een onderscheid tussen de ABBB enerzijds en algemene beginselen van behoorlijk handelen anderzijds. De vraag die aan de orde werd gesteld, was dan veeleer of er wel een scheidingslijn rond de ABBB kan worden getrokken en veel minder hoe die begrenzing er in voorkomend geval moet uitzien (151).

Ter zake kan worden ingestemd met het uitgangspunt dat de ABBB onderdeel zijn van een ruimere categorie van beginselen van behoorlijk handelen (152). Tegelijkertijd blijft m.i. een afzonderlijke categorisering voor de ABBB verantwoord en noodzakelijk. Er kan hier niet ingegaan worden op de maatschappelijke en juridische evoluties (153) die leiden tot een toenadering tussen publiek- en privaatrecht en – ongetwijfeld – ook tot een vervaging van het onderscheid tussen de ABBB en de (overige) algemene beginselen van behoorlijk handelen. Toch is het niet omdat de grens tussen het publieke en het private vervaagt, dat beiden volledig gelijkgeschakeld kunnen worden. Het uitvoeren van een taak, met collectieve middelen, die door de gemeenschap van essentieel belang wordt geacht, moet met de nodige waarborgen worden omgeven om de uitvoering ervan te allen tijde en desnoods met dwang te verzekeren. Om een willekeurige aanwending van die dwang, een behoorlijke vervulling van die taken en een goede aanwending van de collectieve middelen te waarborgen, dringen zich nog steeds bijzondere jurisdictionele en bestuurlijke toezichtregelen en verplichtingen op, waaronder ook de ABBB.

(151) Zie o.m. L.P. SUETENS, *l.c.*, 15-16; M. VAN DAMME, "Goede trouw van burger en bestuur", *R.W.* 1989-90, 1107-1121; W. VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijk handelen", *R.W.* 1982-83, 961-978.

(152) Zie in die zin o.m. F. DEBAETS, "De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht", *T.B.P.* 1988, 644.

(153) Het betreft o.m. de vermondiging van de burger, de uitbreiding van het takenpakket van de overheid en de publiek-private samenwerking (zie hierover F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 40-51).

Blijft dan de vraag wanneer een optreden, een taak of een persoon een voldoende “overheidsgehalte” vertoont om er de ABBB op toe te passen.

51. Zowel in de arresten van de Raad van State als in de rechtspraak van de hoven en rechtbanken komt men meestal niet verder dan het zonder meer poneren dat de ABBB toepasselijk zijn op een welbepaald persoon of een welbepaalde handeling.

Voor de rechtspraak van de Raad van State spreekt dit ontbreken van een doorgedreven onderzoek naar de toepasselijkheid van de ABBB voor zich. Conform art. 14 R.v.St.-Wet is de Raad immers enkel bevoegd om zich uit te spreken over de “*akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden*”, alsook over “*de beslissingen inzake overheidsopdrachten en personeel van de organen van de wetgevende en de rechterlijke macht*”. Zoals verder wordt toegelicht, zijn al deze beslissingen m.i. onderworpen aan de ABBB. De vraag naar de toepasselijkheid van de ABBB valt hierdoor voor de Raad van State samen met de vraag naar zijn bevoegdheid. Aangezien de bevoegdheidsvraag in beginsel (154) aan de beoordeling ten gronde voorafgaat, dringt zich dan ook zelden de noodzaak op voor een uitgebreid onderzoek naar het toepassingsgebied van de ABBB.

52. Maar ook in de (gepubliceerde) rechtspraak van de hoven en rechtbanken zijn nauwelijks aanknopingspunten te vinden voor een nadere afbakening van dit toepassingsgebied. Doorgaans wordt onmiddellijk overgeschakeld naar de gevolgen van de toepasselijkheid van de ABBB, zonder eerst in te gaan op de toepasselijkheid van die beginselen.

Deze handelwijze is allicht te verklaren doordat de meeste personen en handelingen waarover de burgerlijke rechters zich hebben moeten uitspreken duidelijk als overheden of (eenzijdige) overheidshandelingen vielen te kwalificeren: fiscale administraties, gemeenten, beslissingen van sociale zekerheidsinstellingen, ... Voor zover mij bekend is, hebben de burgerlijke rechtbanken zelden de kans gekregen om zich uit te spreken over “grensgevallen”.

(154) Uitzonderlijk gaat de Raad van State toch eerst over tot een beoordeling ten gronde, met name indien deze beoordeling uitwijst dat het verzoek in ieder geval moet worden verworpen. Op die wijze kan de Raad van State soms vermijden om – vooral in het kader van schorsingsprocedures – complexe of delicate bevoegdheidsvraagstukken uit te spitten.

Een voorbeeld van dergelijk grensgeval is terug te vinden in een arrest van 26 april 1996 van het Arbeidshof van Brussel (155). In dit arrest komt het Hof – evenwel zonder nadere motivering – tot het besluit dat een vrije hogeschool in een loongeschil met een personeelslid het rechtszekerheidsbeginsel heeft geschonden. Als verantwoording voor de toepasselijkheid van dit beginsel op een vrije onderwijsinstelling wordt enkel meegegeven dat “de overheid” verplicht is om opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen van de burger in de regel te honoreren. Een ander voorbeeld biedt een vonnis van 6 maart 2001 van de Vrederechter van Grâce-Hollogne (156). Hierin wordt een sociale huisvestingsmaatschappij in de relatie met haar huurders onderworpen aan de verplichtingen van behoorlijk bestuur, waaronder de verplichting tot fair play en objectiviteit. Opnieuw wordt echter niet verduidelijkt waarom deze vennootschappen onderworpen worden aan de ABBB. In een cassatiearrest van 21 maart 1994 (157) werd dan weer besloten dat vrije onderwijsinstellingen in beginsel niet onderworpen zijn aan de ABBB in hun contractuele relaties. Ook in dit arrest (dat hieronder nader wordt besproken) valt voor dit oordeel echter weinig nadere motivering terug te vinden.

Zeer zeldzaam blijken dan ook de uitspraken van burgerlijke rechtbanken die handelen over twijfelgevallen en waarin wordt gemotiveerd waarom een persoon of handeling aan de ABBB wordt onderworpen. Ter zake zijn me slechts een vonnis van de Vrederechter van Ciney van 9 november 1988 (158) en een vonnis van de Vrederechter van Leuven van 30 mei 2000 (159) bekend. Beide vonnissen hadden opnieuw betrekking op de verhouding tussen een sociale huisvestingsmaatschappij en één van haar huurders. De toepasselijkheid van de ABBB werd in deze vonnissen (summier) gemotiveerd met verwijzing naar de openbare dienst die deze organisaties vervullen “*met het oog op het algemeen of maatschappelijk belang*” (160).

(155) Arbh. Brussel 26 april 1996, *R.W.* 1996-97, 749-750.

(156) Vred. Grâce-Hollogne 6 maart 2001, *J.L.M.B.* 2001, 1271.

(157) Cass. 21 maart 1994, *Soc. Kron.* 1994, 161-162.

(158) Vred. Ciney 9 november 1988, *R.R.D.* 1989, 322-325.

(159) Vred. Leuven 30 mei 2000, *R.W.* 2002-03, 272-273.

(160) In het vonnis van de Vrederechter van Ciney wordt dit – met verwijzing naar twee onuitgegeven vonnissen (Vred. Luik 17 november 1981 en Vred. Ciney 12 juni 1986) – als volgt gesteld: “*Que cette finalité publique et sociale de telles sociétés doit imprégner toutes leurs décisions telles que la modification ou la résiliation d’un bail*”.

53. Ook in de rechtsleer omtrent de ABBB wordt zelden een systematisch onderzoek aan de vraag naar de toepasselijkheid van de ABBB gewijd. Meestal komt men niet verder dan het vermelden dat de ABBB toepasselijk zijn op de “overheden”, de “besturen”, of nog, op “relaties die gesteund zijn op een positie van bovengeschiedheid” (161).

54. Een interessante benadering is wel terug te vinden in de bijdrage van VAN GERVEN over “beginselen van behoorlijk handelen” (162).

Volgens VAN GERVEN moeten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden toegepast telkens sprake is van een bovengeschiede positie. Het toepassingsgebied van de ABBB blijft in die benadering dus geenszins beperkt tot overheden of overheidsoptreden. Ook een zuiver privaatrechtelijk optreden, dat geen uitstaans heeft met enig overheidsorgaan, overheidsgezag of een taak van algemeen belang, wordt aan de ABBB onderworpen zodra er sprake is van een positie van bovengeschiedheid. Aldus pleit de auteur o.m. voor een toepassing van de ABBB op de uitoefening van de ouderlijke macht, op de beheersbevoegdheid van vennootschapsbestuurders of op de bindende partijbeslissing (163).

Dergelijke benadering is erg aantrekkelijk. Ze beantwoordt aan een duidelijke logica en doelstelling: bijzondere bevoegdheden moeten onderworpen worden aan bijzondere verplichtingen om misbruiken te vermijden. M.i. leidt deze benadering – hoe aantrekkelijk ook – echter tot een te grote veralgemening, die onvoldoende oog heeft voor de specifieke publiekrechtelijke kenmerken (optreden in het algemeen belang, eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid, ...) en doelstellingen van de ABBB (164). Daarbij komt dat het voor een aantal ABBB erg moeilijk, zoniet onmogelijk lijkt om ze toe te passen op iedere verhouding waarin sprake is van boven-

(161) Ter zake is opmerkelijk dat noch in het standaardwerk over de ABBB uit 1993 (I. OPDEBEEK (ed.), *o.c.*, 194), noch in het boek van A. VAN MENDEL inzake de ABBB uit 1997 op het toepassingsgebied wordt ingegaan. Ook in meer algemene werken over administratief recht (bv. M. FLAMME, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1989, 70-84; A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 46-61) of in overzichten van rechtspraak (bv. J. CONRADT, “Les principes de bonne administration dans la jurisprudence du Conseil d’Etat”, *A.T.P.* 1999, 262-284; O. DAURMONT en D. BATSELE, “1985-1990: cinq années de jurisprudence du Conseil d’Etat relative aux principes généraux du droit administratif”, *A.T.P.* 1990, 262-310) wordt het toepassingsgebied van de ABBB stiefmoederlijk behandeld.

(162) W. VAN GERVEN, *l.c.*, 961-978.

(163) W. VAN GERVEN, *l.c.*, 975.

(164) In dezelfde zin L.P. SUTENS, *l.c.*, 15-16.

geschiktheid. Zo valt bv. niet in te zien hoe in de relatie tussen kind en ouder toepassing moet worden gemaakt van de hoorplicht, het onpartijdigheidsbeginsel, of nog, het rechtszekerheids- en het continuïteitsbeginsel. Ook de rechtspraak blijkt vooralsnog niet bereid om de ABBB toe te passen op zuiver privaatrechtelijke verhoudingen, zelfs niet indien ze gekenmerkt worden door een band van ondergeschiktheid. Er zijn mij geen voorbeelden bekend uit de rechtspraak waarin de ABBB werden toegepast in dergelijke privaatrechtelijke context.

55. Nog een andere benadering is terug te vinden in een aantal bijdragen van J. DE STAERCKE (165).

De auteur komt hierin tot het besluit dat de ABBB niet beperkt mogen worden tot “*administratieve overheden*”. Het toepassingsgebied ervan ziet hij ook uitgebreid tot “*privaatrechtelijke rechtspersonen*”, met name zodra zij een zogenaamde “*doelgebonden bevoegdheid uitoefenen die tot het algemeen belang strekt*”. De doelgebonden bevoegdheid wordt dan omschreven als een bevoegdheid die men heeft (toegekend gekregen door de wetgever) om een bepaald doel te behartigen.

Problematisch met dergelijke omschrijving is dat ze een onvoldoende onderscheidend vermogen heeft. Iedere bevoegdheid of recht dat ontleend is aan de wetgeving is immers in min of meerdere mate doelgebonden. Zo moet iedere handeling van een vennootschap ingegeven zijn door het vennootschapsdoel en moeten vzw’s hun goederen en rechten aanwenden voor hun doelstellingen zonder winst(verdelings)oogmerk. Daarbij komt dat ook het “algemeen belang” een erg ruim en – op zich – weinig onderscheidend begrip is. Eerder (166) heb ik er immers op gewezen dat algemeen en particulier belang minder dan ooit strikt gescheiden tegenover elkaar staan. Het betreft veeleer aanvullende dan tegengestelde begrippen. Algemene en particuliere belangen worden herhaaldelijk door eenzelfde persoon nagestreefd en het nastreven van particuliere belangen kan bijdragen tot het algemeen belang, terwijl algemene belangenbehartiging mee vorm kan worden gegeven via particuliere belangenbehartiging. Door de ABBB toe te passen op “*alle doelgebonden bevoegdheden*” die “*in het algemeen belang*” worden uitgeoefend, dreigt men ook tal van beslissingen van sport-

(165) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap: Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 12-13; -, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, Advocatenpraktijk*, Mechelen, Kluwer, 2004, 9-13.

(166) F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 52-69.

verenigingen, natuurorganisaties, caritatieve verenigingen, ... aan de beginselen te onderwerpen, hetgeen niet het opzet kan zijn. Mogelijks om die reden lijkt de auteur verder ook zelf een ander criterium naar voor te schuiven, wanneer hij private onderwijsinstellingen en ziekenhuizen aan de ABBB onderwerpt omdat zij “*een bepaalde taak van algemeen belang vervullen op een gelijkaardige wijze als ook de publiekrechtelijke tegenhangers dat doen*”.

56. Besloten kan worden dat uit de fragmentarische (gepubliceerde) rechtspraak weinig indicaties te putten zijn voor het afbakenen van het toepassingsgebied van de ABBB. Ook de rechtsleer behandelt deze problematiek eerder summier en biedt onvoldoende houvast voor een in de praktijk hanteerbaar toepassingsgebied.

Daarom wordt hieronder – ten node – een eigen voorstel uitgewerkt voor een coherente invulling van het toepassingsgebied van de ABBB.

§ 4. Proeve van toepassingsgebied voor de ABBB

I. Een toepassingsgebied uitgaande van de doelstellingen van de ABBB

57. Er is al op gewezen dat aan de ABBB nog steeds een eigen functie en plaats toekomt, gelet op de specifieke aard van het overheidsoptreden (167). Tevens is benadrukt dat bij het bepalen van het overheidsbegrip of de handelingen waarop de ABBB toepasselijk zijn, niet zonder meer kan worden teruggegrepen naar begrippen en omschrijvingen in andere reglementeringen (zoals het begrip administratieve overheid (168)). Een evenwichtige en verantwoorde afbakening van het toepassingsgebied vereist daarentegen dat wordt vertrokken van de specifieke doelstellingen of functies van de ABBB (169).

(167) Zie randnummer 50.

(168) Contra S. LUST en B. STEEN, “Welles nietes over vrije onderwijsinstellingen, administratieve overheden en rechtsbescherming”, *T.O.R.B.* 2002-03, 339-340, die er – zij het zonder nadere motivering – vanuit gaan dat “*de beginselen van behoorlijk bestuur per definitie enkel van toepassing zijn op ‘besturen’, waarmee administratieve overheden worden bedoeld*”.

(169) Zie randnummer 46. Vgl. tevens F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 152-158.

58. Op een andere plaats in dit werk (170) en in verschillende andere bijdragen (171) is reeds uitvoerig ingegaan op die doelstellingen van de ABBB. Voor wat het toepassingsgebied van de ABBB betreft, kunnen deze m.i. als volgt worden samengevat.

De ABBB beogen in eerste instantie een beperking te stellen aan de discretionaire en eenzijdige bevoegdheden waarover bepaalde personen beschikken om welbepaalde doelstellingen van algemeen belang te behartigen. De ABBB beogen in die gevallen een tegengewicht te vormen voor de toegekende exorbitante bevoegdheden, om aldus misbruiken te voorkomen en te verzekeren dat die specifieke bevoegdheden inderdaad worden gebruikt voor het doel waar ze voor werden toegekend.

De functie van de ABBB blijft echter niet beperkt tot het kaderen van die bijzondere bevoegdheden via bijzondere verplichtingen. De ABBB ambiëren om goede ethische (gedrags)regels op te leggen voor iedere handeling of beslissing die met een overheidsoptreden wordt (of kan worden) verbonden. Van het overheidsoptreden moet immers alleen al om principiële redenen een voorbeeldfunctie uitgaan (172). Ook het feit dat dit optreden in beginsel het algemeen belang beoogt en in belangrijke mate gefinancierd wordt met collectieve middelen, verantwoordt dat specifieke verplichtingen worden opgelegd. De ABBB moeten dan ook niet enkel nageleefd worden bij het uitoefenen van bijzondere bevoegdheden of overheidsprerogatieven. De ABBB beogen meer in het algemeen de burgers een aantal fundamentele garanties te bieden telkens zij in aanraking komen met een overheidsoptreden, ongeacht of dit de vorm aanneemt van een eenzijdig bindend optreden, een subsidie, een contract of een feitelijk handelen.

59. Met deze doelstellingen voor ogen dringt zich m.i. voor de toepasselijkheid van de ABBB een onderscheid op tussen personen die als “organieke overheid” vallen te kwalificeren enerzijds en personen die niet organiek als overheid aan te merken zijn anderzijds.

(170) Zie hierover de bijdrage van P. POPELIER.

(171) O.m. F. DEBAETS, “De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht”, *T.B.P.* 1988, 641-642; A. MAST e.a., *o.c.*, 47-49; L.P. SUTENS, *l.c.*, 10 (en de aldaar aangehaalde rechtsleer); A. VAN MENSEL, *o.c.*, 1-3.

(172) Vgl. in die zin W. VAN GERVEN, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de administratieve praktijk van de Bankcommissie”, *T.B.P.* 1985, 324.

De handelingen en beslissingen van de eerste categorie zullen in beginsel onderworpen zijn aan de ABBB. Slechts uitzonderlijk zal het optreden van deze “organieke overheden” aan de ABBB ontsnappen.

Personen die geen organieke overheid zijn, zullen dan weer slechts uitzonderlijk onderworpen moeten worden aan de ABBB. Hun optreden zal immers enkel in welbepaalde gevallen met een overheidsoptreden worden geassocieerd. Er wordt daarom voorgesteld om de ABBB enkel toepasselijk te maken op hun gezagshandelingen en op de handelingen die door de regelgever onderworpen zijn aan een specifiek publiekrechtelijk regime.

Ten slotte wordt ingegaan op de toepasselijkheid van de ABBB op bepaalde handelingen van de organen van de wetgevende en de rechterlijke macht.

II. Principiële toepasselijkheid van de ABBB op de “organieke overheden”

60. Zoals voormeld moeten de ABBB aan de rechtsonderhorigen een aantal fundamentele garanties bieden telkens zij in aanraking komen met een overheidsoptreden, ongeacht of dit gebeurt via specifieke publiekrechtelijke bevoegdheden of in een andere vorm. Een eerste belangrijke categorie van handelingen die aldus aan de ABBB moeten worden onderworpen, zijn handelingen van personen die op organieke wijze als “overheid” worden aangemerkt. Dergelijke handelingen zullen in beginsel immers met een overheidsoptreden worden verbonden.

Ter zake rijst dan de vraag welke personen een voldoende overheidsgehalte vertonen om hen op algemene, organieke wijze als dergelijke “overheidspersoon” aan te merken (punt I). Indien een persoon inderdaad als “organieke overheid” kan worden gekwalificeerd, is nog na te gaan of de aangehaalde doelstellingen inderdaad vereisen om al zijn handelingen aan de ABBB te onderwerpen (punt II).

A. De organieke overheden onderworpen aan de ABBB

61. Verschillende auteurs hebben zich tot een alomvattende definitie van de overheidspersoon laten verleiden. Geen van die definities heeft het echter mogelijk gemaakt de overheids- en private personen duidelijk te schei-

den. Wetgevers, rechtspraak en rechtsleer kampten en kampen met het ontbreken van een duidelijke grens tussen beide categorieën. Vooral het toepassen van de algemene definities op individuele gevallen levert problemen op. Daarom wordt in de recente rechtsleer doorgaans aangenomen dat een algemeen geldende definitie niet kan worden gegeven (173). Als alternatief wordt een waaier van “indicatieve criteria” (“faisceau d’indices”) aangevoerd om de overheidspersonen te onderscheiden. Het betreft met name:

- de oprichting of de erkenning door de overheid;
- de wil van de wetgever / oprichter;
- de bevoegdheid om gezagshandelingen te stellen of het beschikken over andere bijzondere prerogatieven;
- het belast zijn met een taak van algemeen belang of een openbare dienst;
- de controle of het toezicht van de overheid;
- de publiek- of privaatrechtelijke rechtsvorm.

Er kan hier niet worden ingegaan op alle nuances die bij elk van die criteria kunnen en moeten worden geplaatst (174). Om de categorie van “organieke overheden onderworpen aan de ABBB” af te bakenen, is trouwens vooral de wijze waarop deze criteria moeten worden toegepast van belang. Ter zake staan twee mogelijke benaderingen tegenover elkaar: een cumulatieve benadering en een niet-cumulatieve benadering (175).

62. O.i. moeten de “organieke overheden” die onderworpen zijn aan de ABBB worden bepaald op grond van een niet-cumulatieve benadering van de vermelde criteria. Dit betekent dat, in elk geval afzonderlijk, wordt nagegaan of een persoon in voldoende mate aan de criteria voldoet om deze organiek als overheid te beschouwen. Het vervuld zijn van één van die criteria is hierbij in beginsel niet voldoende om tot dit organiek overheidskarakter te besluiten. Evenmin moet echter aan alle criteria zijn voldaan alvorens tot het overheidskarakter te besluiten.

(173) Zie o.m. L. DE GEYTER, “Arbitrage met publiekrechtelijke rechtspersonen”, *T.B.P.* 2001, 314; D. DEOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 28-29; D. D’HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 1997, 155; M. FLAMME, *Domaine public et contrats administratifs*, Brussel, P.U.B., 1987, 65; B. PEETERS, *De continuïteit van het overheidsondernemen*, Antwerpen, Maklu, 1989, 92.

(174) Zie hierover uitgebreid F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 139-152.

(175) Theoretisch is er nog een derde benadering mogelijk, nl. de alternatieve. Hierin wordt een persoon als overheid aangemerkt zodra aan één van de criteria voldaan is. Aangezien *in casu* vooral de vraag voorligt of een persoon voldoende overheidskenmerken vertoont om organiek, d.w.z. voor zijn wezen, als overheid te worden aangemerkt, biedt deze alternatieve benadering weinig perspectief. Het vervullen van één van de aangehaalde criteria zal in beginsel immers niet volstaan om een persoon in wezen als overheid aan te merken.

Een voorbeeld van dit niet-cumulatief toepassen van de voormelde criteria biedt het advies van de Raad van State m.b.t. de N.V. Aquafin. De afdeling wetgeving erkende dat *“er sterke twijfels rijzen aangaande het privaatrechtelijk karakter van bedoelde vennootschap: haar doelstellingen betreffen het openbaar nut; het grootste gedeelte van haar kapitaal wordt, direct of indirect, door een overheidsinstelling ingebracht”* (176). Op grond van de monopoliepositie van Aquafin voor de waterzuivering besloot de afdeling wetgeving uiteindelijk tot het publiekrechtelijk karakter van de vennootschap. Noch het feit dat geen bijzonder bestuurlijk toezicht voor de vennootschap is voorgeschreven, noch het feit dat de rechtsvorm van Aquafin is afgestemd op het private vennootschapsrecht bleken die publiekrechtelijke kwalificatie in de weg te staan. De criteria werden dus noch alternatief, noch cumulatief toegepast. Daarentegen werden de criteria onderling afgewogen om te oordelen over de overwegend overheids- of overwegend particuliere aard van een rechtspersoon.

63. Uit recente rechtspraak van het Hof van Cassatie, met name over het begrip administratieve overheid, kan echter afgeleid worden dat dit rechtscollege eerder een cumulatieve benadering van het (organieke) overheidsbegrip voorstaat.

In de arresten Gimvindus (177) en BATC (178) werd door het Hof immers formeel afstand genomen van de niet-cumulatieve benadering die de Raad van State had ontwikkeld om het begrip “administratieve overheid” af te bakenen. Sinds deze arresten luidt de vaste rechtspraak van het Hof dat *“instellingen opgericht of erkend door de federale overheid, de overheid van de gemeenschappen en gewesten, de provincies of gemeenten, die belast zijn met een openbare dienst en niet behoren tot de rechterlijke of wetgevende macht, in beginsel administratieve overheden zijn, in zoverre hun werking door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd en zij beslissingen kunnen nemen die derden binden”* (179). Het Hof stelt aldus vier criteria voorop om een persoon “in beginsel” als administratieve overheid te kwalificeren: (i) de oprichting of erkenning door de overheid, (ii) het belast zijn met een openbare dienst, (iii) de vereiste dat de werking door de over-

(176) *Parl. St.* VI. Parl. 1989-90, nr. 395/6, 8-9.

(177) Cass. 14 februari 1997, *R.W.* 1996-97, 1433, concl. DUBRULLE.

(178) Cass. 10 september 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 504-506, noot.

(179) Zie naast de arresten Gimvindus en BATC, ook nog 2 arresten van 6 september 2002 (over vrije onderwijsinstellingen) en een arrest van 10 juni 2005 (over sociale huisvestingsmaatschappijen) (beschikbaar op de website).

heid bepaald en gecontroleerd wordt, en (iv) de vereiste dat de persoon eenzijdig bindende beslissingen moet kunnen nemen.

Verwacht kan worden dat voor het Hof aan elk van die vier voorwaarden cumulatief moet zijn voldaan om een persoon “in beginsel” als administratieve overheid aan te merken. Dit werd alvast geëxpliciteerd voor wat het criterium van de eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid betreft (althans t.a.v. personen met een (schijnbaar) private rechtsvorm). Geoordeeld werd dat dergelijke personen niet als administratieve overheid kunnen worden beschouwd indien ze niet beschikken over een eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid (180). Hoewel over het ontbreken van één van de drie andere voorwaarden nog geen uitdrukkelijke uitspraak werd gedaan, creëert de door het Hof gehanteerde standaardomschrijving alvast het vermoeden dat ook het cumulatief vervuld zijn van die andere voorwaarden vereist is.

64. De cumulatieve benadering van het Hof van het begrip “administratieve overheid” heb ik eerder reeds bekritiseerd (181). Des te meer moet zulke cumulatieve benadering echter worden verworpen voor de “organieke overheden” die onderworpen zijn aan de ABBB.

De cumulatieve benadering is immers niet te verenigen met de doelstellingen van de ABBB, namelijk het bieden van waarborgen en standaarden voor iedere vorm van overheidsoptreden. Aan die doelstellingen wordt in belangrijke mate afbreuk gedaan indien een persoon aan alle door Cassatie aangevoerde criteria moet voldoen alvorens deze als een aan de ABBB onderworpen overheid te beschouwen. De recente toepassing van die cumulatieve benadering op de sociale huisvestingsmaatschappijen illustreert dit op treffende wijze.

In het verleden hadden zowel de Raad van State als het Hof van Cassatie de sociale huisvestingsmaatschappijen reeds uitdrukkelijk als administratieve overheden aangemerkt (182). Hiervoor steunde de rechtspraak zich aan-

(180) Zie in die zin de arresten Gimvindus en BATC, alsook het arrest van 10 juni 2005 over de Vlaamse sociale huisvestingsmaatschappijen.

(181) F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 265-272 en 312-320.

(182) O.m. Cass. 5 april 1973, *Arr. Cass.* 1973, 783; R.v.St., Rhodius-Deville, nr. 5.012, 9 maart 1956; R.v.St., Elewaut, nr. 5.707, 18 juni 1957; R.v.St., n.v. Aannemingen Janssen, nr. 37.639, 17 september 1991; R.v.St., Monument Vankerckhove, nr. 62.586, 16 oktober 1996; R.v.St., n.v. Elpers, nr. 64.700, 21 februari 1997.

vankelijk op een niet-cumulatieve benadering, waarbij op grond van de openbare diensttaken en de organieke band met de overheid tot het overheidskarakter werd besloten. Na de Gimvindus- en BATC-arresten moest plots echter nog de vraag worden beantwoord of de sociale huisvestingsmaatschappijen wel beschikken over eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid. Zoniet konden zij niet langer als administratieve overheid worden beschouwd. In een arrest van 9 februari 2000 (183) oordeelde de Raad van State vooreerst dat de Waalse sociale huisvestingsmaatschappijen inderdaad over een eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid beschikken. Deze gezagsbevoegdheid werd met name gevonden in de mogelijkheid om op eenzijdige statutaire wijze personeelsleden te benoemen, af te zetten en hun ambtstaken en salaris te bepalen. Voor de Brusselse huisvestingsmaatschappijen werd in een arrest van 6 mei 2004 dan weer gewezen op de bevoegdheid om te onteigenen (184). Ten slotte werd door de Raad van State ook voor de Vlaamse sociale huisvestingsmaatschappijen besloten tot het bestaan van eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheden (185). Er werd met name gewezen op hun recht tot wederinkoop en voorkoop en op het sociaal beheersrecht t.a.v. bepaalde sociale woningen. In een arrest van 10 juni 2005 heeft het Hof van Cassatie het arrest van de Raad m.b.t. de Vlaamse huisvestingsmaatschappijen echter vernietigd. De Raad van State was er volgens het Hof van Cassatie verkeerdelijk van uitgegaan dat het recht tot wederinkoop, tot voorkoop of het sociaal beheersrecht een bindende beslissingsbevoegdheid ten aanzien van derden verleent. Bij gebreke aan een behoorlijk vastgestelde gezagsbevoegdheid, kon de Raad van State de Vlaamse sociale huisvestingsmaatschappij volgens Cassatie dan ook niet wettig als een administratieve overheid kwalificeren.

Indien deze benadering van het Hof van Cassatie wordt doorgetrokken naar de ABBB, betekent dit dat de toepasselijkheid van de ABBB – minstens voor personen met private rechtsvorm – afhankelijk wordt van het al dan niet (toevallig) voorhanden zijn van één of andere eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid. Zo zou een beslissing van een Waalse of Brusselse huisvestingsmaatschappij tot het sluiten van een contract of het weigeren van een huurder onderworpen zijn aan de ABBB, omdat deze maatschappijen statutair personeel kunnen tewerkstellen of kunnen onteigenen. Identieke beslissingen van hun Vlaamse tegenhangers zouden echter ont-

(183) R.v.St., Damoiseau, nr. 85.245, 9 februari 2000.

(184) R.v.St., Pit Antwerpen, nr. 131.120, 6 mei 2004.

(185) O.m. R.v.St., b.v.b.a. Peter Van De Velde, nr. 131.123, 6 mei 2004.

snappen aan de ABBB en dit enkel en alleen omwille van het ontbreken van enige eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid. Voor dergelijk vergeaande onderscheiden behandeling van vergelijkbare categorieën van personen kan het louter ontbreken van een eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid geen redelijke verantwoording bieden. Een grondwetsconforme interpretatie noopt er derhalve toe de cumulatieve benadering (zoals voorgestaan door het Hof van Cassatie bij het begrip administratieve overheid) te verwerpen bij het afbakenen van de “organieke overheden” die onderworpen zijn aan de ABBB.

65. De cumulatieve benadering werd dan ook (terecht) niet gevolgd in de schaarse rechtspraak over de toepassing van de ABBB op “grensgevallen”. In de hoger aangehaalde vonnissen van vrederechters werd het al dan niet voorhanden zijn van een eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid bv. geenszins als bepalend aangemerkt voor de toepassing van de ABBB.

B. De onderworpen handelingen van de organieke overheden

66. Zodra vastgesteld is dat de ABBB op organieke wijze toepasselijk zijn op een overheidspersoon, rijst nog de vraag of dan al de handelingen van die persoon moeten worden onderworpen.

1. Zowel eenzijdige, contractuele als feitelijke handelingen zijn onderworpen

67. In beginsel moeten de ABBB m.i. inderdaad toepasselijk zijn op alle handelingen van de organieke overheden, ongeacht of die handeling eenzijdig bindend, contractueel of louter feitelijk is. Het is niet omdat een overheid niet via eenzijdig bindende beslissingen optreedt dat haar handelingen of beslissingen niet aan dezelfde beginselen moeten beantwoorden.

De toepasselijkheid van de ABBB op ieder optreden van een organieke overheid, vloeit niet enkel voort uit het doel van de ABBB (nl. om ieder overheidsoptreden te vatten). Ook uit de zogenaamde “tweewegenleer” is te besluiten tot de toepasselijkheid van de ABBB op o.m. het contractuele optreden van organieke overheden.

Die “tweewegenleer” aanvaardt dat de overheid gebruik maakt van privaatrechtelijke (contractuele) procédés, zelfs indien publiekrechtelijke al-

ternatieven voorhanden zijn (186). Belangrijke randvoorwaarde is dan wel dat de overheid ook bij het gebruik van de contractuele regeling, de algemene rechtsbeginselen naleeft. Hierbij heeft de rechtsleer vooral aandacht besteed aan de verplichting voor de overheid om in haar contractueel optreden het gelijkheidsbeginsel na te leven (187). Er valt echter niet in te zien waarom hetzelfde niet zou gelden voor de (overige) ABBB.

68. Verder is er m.i. ook geen noodzaak of verantwoording om de ABBB enkel toe te passen op beslissingen die de Raad van State als van het contract “*afsplitsbare eenzijdige akten*” aanmerkt.

De “leer” van de afsplitsbare akten is door de Raad van State enkel ten node ontwikkeld om het verbod van artt. 144-145 van de Grondwet (dat iedere andere rechter dan de burgerlijke rechter verbiedt om kennis te nemen van geschillen met betrekking tot overeenkomsten) te omzeilen (188). Hiertoe worden van de overeenkomst de eenzijdige rechtshandelingen die deze overeenkomst voorafgaan of voltooiën, afgesplitst. Dergelijke afsplitsbare akten komen alsnog in aanmerking voor toetsing door de Raad van State, hoewel het hier niet om eenzijdig bindende beslissingen gaat (189). Toch biedt deze leer de Raad van State niet de mogelijkheid om kennis te nemen van alle contractuele handelingen die uitgaan van een over-

(186) Zie S. BAETEN, P. DE BOCK, K. LEMMENS, K. LEUS en J. OLIVIER, “Enige bedenkingen omtrent het juridisch kader van de convenanten”, *T. Gem.* 2001, 14; M. BOSMANS, “De verhouding tussen het privé-contractenrecht en het publiekrecht”, *R.W.* 1985-86, 2118; D. DEOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 56, nr. 33; E. LANCKSWERDT, “Bemiddeling met en door gemeenten”, *T. Gem.* 2003, 107-117; K. LEUS, “Het verschijnsel verzelfstandiging van openbare diensten”, in X (ed.), *Liber amicorum G. Baeteman*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 612-616; B. PEETERS, *Convenanten, in het bijzonder milieuconvenanten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 24, nrs. 42 e.v.; A. VAN OEVELEN, “Privaatrechtelijke aspecten van milieubeleidsvereenkomsten”, in H. BOCKEN en I. TRAEEST (eds.), *Milieubeleidsvereenkomsten*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 18, nr. 12.

(187) D. D’HOOGHE, “De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsvereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen”, *T. Gem.* 1995, 79; W. VAN GERVEN, *De overheid in het verbintenissenrecht. Hoe blauw is het bloed van de prins?*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 58.

(188) D. LAGASSE, “La théorie administrative des actes détachables est-elle dans une impasse? Les actes de gouvernement renaissent-ils au contraire de leurs cendres?”, *R.C.J.B.* 1999, 8-24; -, “La théorie administrative des actes détachables remise en cause par le Conseil d’Etat?”, in *Mélanges Philippe Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, 315-333; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Brussel, Bruylant, 1996, 181-191; M. PAQUES, *De l’acte unilatéral au contrat dans l’action administrative*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 183-189 (met talrijke verwijzingen naar oudere rechtsleer); J. SALMON, *Le Conseil d’Etat*, Brussel, Bruylant, 1994, 259-262.

(189) M. PAQUES, *De l’acte unilatéral au contrat dans l’action administrative*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 189.

heid. De Raad van State blijft – conform de vaste rechtspraak (190) – onbevoegd om beslissingen tot (niet-)uitvoering of tot beëindiging van een overeenkomst als eenzijdige beslissingen van die overeenkomst af te splitsen en te toetsen. Aangenomen wordt dat de bestuursrechter anders contractuele bepalingen zou interpreteren en – in strijd met de artikelen 144 en 145 van de Grondwet – kennis zou nemen van een geschil betreffende burgerlijke rechten en verplichtingen (191).

Hetzelfde grondwettelijk voorbehoud speelt echter niet voor de toepasselijkheid van de ABBB op een overheidsbeslissing tot niet-uitvoering of beëindiging van een overeenkomst. Er is dan ook geen enkele reden (wel integendeel) om de ABBB niet toe te passen op het beëindigen door een organieke overheid van een arbeidsovereenkomst, op het opleggen van ambtshalve maatregelen in het kader van een overheidsopdracht of op het opzeggen van een concessie of huurovereenkomst door dergelijke overheid. Weliswaar zal de naleving van deze beginselen dan niet door de Raad van State kunnen worden getoetst, maar wel door de burgerlijke rechters of door de toezichthoudende overheid.

69. Ten slotte zullen de ABBB bij een contractueel of feitelijk overheidsoptreden – gelet op hun eigenheden – doorgaans wel anders kunnen worden ingevuld dan bij een eenzijdig bindend optreden. Zo zal de hoorplicht in een wederzijdse contractuele relatie allicht op soepelere wijze toegepast kunnen worden dan bij een eenzijdig opgelegde verplichting. Of nog, is er bij het toepassen van het rechtszekerheidsbeginsel rekening te houden met de uiteenlopende werking van het overgangsrecht en de bindende kracht van overeenkomsten en eenzijdige administratieve rechtshandelingen.

(190) Onder meer R.v.St., Cuppens, nr. 61.875, 19 september 1996; R.v.St., Poitevin, nr. 67.289, 2 juli 1997; R.v.St., Endeta, nr. 67.518, 15 juli 1997; R.v.St., Brufort, nr. 74.513, 24 juni 1998; R.v.St., Wolf, nr. 94.693, 11 april 2001; R.v.St., Ville de Malmédy, nr. 105.338, 29 maart 2002; R.v.St., Fieremans, nr. 106.409, 7 mei 2002; R.v.St., Devos, nr. 110.316, 17 september 2002; R.v.St., sprl Tonneau et Pirard, nr. 121.735, 16 juli 2003.

(191) M. LEROY, *Contentieux administratif*, Brussel, Bruylant, 2000, 208; J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Brussel, Bruylant, 1994, 259. Die stelling wordt wel bekritiseerd door o.m. M. PAQUES (*De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 412-412) en D. LAGASSE ("La théorie administrative des actes détachables est-elle dans une impasse? Les actes de gouvernement renaissent-ils au contraire de leurs cendres?", *R.C.J.B.* 1999, 8-19).

2. Zijn ook de handelingen van organieke overheden die niet gericht zijn op een taak van algemeen belang of een openbare dienst onderworpen?

70. Blijft de vraag of de toepasselijkheid van de ABBB niet alsnog moet worden uitgesloten indien organieke overheden met hun handelingen geen doelstellingen van algemeen belang nastreven of optreden buiten hun taken van openbare dienst. Moet m.a.w. ook voor deze handelingen de organieke benadering primeren of kan hier een functioneel onderscheid worden gemaakt aan de hand van de betrokken activiteiten?

Er is ons opnieuw geen rechtspraak bekend die deze vraag uitdrukkelijk behandelt. Rechtspraak inzake analoge aangelegenheden reikt echter wel een aantal indicaties aan.

71. Verwezen kan worden naar de rechtspraak van de Raad van State betreffende de hoedanigheid van administratieve overheid.

De Raad van State heeft in toenemende mate interesse betoond voor een functionele invulling van het begrip administratieve overheid aan de hand van het criterium “taak van algemeen belang” of een “openbare dienst”. De vraag naar de mogelijke uitsluiting van de bevoegdheid van de Raad op grond van het criterium “*taak van openbare dienst*” groeide echter vooral in belang door de evolutie die met de wet van 21 maart 1991 (192) werd ingezet. Sinds de wet van 21 maart 1991 voeren wet-, decreet- en ordonnantiegevers steeds vaker een onderscheid in tussen de taken van openbare dienst en de overige opdrachten van hun openbare instellingen en ondernemingen. Aan die opdeling wordt door de regelgevers ook vaak een verschillend juridisch regime verbonden.

Bepaalde rechtsgeleerden hebben die opdeling doorgetrokken naar de bevoegdheid van de Raad van State. Slechts voor activiteiten in het kader van een openbare dienst merken zij de autonome overheidsbedrijven als administratieve overheid aan (193). De Raad van State is die functionele bena-

(192) Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *B.S.* 27 maart 1991.

(193) O.m. D. DELVAX, “Flux et reflux de la jurisprudence relative à la notion d’*autorité administrative*”, *A.P.T.* 2001, 206; A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 956; I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 1999, 42-43; J. SALMON, *Le Conseil d’Etat*, Brussel, Bruylant, 1994, 231-232.

dering bijgetreden. In een arrest van 10 maart 2003 (194) oordeelde de Raad dat *“gelet op het duaal karakter van De Post die nochtans één, door de overheid opgerichte en gecontroleerde rechtspersoon blijft, wat zijn functioneren betreft een onderscheid kan worden gemaakt tussen zijn optreden als overheidsinstelling wanneer hij diensten verricht in het kader van de openbare dienst waarmee hij belast is enerzijds en zijn zuiver commerciële activiteiten anderzijds; dat enkel wanneer hij optreedt in de eerste hoedanigheid de beslissingen welke hij neemt desgevallend kunnen worden gekenmerkt als voor derden bindende éézijdig genomen beslissingen [...] en dat, in die mate, de Raad van State bevoegd is om van de vordering tot schorsing ertegen kennis te nemen”* (195).

72. Toch staat hiermee nog niet vast dat deze benadering van de Raad van State inzake de “administratieve overheid” ook kan of moet worden uitgebreid tot het toepassingsgebied van de ABBB. Er werd al op gewezen dat de rechtspraak betreffende de “administratieve overheid” immers niet zonder meer kan worden overgenomen voor de ABBB (196). Daarbij komt dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Europese Hof van Justitie elementen bevatten die in een andere – meer organieke – richting wijzen.

Aldus overwoog het Hof van Cassatie dat een naamloze vennootschap haar privaatrechtelijk karakter niet verliest om reden dat zij opgericht is door de overheid en aan de controle van de overheid is onderworpen (197). In dezelfde zin zou kunnen worden overwogen dat een organieke overheid zijn publiekrechtelijk statuut niet verliest en niet aan de ABBB moet worden onttrokken om reden dat de nagestreefde doelstellingen niet van algemeen belang zijn.

Ook de rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt niet geneigd om de hoedanigheid van overheid te ontzeggen aan organieke overheidsinstellingen om de enkele reden dat – partieel – louter commerciële doelstellingen worden nagestreefd. In het arrest Mannesmann verwierp het Hof aldus de argu-

(194) R.v.St., Vanhecke, nr. 116.818, 10 maart 2003.

(195) Volgens de Raad volstaat het wel dat een handeling of beslissing van een autonoom overheidsbedrijf deels betrekking heeft op de taken van openbare dienst, om deze als administratieve overheid aan te merken. In een arrest van 17 juni 2004 heeft de Raad van State zich immers bevoegd verklaard om kennis te nemen van beslissingen van een autonoom overheidsbedrijf die slechts deels betrekking hadden op taken van openbare dienst.

(196) Zie randnummer 46.

(197) Cass. 14 februari 1997, R.W. 1996-97, 1433, concl. DUBRULLE.

mentatie dat ten aanzien van de toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen een onderscheid moet worden gemaakt naargelang de overheid al dan niet doelstellingen van commerciële of industriële aard behartigde: “*Dat een dergelijk onderscheid ontbreekt, wordt verklaard door het doel van richtlijn 93/37, het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van welke opdracht ook de voorkeur zouden geven aan nationale inschrijvers of gegadigden*” (198). Het valt dan ook niet uit te sluiten dat het Hof van Justitie, ook voor wat de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel betreft, de voorkeur zal geven aan een organieke benadering van het overheidsbegrip.

73. Helemaal moeilijk wordt het om voor de toepasselijkheid van de ABBB het onderscheid tussen taken van openbare dienst en andere activiteiten te hanteren, indien de wetgever (de basis voor) dit onderscheid niet zelf heeft gemaakt (199). Waar is in voorkomend geval immers de grens tussen beide soorten van activiteiten te trekken?

Ervan uitgaand dat de ABBB toepasselijk moeten zijn op iedere vorm van overheidsoptreden, kan er m.i. voor organieke overheden dan ook enkel tot de niet-toepasselijkheid van de ABBB worden besloten indien de regelgever zelf een onderscheid heeft gemaakt tussen een optreden als overheid en louter private of commerciële activiteiten (bv. door het onderscheid te maken tussen taken van openbare dienst en andere activiteiten, of nog, door bepaalde activiteiten uitdrukkelijk aan een privaatrechtelijk regime te onderwerpen).

In die zin is m.i. te verdedigen dat de handelingen van de autonome overheidsbedrijven (bedoeld in de wet van 21 maart 1991) die geen verband houden (ook niet deels) met de taken van openbare dienst, niet onderworpen worden aan de ABBB. Niet alleen heeft de wetgever zelf het onderscheid gemaakt tussen hun taken van openbare dienst en andere activiteiten. Uit de parlementaire voorbereiding van deze wet blijkt ook de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever om “*de beheersautonomie van de over-*

(198) H.v.J. 15 januari 1998, Mannesman, nr. C-44/96.

(199) In die zin ook S. BAETEN, “Variaties op verzelfstandigingsthema’s: enkele bedenkingen over de tweewegenleer en het annulatiecontentieux naar aanleiding van het Cassatiearrest van 8 november 1996”, *C.D.P.K.* 1999, 101.

heidsbedrijven maximaal te maken wat de activiteiten betreft die vreemd zijn aan de notie van openbare dienst” (200).

Anders is het voor “organieke overheden” die weliswaar naast hun taken van algemeen belang ook commerciële activiteiten ontwikkelen, maar waar de wet-, decreet- of ordonnantiegever niet zelf (de basis voor) het onderscheid heeft ingesteld. Voor dergelijke overheden mag de overheid of rechtspraak m.i. niet zelf het onderscheid creëren, althans niet voor wat de toepasselijkheid van de ABBB betreft (201). De rechtsonzekerheid en de (al te fijne) grens voor de toepasselijkheid van de ABBB die aldus zou worden gecreëerd, zou afbreuk doen aan de reeds meermaals aangehaalde doelstelling om iedere vorm van overheidsoptreden in beginsel aan de ABBB te onderwerpen.

III. ABBB in beginsel niet-toepasselijk op de handelingen van niet-organieke overheden, tenzij het gezagshandelingen betreft of ze in gebed zijn in een publiekrechtelijk procédé

74. Hierboven werd reeds onderzocht wanneer een persoon als een organieke overheid kan worden aangemerkt en welke handelingen van dergelijke overheden aan de ABBB zijn onderworpen. Daarnaast is echter – uitgaand van de doelstelling van de ABBB om alle vormen van overheids-optreden te vatten – nog na te gaan of er ook niet bepaalde handelingen van

(200) *Parl. St. Kamer 1989-90, nr. 1287/1, 5.* Toch heeft de wetgever dit onderscheid niet (zonder nuancering) doorgetrokken voor het volledige organieke statuut van de autonome overheidsbedrijven. Bepaalde voorschriften gelden ongeacht of de activiteit betrekking heeft op een openbare dienst of op louter commerciële taken (bv. de ombudsdiensten en de raadgevende comités zijn bevoegd voor alle activiteiten van de autonome overheidsbedrijven en de taalwetgeving is toepasselijk op alle activiteiten van de autonome overheidsbedrijven). Deze betreffen echter uitdrukkelijk door de wetgever voorziene uitzonderingen.

(201) Hetzelfde geldt ook voor bv. de niet-toepasselijkheid van de wet overheidsopdrachten op bepaalde opdrachten van overheidsbedrijven die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst. Deze uitzondering geldt immers slechts voor “*de opdrachten die geen betrekking hebben op taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie*” (artikel 1 § 2 lid 1; artikel 26 lid 2; artikel 63 lid 1 wet 24 december 1993). De wetgever heeft aldus aangegeven dat enkel rekening is te houden met het onderscheid tussen de openbare dienst- en de overige taken, indien de wet-, decreet- of ordonnantiegever zelf (de basis voor) het onderscheid heeft ingesteld. Om die reden werd in de parlementaire voorbereiding bij de wet van 24 december 1993 trouwens benadrukt dat “*het dan ook voor de overheidsbedrijven van groot belang zal zijn in de wet, het decreet of de ordonnantie houdende hun statuut een duidelijk onderscheid te voorzien, tussen de werkzaamheden die behoren tot de taken van openbare dienst en deze die er niet toe behoren*” (*Parl. St. Senaat 1992-93, nr. 656/1, 11*).

niet-overheden een voldoende overheidsgehalte vertonen om hen aan de ABBB te onderwerpen. Hiervoor komen m.i. twee categorieën van handelingen in aanmerking: (i) de gezagshandelingen en (ii) de handelingen die kaderen in een publiekrechtelijk procédé.

A. De gezagshandelingen

75. Een eerste categorie van handelingen die – hoewel ze uitgaan van personen die niet organiek als overheid zijn te kwalificeren – een voldoende overheidsgehalte vertonen om hen aan de ABBB te onderwerpen, zijn gezagshandelingen. De bevoegdheid om gezagshandelingen te stellen, wordt traditioneel immers beschouwd als één van de meest typerende kenmerken van het overheidsoptreden (202).

Het eenzijdig bindend optreden is echter al lang niet meer een exclusief voorrecht van personen die op organieke wijze als overheid optreden. De regelgevers hebben herhaaldelijk een eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid toegekend aan personen die voor het overige als louter privaatrechtelijke personen opereren en derhalve bezwaarlijk op organieke wijze als overheden zijn te kwalificeren.

76. Het meest gekende voorbeeld van dergelijke “*private*” rechtspersonen met eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid zijn de vrije onderwijsinstellingen. In het arrest Franssens van 1981 oordeelde de Raad van State reeds dat “*aan de universiteiten – in welke vorm ook ingericht, dus ook wanneer het privaatrechtelijke inrichtingen betreft – in het algemeen belang de uitsluitende bevoegdheid [toegekend is] om academische graden te verlenen waaraan bepaalde rechtsgevolgen zijn verbonden, zoals onder meer het recht om een bepaald beroep uit te oefenen; dat de beslissingen van de organen van een universiteit met betrekking tot het uitreiken van academische diploma’s waartoe zij wettelijk bevoegd zijn, dwingende rechtsgevolgen voor derden hebben*” (203). Ook het Hof van Cassatie (204) erkent dit eenzijdig bindend karakter van bepaalde beslissingen van de vrije onderwijsinstellingen, terwijl het hen voor het overige de hoedanigheid als organieke overheid ontzegt.

(202) R. ANDERSEN, “Autorité et contrat dans l’administration moderne en Belgique”, in X., *Annuaire européen d’administration publique*, Aix-en-Provence, P.U.A., 1997, 35-36.

(203) R.v.St., Franssens, nr. 21.467, 16 oktober 1981.

(204) Cass. 6 september 2002, *NjW* 2002-03, 130.

Ook buiten de onderwijssector kunnen echter eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheden worden toegekend aan private personen. Zo stelde de Raad van State, afdeling wetgeving, in een advies m.b.t. onteigeningen: “*s’il s’agit uniquement de permettre des expropriations d’utilité publique, il n’est pas nécessaire de transformer la sa SARSI en personne de droit public. Certains textes de loi ou de décret prévoient la possibilité d’octroyer à une personne morale de droit privé le pouvoir de procéder à une expropriation d’utilité publique*” (205). De Raad van State gaat er derhalve van uit dat ook aan privaatrechtelijke personen een eenzijdig bindende onteigeningsbevoegdheid kan worden toegekend.

77. Het is hier voor het overige niet de plaats om in te gaan op de talrijke vraagtekens en nuances die geplaatst moeten worden bij het criterium van de eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid (206). In de mate dat tot het bestaan van dergelijke eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid wordt besloten, moeten de ABBB m.i. echter in ieder geval nageleefd worden, ook indien die bevoegdheid wordt uitgeoefend door een persoon die niet als organieke overheid kan worden gekwalificeerd.

De onderwerping van deze beslissingen dringt zich vooreerst op omdat dergelijk eenzijdig bindend optreden door de burger doorgaans als een overheidsoptreden wordt gepercipieerd (ook indien het niet uitgaat van een organieke overheid). De onderwerping van die beslissingen sluit bovendien aan bij het uitgangspunt dat de ABBB een grens moeten stellen telkens exorbitante bevoegdheden worden uitgeoefend die met het oog op het algemeen belang zijn toegekend. Zodra sprake is van een eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid, vervalt voor de toepasselijkheid van de ABBB derhalve de relevantie van het onderscheid tussen organieke overheden en andere rechtspersonen. In de rechtspraak wordt deze benadering gevolgd. Aldus werden de eenzijdig bindende beslissingen van vrije onderwijsinstellingen reeds herhaaldelijk aan de ABBB getoetst (207).

(205) *Parl. St. W. Gew. R.* 1998-99, nr. 482/1, 7. Zie ook J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, 133.

(206) Zie hierover F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 144-148 en de aldaar aangehaalde rechtsleer.

(207) O.m. R.v.St., Hofmans, nr. 111.088, 8 oktober 2002; R.v.St., Coucke, nr. 124.739, 28 oktober 2003.

B. De niet-gezagshandelingen die kaderen in een publiekrechtelijk procédé

78. Moeilijker is de vraag of er – naast gezagsbeslissingen – ook nog andere beslissingen zijn van personen die niet als organieke overheid kunnen worden gekwalificeerd waarop de ABBB toepasselijk zijn. Zijn er m.a.w., naast de gezagshandelingen, nog andere beslissingen die een voldoende overheidsgehalte vertonen om hen – uitgaand van de doelstelling dat de ABBB minimumgrenzen moeten bieden voor iedere vorm van overheids-optreden – aan de ABBB te onderwerpen?

79. M.i. valt dit inderdaad te verdedigen, met name voor die handelingen van niet-overheden die – hoewel het geen gezagshandelingen zijn – door de regelgever zijn ingebed in een specifiek bestuursrechtelijk kader of procédé.

Ter zake kan inspiratie gezocht worden in een aantal arresten van de Raad van State waarin – weze het in de context van de bevoegdheidsvraag – gewezen is op de publiek- of privaatrechtelijke aard van het beslissingsprocédé. Aldus oordeelde de Raad dat beslissingen die moeten worden genomen conform de procedures en voorschriften van de wetgeving overheidsopdrachten, kaderen in een publiekrechtelijk procédé (208). Beslissingen over kredietverrichtingen (bv. het toestaan van leningen) (209) of holding-activiteiten (210) werden daarentegen als louter privaatrechtelijk of commerciële procédés aangemerkt.

Indien de regelgever zelf heeft geoordeeld dat bepaalde niet-gezagshandelingen een voldoende overheidskarakter vertonen om hen aan een specifieke publiekrechtelijke regeling te onderwerpen (zoals bv. de wetgeving overheidsopdrachten), moet m.i. aangenomen worden dat deze handelingen ook voor de toepassing van de ABBB een voldoende overheidsgehalte vertonen. Door dergelijke handelingen te onderwerpen, wordt opnieuw aangesloten bij het uitgangspunt dat iedere vorm van overheids-optreden aan de ABBB moet worden onderworpen.

(208) R.v.St., Heck, nr. 24.551, 29 juni 1984; R.v.St., b.v.b.a. Artabel e.a., nr. 79.954, 27 april 1999.

(209) R.v.St., Nyst, nr. 48.476, 5 juli 1995, *J.L.M.B.* 1995, 428-436; R.v.St., Baseke Botikala, nr. 97.517, 6 juli 2001; R.v.St., Baseke Botikala, nr. 105.044, 22 maart 2002.

(210) R.v.St., Bataillie, nr. 59.443, 30 april 1996.

Toch staat allerm minst vast of deze zienswijze ook in de rechtspraak zal worden gevolgd. Een arrest van het Hof van Cassatie van 21 maart 1994 (211) noopt alvast tot voorzichtigheid. In dit arrest moest het Hof zich uitspreken over de vraag of een vrije onderwijsinstelling bij het nemen van een beslissing “*tot terbeschikkingstelling om persoonlijke redenen van een personeelslid*” de ABBB moet naleven. Volgens het Hof is dit niet het geval aangezien “*de rechtsverhouding tussen de instellingen van het gesubsidieerde vrije onderwijs en hun personeelsleden van contractuele aard is en dat behalve in geval van afwijkende wetsbepaling, de regeling van het overeenkomstenrecht op die verhouding toepasselijk is*”. De vaststelling dat de onderwijsinstelling bij het nemen van haar beslissing nochtans verplicht was de “*regels die ter zake van toepassing zijn op het personeel van de Rijks-PMS-centra*” na te leven, volstond voor het Hof niet om toch tot toepasselijkheid van de ABBB te besluiten. Het Hof lijkt zich hier dus streng op te stellen t.a.v. de toepasselijkheid van de ABBB op de contractuele handelingen van personen die niet organiek als overheid zijn te kwalificeren. Dergelijke enge zienswijze lijkt mij echter op gespannen voet te staan met de doelstellingen van de ABBB.

IV. Zijn de ABBB toepasselijk op bepaalde handelingen van de organen van de wetgevende en de rechterlijke macht?

80. Uit de parlementaire voorbereiding bij de R.v.St.-Wet wordt afgeleid dat het wetgevend of rechterlijk overheidsoptreden in beginsel niet als het handelen van een administratieve overheid aan te merken valt. Om die reden verklaarde de Raad van State zich traditioneel onbevoegd telkens de nietigverklaring werd gevraagd van handelingen van organen die behoren tot de wetgevende macht (212). Die onbevoegdheid bleef niet beperkt tot beslissingen van wetgevende vergaderingen of tot wetten. Organen of rechtspersonen die in voldoende mate in de invloedssfeer van de wetgevende macht konden worden ingepast, zoals het Rekenhof (213), ontsnapten eveneens aan het toezicht van de bestuursrechter. Dit gold ook voor de bestuurlijke beslissingen van de wetgevende vergaderingen en de hiermee

(211) Cass. 21 maart 1994, *Soc. Kron.* 1994, 161-162.

(212) R.v.St., Fevrier, nr. 17.303, 25 november 1975; R.v.St., Messemaekers, nr. 19.975, 12 december 1979; R.v.St., Dieu, nr. 48.853, 1 september 1994.

(213) R.v.St., Bette, nr. 3.823, 19 november 1954; R.v.St., Trine, nr. 18.781, 23 februari 1978.

verbonden instellingen (bv. verwerping van een petitie (214) of benoeming bij de Quaestuur door het Bureau van de Kamer (215)). Evenzeer verklaarde de Raad van State zich onbevoegd ten aanzien van beslissingen van de rechterlijke macht, zoals hun vonnissen en arresten (216) maar ook hun personeelsbeslissingen (217).

Het arrest nr. 31/96 van het Arbitragehof (218) en de wijziging van de R.v.St.-Wet met de wet van 25 mei 1999 (219) hebben die absolute onbevoegdheid van de Raad t.a.v. het wetgevend en rechterlijk optreden gemilderd (220). Hun individuele (221) beslissingen inzake personeel en overheidsopdrachten kunnen nu door de Raad van State worden getoetst op dezelfde wijze als gelijkaardige beslissingen van administratieve overheden (222).

81. De wetswijziging van 1999 heeft het in beginsel enkel over de bevoegdheid van de Raad van State en zegt niets over de toepasselijkheid van de ABBB op deze beslissingen inzake personeel en overheidsopdrachten. Toch is er m.i. van uit te gaan dat (minstens) na de wet van 25 mei 1999 de individuele beslissingen inzake het personeel en de overheidsopdrachten van de wetgevende en rechterlijke macht onderworpen zijn aan de ABBB.

Ter ondersteuning van die zienswijze is allereerst te wijzen op een arrest van 29 januari 2004 van het Arbitragehof (223). In deze zaak diende het Hof zich uit te spreken over de vraag of de formele motiveringswet van 29 juli 1991 strijdig is met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, in de

(214) R.v.St., Winand, nr. 19.821, 4 oktober 1979.

(215) R.v.St., Persoons, nr. 9.633, 16 oktober 1962.

(216) R.v.St., Put, nr. 2, 8 november 1948.

(217) G. ROMBOUT, "Un problème de séparation des pouvoirs", *J.T.* 1952, 549-552.

(218) Arbitragehof nr. 31/96, 15 mei 1996, *B.S.* 25 juni 1996.

(219) Wet van 25 mei 1999 tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, van de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State, alsook van het Gerechtelijk Wetboek, *B.S.* 22 juni 1999.

(220) Zie hierover o.m. L. DE GEYTER en F. VANDENDRIESSCHE, "Het 'nieuwe' artikel 14 van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State en de bevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van de bestuurshandelingen van de wetgevende vergaderingen", *T.B.P.* 2000, 97-113; D. DELVAX, "La loi du 25 mai 1999 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et le contrôle des actes administratifs des assemblées législatives", *C.D.P.K.* 2000, 425.

(221) De wetswijziging heeft de bevoegdheid van de Raad van State enkel uitgebreid t.a.v. de individuele handelingen, met uitsluiting van de reglementaire handelingen inzake personeel en overheidsopdrachten (Arbitragehof nr. 89/2004, 19 mei 2004, overw. B.2.)

(222) R.v.St., s.a. Socatra, nr. 117.877, 2 april 2003.

(223) Arbitragehof nr. 17/2004, 29 januari 2004.

mate ze niet toepasselijk wordt geacht op de individuele beslissingen inzake personeel en overheidsopdrachten van de wetgevende en rechterlijke macht. In niet mis te verstane bewoordingen oordeelde het Hof dat een grondwetsconforme interpretatie van de formele motiveringswet ertoe verplicht om de uitdrukkelijke motivering toe te passen op de personeels- en overheidsopdrachtenbeslissingen van de wetgevende en rechterlijke macht: *“Hoewel de wetgevende vergaderingen over het residu van de soevereiniteit beschikken en, wegens hun eigen karakter, een volledige onafhankelijkheid moeten genieten, ziet het Hof niet in hoe die onafhankelijkheid zou kunnen worden aangetast door in de akte de juridische en feitelijke overwegingen te vermelden die ten grondslag liggen aan een beslissing die zij ten aanzien van hun personeel nemen, aangezien die beslissing geen enkel politiek karakter heeft en geenszins verband houdt met de wetgevende functie. De vereiste van uitdrukkelijke motivering voorgeschreven door de wet van 29 juli 1991 versterkt de bescherming van de bestuurde, alsook de jurisdictionele controle van de bestuurshandelingen door de Raad van State. Vermits de wetgever de bestuurshandelingen van de wetgevende vergaderingen of hun organen met betrekking tot hun personeel heeft onderworpen aan hetzelfde rechtsbeschermingsstelsel als datgene dat van toepassing is op de handelingen van de bestuurlijke overheden, is het niet verantwoord dat de uitdrukkelijke motiveringsplicht niet op de eerstgenoemde van toepassing zou worden geacht. Naast het feit dat de personeelsleden van de wetgevende vergaderingen of hun organen verstoeken zouden blijven van een waarborg tegen de mogelijke willekeur, zou de ontstentenis van uitdrukkelijke motiveringsplicht het de Raad van State onmogelijk maken een doeltreffende toetsing uit te oefenen”* (224). In het verlengde van dit arrest, kan m.i. worden aangenomen dat een grondwetsconforme interpretatie van het toepassingsgebied van de ABBB verplicht om deze beginselen ook toe te passen op de individuele beslissingen inzake personeel en overheidsopdrachten van de wetgevende en rechterlijke macht. Er valt immers niet in te zien hoe de onafhankelijkheid van die organen zou worden aangetast door de toepassing van de ABBB op beslissingen die – zoals het Hof aangeeft – geen enkel politiek karakter hebben en geenszins verband houden met de wetgevende of rechterlijke functie.

(224) Overw. B.6. van het arrest.

Daarbij komt dat de Raad van State inmiddels reeds individuele personeelsbeslissingen van de wetgevende macht getoetst heeft aan (bepaalde) algemene beginselen van behoorlijk bestuur (225).

82. Moeilijker is het beantwoorden van de vraag of ook andere handelingen en beslissingen van de organen van de wetgevende en rechterlijke macht die (nog) niet onderworpen zijn aan het toezicht van de Raad van State (zoals reglementaire beslissingen over personeelsleden, de benoeming van ombudsmannen, beslissingen inzake verkiezingsuitgaven, ...) aan de ABBB moeten worden onderworpen. Hierover is mij geen rechtspraak bekend.

M.i. zal – bij gebrek aan een tussenkomst van de wetgever die dergelijke beslissingen kan onderwerpen “aan hetzelfde rechtsbeschermingstelsel als datgene dat van toepassing is op de handelingen van de bestuurlijke overheden” – niet tot die toepasselijkheid kunnen worden besloten (226). Het Arbitragehof lijkt er immers van uit te gaan dat het enkel aan de wetgever toekomt om, geval per geval, de afweging te maken van het vereiste niveau van rechtsbescherming voor zulke beslissingen (227). In het licht van het politieke karakter van die beslissingen en hun band met de wetgevende of rechtelijke functie, zal de wetgever dan moeten beslissen of ze hetzij aan een identieke rechtsbescherming, hetzij aan een aangepaste rechtsbescherming moeten worden onderworpen, dan wel of ze van iedere toetsing kunnen worden uitgesloten (228). In het verlengde van die rechtspraak kan

(225) Bv. R.v.St., Daems e.a., nr. 107.578, 10 juni 2002; R.v.St., Debroux, nr. 126.216, 9 december 2003.

(226) Anders P. VAN ORSHOVEN, “Algemene beginselen van behoorlijk fiscaal en ander bestuur”, in M. STORME en S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Actuele problemen van fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, voetnoot 63, die op algemene wijze concludeert als volgt: “De werkingssfeer van de verschillende algemene rechtsbeginselen moet derhalve veeleer functioneel dan organiek omschreven worden, zodat ook aanleiding bestaat tot toepassing van de a.b.b.b. door de rechterlijke en wetgevende macht, wanneer die hun (meer of minder zeldzame) administratieve functies uitoefenen”.

(227) Zie in die zin Arbitragehof nr. 31/96, 15 mei 1996 (voor het instellen van een vernietigingsberoep t.a.v. individuele personeelsbeslissingen van de parlementen) en Arbitragehof nr. 89/2004, 19 mei 2004 (m.b.t. het instellen van een vernietigingsberoep tegen reglementaire beslissingen inzake personeel van de parlementen).

(228) Het Arbitragehof heeft reeds geoordeeld dat het ontbreken van een vernietigingsberoep tegen de beslissingen van de Controlegeschiedenis voor de verkiezingsuitgaven (Arbitragehof nr. 20/2000, 23 februari 2000) of de beslissingen van de Brusselse Hoofdstedelijke Raad tot ontslag van een lid van het Rechtscollege van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest (Arbitragehof nr. 93/2004, 26 mei 2004) geen schending uitmaakt van de Grondwet. Het ontbreken van deze vorm van rechtsbescherming wordt volgens het Hof verantwoord door het politiek karakter van

.../...

aangenomen worden dat het ook (enkel) aan de wetgever toekomt om te oordelen of de ABBB – die immers een vorm van rechtsbescherming uitmaken – op deze beslissingen toegepast worden en, in voorkomend geval, op welke wijze.

Zolang de wetgever niet is opgetreden, is er daarom van uit te gaan dat de ABBB niet toepasselijk zijn op de andere beslissingen van de wetgevende en rechterlijke macht, dan de individuele beslissingen inzake personeel en overheidsopdrachten. Dit ontbreken van enige begrenzing t.a.v. deze beslissingen zal door het Arbitragehof hoogstens als een ongrondwettige lacune in de wetgeving worden aangemerkt (229), die enkel de wetgever kan verhelpen.

.../...

die beslissingen. In het verlengde hiervan is niet uit te sluiten dat het politieke karakter van die beslissingen ook een afdoende verantwoording kan bieden voor het niet-toepassen van de ABBB.

(229) Vgl. Arbitragehof nr. 31/96, 15 mei 1996 (individuele personeelsbeslissingen parlementen); Arbitragehof nr. 89/2004, 19 mei 2004 (ontbreken van vernietigingsberoep tegen reglementaire beslissingen inzake personeel). Zie verder ook de voorbeelden aangehaald in P. POPELIER, “De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving”, *T.B.P.* 2005, 284-296.

HOOFDSTUK 3.

BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR IN DE EUROPESE UNIE

Prof. dr. Koen Lenaerts*

Rechter in het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
Buitengewoon hoogleraar, Instituut voor Europees recht, K.U.Leuven

§ 1. Inleiding

83. Volgens artikel 220 van het EG-Verdrag verzekeren het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg “de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van dit Verdrag”. De erkenning van “het recht” als bron van gemeenschapsrecht heeft het de communautaire rechter mogelijk gemaakt om het gemeenschapsrecht uit te leggen en toe te passen overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen. Hij doet daarbij beroep op de beginselen die expliciet of impliciet terug te vinden zijn in de rechtstradities van de lidstaten (230). Die beginselen behoren tot de communautaire rechtsorde, zodat een inbreuk erop een “schending van dit Verdrag of van enige uitvoeringsregeling daarvan” – zoals bepaald in artikel 230 van het EG-Verdrag – uitmaakt (231).

84. Deze bijdrage concentreert zich op de beginselen van behoorlijk bestuur die tot doel hebben het vertrouwen van de burger in de Unie te bestendigen (232). Het groeiende gebrek aan vertrouwen tussen bestuur en burger – dat vaak wordt geassocieerd met tekortkomingen van de democratie op het niveau van de Europese Unie – heeft geleid tot ontwikkelingen in de rechtspraak betreffende de beginselen die het vertrouwen van de burger in het bestuur van de Unie moeten vergroten. Het gaat zowel om nieuwe be-

* Deze tekst geeft enkel de persoonlijke mening weer van de auteur.

(230) Zie H.v.J. 30 september 2003, *Köbler*, nr. C-224/01, *Jur. H.v.J.* 2003, 1, 10239. Zie ook K. LENAERTS, “Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law”, *International and Comparative Law Quarterly* 2003, 873-906.

(231) K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, Londen, Sweet & Maxwell 2005, 711-719, nrs. 17-065 tot 17-072.

(232) Voor een ruimer overzicht van de algemene rechtsbeginselen in de Europese Unie, zie U. BERNITZ en J. NERGELIUS (ed.), *General Principles of European Community Law*, European Monographs, Vol. 25, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 2000, 244 p.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 377 p.; J. USHER, *General Principles of EC Law*, Londen/New York, Longman, 1998, 167 p.

ginselen die hun ingang vonden in de communautaire rechtsorde als antwoord op kritiek gericht tot het bestuur, als om bestaande beginselen die in een nieuw jasje werden gestoken. Hierna worden het beginsel van openbaarheid van bestuur, het beginsel van procedurele gelijkheid, het voorzorgsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel nader bekeken.

§ 2. Het beginsel van openbaarheid van bestuur

I. De erkenning als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht

85. Het beginsel van openbaarheid van bestuur en het daarmee samenhangende recht van toegang tot documenten is gedurende decennia een “non-issue” geweest in het gemeenschapsrecht. Een natuurlijke of rechtspersoon kon alleen toegang krijgen tot *bepaalde* documenten die instellingen of organen van de Gemeenschap in hun bezit hadden, in het kader van een procedure voorafgaand aan een beslissing waarbij zijn belangen mogelijk negatief werden beïnvloed (233). Bijvoorbeeld in *BEUC/Commissie* (234) heeft het Hof van Justitie de weigering van de Commissie bevestigd om BEUC, een organisatie die de belangen van consumenten verdedigt, toegang te verlenen tot niet-vertrouwelijke stukken van een anti-dumping-procedure. Dit aangezien “deze procedure en de eventueel aan het einde daarvan getroffen maatregelen niet [zijn] gericht tegen handelwijzen die kunnen worden toegeschreven aan consumenten of organisaties” die hun belangen verdedigen (235).

86. Het groeiende wantrouwen van de burger jegens het bestuur en het opkomen van het maatschappelijk middenveld en van niet-gouvernementele organisaties als kanalen van toezicht op het gedrag van het bestuur, brachten de politieke elite ertoe transparantie als doel voorop te stellen, niet alleen op nationaal niveau maar ook op het niveau van de Unie. Daartoe werd in 1992 Verklaring nr. 17 toegevoegd aan het Verdrag van Maastricht. Deze verklaring onderstreept dat “doorzichtigheid van het besluitvormingsproces het democratische karakter van de Instellingen en het vertrouwen van het publiek in het bestuur versterkt. [...]” (236).

(233) Zie *infra*, beginsel van procedurele gelijkheid.

(234) H.v.J. 28 november 1991, *BEUC/Commissie*, nr. C-170/89, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 5709.

(235) *Ibidem*, r.o. 21.

(236) *PB.* 1992, C. 191/101.

87. Als eerste stap in de richting van de erkenning van het recht van toegang tot documenten keurden de Raad en de Commissie op 6 december 1993 een Gedragscode (237) goed. Deze verzekerde een “zo ruim mogelijke toegang [...] tot documenten die bij de Commissie en de Raad berusten” (238). De bepalingen van de Gedragscode zijn later opgenomen in Besluit 93/731 van de Raad (239) en in Besluit 94/90 van de Commissie (240) betreffende de toegang van het publiek tot documenten in het bezit van respectievelijk de Raad en de Commissie. Voor documenten in het bezit van het Europees Parlement werd het recht van toegang uitgewerkt in Besluit 97/632 van het Europees Parlement van 10 juli 1997 (241). Hoewel al deze bepalingen uitvoering geven aan het beginsel van “zo ruim mogelijke toegang”, bevatten ze niettemin een aantal uitzonderingen op dit beginsel, die tot doel hebben publieke belangen, zoals openbare veiligheid en monetaire stabiliteit, of private belangen, zoals de bescherming van zakengeheimen, te vrijwaren.

88. De besluiten betreffende toegang tot documenten aangenomen door de Raad, de Commissie en het Europees Parlement zijn niet als dusdanig de uitdrukking van een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. De drie betrokken instellingen hebben de besluiten vastgesteld op grond van hun bevoegdheid tot interne organisatie (242). In procedures voor de gemeenschapsrechter rees al snel de vraag of het recht van toegang tot documenten als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht moest worden opgevat. De vraag was van belang omdat het bestaan van dergelijk beginsel de gemeenschapsrechter er niet alleen toe verplichtte na te gaan of de weigering van toegang tot een specifiek document onder één van de uitzonderingen voorzien in het besluit betreffende toegang tot documenten van de betrokken instelling viel, maar ook te beoordelen of de verschillende uitzonderingen

(237) Gedragscode inzake de toegang van het publiek tot documenten van de Raad en de Commissie (*PB*. 1993, *L*. 340/41).

(238) Eigen cursivering.

(239) Besluit 93/731/EG van de Raad van 20 december 1993 betreffende toegang van het publiek tot documenten van de Raad (*PB*. 1993, *L*. 340/43).

(240) Besluit 94/90/EGKS, EG, Euratom van de Commissie van 8 februari 1994 inzake de toegang tot documenten van de Commissie (*PB*. 1994, *L*. 46/58).

(241) Besluit 97/632/EG, EGKS, Euratom van het Europees Parlement van 10 juli 1997 inzake de toegang van het publiek tot de documenten van het Europees Parlement (*PB*. 1997, *L*. 263/27).

(242) Het Besluit van de Raad was gebaseerd op artikel 151 lid 3 van het EG-Verdrag (nu artikel 207 lid 3); het Besluit van de Commissie was gebaseerd op artikel 162 van het EG-Verdrag (nu artikel 218); het Besluit van het Europees Parlement was gebaseerd op artikel 142 van het EG-Verdrag (nu artikel 199).

zelf rechtmatig waren in het licht van het genoemde algemeen rechtsbeginsel.

89. In dit verband moet ook worden benadrukt – zoals Verklaring nr. 17 bij het Verdrag van Maastricht dit doet – dat het recht van toegang tot documenten die berusten bij instellingen van de Gemeenschap, samenhangt met het democratische karakter van deze instellingen (243). Het beginsel van openbaarheid van bestuur is er inderdaad op gericht een grotere betrokkenheid van de burger bij de besluitvorming mogelijk te maken, de legitimiteit en de doelmatigheid van het bestuur te verhogen en, meer algemeen, te verzekeren dat de overheid verantwoording aflegt ten overstaan van de burger (244). Toegang tot documenten draagt dus bij tot de versterking van de beginselen van democratie en eerbiediging van de grondrechten (245). Daarom benadrukte Advocaat-generaal LÉGER in zijn conclusie in *Hautala*, dat het recht van toegang tot informatie “zijn oorsprong heeft in de meest wezenlijke politieke grondslagen van de lidstaten en de Gemeenschap” (246) en stelde hij het Hof voor het recht van toegang tot documenten als algemeen rechtsbeginsel te erkennen (247). Hoewel het de analyse van de Advocaat-generaal grotendeels bevestigde, sprak het Hof zich niet uit over het bestaan van dergelijk algemeen rechtsbeginsel.

90. In *Interporc/Commissie* (248) werd het Hof van Justitie opnieuw geconfronteerd met dit probleem naar aanleiding van de toetsing van de wettigheid van de “auteurs”-uitzondering opgenomen in Besluit 94/90 van de Commissie. Deze uitzondering houdt in dat “wanneer de auteur van het document dat bij de Instelling berust een natuurlijke of een rechtspersoon, een lidstaat, een andere Instelling of een orgaan van de Gemeenschap of enige andere nationale of internationale organisatie is, [...] het verzoek rechtstreeks tot de auteur van het document [moet] worden gericht”. In zijn

(243) Zie Verklaring nr. 17 gehecht aan de Slotakte van het Verdrag betreffende de Europese Unie ondertekend te Maastricht op 7 februari 1992; H.v.J. 6 december 2001, *Raad/Hautala*, nr. C-353/99 P, *Jur. H.v.J.* 2001, I, 9565, r.o. 24; Ger. 19 juli 1999, *Hautala/Raad*, nr. T-14/98, *Jur. Ger.* 1999, II, 2489, r.o. 82; Ger. 7 februari 2002, *Kuijjer/Raad*, nr. T-211/00, *Jur. Ger.* 2002, II, 485, r.o. 52.

(244) H.v.J. 6 maart 2003, *Interporc Im- und Export GmbH/Commissie*, nr. C-41/00 P, *Jur. H.v.J.* 2003, I, 2125, r.o. 39; Ger. 7 februari 2002, *Kuijjer/Raad*, nr. T-211/00, *Jur. Ger.* 2002, II, 485, r.o. 52.

(245) *Ibidem*.

(246) H.v.J. 6 december 2001, *Raad/Hautala*, nr. C-353/99 P, *Jur. H.v.J.* 2001, I, 9565, conclusie, punt 47.

(247) *Ibidem*, punten 55, 68, 86.

(248) H.v.J. 6 maart 2003, *Interporc Im- und Export GmbH/Commissie*, nr. C-41/00 P, *Jur. H.v.J.* 2003, I, 2125.

conclusie hield Advocaat-generaal LÉGER zich strikt aan de uitspraak van het Hof in *Hautala*: een grondrecht van toegang tot documenten werd in het gemeenschapsrecht alsnog niet erkend (249). De Advocaat-generaal beoogde daarmee het Hof voor zijn verantwoordelijkheid te plaatsen met het oog op de erkenning van dit grondrecht. Het Hof beperkte zich er echter toe de beslissing van het Gerecht van eerste aanleg te bevestigen met de overweging dat “op de datum van de vaststelling van de litigieuze beschikking [van de Commissie]”, geen beginsel of algemene regeling van gemeenschapsrecht de Commissie uitdrukkelijk belette om de auteursregel te bepalen in het kader van haar interne organisatiebevoegdheid (250). Het arrest van het Hof laat plaats voor twee interpretaties. Het kan betekenen dat het beginsel van openbaarheid van bestuur op het ogenblik dat de Commissie de litigieuze beschikking – in 1998 – aannam, geen algemeen beginsel van gemeenschapsrecht vormde. Een andere mogelijke interpretatie is dat het beginsel van openbaarheid van bestuur – als algemeen rechtsbeginsel – niet geschonden was op het ogenblik dat de litigieuze beschikking genomen werd, gezien het feit dat de relevante regels enkel toegang verleenden tot documenten opgesteld door de betrokken instellingen.

91. Niettegenstaande deze onduidelijke formulering van de communautaire rechtspraak valt moeilijk te ontkennen dat het beginsel van openbaarheid van bestuur is geëvolueerd tot een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Verschillende recente ontwikkelingen – die allemaal dateren van na de beschikkingen waarvan de wettigheid getoetst werd in *Hautala* en *Interporc* – leiden tot dit besluit. Ten eerste legt het Verdrag van Amsterdam het recht van toegang tot documenten vast in artikel 255 van het EG-Verdrag. Volgens deze bepaling “[heeft i]edere burger van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat [...] recht op toegang tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie ...”. Ten tweede is artikel 255 van het EG-Verdrag uitgevoerd door Verordening nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad inzake de toegang van het publiek tot documenten van

(249) Conclusie van Advocaat-generaal LÉGER van 12 maart 2002 bij H.v.J. 6 maart 2003, *Interporc Im- und Export GmbH/Commissie*, nr. C-41/00 P, *Jur. H.v.J.* 2003, I, 2125, I, 2149-2150, punten 78 tot 80. Zie ook K. BRADLEY, “La transparence de l’Union européenne: une évidence ou un trompe l’œil?”, *Cahiers de droit européen* 1999, 283-362; E. CHITI, “Further Developments of Access to Community Information: Kingdom of the Netherlands v. Council of the European Union”, *European Public Law* 1996, 536; F. LAFAY, “L’accès aux documents du Conseil de l’Union: contribution à une problématique de la transparence en droit communautaire”, *Revue trimestrielle de droit européen* 1997, 37-68.

(250) H.v.J. 6 maart 2003, *Interporc Im- und Export GmbH/Commissie*, nr. C-41/00 P, *Jur. H.v.J.* 2003, I, 2125, r.o. 43.

het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (251). Verordening nr. 1049/2001 is dus niet langer een maatregel ingesteld op grond van de interne organisatiebevoegdheid van de betrokken instelling, maar vindt haar rechtsgrond direct in het EG-Verdrag (252). En tot slot, maar daarom niet minder belangrijk, wordt het recht van toegang tot documenten onmiskenbaar “bevorderd” tot een fundamenteel recht door zijn incorporatie in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (253) en maakt het als zodanig deel uit van de Grondwet voor Europa (254).

(251) Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en van de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (*PB*. 2001, *L*. 145/43). Verordening nr. 1049/2001 is ook van toepassing op documenten die berusten bij het Europees Milieuagentschap (Verordening nr. 1641/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 22 juli 2003, *PB*. 2003, *L*. 245/1), bij de Europese Autoriteit voor voedselveiligheid (Verordening nr. 1642/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 22 juli 2003, *PB*. 2003, *L*. 245/4), bij het Europees Agentschap voor de veiligheid van de luchtvaart (Verordening nr. 1643/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 22 juli 2003, *PB*. 2003, *L*. 245/7), bij het Europees Agentschap voor maritieme veiligheid (Verordening nr. 1644/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 22 juli 2003, *PB*. 2003, *L*. 245/10), bij het Vertaalbureau voor de organen van de Europese Unie (Verordening nr. 1645/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 18 juni 2003, *PB*. 2003, *L*. 245/13), bij het Europees Bureau voor wederopbouw (Verordening nr. 1646/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 18 juni 2003, *PB*. 2003, *L*. 245/16), bij het Europees Bureau voor geneesmiddelenbeoordeling (Verordening nr. 1647/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 18 juni 2003, *PB*. 2003, *L*. 245/19), bij de Europese Stichting voor opleiding (Verordening nr. 1648/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 18 juni 2003, *PB*. 2003, *L*. 245/22), bij de Europese Stichting tot verbetering van levens- en arbeidsomstandigheden (Verordening nr. 1649/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 18 juni 2003, *PB*. 2003, *L*. 245/25), bij het Communautair Bureau voor plantenrassen (Verordening nr. 1650/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 18 juni 2003, *PB*. 2003, *L*. 245/28), bij het Europees Waarnemingscentrum voor drugs en drugsverslaving (Verordening nr. 1651/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 18 juni 2003, *Pb*. 2003, *L*. 245/30), bij het Europees Waarnemingscentrum voor racisme en vreemdelingenhaat (Verordening nr. 1652/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 18 juni 2003, *PB*. 2003, *L*. 245/33), bij het Bureau voor harmonisatie binnen de Interne Markt (Verordening nr. 1653/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 18 juni 2003, *PB*. 2003, *L*. 245/36), bij het Europese Agentschap voor de veiligheid en de gezondheid op het werk (Verordening nr. 1654/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 18 juni 2003, *PB*. 2003, *L*. 245/38), en bij het Europees Centrum voor de ontwikkeling van de beroepsopleiding (Verordening nr. 1655/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 18 juni 2003, *PB*. 2003, *L*. 245/41).

(252) Verwijzend naar deze ontwikkelingen, benadrukte het Hof van Justitie in zijn *Interporc*-uitspraak dat de analyse van het Gerecht van eerste aanleg volgens welke geen beginsel of algemene regeling van gemeenschapsrecht bestond die uitdrukkelijk bepaalde dat de Commissie niet bevoegd was om in het kader van haar interne organisatiebevoegdheid de “auteurs”-regel vast te stellen, correct was “op de datum van vaststelling van de litigieuze beschikking” (H.v.J. 6 maart 2003, *Interporc Im- und Export GmbH/Commissie*, nr. C-41/00 P, *Jur. H.v.J.* 2003, I, 2125, r.o. 43).

(253) *PB*. 2000, C. 364, artikel 42.

(254) Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, *PB*. 2004, C. 310, artikel II-102.

II. Beperkingen onderworpen aan het evenredigheidsbeginsel

92. Zoals gezegd beoogt het beginsel van openbaarheid van bestuur het democratische karakter van de instellingen en het vertrouwen van het publiek in het bestuur te versterken (255). Het publiek moet derhalve een zo ruim mogelijke toegang hebben tot gevraagde documenten. Toch worden bij wijze van uitzondering een aantal openbare en particuliere belangen beschermd (256).

93. Aangezien het publiek recht heeft op toegang tot documenten in het bezit van de instellingen, moet elke uitzondering op dat recht restrictief worden uitgelegd en toegepast (257). Hoewel in de rechtspraak nog niet formeel werd erkend dat het beginsel van openbaarheid van bestuur een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is, wat geleid zou kunnen hebben tot de vaststelling dat sommige uitzonderingen opgenomen in Besluit 93/731 van de Raad en Besluit 94/90 van de Commissie geheel of gedeeltelijk onrechtmatig zijn, werd de draagwijdte van sommige uitzonderingen niet-temin ingeperkt onder verwijzing naar een gevestigd algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, met name het evenredigheidsbeginsel (258).

94. Artikel 4 lid 1 van Besluit 93/731 van de Raad – dat voorzag dat “[e]r [...] geen toegang [kan] worden verleend tot een document van de Raad, wanneer de verspreiding ervan afbreuk zou kunnen doen aan de bescherming van het algemeen belang”, met betrekking tot “openbare veiligheid” of “internationale betrekkingen” (259) – lijkt de Raad het recht te geven om toegang te weigeren tot elk document dat valt onder de uitzondering. Toch interpreteerde de communautaire rechter de uitzondering in het licht van het beginsel van het recht op informatie en het evenredigheidsbeginsel. Op grond daarvan moet de Raad onderzoeken of gedeeltelijk toegang kan worden verleend tot de gegevens waarvoor de uitzondering niet geldt

(255) H.v.J. 6 december 2001, *Raad/Hautala*, nr. C-353/99 P, *Jur. H.v.J.* 2001, I, 9565, r.o. 25; Ger. 19 juli 1999, *Hautala/Raad*, nr. T-14/98, *Jur. Ger.* 1999, II, 2489, r.o. 83.

(256) Artikel 4 van Verordening nr. 1049/2001.

(257) H.v.J. 11 januari 2000, *Nederland en Van der Wal/Commissie*, nrs. C-174/98 P en C-189/98 P, *Jur. H.v.J.* 2000, I, 1, r.o. 27; H.v.J. 6 december 2001, *Raad/Hautala*, nr. C-353/99 P, *Jur. H.v.J.* 2001, I, 9565, r.o. 25.

(258) H.v.J. 6 december 2001, *Raad/Hautala*, nr. C-353/99 P, *Jur. H.v.J.* 2001, I, 9565, r.o. 27; Ger. 19 juli 1999, *Hautala/Raad*, nr. T-14/98, *Jur. Ger.* 1999, II, 2489, r.o. 85-87; Ger. 7 februari 2002, *Kuijjer/Raad*, nr. T-211/00, *Jur. Ger.* 2002, II, 485, r.o. 57.

(259) Eigen cursivering.

(260). Het evenredigheidsbeginsel verlangt inderdaad dat afwijkingen van de algemene regel dat toegang moet worden verleend, niet verder gaan dan passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel (261).

95. Wanneer bijgevolg een instelling een verzoek tot toegang tot documenten ontvangt, dient zij een concreet en individueel onderzoek te verrichten van de inhoud van de in het verzoek bedoelde documenten (262). Zelfs indien een document valt onder één van de uitzonderingen op de regel van algemene toegang, moet de Raad overwegen of het mogelijk is om gedeeltelijke toegang te verlenen, beperkt tot de informatie waarop de uitzondering niet van toepassing is. In *Hautala* oordeelde het Gerecht van eerste aanleg dat de Raad geen toegang kon weigeren tot het rapport van de werkgroep “Export van Conventionele Wapens” dat was goedgekeurd door het Politiek Comité van de Raad, op grond van het feit dat toegang schadelijk kon zijn voor de relaties van de EU met derde landen, zonder te onderzoeken of gedeeltelijke toegang tot het document kon worden verleend (263).

96. In *Hautala* heeft de gemeenschapsrechter echter ook geoordeeld dat, bij wijze van uitzondering en met de bedoeling om het belang van goed bestuur te vrijwaren, een afwijking van deze verplichting om gedeeltelijke toegang te verlenen zou kunnen worden toegestaan, wanneer de administratieve belasting die een concreet en individueel onderzoek van de betrokken documenten met zich brengt, bijzonder groot zou blijken te zijn en dus de grenzen overschrijdt van hetgeen redelijkerwijze kan worden verlangd (264). Dit standpunt contrasteert met de rechtspraak van het Gerecht van eerste aanleg in mededingingszaken. Voor een onderneming die het onderwerp uitmaakt van een onderzoek is toegang tot het dossier van de

(260) H.v.J. 6 december 2001, *Raad/Hautala*, nr. C-353/99 P, *Jur. H.v.J.* 2001, I, 9565, r.o. 31; Ger. 19 juli 1999, *Hautala/Raad*, nr. T-14/98, *Jur. Ger.* 1999, II, 2489, r.o. 87.

(261) H.v.J. 15 mei 1986, *Johnston/Chief Constable of Royal Ulster Constabulary*, nr. 222/84, *Jur. H.v.J.* 1986, 1651, r.o. 38; H.v.J. 6 december 2001, *Raad/Hautala*, nr. C-353/99 P, *Jur. H.v.J.* 2001, I, 9565, r.o. 28; Ger. 19 juli 1999, *Hautala/Raad*, nr. T-14/98, *Jur. Ger.* 1999, II, 2489, r.o. 85.

(262) Ger. 13 april 2005, *Verein für Konsumenteninformation/Commissie*, nr. T-2/03, *Jur. Ger.* 2005, nog niet gepubliceerd, r.o. 74.

(263) Ger. 19 juli 1999, *Hautala/Raad*, nr. T-14/98, *Jur. Ger.* 1999, II, 2489, bevestigd op hogere voorziening.

(264) H.v.J. 6 december 2001, *Raad/Hautala*, nr. C-353/99 P, *Jur. H.v.J.* 2001, I, 9565, r.o. 30; Ger. 19 juli 1999, *Hautala/Raad*, nr. T-14/98, *Jur. Ger.* 1999, II, 2489, r.o. 86; Ger. 7 februari 2002, *Kuijjer/Raad*, nr. T-211/00, *Jur. Ger.* 2002, II, 485, r.o. 57.

Commissie noodzakelijk om haar verdediging voor te bereiden (265). Het Gerecht van eerste aanleg wees het argument van de Commissie, dat luidde dat de opstelling van niet-vertrouwelijke documenten een te zware belasting vormt voor de administratie, af met de overweging dat “[d]e eerbiediging van de rechten van de verdediging [...] niet [kan] stuklopen op technische en juridische moeilijkheden die een doelmatige administratie te boven kan en moet komen” (266).

97. Opnieuw moet echter worden benadrukt dat in *Hautala* een aanvraag voor toegang tot documenten aan de orde was die dateerde van vóór de afkondiging van het Handvest van de grondrechten en de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam en Verordening nr. 1049/2001 (267). Recent heeft het Gerecht dan ook zijn *Hautala*-rechtspraak verfijnd. Een instelling kan zich slechts aan een concreet en individueel onderzoek van alle documenten waarop het verzoek tot toegang slaat onttrekken wanneer zij werkelijk alle denkbare alternatieven heeft bestudeerd en in haar besluit omstandig heeft uitgelegd waarom ook deze alternatieven een onredelijke werklast meebrengen (268). Uitzonderingen op het beginsel van toegang tot documenten moeten immers restrictief worden uitgelegd (269).

§ 3. *Het beginsel van procedurele gelijkheid*

98. Het beginsel van procedurele gelijkheid, dat ook een “nieuw” beginsel is in de communautaire rechtsorde, verscheen voor het eerst (270) in de

(265) Ger. 15 maart 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commissie*, nr. T-25/95 e.a., *Jur. Ger.* 2000, II, 491, r.o. 142.

(266) Ger. 29 juni 1995, *Solvay/Commissie*, nr. T-30/91, *Jur. Ger.* 1995, II, 1775, r.o. 102.

(267) In dit verband moet worden vermeld dat Verordening nr. 1049/2001 nu stelt: “In geval van verzoeken om omvangrijke documenten of om een zeer groot aantal documenten, kan de betrokken instelling informeel met de aanvrager overleggen om een billijke oplossing te vinden” (artikel 6, lid 3).

(268) Ger. 13 april 2005, *Verein für Konsumenteninformation/Commissie*, nr. T-2/03, *Jur. Ger.* 2005, nog niet gepubliceerd, r.o. 115.

(269) *Ibidem*, r.o. 105-106.

(270) In de conclusie van Advocaat-generaal DARMON in *Al-Jubail Fertilizer* (H.v.J. 27 juni 1991, *Al-Jubail Fertilizer/Raad*, nr. C-49/88, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 3187, I, 3205) werd reeds verwezen naar dit beginsel. In deze zaak vroegen Saudische uitvoerders van ureum de vernietiging van een verordening die definitieve antidumpingrechten voor de invoer in de Gemeenschap van hun producten instelde, op grond dat ze tijdens de administratieve procedure niet waren geïnformeerd over de essentiële feiten en overwegingen waarop de antidumpingverordening was gebaseerd. Advocaat-generaal DARMON stelde dat “de antidumpingprocedure, ook al wordt deze

.../...

rechtspraak in de *Solvay* en *ICI* uitspraken van het Gerecht van eerste aanleg van 29 juni 1995 (271). Volgens de beschikking die in die uitspraken op haar wettigheid werd getoetst, was er van 1 januari 1973 tot begin 1989 een onderling afgestemde feitelijke gedraging geweest tussen Solvay en ICI betreffende het verdelen van de West-Europese markt voor natriumcarbonaat, strijdig met artikel 81 van het EG-Verdrag. Volgens de Commissie hadden beide partijen tevens hun machtspositie op dezelfde productmarkt misbruikt. In twee afzonderlijke beschikkingen stelde zij daarom vast dat Solvay en ICI artikel 82 van het EG-Verdrag hadden overtreden respectievelijk op de Continentaal-Europese markt en op de Britse markt (272). Tijdens de administratieve procedure met betrekking tot de overtreding van artikel 81 van het EG-Verdrag had Solvay geen toegang gekregen tot het dossier van de Commissie betreffende de beweerde ongeoorloofde praktijken van ICI en had ICI geen toegang gekregen tot het dossier betreffende de beweerde ongeoorloofde praktijken van Solvay op de relevante productmarkt.

99. In de context van hun beroepen tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie die een inbreuk op artikel 81 van het EG-Verdrag vaststelde, betoogden de verzoeksters dat de Commissie hun rechten van verdediging had geschonden door na te laten het dossier betreffende het beweerde misbruik van machtspositie door de andere verzoekster aan elk van hen over te leggen. Als antwoord op deze argumentatie erkende het Gerecht van eerste aanleg het “algemene beginsel van procedurele gelijkheid, dat betekent dat in een mededingingszaak de betrokken onderneming gelijke kennis moet hebben van het in de procedure gebruikte dossier als de Commissie” (273). Het Gerecht besloot dat er een kans bestond dat ICI en Solvay de beoordeling van hun gedrag onder artikel 81 lid 1 van het EG-Verdrag door de Commissie zouden kunnen hebben beïnvloed indien ze

.../...

door een bestuurlijke autoriteit uitgevoerd, aan het vereiste van een ‘eerlijk proces’ moet beantwoorden, hetgeen inhoudt dat een ‘processuele gelijkheid’ tussen de verschillende partijen wordt erkend” (punt 112 van de conclusie). Zonder uitdrukkelijk te verwijzen naar het beginsel van procedurele gelijkheid oordeelde het Hof dat het recht op verweer van de verzoekers geschonden was en vernietigde als gevolg daarvan de betwiste verordening voor zover zij de verzoekers betrof.

(271) Ger. 29 juni 1995, *Solvay/Commissie*, nr. T-30/91, *Jur. Ger.* 1995, II, 1775, r.o. 83; Ger. 29 juni 1995, *ICI/Commission*, nr. T-36/91, *Jur. Ger.* 1995, II, 1847, r.o. 93.

(272) Deze beschikkingen leidden tot de uitspraak van het Gerecht van eerste aanleg in Ger. 29 juni 1995, *Solvay/Commissie*, nr. T-32/91, *Jur. Ger.* 1995, II, 1825 en in Ger. 29 juni 1995, *ICI/Commissie*, nr. T-37/91, *Jur. Ger.* 1995, II, 1901.

(273) Ger. 29 juni 1995, *Solvay/Commissie*, nr. T-30/91, *Jur. Ger.*, 1995, II, 1775, r.o. 83; Ger. 29 juni 1995, *ICI/Commission*, nr. T-36/91, *Jur. Ger.* 1995, II, 1847, r.o. 93.

toegang hadden gehad tot de documenten betreffende de beweerde inbreuk op artikel 82 van het EG-Verdrag door de andere partij. Daarom waren de rechten van verdediging geschonden en werd de betrokken beschikking nietigverklaard (274).

100. Uit deze rechtspraak blijkt dat het beginsel van procedurele gelijkheid werd geïntroduceerd in de communautaire rechtsorde met het oog op het beschermen van de rechten van verdediging van een partij waarnaar een onderzoek wordt gevoerd binnen een wettelijke context die deze rechten niet op een bevredigende manier beschermt (275). Ter vrijwaring van de rechten van verdediging vereisten de vroegere Verordeningen nr. 17 (276) en nr. 99/63 (277) vooral dat de Commissie bij beschikkingen die een overtreding van artikel 81, lid 1 en/of artikel 82 van het EG-Verdrag vast-

(274) Ger. 29 juni 1995, *Solvay/Commissie*, nr. T-30/91, *Jur. Ger.* 1995, II, 1775, r.o. 98 en 99; Ger. 29 juni 1995, *ICI/Commissie*, nr. T-36/91, *Jur. Ger.* 1995, II, 1847, r.o. 108 en 109. In zijn uitspraak onderzocht het Gerecht van eerste aanleg in de eerste plaats het bewijs waarop de Commissie haar beschikking had gebaseerd. Het oordeelde dat de overeenkomst tussen ICI en Solvay tot verdeling van de markt in 1949 het enige bewijs was betreffende de periode tussen 1973 en 1982. Deze overeenkomst werd echter officieel beëindigd in 1972. Volgens het Gerecht kon niet worden uitgesloten dat de twee ondernemingen door het beëindigen van de overeenkomst getracht hadden het EG-Verdrag na te leven. De overeenkomst van 1949 was daarom een zwak bewijs voor de vaststelling dat ICI en Solvay de inbreuk in kwestie hadden begaan vanaf 1 januari 1973. Het enige andere bewijs van het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging aangevoerd door de Commissie was afgeleid uit het gedrag van de betrokken ondernemingen op de markt, namelijk het ontbreken van handel in natriumcarbonaat over het Kanaal door zowel ICI als Solvay. Het Gerecht oordeelde dat de documenten betreffende de vermeende inbreuk van ICI op artikel 82 van het EG-Verdrag Solvay geholpen zouden kunnen hebben bij het weerleggen van de beschuldiging dat er onderling afgestemde feitelijke gedragingen bestonden tussen Solvay en ICI. Die stukken konden inderdaad eventueel aantonen, dat het aan Solvay verweten passieve gedrag berustte op autonome beslissingen, die waren ingegeven door de moeilijkheid binnen te dringen op een markt die ontoegankelijk was gemaakt door een onderneming met een machtspositie. Om dezelfde redenen konden de stukken betreffende de beweerde inbreuk van Solvay op artikel 82 van het EG-Verdrag ICI geholpen hebben bij haar verdediging. (275) In H.v.J. 27 juni 1991, *Al-Jubail Fertilizer/Raad*, nr. C-49/88 (*Jur. H.v.J.* 1991, I, 3187), stelde het Hof dat “[a]angaande het recht van verweer zij opgemerkt, dat de gemeenschapsinstellingen des te meer zorgvuldigheid moeten betrachten, nu de betrokken regeling bij haar huidige stand van ontwikkeling niet alle procedurele waarborgen ter bescherming van de justitiabele bevat die sommige nationale rechtsstelsels wellicht bieden” (r.o. 16).

(276) Artikel 19 lid 1 van Verordening nr. 17: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 (nu artikelen 81 en 82) van het Verdrag (*PB.* 1962, 204). Verordening nr. 17 is inmiddels vervangen door Verordening (EG) nr. 1/2003, zie *infra* voetnoot 287.

(277) Artikel 4 van Verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 betreffende het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19 leden 1 en 2 van Verordening nr. 17 (*PB.* 1963-64, 47). Verordening nr. 99/63 is vervangen door Verordening (EG) nr. 2842/98 van de Commissie van 22 december 1998 betreffende het horen van belanghebbenden en derden in bepaalde procedures op grond van de artikelen 85 en 86 (nu de artikelen 81 en 82) van het EG-Verdrag (*PB.* 1998, L. 354/18).

stellen, slechts die punten van bezwaar in aanmerking neemt, waarover de betrokken partijen in de gelegenheid zijn geweest hun standpunt kenbaar te maken. Deze verplichting impliceert dat partijen waarnaar onderzoek wordt gevoerd, tijdens de administratieve procedure toegang moeten krijgen tot de belastende stukken die de Commissie wil gebruiken in haar beschikkingen die een inbreuk op artikel 81 lid 1 en/of artikel 82 van het EG-Verdrag vaststellen (278). Blijkbaar bestond er onder Verordeningen nr. 17 en nr. 99/63 (279) geen wettelijke basis voor het toekennen van een meer algemene toegang tot het volledige dossier van de Commissie, d.w.z. ook tot de mogelijk ontlastende stukken.

101. Zo besliste het Hof van Justitie, in juli 1991, in *AKZO* dat “de eerbiediging van de rechten van de verdediging weliswaar eist dat de betrokken onderneming in staat is gesteld om op passende wijze haar standpunt kenbaar te maken over de documenten die de Commissie in aanmerking heeft genomen voor de stellingen die haar beschikking schragen, doch dat er geen voorschriften bestaan die de Commissie verplichten haar dossiers aan de betrokken partijen te doen toekomen” (280).

102. Deze positie werd geacht niet toereikend te zijn en reeds in december 1991, in *Hercules Chemicals* (281), breidde het Gerecht van eerste aanleg het recht van toegang tot het dossier van de Commissie gevoelig uit. Hiervoor baseerde het Gerecht zich niet op het beginsel van procedurele gelijkheid maar op de regels die de Commissie zichzelf had opgelegd in haar Twaalfde Verslag over het Mededingingsbeleid. In zijn uitspraak stelde het Gerecht dat deze regels de Commissie verplichten de ondernemingen waartegen een procedure krachtens artikel 81 lid 1 of 82 van het EG-Verdrag is ingeleid, toegang te verschaffen tot alle belastende en ontlastende stukken die zij in de loop van het onderzoek heeft verzameld, met uitzondering van de documenten die zakengeheimen van andere ondernemingen

(278) H.v.J. 30 april 1986, *AKZO/Commissie*, nr. C-62/86, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 3359, r.o. 21; Ger. 15 maart 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commissie*, nr. T-25/95 e.a., *Jur. Ger.* 2000, II, 491, r.o. 323.

(279) Verordening (EG) nr. 2842/98 van de Commissie van 22 december 1998 betreffende het horen van belanghebbenden en derden in bepaalde procedures op grond van de artikelen 85 en 86 (nu de artikelen 81 en 82) van het EG-Verdrag (*PB.* 1998, L. 354/18), die Verordening nr. 99/63 verving, bepaalt nu: “[...] De Commissie treft passende voorzieningen om toegang te verlenen tot het dossier, waarbij zij ervoor zorgt dat zakengeheimen, interne stukken van de Commissie of andere vertrouwelijke informatie worden beschermd”.

(280) H.v.J. 3 juli 1991, *AKZO/Commissie*, nr. C-62/86, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 3359, r.o. 16.

(281) Ger. 17 december 1991, *Hercules Chemicals/Commissie*, nr. T-7/89, *Jur. Ger.* 1991, II, 1711, r.o. 52 tot 54.

bevatten, de interne documenten van de Commissie en andere vertrouwelijke informatie (282).

103. Zoals reeds vermeld, baseert het Gerecht, sinds 1995, de verplichting van de Commissie om toegang te verlenen tot zowel belastende als mogelijk ontlastende stukken niet langer op de regels bepaald in het Twaalfde Verslag over het Mededingingsbeleid, maar op het algemene beginsel van procedurele gelijkheid (283). Volgens het Gerecht is het inderdaad niet aanvaardbaar dat alleen de Commissie uitmaakt welke documenten dienstig zijn voor de verdediging van de partijen waartegen een procedure is ingeleid, terwijl deze laatste er geen toegang toe hebben gehad en dus niet hebben kunnen beslissen om deze al dan niet voor hun verdediging te gebruiken (284). Hieruit volgt dat het niet aan de Commissie is om de documenten waarvan ze denkt dat ze dienstig zijn voor de verdediging van de partijen te selecteren en enkel deze kenbaar te maken in haar dossier (285). De Commissie heeft veeleer een verplichting om haar hele dossier, met uitzondering van haar interne documenten en documenten die zakengeheimen of andere vertrouwelijke inlichtingen bevatten, beschikbaar te maken (286).

(282) Zie K. LENAERTS en I. MASELIS, "Procedural rights and issues in the enforcement of Articles 81 and 82 of the E.C. Treaty", *Fordham International Law Journal* 2001, 1615, 1634. Zie ook K. LENAERTS, "Le Tribunal de première instance des Communautés européennes: regard sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré d'instance au droit communautaire", *Cahiers de droit européen* 2000, 323-411.

(283) Ger. 29 juni 1995, *Solvay/Commissie*, nr. T-30/91, *Jur. Ger.* 1995, II, 1775, r.o. 83; Ger. 29 juni 1995, *ICI/Commissie*, nr. T-36/91, *Jur. Ger.* 1995, II, 1847, r.o. 93; Ger. 11 maart 1999, *Thyssen Stahl/Commissie*, nr. T-141/94, *Jur. Ger.* 1999, II, 347, r.o. 97; Ger. 20 april 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie*, nr. T-305/94 e.a., *Jur. Ger.* 1999, II, 931, r.o. 1012; Ger. 19 mei 1999, *BASF Lacke + Farben/Commissie*, nr. T-175/95, *Jur. Ger.* 1999, II, 1581, r.o. 46; Ger. 15 maart 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commissie*, nr. T-25/95 e.a., *Jur. Ger.* 2000, II, 491, r.o. 143.

(284) Ger. 15 maart 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commissie*, nr. T-25/95 e.a., *Jur. Ger.* 2000, II, 491, r.o. 143.

(285) Ger. 29 juni 1995, *Solvay/Commissie*, nr. T-30/91, *Jur. Ger.* 1995, II, 1775, r.o. 81; Ger. 29 juni 1995, *ICI/Commissie*, nr. T-36/91, *Jur. Ger.* 1995, II, 1847, r.o. 91; Ger. 15 maart 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commissie*, nr. T-25/95 e.a., *Jur. Ger.* 2000, II, 491, r.o. 143.

(286) Ger. 17 december 1991, *Hercules Chemicals/Commissie*, nr. T-7/89, *Jur. Ger.* 1991, II, 1711, r.o. 54; Ger. 1 april 1993, *BPB Industries en British Gypsum/Commissie*, nr. T-65/89, *Jur. Ger.* 1993, II, 389, r.o. 29; Ger. 15 maart 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commissie*, nr. T-25/95 e.a., *Jur. Ger.* 2000, II, 491, r.o. 144; zie de conclusie van Advocaat-generaal LÉGER bij H.v.J. 6 april 1995, *BPB Industries en British Gypsum/Commissie*, nr. C-310/93 P, *Jur. H.v.J.* 1995, I, 865, I, 867, punt 116, en bij H.v.J. 17 december 1995, *Baustahlgewebe/Commissie*, nr. C-185/95 P, *Jur. H.v.J.* 1998, I, 8417, I, 8422, punt 150.

104. Ondertussen heeft de Raad de lacune opgevuld die er oorspronkelijk toe geleid had dat het Gerecht het beginsel van procedurele gelijkheid in zijn rechtspraak formuleerde. Artikel 27 lid 2 van Verordening nr. 1/2003 bepaalt nu dat de partijen die betrokken zijn bij een procedure onder artikel 81 lid 1 en/of 82 van het EG-Verdrag “het recht [hebben] tot inzage van het dossier van de Commissie” onder voorbehoud van de “klassieke” uitzonderingen betreffende de zakengeheimen, andere vertrouwelijke inlichtingen en interne documenten van de Commissie (287). Dit betekent niet dat het beginsel van procedurele gelijkheid niet langer relevant zal zijn bij procedures voor de Commissie. Voor zover artikel 27 lid 2 van Verordening nr. 1/2003 geïnspireerd is op het beginsel van procedurele gelijkheid, zal de Commissie deze bepaling moeten toepassen in overeenstemming met dit algemeen rechtsbeginsel. Bovendien kan men stellen dat het beginsel, als een uitvloeisel van het beginsel van de rechten van verdediging, van toepassing is niet alleen in mededingingszaken maar in iedere procedure die tot een bezwarend besluit kan leiden (288).

105. Tot slot moet benadrukt worden dat het beginsel van procedurele gelijkheid een algemeen rechtsbeginsel is dat ook op andere dan administratieve procedures toepasselijk is. Het is geëvolueerd tot een beginsel van procesrecht dat gerespecteerd moet worden door zowel het Gerecht van eerste aanleg als het Hof van Justitie. Bijgevolg is een inbreuk op dit beginsel door het Gerecht een middel dat kan worden aangevoerd voor het Hof op hogere voorziening tegen een beslissing van het Gerecht (289). Zo kan het Gerecht, omwille van het beginsel van procedurele gelijkheid, niet beslissen tegen één partij op grond van documenten of informatie aangebracht door een andere partij zonder de eerste partij de mogelijkheid te geven om deze documenten of informatie te becomingentariëren (290). Als

(287) Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het verdrag (*PB*. 2003, *L*. 1/1). Deze verordening is in werking getreden op 1 mei 2004.

(288) H.v.J. 24 oktober 1996, *Commissie/Lisrestal e.a.*, nr. C-32/95 P, *Jur. H.v.J.* 1996, I, 5373, r.o. 21.

(289) Artikel 58 van het Statuut van het Hof van Justitie stelt: “Het verzoek aan het Hof om hogere voorziening kan alleen rechtsvragen betreffen. Het moet gebaseerd zijn op middelen, ontleend aan onbevoegdheid van het Gerecht, onregelmatigheden in de procedure voor het Gerecht waardoor aan de belangen van de verzoekende partij afbreuk is gedaan, dan wel schending van het Gemeenschapsrecht door het Gerecht”.

(290) H.v.J. 9 september 1999, *Petrides/Commissie*, nr. C-64/98 P, *Jur. H.v.J.* 1999, I, 5187, r.o. 31-34; H.v.J. 15 juni 2000, *TEAM/Commissie*, nr. C-13/99 P, *Jur. H.v.J.* 2000, I, 4671, r.o. 32-46; H.v.J. 10 januari 2002, *Gerry Plant e.a./Commissie*, nr. C-480/99 P, *Jur. H.v.J.* 2002, I, 265, r.o. 24-34. Zie verder K. LENAERTS, “De quelques principes généraux du droit de la procé-
.../...

algemeen beginsel van procesrecht is het beginsel van procedurele gelijkheid dus een uitloper van het beginsel *audi et alteram partem*.

§ 4. Het voorzorgsbeginsel

I. De introductie van het voorzorgsbeginsel in de communautaire rechtsorde

106. Het voorzorgsbeginsel (291) vindt zijn oorsprong in het Duitse recht en meer in het bijzonder in het Duitse milieurecht. De Duitse regering gebruikte het *Vorsorgeprinzip* in de vroege jaren tachtig om de implementatie van strenge maatregelen ter bestrijding van zure regen, van het broeikas-effect en van de vervuiling van de Noordzee te rechtvaardigen (292). Op dat ogenblik was het beginsel nog niet formeel vastgelegd in het rechtssysteem van de andere lidstaten en van de Gemeenschap. Toch onderbouwde het wel reeds stilzwijgend de activiteiten van de nationale autoriteiten en van de instellingen van de Gemeenschap (293) wanneer ze het noodzakelijk vonden om maatregelen aan te nemen betreffende onzekere maar mogelijk omvangrijke risico's voor de menselijke gezondheid. Aangezien zulke maatregelen het vrij verkeer van goederen kunnen belemmeren, is het niet verbazingwekkend dat het voorzorgsbeginsel voor het eerst verscheen in de rechtspraak van het Hof van Justitie in zaken betreffende de "bescherming van de gezondheid"-uitzondering op artikel 28 (voorheen artikel 30) van het EG-Verdrag.

.../...

dure devant le juge communautaire", in G. VANDERSANDEN en A. DE WALSCHE (ed.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, I, Brussel, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2003, 241-261.

(291) Zie m.b.t. dit onderwerp J. P. COT, "Le principe de précaution en droit européen et international", in *Gouverner, administrer, juger: liber amicorum Jean Waline*, Parijs, Dalloz, 2002, 159-184; Th. J. DAEMEN, "The European Community's evolving precautionary principle – comparisons with the United States and ramifications for Doha Round negotiations", *European Environmental Law Review* 2003, 6-19; N. DE SADELEER, "Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire: du slogan à la règle", *Cahiers de droit européen* 2001, 91-132; Ph. ICARD, "Le principe de précaution: exception à l'application du droit communautaire?", *Revue trimestrielle de droit européen* 2002, 471-497; G. MAJONE, "What price safety?: the precautionary principle and its policy implications", *Journal of Common Market Studies* 2002, 89-109.

(292) A. JORDAN, "The precautionary principle in the European Union", in T. O'RIORDAN e.a. (eds.), *Reinterpreting the precautionary principle*, Londen, Cameron May, 2001, 143-161, 145.

(293) Zie bijvoorbeeld de Richtlijn van de Raad van 23 oktober 1962 betreffende de aanpassing van de wettelijke voorschriften van de lidstaten inzake kleurstoffen die kunnen worden gebruikt in voor menselijke voeding bestemde waren (PB. 1962, 279).

107. In het kader van een strafrechtelijke procedure ingesteld tegen de onderneming Sandoz omdat zij in Nederland mueslirepen en dranken met vitamine A en D had verkocht, stelde de nationale rechter een aantal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Hierbij wou hij weten of de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen de Nederlandse regering beletten om een besluit uit te vaardigen dat de verhandeling, zonder voorafgaande vergunning, van voedingsmiddelen waaraan vitamines waren toegevoegd, verbood (294). De vraag of het Nederlandse besluit het vrij verkeer van goederen belemmerde was zelfs niet aan de orde voor het Hof. De enige vraag luidde of deze maatregel gerechtvaardigd was op grond van de bescherming van de gezondheid in de zin van artikel 30 van het EG-Verdrag. De Nederlandse regering stelde hieromtrent dat het innemen van grote hoeveelheden of gedurende een lange tijdsperiode van vitaminen een risico voor de gezondheid of ten minste ongewenste neveneffecten kon veroorzaken. In het licht van de wetenschappelijke onzekerheid enerzijds en het feit dat de schadelijkheid van vitaminen afhangt van de ingenomen hoeveelheid in verhouding tot de gehele voeding van een persoon anderzijds, bleek het niet mogelijk om met zekerheid te zeggen of het voedsel waaraan vitamines zijn toegevoegd, al dan niet schadelijk is. Het Hof aanvaardde deze redenering en stelde dat “gezien de onzekerheden die aan de wetenschappelijke beoordeling eigen zijn” (295) het Nederlandse besluit in beginsel gerechtvaardigd was onder artikel 30 van het EG-Verdrag.

108. Dit lijkt een brede uitlegging van artikel 30 van het EG-Verdrag, vooral in het licht van de rechtspraak van het Hof die stelt dat deze bepaling, als uitzondering op de regel van vrij verkeer van goederen, strikt moet worden geïnterpreteerd (296). Dezelfde brede uitlegging – voor de betrokken lidstaten – kan worden gevonden in *Motte* (297), een zaak die betrekking had op een Belgisch koninklijk besluit dat, zonder voorafgaande vergunning, het in de handel brengen van eieren van de snotolf waaraan rode kleurstof was toegevoegd verbood, hoewel deze kleurstof volgens hetzelfde koninklijk besluit wel rechtmatig kon worden toegevoegd aan andere voedingsmiddelen.

(294) H.v.J. 14 juli 1983, *Sandoz*, nr. 174/82, *Jur. H.v.J.* 1983, 2445.

(295) *Ibidem*, r.o. 17.

(296) H.v.J. 4 december 1986, *Commissie/Duitsland*, nr. 205/84, *Jur. H.v.J.* 1986, 3755, r.o. 27 en 29; H.v.J. 26 februari 1991, *Commissie/Italië*, nr. C-180/89, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 709, r.o. 17 en 18; H.v.J. 20 mei 1992, *Ramrath*, nr. C-106/91, *Jur. H.v.J.* 1992, I, 3351, r.o. 30 en 31. In 2003 heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een nationale regeling gelijkaardig aan het Nederlandse besluit in *Sandoz* artikel 28 van het EG-Verdrag schendt (H.v.J. 23 september 2003, *Commissie/Denemarken*, nr. C-192/01, *Jur. H.v.J.* 2003, I, 9693).

(297) H.v.J. 10 december 1985, *Motte*, nr. 247/84, *Jur. H.v.J.* 1985, 3887.

109. Het voorzorgsbeginsel verwijst naar risicobeheer maar ook naar de onzekerheid met betrekking tot het reële bestaan van risico's. Terwijl in de vroege rechtspraak van het Hof van Justitie het loutere bestaan van een mogelijk risico voor de gezondheid van de mens een nationale maatregel die het vrij verkeer van goederen belemmert, leek te rechtvaardigen, hechte het Hof geleidelijk meer belang aan de naleving van het evenredigheidsbeginsel. Het kan inderdaad niet worden aanvaard dat een lidstaat het in de handel brengen van een product dat rechtmatig op de markt is gebracht in een andere lidstaat, verbiedt enkel op grond van de overweging dat het niet wetenschappelijk bewezen kan worden dat er absoluut geen risico aan dit product verbonden is. Aangezien het eisen van een negatief bewijs neerkomt op een *probatio diabolica* (298), zou zulke invulling van het voorzorgsbeginsel feitelijk neerkomen op het ondermijnen van de interne markt.

110. Waar het Hof in *Sandoz* enkel stelde dat het evenredigheidsbeginsel geëerbiedigd moest worden en daarom een toelating voor het in de handel brengen van voedingsmiddelen die vitamines bevatten moest worden verleend “wanneer de toevoeging van vitamines aan die waren voldoet aan een werkelijke behoefte, met name verband houdend met de technologie of de voeding” (299) – zonder verdere uitleg over hoe zulke nauwelijks denkbare behoefte kan ontstaan –, voegde het in *Motte* hieraan toe dat de nationale autoriteiten “de resultaten van het internationaal wetenschappelijk onderzoek” in aanmerking dienen te nemen (300).

111. In het *Reinheitsgebot* arrest (301), betreffende een Duitse wet volgens welke bier slechts mag worden geproduceerd met gerstemout, hop, gist en water, deed het toepassen van het evenredigheidsbeginsel de balans overhellen in het voordeel van het beginsel van vrij verkeer van goederen. Ofschoon het erkende dat een verbod op het in de handel brengen van bier dat additieven bevat strookt met een legitieme doelstelling van het gezondheidsbeleid, namelijk het beperken van ongecontroleerde consumptie van additieven in voedingsmiddelen, oordeelde het Hof niettemin dat de Duitse autoriteiten het evenredigheidsbeginsel hadden geschonden. Uit het dos-

(298) Concl. MISCHO bij H.v.J. 21 maart 2000, *Association Greenpeace-France e.a.*, nr. C-6/99, *Jur. H.v.J.* 2000, I, 1651, I, 1653, punt 72.

(299) *Ibidem*, r.o. 19.

(300) H.v.J. 10 december 1985, *Motte*, nr. 247/84, *Jur. H.v.J.* 1985, 3887, r.o. 24; zie ook H.v.J. 6 mei 1986, *Muller*, nr. 304/84, *Jur. H.v.J.* 1986, 1511, r.o. 24.

(301) H.v.J. 12 maart 1987, *Commissie/Duitsland*, nr. 178/84, *Jur. H.v.J.* 1987, 1227.

sier bleek immers dat sommige additieven die in andere lidstaten werden toegelaten bij het produceren van bier, naar Duits recht ook werden toegelaten bij het produceren van nagenoeg alle andere dranken. Volgens het Hof was de loutere verwijzing naar het potentiële risico van het innemen van additieven in het algemeen en naar het feit dat bier in grote hoeveelheden geconsumeerd wordt in Duitsland, niet voldoende om het opleggen van een strengere regeling voor bier te rechtvaardigen (302). Daarom kon de uitzondering van artikel 30 van het EG-Verdrag niet worden toegepast.

112. Het Hof van Justitie heeft dus voor de overheid het recht erkend om preventieve maatregelen te nemen die het hoofd bieden aan potentiële risico's voor de volksgezondheid, zelfs indien deze maatregelen het vrij verkeer van goederen binnen de Gemeenschap belemmeren. De aangenomen maatregelen moeten echter een evenredige oplossing bieden voor de geïdentificeerde risico's. Deze rechtspraak ligt aan de basis van de ontwikkeling van het voorzorgsbeginsel in de communautaire rechtsorde. Het beginsel werd door het Verdrag van Maastricht formeel opgenomen in het EG-Verdrag onder de titel over milieu. Artikel 174 lid 2 van het EG-Verdrag (303) stelt nu dat het milieubeleid van de Gemeenschap "berust op het voorzorgsbeginsel" (304). Het spreekt vanzelf dat het beginsel niet beperkt blijft tot het milieubeleid van de Gemeenschap. Het is ook toepasbaar wanneer de gemeenschapsinstellingen maatregelen nemen om de gezondheid van mens, dier en plant te beschermen (in het kader van het gemeenschappelijke landbouwbeleid of van andere beleidsdomeinen) (305) en op het vlak van consumentenbescherming (306). Uit artikel 174 leden 1 en 2 van het EG-Verdrag volgt inderdaad dat het communautair milieubeleid moet streven naar *inter alia* de bescherming van de gezondheid van de mens (307). Bovendien vormt de bescherming van de gezondheid van de mens, zoals bepaald in artikel 152 van het EG-Verdrag en in overeenstemming

(302) *Ibidem*, r.o. 49.

(303) Het vroegere artikel 130r van het EG-Verdrag.

(304) Volgens artikel 174 lid 2 van het EG-Verdrag berust het ook op "het beginsel van preventief handelen, het beginsel dat milieuaantastingen bij voorrang aan de bron dienen te worden bestreden, en het beginsel dat de vervuiler betaalt".

(305) H.v.J. 5 mei 1998, *Verenigd Koninkrijk/Commissie*, nr. C-180/96, *Jur. H.v.J.* 1998, I, 2265, r.o. 100 (*BSE* arrest); H.v.J. 5 mei 1998, *National Farmers' Union e.a.*, nr. C-157/96, *Jur. H.v.J.* 1998, I, 2211, r.o. 64; Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305, r.o. 114. Zie ook de resolutie van de Europese Raad betreffende het voorzorgsbeginsel, bijlage III bij de besluiten van het voorzitterschap, Nice, 7-9 december 2000.

(306) Zie de resolutie van de Europese Raad betreffende het voorzorgsbeginsel, *ibidem*.

(307) Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305, r.o. 114.

met vaste rechtspraak (308), een onderdeel van de andere beleidsdomeinen van de Gemeenschap.

113. Het ontbreken van een definitie van het verzorgingsbeginsel in het verdrag of in de communautaire wetgeving brengt mee dat het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg de richting aangeven omtrent de voorwaarden die moeten worden vervuld alvorens een gemeenschapsinstelling of een lidstaat gerechtigd is een verzorgingsmaatregel uit te vaardigen die mogelijk afbreuk doet aan een van de fundamentele vrijheden van het verdrag. Zo is er heel wat rechtspraak ontstaan waarin de gemeenschapsrechter de rechtmatigheid onderzoekt van maatregelen van de lidstaten (309) of de Gemeenschap (310) ter bescherming van de volksgezondheid in gevallen van wetenschappelijke onzekerheid.

II. Risicobeoordeling en eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel

114. In zijn *Reinheitsgebot* arrest (311) streefde het Hof van Justitie reeds een tweevoudig doel na, met name de bescherming van de volksgezondheid tegen potentiële risico's en – onder verwijzing naar het evenredigheidsbeginsel – het verzekeren van de werking van de interne markt. Recente arresten geven een duidelijkere indicatie van wat bedoeld wordt met risicobeoordeling en eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel, wanneer het verzorgingsbeginsel wordt toegepast.

115. Bij onzekerheid omtrent het bestaan en de omvang van risico's voor de gezondheid van de mens moeten de gemeenschapsinstellingen beschermende maatregelen kunnen nemen zonder te moeten wachten totdat ten

(308) *Ibidem*; H.v.J. 15 september 1994, *KYDEP/Raad en Commissie*, nr. C-146/91, *Jur. H.v.J.* 1994, I, 4199, r.o. 61.

(309) H.v.J. 14 juli 1983, *Officier van Justitie/Sandoz*, nr. 174/82, *Jur. H.v.J.* 1983, 2445; H.v.J. 3 december 1998, *Strafzaak/Ditlev Bluhme*, nr. C-67/97, *Jur. H.v.J.* 1998, I, 8033; H.v.J. 11 juli 2000, *Kemikalieinspektionen/Toolex Alpha*, nr. C-473/98, *Jur. H.v.J.* 2000, I, 5681; H.v.J. 13 december 2001, *Commissie/Frankrijk*, nr. C-1/00, *Jur. H.v.J.* 2001, I, 9989. Zie E. FISHER, "Precaution, precaution everywhere: developing a 'common understanding' of the precautionary principle in the European Community", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2002, 7 e.v., vooral 24-25.

(310) H.v.J. 5 mei 1998, *Verenigd Koninkrijk/Commissie*, nr. C-180/96, *Jur. H.v.J.* 1998, I, 2265; H.v.J. 4 juli 2000, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm/Commissie*, nr. C-352/98 P, *Jur. H.v.J.* 2000, I, 5291; H.v.J. 20 maart 2003, *Denemarken/Commissie*, nr. C-3/00, *Jur. H.v.J.* 2003, I, 2643; Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305.

(311) H.v.J. 12 maart 1987, *Commissie/Duitsland*, nr. 178/84, *Jur. H.v.J.* 1987, 1227.

volle blijkt dat deze risico's inderdaad bestaan en hoe groot zij wel zijn (312). Zo rechtvaardigden het risico dat BSE kon worden overgedragen op de mens het verbod van de Commissie op uitvoer van Brits rundvlees (313) en het risico van overdracht van antimicrobiële resistentie van dieren op de mens een verbod op het gebruik van virginiamycine als additief in voedingsmiddelen voor dieren (314). Het Hof van Justitie oordeelde echter in een uitspraak betreffende een Italiaanse maatregel die de handel en het gebruik van bepaalde transgene producten opschortte, dat "beschermende maatregelen niet [kunnen] worden gerechtvaardigd met een louter hypothetische benadering van het risico, op grond van loutere veronderstellingen die nog niet wetenschappelijk zijn onderzocht" (315). Uit het voorzorgsbeginsel, zoals dat door de gemeenschapsrechter is uitgelegd, volgt intengedeel dat een preventieve maatregel slechts mag worden getroffen wanneer het risico waarvan het bestaan en de omvang niet "volledig" door sluitende wetenschappelijke gegevens zijn aangetoond, toch voldoende gedocumenteerd lijkt door de wetenschappelijke gegevens die beschikbaar zijn wanneer de maatregel wordt getroffen (316).

116. Risicobeoordeling impliceert een tweevoudige taak. De eerste taak omvat de bepaling van het onaanvaardbaar geachte risiconiveau. De tweede betreft een wetenschappelijke beoordeling van het risico. Wat de eerste taak betreft, staat het aan de bevoegde overheden te bepalen welk beschermingsniveau zij voor de samenleving geschikt achten. Derhalve moeten zij vaststellen welk niveau van risico's hun voor de samenleving niet meer aanvaardbaar lijkt en bij overschrijding waarvan, in het belang van de bescherming van de volksgezondheid of het milieu en ondanks blijvende wetenschappelijke onzekerheid, preventieve maatregelen vereist

(312) H.v.J. 5 mei 1998, *National Farmer's Union e.a.*, nr. C-157/96, *Jur. H.v.J.* 1998, I, 2211, r.o. 63; H.v.J. 9 september 2003, *Monsanto*, nr. C-236/01, *Jur. H.v.J.* 2003, I, 8105, r.o. 111; Ger. 16 juli 1998, *Bergaderm/Commissie*, nr. T-199/96, *Jur. Ger.* 1998, II, 2805, r.o. 66; Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305, r.o. 139.

(313) H.v.J. 5 mei 1998, *Verenigd Koninkrijk/Commissie*, nr. C-180/96, *Jur. H.v.J.* 1998, I, 2265.

(314) Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305; Ger. 11 september 2002, *Alpharma/Raad*, nr. T-70/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3495.

(315) H.v.J. 9 september 2003, *Monsanto*, nr. C-236/01, *Jur. H.v.J.* 2003, I, 8105, r.o. 106. Zie ook H.v.J. 24 november 1993, *Mondiet*, nr. C-405/92, *Jur. H.v.J.* 1993, I, 6133, r.o. 29 tot 31; H.v.J. 5 oktober 1999, *Spanje/Raad*, nr. C-179/95, *Jur. H.v.J.* 1999, I, 6475, r.o. 31; Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305, r.o. 142.

(316) Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305, r.o. 143 en 144.

zijn (317). Bepalen welk het “aanvaardbare” niveau van risico is voor de samenleving is een voornamelijk politieke verantwoordelijkheid (318).

117. Daarnaast is een wetenschappelijke beoordeling van de risico’s een voorafgaand vereiste voor het treffen van preventieve maatregelen. Deze beoordeling moet de bevoegde overheid in staat stellen op basis van de beste wetenschappelijke gegevens die beschikbaar zijn, en in het bijzonder van de meest recente resultaten van internationaal onderzoek, vast te stellen of de voorliggende situatie het risico overstijgt dat zij maatschappelijk aanvaardbaar acht. De wetenschappelijke beoordeling moet de bevoegde overheid eveneens in staat stellen in het kader van het beheer van de risico’s te bepalen welke maatregelen passend en noodzakelijk lijken om te vermijden dat het risico werkelijkheid wordt (319).

118. Daarom moet de betrokken instelling, indien een preventieve maatregel genomen op grond van het voorzorgsbeginsel wordt aangevochten voor de gemeenschapsrechter, niet het bewijs leveren van de *realiteit* van de risico’s. Ze moet wel aantonen, ten eerste, dat de bestreden maatregel is vastgesteld na een zo grondig mogelijke wetenschappelijke beoordeling van de risico’s en, ten tweede, dat zij op basis van die beoordeling over *voldoende wetenschappelijke aanwijzingen* (maar geen sluitende bewijzen) beschikte om te besluiten dat het product of de activiteit in kwestie een risico vormt voor de gezondheid van de mens of het milieu (320).

(317) De bepaling van het onaanvaardbaar geachte risiconiveau is afhankelijk van de beoordeling van de bijzondere omstandigheden van elk geval door de bevoegde overheid. Dienaangaande kan de overheid met name rekening houden met de vraag hoe ernstig het risico voor de volksgezondheid is, met inbegrip van de omvang van de mogelijke negatieve gevolgen, de duur, de omkeerbaarheid of de mogelijke effecten ervan op de lange termijn, alsmede de vraag of het risico op basis van de beschikbare wetenschappelijke gegevens meer of minder concreet lijkt (zie Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305, r.o. 153).

(318) Mededeling van de Commissie over het voorzorgsbeginsel (COM/2000/1 final). Zie ook H.v.J. 11 juli 2000, *Kemikalieinspektionen/Toolex Alpha*, nr. C-473/98, *Jur. H.v.J.* 2000, I, 5681, r.o. 45; Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305, r.o. 151.

(319) Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305, r.o. 162 en 163.

(320) Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305, r.o. 165.

119. De Commissie is niet bij machte om helemaal alleen te beoordelen of een stof gevaar oplevert voor de gezondheid van de mens of het milieu (321). Daarom is het essentieel dat de Commissie, alvorens een maatregel aan te nemen onder verwijzing naar het voorzorgsbeginsel, naar behoren rekening houdt met het advies van het relevante communautaire comité van deskundigen. De *Deense levensmiddelenadditieven* zaak kan dit illustreren (322). Denemarken had de Commissie op de hoogte gebracht van nationale bepalingen betreffende het gebruik van sulfieten, nitrieten en nitraten met de bedoeling ze te kunnen handhaven bij wijze van uitzondering op de bepalingen van Richtlijn 95/2 van de Raad betreffende levensmiddelenadditieven (323). De Commissie vaardigde op 26 oktober 1999 een beschikking uit, gebaseerd op artikel 95 lid 6 van het EG-Verdrag. Daarin stelde ze dat hoewel de Deense bepalingen “ten doel hebben de volksgezondheid te beschermen”, ze “verder gaan dan hetgeen strikt noodzakelijk is om deze doelstelling te kunnen verwezenlijken”. De Deense regering verkreeg voor het Hof van Justitie de nietigverklaring van deze beschikking voor zover ze de nationale bepalingen betreffende het gebruik van nitrieten en nitraten in voedingsmiddelen verwierp. De Commissie had inderdaad geen rekening gehouden met een kritisch advies van het Wetenschappelijk Comité voor de menselijke voeding betreffende het gebruik van zulke additieven (324).

III. Een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht

120. Het bestaan van het voorzorgsbeginsel als een beginsel dat het optreden van de Gemeenschap en van de lidstaten ondersteunt, wordt tegenwoordig alom erkend (325). Het wordt beschouwd als een algemeen begin-

(321) Zie H.v.J. 25 januari 1994, *Angelopharm/Hamburg*, nr. C-212/91, *Jur. H.v.J.* 1994, I, 171, r.o. 31 en 32; zie ook H.v.J. 18 november 1999, *Pharos/Commissie*, nr. C-151/98 P, *Jur. H.v.J.* 1999, I, 8157, r.o. 26.

(322) H.v.J. 20 maart 2003, *Denemarken/Commissie*, nr. C-3/00, *Jur. H.v.J.* 2003, I, 2643.

(323) Richtlijn 95/2/EG van de Raad van 20 februari 1995 betreffende levensmiddelenadditieven met uitzondering van kleurstoffen en zoetstoffen (*PB.* 1995, L. 61/1).

(324) Dit betekent niet dat de gemeenschapsinstelling automatisch gebonden is door het advies van een comité van deskundigen. Aangezien de leden van zulke comités noch democratische legitimiteit noch politieke verantwoordelijkheid hebben, kan hun wetenschappelijke legitimiteit geen voldoende basis zijn voor het uitoefenen van overheidsgezag. Toch zal de gemeenschapsrechter erop toezien dat de gemeenschapsinstelling naar behoren rekening houdt met het advies van de deskundigen (Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305, r.o. 199-201).

(325) Zie de rechtspraak geciteerd in Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305, r.o. 115.

sel van gemeenschapsrecht (326). Daaruit volgt dat de lidstaten en de Unie *moeten* handelen met voorzorg wanneer ze zich bewust zijn van het bestaan van risico's voor de volksgezondheid of het milieu die met bepaalde activiteiten of producten verbonden zijn. Het zonder meer verbieden van zulke activiteiten of producten sluit natuurlijk de risico's uit, maar is niet noodzakelijk evenredig met de wetenschappelijk onderkende risico's. Een benadering gebaseerd op paniek bevordert bovendien het vertrouwen van de burger in het bestuur niet. Vandaar dat de gemeenschapsrechter terecht veel belang hecht aan de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel telkens wanneer de rechtmatigheid van een nationale of communautaire maatregel aangenomen op grond van het voorzorgsbeginsel aan de orde is.

§ 5. Het zorgvuldigheidsbeginsel

121. Het zorgvuldigheidsbeginsel is één van de algemene beginselen die in acht worden genomen in een rechtsstaat en die behoren tot de gemeenschappelijke tradities van de lidstaten. Artikel 41 lid 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (327) bevestigt dat “[e]nieder [...] er recht op [heeft] dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en bureaus van de Unie worden behandeld”.

122. Dit “beginsel” fungeert als overkoepelend begrip voor een hele waaier van verwante beginselen, die soms zijn uitgegroeid tot beginselen van behoorlijk bestuur in hun eigen recht, zoals de beginselen van (i) zorgvuldig bestuur (ii) procedurele billijkheid en (iii) rechtszekerheid.

I. Zorgvuldig bestuur

123. De gemeenschapsrechter heeft in *Fresh Marine* de maatstaven bepaald voor de evaluatie van de zorgvuldigheid van het bestuur van de Gemeenschap (328). De feiten van deze zaak waren als volgt. De Raad had

(326) Ger. 28 januari 2003, *Les Laboratoires Servier/Commissie*, nr. T-147/00, *Jur. Ger.* 2003, II, 85, r.o. 52; Ger. 21 oktober 2003, *Solvay Pharmaceuticals/Raad*, nr. T-392/02, *Jur. Ger.* 2003, II, 4555, r.o. 121.

(327) *PB.* 2000, C. 364/1.

(328) Ger. 24 oktober 2000, *Fresh Marine/Commissie*, nr. T-178/98, *Jur. Ger.* 2000, II, 3331, bevestigd op hogere voorziening in H.v.J. 10 juli 2003, *Commissie/Fresh Marine*, nr. C-472/00 *P.*, *Jur. H.v.J.* 2003, I, 7541.

antidumpingrechten ingesteld voor de invoer van gekweekte Atlantische zalm van oorsprong uit Noorwegen (329). De zalm ingevoerd in de Gemeenschap door Fresh Marine werd vrijgesteld van deze antidumpingrechten. De Commissie had de verbintenis van deze vennootschap om een minimum gemiddelde invoerprijs te handhaven, aanvaard. Om het de Commissie mogelijk te maken de eerbiediging van deze verbintenis na te gaan moest Fresh Marine periodieke verkoopverslagen sturen aan de Commissie.

124. Bij het controleren of Fresh Marine haar verbintenis was nagekomen, had de Commissie geen rekening gehouden met de correctie van coderingsfouten in een verslag opgesteld door deze laatste. Daardoor kwam de Commissie tot het besluit dat de verbintenis was geschonden en dat het noodzakelijk was om antidumpingrechten voor de invoer van zalm van de vennootschap in te stellen. De Commissie heroverwoog vervolgens haar standpunt en oordeelde dat de verbintenis was nagekomen. Fresh Marine stelde daarop een beroep tot schadevergoeding in tegen de Commissie, beweerend dat de onwettige oplegging van voorlopige antidumpingrechten had gezorgd voor een volledige stopzetting van de invoer in de Gemeenschap van de zalm die zij verkocht.

125. Het Gerecht van eerste aanleg vond dat het analyseren van het verslag door de Commissie een handeling van administratieve aard was en dat de Commissie bij het vervullen van die taak een fout had begaan die een met normale voorzichtigheid en zorgvuldigheid handelende administratie in vergelijkbare omstandigheden niet zou hebben begaan. Deze vaststelling bracht het Gerecht ertoe te concluderen dat de gedraging van de Commissie een onwettigheid vormde die tot de aansprakelijkheid van de Gemeenschap leidde en tot vergoeding van de schade veroorzaakt door die gedraging.

126. Het beginsel van zorgvuldig bestuur impliceert aldus dat de gemeenschapsinstellingen het gedrag moeten aannemen van een met normale voorzichtigheid en zorgvuldigheid handelende administratie die zich in vergelijkbare omstandigheden bevindt (330).

(329) Verordening (EG) nr. 1890/97 van de Raad van 26 september 1997 tot instelling van een definitief antidumpingrecht op de invoer van gekweekte Atlantische zalm van oorsprong uit Noorwegen (*PB*. 1997, *L*. 267/1).

(330) Ger. 24 oktober 2000, *Fresh Marine/Commissie*, nr. T-178/98, *Jur. Ger.* 2000, II, 3331, r.o. 82. Deze verplichting geldt ook voor de Europese Ombudsman (Ger. 10 april 2002, .../...

II. Procedurele billijkheid

127. In het algemeen wordt het naleven van het zorgvuldigheidsbeginsel nauwkeurig gecontroleerd door de gemeenschapsrechter. Niet alleen wanneer de Gemeenschap weinig of geen discretionaire bevoegdheid heeft bij het uitoefenen van haar bevoegdheden – zoals dat het geval was bij de controle of Fresh Marine haar verbintenis was nagekomen – maar ook wanneer zij een grote beoordelingsvrijheid geniet. Immers, zoals het Hof van Justitie stelde in *Technische Universität München*, wanneer de instellingen van de Gemeenschap over een dergelijke beoordelingsvrijheid beschikken, is de naleving van de door de communautaire rechtsorde in administratieve procedures geboden waarborgen van fundamenteel belang. Tot die waarborgen behoren met name de verplichting voor de bevoegde instelling om alle relevante gegevens zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken, het recht van de belanghebbende om zijn standpunt kenbaar te maken en zijn recht op een beschikking die toereikend is gemotiveerd (331).

128. Ten eerste, wanneer een natuurlijke of rechtspersoon een verzoek tot de Commissie richt met de bedoeling een beslissing in zijn voordeel te bekomen – zoals de toekenning van steun die valt binnen de grenzen van een communautair programma, een vrijstelling van invoerrechten of – vroeger – een vrijstelling onder artikel 81 lid 3 van het EG-Verdrag – rust op haar de verplichting om alle relevante gegevens zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken (332). Dit is eveneens het geval wanneer de Commissie een beslissing voorbereidt die mogelijk de belangen van een individu bena-

.../...

Lamberts/Europese Ombudsman, nr. T-209/00, *Jur. Ger.* 2002, II, 2203). In deze zaak betoogde de verzoeker dat de Europese Ombudsman het zorgvuldigheidsbeginsel had geschonden bij de behandeling van zijn klacht. Volgens de verzoeker had de Ombudsman hem moeten attent maken op het feit dat zijn klacht geen schorsend effect had en had hij hem moeten adviseren om direct een beroep bij het Gerecht van eerste aanleg aanhangig te maken. Het Gerecht acht zichzelf dus bevoegd om te controleren of de Ombudsman, die volgens artikel 195 lid 1 van het EG-Verdrag kennis neemt van klachten van de burgers “over gevallen van wanbeheer bij het optreden van de communautaire instellingen of organen”, zelf het zorgvuldigheidsbeginsel respecteert bij het uitoefenen van zijn taken. Dit arrest werd bevestigd op hogere voorziening ingesteld door de Europese Ombudsman (H.v.J. 23 maart 2004, *Ombudsman/Lamberts*, nr. C-234/02 P, *Jur. H.v.J.* 2004, I, 2803).

(331) H.v.J. 21 november 1991, *Technische Universität München/Hauptzollamt München-Mitte*, nr. C-269/90, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 5469, r.o. 14.

(332) *Ibidem*; H.v.J. 2 april 1998, *Commissie/Sytraval en Brink's France*, nr. C-367/95 P, *Jur. H.v.J.* 1998, I, 1719, r.o. 58-62; Ger. 9 juli 1999, *New Europe Consulting en Brown/Commissie*, nr. T-231/97, *Jur. Ger.* 1999, II, 2403, r.o. 41.

deelt. Ook rust op de Commissie de verplichting om te handelen binnen een redelijke termijn (333).

129. In technisch ingewikkelde zaken, kan het zorgvuldige en onpartijdige onderzoek impliceren dat de Commissie de mening van een deskundige vraagt (334). Dit is het geval wanneer de Commissie niet in de mogelijkheid is om de noodzakelijke technische beoordelingen uit te voeren. Wetenschappelijke adviezen gebaseerd op de beginselen van deskundigheid, doorzichtigheid en onafhankelijkheid waarborgen inderdaad de wetenschappelijke objectiviteit van de maatregelen en vermijden dat arbitraire maatregelen worden genomen (335).

130. Een administratieve overheid moet ook de klachten ingediend door haar burgers zorgvuldig en onpartijdig onderzoeken (336). Ook al kan de Commissie niet verplicht worden door de klager om een inbreuk op de artikelen 81 en/of 82 van het EG-Verdrag vast te stellen (337), toch moet ze bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid alle relevante elementen, rechtens en feitelijk, in aanmerking nemen om over het aan de klacht te geven gevolg te beslissen (338). Het vervullen van deze plicht is onderworpen aan rechterlijk toezicht (339).

(333) Ger. 15 maart 1995, *Cobrecraf e.a./Commissie*, nr. T-514/93, *Jur. Ger.* 1995, II, 621, r.o. 70; Ger. 22 oktober 1997, *SCK en FNK/Commissie*, nrs. T-213/95 en T-18/96, *Jur. Ger.* 1997, II, 1739, r.o. 56.

(334) In de zaak *Technische Universität München/Hauptzollamt München-Mitte* (H.v.J. 21 november 1991, nr. C-269/90, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 5469) betrof het de vraag of er binnen de Gemeenschap een apparaat bestond met vergelijkbare wetenschappelijke waarde als die van de afstalelektronenmicroscop die de Technische Universität München belastingvrij wou invoeren in de Gemeenschap. Zie ook H.v.J. 25 januari 1994, *Angelopharm/Hamburg*, nr. C-212/91, *Jur. H.v.J.* 1994, I, 171, r.o. 31 en 32; H.v.J. 18 november 1999, *Pharos/Commissie*, nr. C-151/98 P, *Jur. H.v.J.* 1999, I, 8157, r.o. 26; Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305, r.o. 162 en 172.

(335) Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305, r.o. 172.

(336) Met betrekking tot klachten gebaseerd op een overtreding van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag, zie Ger. 15 september 1998, *Gestevisión Telecinco/Commissie*, nr. T-95/96, *Jur. Ger.* 1998, II, 3407, r.o. 72; voor klachten met betrekking tot de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, zie H.v.J. 17 mei 2001, *IECC/Commissie*, nr. C-449/98 P, *Jur. H.v.J.* 2001, I, 3875, r.o. 45; zie echter, voor klachten gebaseerd op artikel 86 van het EG-Verdrag, Ger. 30 januari 2002, *max.mobil Telekommunikation Service GmbH/Commissie*, nr. T-54/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 313, r.o. 48, vernietigd op hogere voorziening in H.v.J. 22 februari 2005, *Commissie/max.mobil Telekommunikation Service GmbH*, nr. C-141/02 P, nog niet gepubliceerd in *Jur. H.v.J.*

(337) Ger. 18 september 1992, *Automec/Commissie*, nr. T-24/90, *Jur. Ger.* 1992, II, 2223, r.o. 75.

(338) H.v.J. 17 mei 2001, *IECC/Commissie*, nr. C-449/98 P, *Jur. H.v.J.* 2001, I, 3875, r.o. 45.

.../...

131. Recent betoogde de Commissie voor het Hof van Justitie (340) dat ze niet verplicht was om een standpunt in te nemen met betrekking tot klachten ingediend door concurrenten betreffende een voorgenomen concentratie, bij gebrek aan bepaling hieromtrent in de concentratieverordening (341). Toch oordeelde het Hof dat er geen grond bestond voor de Commissie om zich te onttrekken aan haar verplichting om in het belang van een behoorlijk bestuur ingediende klachten diepgaand en onpartijdig te onderzoeken. Dat de klagers krachtens de concentratieverordening niet het recht hebben dat hun klacht onder vergelijkbare voorwaarden wordt onderzocht als klachten die binnen de werkingssfeer van Verordening nr. 17 (342) vallen, betekent niet dat de Commissie is vrijgesteld van de verplichting te onderzoeken of de klacht binnen haar bevoegdheid komt en desgevallend de nodige conclusies te trekken. De Commissie is dus wel degelijk verplicht een met redenen omkleed antwoord te geven op een klacht die stelt dat zij ten onrechte nagelaten heeft haar bevoegdheid uit te oefenen.

132. Ten tweede is de Commissie, alvorens een beslissing te nemen die de belangen van een persoon negatief beïnvloedt, verplicht om de betrokken persoon te horen (343). Dit wordt geïllustreerd in *Technische Universität München*. Hoewel de toepasbare verordening niet voorzag in een mogelijkheid voor de importeur van een wetenschappelijk apparaat om zijn standpunt kenbaar te maken, werd “aan het recht om in een dergelijke administratieve procedure te worden gehoord, [...] enkel voldaan wanneer de betrokkene de gelegenheid krijgt om nog tijdens de procedure voor de

.../...

(339) *Ibidem*, r.o. 55-56. Er is echter geen wettigheidstoetsing mogelijk van de “beschikkingen” van de Commissie of het stilzitten van de Commissie ten gevolge van het ontvangen van een klacht van een individu gebaseerd op artikel 226 van het EG-Verdrag: zie Ger. 19 februari 1997, *Intertronic/Commissie*, nr. T-117/96, *Jur. Ger.* 1997, II, 141, r.o. 32 en Ger. 17 juli 1998, *ITT Promedia/Commissie*, nr. T-111/96, *Jur. Ger.* 1998, II, 2937, r.o. 37.

(340) H.v.J. 25 september 2003, *Schlüsselverlag J.S. Moser/Commissie*, nr. C-170/02 P, *Jur. H.v.J.* 2003, I, 9889, r.o. 29.

(341) Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (*PB.* 1990, *L.* 257/13) gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (*PB.* 1997, *L.* 180/1), vervangen door Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (*PB.* 2004, *L.* 24/1).

(342) Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (*PB.* 1962, 204).

(343) Zie ook artikel 41 lid 2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (*PB.* 2000, *C.* 364/19).

Commissie zelf zijn standpunt kenbaar te maken en zich op doelmatige wijze te uiten over de relevantie van de feiten...” (344).

133. Ten derde verplicht het zorgvuldigheidsbeginsel de Commissie ook om haar beslissingen met voldoende redenen te omkleden (345). De motivering dient de redenering van de communautaire instantie waarvan de bestreden handeling afkomstig is zo duidelijk en ondubbelzinnig te doen uitkomen, dat ze het mogelijk maakt voor de betrokken personen om de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel te kennen, zodat zij hun rechten kunnen verdedigen, en dat ze het mogelijk maakt voor de gemeenschapsrechter om zijn toezicht uit te oefenen (346). Zo zal de gemeenschapsinstelling die de mening van een deskundige niet volgt in haar beslissing, een adequate motivering moeten geven die haar standpunt verduidelijkt. In *Pfizer* had een communautair comité van deskundigen, met name het Wetenschappelijk Comité voor diervoeding, besloten dat het gebruik van virginiamycine als groeibevorderaar voor dieren geen onmiddellijk risico voor de volksgezondheid inhield. De Raad besliste echter om op basis van het voorzorgsbeginsel dit product niet langer toe te staan in diervoeding. Het Gerecht van eerste aanleg oordeelde dat wanneer een gemeenschapsinstelling wenst af te wijken van een dergelijk advies, zij specifiek moet motiveren waarom ze dit doet. Die motivering moet minstens van hetzelfde wetenschappelijk niveau zijn als dat van het advies in kwestie (347).

III. Rechtszekerheid

134. Tot slot is er het rechtszekerheidsbeginsel. Dit beginsel verlangt dat elke gemeenschapshandeling die rechtsgevolgen teweegbrengt, duidelijk en nauwkeurig is en de belanghebbende op zodanige manier ter kennis wordt gebracht, dat hij met zekerheid het tijdstip kan kennen van waaraf de handeling bestaat en rechtsgevolgen heeft. In *Opel Austria* heeft het Gerecht van eerste aanleg geoordeeld dat de Raad dit beginsel had geschon-

(344) H.v.J. 21 november 1991, *Technische Universität München/Hauptzollamt München-Mitte*, nr. C-69/90, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 5469, r.o. 23 en 25; zie ook Ger. 9 juli 1999, *New Europe Consulting en Brown/Commissie*, nr. T-231/97, *Jur. Ger.* 1999, II, 2403, r.o. 42.

(345) Zie ook artikel 41 lid 2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PB. 2000, C. 364/19).

(346) H.v.J. 21 november 1991, *Technische Universität München/Hauptzollamt München-Mitte*, nr. C-269/90, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 5469, r.o. 26.

(347) Ger. 11 september 2002, *Pfizer/Raad*, nr. T-13/99, *Jur. Ger.* 2002, II, 3305, r.o. 199.

den door op 20 december 1993 een verordening aan te nemen die invoerrechten instelde voor versnellingsbakken geproduceerd door General Motors Austria (348). Vanzelfsprekend wist de Raad op dat ogenblik met zekerheid dat de EER-Overeenkomst, die zulke invoerrechten voor importen vanuit EER lidstaten verbiedt, in werking zou treden op 1 januari 1994 (349). Onder deze omstandigheden kon de bestreden verordening niet worden beschouwd als gemeenschapswetgeving die “zeker” is en kon de toepassing ervan niet worden geacht voor de justitiabelen voorzienbaar te zijn (350). Volgens het Gerecht schond de Raad het rechtszekerheidsbeginsel ook door het opzettelijk antidateren van het nummer van het *Publicatieblad* waarin de verordening werd gepubliceerd. Uit het dossier bleek immers dat de verordening, die in werking moest treden op de dag van haar publicatie (351), naar het Publicatiebureau was gestuurd op 3 of 4 januari 1994. Zij werd echter op uitdrukkelijk verzoek van de Raad gepubliceerd in het *Publicatieblad* met datum van 31 december 1993 (352). Deze inbreuken op het rechtszekerheidsbeginsel droegen bij tot de nietigverklaring van de verordening.

135. Een zorgvuldige administratie moet vanzelfsprekend het rechtszekerheidsbeginsel in alle omstandigheden respecteren. Dit kan verder worden verduidelijkt aan de hand van de *Lagardère* zaak (353). In deze zaak had de Commissie een beschikking genomen op 22 juni 2000 waarin ze een concentratie waarbij Lagardère betrokken was, verenigbaar verklaarde met de gemeenschappelijke markt. De beschikking leverde commentaar op de verschillende contractuele bedingen die bij de Commissie waren aangemeld als beperkingen welke rechtstreeks verband hielden met en noodzakelijk waren voor de totstandbrenging van de concentratie. De meerderheid van de bedingen werd aanvaard door de beschikking van 22 juni 2000 als nevenrestricties bij de concentratie. Op 10 juli 2000 betekende de Commissie echter een beschikking tot wijziging van de beschikking van 22 juni 2000 aan de partijen bij de concentratie. In de aanhef van deze door de heer

(348) Verordening (EG) nr. 3697/93 van de Raad van 20 december 1993 houdende intrekking van tariefconcessies overeenkomstig artikel 23 lid 2 en artikel 27 lid 3 onder a) van de Vrijhandelsovereenkomst tussen de Gemeenschap en Oostenrijk (General Motors Austria) (*PB*. 1993, L. 343/1).

(349) Ger. 22 januari 1997, *Opel Austria/Raad*, nr. T-115/94, *Jur. Ger.* 1997, II, 39, r.o. 125.

(350) *Ibidem*.

(351) Artikel 2 van Verordening nr. 3697/93, zie voetnoot 348.

(352) *Opel Austria/Raad*, *ibidem*, r.o. 128, 131-132.

(353) Ger. 20 november 2002, *Lagardère SCA e.a./Commissie*, nr. T-251/00, *Jur. Ger.* 2002, II, 4825.

MONTI, lid van de Commissie, ondertekende beschikking staat te lezen: “[Als gevolg van] een vergissing bij de bewerking bevat de tekst van de beschikking van 22 juni 2000 [...], welke is ondertekend en aan u is betekend, onjuistheden. De Commissie heeft derhalve besloten deze tekst te wijzigen”. In deze nieuwe beschikking werden de betrokken contractuele bedingen, op één na, niet langer beschouwd als nevenrestricties bij de concentratie en vielen daarom niet langer onder de “goedkeurende” beschikking.

136. Volgens het Gerecht van eerste aanleg was de intrekking van de beschikking van 22 juni 2000 met terugwerkende kracht onrechtmatig. Inderdaad, de intrekking met terugwerkende kracht van een *rechtmatige* bestuurshandeling waarbij subjectieve rechten of soortgelijke voordelen zijn toegekend, is in het algemeen in strijd met de algemene rechtsbeginselen (354). Alleen het intrekken met terugwerkende kracht van *onrechtmatige* bestuurshandelingen kan worden toegestaan en dit slechts onder zeer strikte voorwaarden. Het intrekken is slechts toelaatbaar mits het geschiedt binnen een redelijke termijn en indien de instelling die de handeling heeft vastgesteld, genoegzaam rekening houdt met het gewettigd vertrouwen van de begunstigde van de handeling die op de rechtmatigheid ervan mocht vertrouwen (355). Dus zelfs indien ervan werd uitgegaan dat de beschikking van 22 juni 2000 onrechtmatig was – wat feitelijk niet het geval was – zou het intrekken van deze beschikking niet aanvaardbaar zijn geweest aangezien zij alle kenmerken toonde van een handeling waaraan geen gebreken kleefden die bij verzoeksters, als voorzichtige marktdeelnemers, twijfel omtrent de rechtmatigheid ervan hadden moeten doen rijzen (356).

(354) H.v.J. 12 juli 1957, *Algera e.a./Gemeenschappelijke Vergadering van de EGKS*, nrs. 7/56 en 3/57 tot 7/57, *Jur. H.v.J.* 1957, 81, 115; H.v.J. 22 september 1983, *Verli-Wallace/Commissie*, nr. 159/82, *Jur. H.v.J.* 1983, 2711, r.o. 8; Ger. 27 maart 1990, *Chomel/Commissie*, nr. T-123/89, *Jur. Ger.* 1990, II, 131, r.o. 34; Ger. 5 december 2000, *Gooch/Commissie*, nr. T-197/99, *Jur. Ambt. Ger.* 2000, I, A, 271 en II, 1247, r.o. 53; Ger. 20 november 2002, *Lagardère SCA e.a./Commissie*, nr. T-251/00, *Jur. Ger.* 2002, II, 4825, r.o. 139.

(355) *Algera e.a./Gemeenschappelijke Vergadering van de EGKS*, geciteerd in de vorige voetnoot, r.o. 116; H.v.J. 9 maart 1978, *Herpels/Commissie*, nr. 54/77, *Jur. H.v.J.* 1978, 585, r.o. 38; H.v.J. 3 maart 1982, *Alpha Steel/Commissie*, nr. 14/81, *Jur. H.v.J.* 1982, 749, r.o. 10; H.v.J. 26 februari 1987, *Consortio cooperative d'Abruzzo/Commissie*, nr. 15/85, *Jur. H.v.J.* 1987, 1005, r.o. 12; *Gooch/Commissie*, geciteerd in de vorige voetnoot, r.o. 53.

(356) Ger. 20 november 2002, *Lagardère SCA e.a./Commissie*, nr. T-251/00, *Jur. Ger.* 2002, II, 4825, r.o. 139-149.

§ 6. *Besluit*

137. Meer dan vijftien jaar geleden benadrukte het Hof van Justitie dat “de Europese Economische Gemeenschap een rechtsgemeenschap is in die zin, dat noch haar lidstaten noch haar instellingen ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het constitutionele handvest waarop de Gemeenschap is gegrond, namelijk het Verdrag” (357). Sinds die tijd heeft de Economische Gemeenschap zich ontwikkeld tot een Unie van volkeren en Staten waarin de burger zich veel meer bekommert om de mogelijke valkuilen van het bestuur. Als antwoord hierop heeft het Hof van Justitie stapsgewijs een geheel van beginselen van behoorlijk bestuur ontwikkeld, ruimschoots afgeleid uit de gemeenschappelijke rechtstradities van de lidstaten. De naleving van deze beginselen draagt ertoe bij het vertrouwen van de burger in de kwaliteit van het bestuur van de Unie te versterken.

138. De beginselen van behoorlijk bestuur hebben zich over de jaren heen ontwikkeld van eerder minimale rechtvaardigheidsgaranties tot meer substantiële democratische verplichtingen. De erkenning van het recht van toegang tot documenten in het bezit van het bestuur illustreert deze evolutie in de benaderingswijze: van een minimumbescherming nodig om het recht van verweer te kunnen uitoefenen wanneer het bestuur zich voornemt een beslissing te nemen die mogelijk de belangen van de rechtsonderhorige negatief raakt, werd het na verloop van tijd een algemeen recht erop gericht “het democratische karakter van de instellingen en het vertrouwen van het publiek in het bestuur te versterken” (358). Het recht van verweer in administratieve en rechterlijke procedures is aanleiding geweest voor het uitwerken van het algemeen beginsel van procedurele gelijkheid. De verschillende uitdrukkingen van het zorgvuldigheidsbeginsel bevestigen ook deze evolutie: het bestuur bevindt zich niet langer in een dominerende positie ten aanzien van de burger, het moet integendeel verzekeren dat zijn gedragingen voldoen aan wat verwacht kan worden van een normaal voorzichtig en zorgvuldig bestuur handelend in vergelijkbare omstandigheden. Een krachtige formulering van deze “voorzichtigheid” op het niveau van het beleid van de Unie en de lidstaten is het voorzorgsbeginsel dat het Hof en het Gerecht verder hebben uitgewerkt in hun rechtspraak.

(357) H.v.J. 23 april 1986, *Les Verts/Europées Parlement*, nr. 294/83, *Jur. H.v.J.* 1986, 1339, r.o. 23.

(358) H.v.J. 6 december 2001, *Raad/Hautala*, nr. C-353/99 P, *Jur. H.v.J.* 2001, I, 9565, r.o. 25; Ger. 19 juli 1999, *Hautala/Raad*, nr. T-14/98, *Jur. Ger.* 1999, II, 2489, r.o. 83.

139. De gemeenschapsrechter is voortdurend bekommerd om het definiëren van evenredige antwoorden op de nieuwe uitdagingen waarmee de democratie – met inbegrip van een behoorlijk functionerend bestuur – wordt geconfronteerd. Door hierbij recht te laten wedervaren binnen de rechtsorde van de Unie verzekeren het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg dat de Unie het vertrouwen van de burger waard blijft.

DEEL II.

BESPREKING VAN DE DIVERSE
BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR

HOOFDSTUK 1. HET ZORGVULDIGHEIDSBEGINSEL

Prof. dr. Kaat Leus
Hoofddocent Vrije Universiteit Brussel
Advocaat Eubelius

§ 1. Inleiding

140. Het is een lastige taak om anno 2005 een bijdrage te plegen over het zorgvuldigheidsbeginsel in een verzamelwerk dat onder het trefwoord “Beginselen van behoorlijk bestuur” in de reeks *Administratieve rechtsbibliotheek* verschijnt. Daar zijn verscheidene redenen voor.

Allereerst is er de vaststelling dat in een vorige editie wijlen Professor W. LAMBRECHTS (359) deze bijdrage verzorgde hetgeen natuurlijk tot bescheidenheid noopt. Het is ongetwijfeld een eer gevraagd te worden om deze taak van hem te mogen overnemen; tegelijkertijd echter is er de schroom om de opdracht aan te vatten wetende dat het bijzonder moeilijk zal zijn om dat werk te evenaren. Welk stuk overigens is sprekender om doordrongen te worden van het “zorgvuldigheidsbeginsel” respectievelijk de op de overheid rustende zorgvuldigheidsplicht en, meer in het algemeen, de beginselen van behoorlijk bestuur dan zijn pedagogische en kernachtige bijdrage onder de titel “De Raad van State en de nieuwe politieke cultuur”, de geschreven neerslag van het afscheidscollege dat hij gaf aan zijn studenten en dat opgenomen is in het huldeboek dat aan hem is opgedragen (360). Hij schetst daar als geen ander de lijdensweg van een dossier dat meer dan vijftientig jaar oud geworden was en een aanvang nam met het begin van zijn leeropdracht aan de Universiteit Antwerpen. Het betrof de fameuze zaak LAVENT die uiteindelijk werd besloten met een cassatiearrest van 12 april 2002 (361) en een fikse schadeloosstelling ten laste van de overheid omwille van de onmogelijkheid om gedurende 26 jaar ingevolge

(359) W. LAMBRECHTS, “Het zorgvuldigheidsbeginsel”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer, 1993, 29-50.

(360) W. LAMBRECHTS, “De Raad van State en de nieuwe politieke cultuur”, in I. OPDEBEEK, B. PEETERS en A. VAN OEVELEN (ed.), *Zorgvuldig en milieubewust besturen: huldeboek prof. W. Lambrechts*, Brugge, die Keure, 2001, 65-88.

(361) Cass. 12 april 2002, *R.W.* 2002-03, 746, noot W. LAMBRECHTS; Gent 3 mei 2000, *R.W.* 2002-03, 749.

– zeg maar opeenvolgende – onzorgvuldige overheidsbeslissingen een boerderij te exploiteren.

141. Nog meer stijgt de schroom bij het doorbladeren van de talrijke publiekrechtelijke bijdragen die over het zorgvuldigheidsbeginsel handelen. Als er al één constante is, dan is het ongetwijfeld de eensgezindheid onder de al even talrijke auteurs dat dit beginsel vele vormen aanneemt en nog meer ladingen dekt. Het doet de enen besluiten tot de grootsheid en alomvattendheid van het beginsel terwijl het, omgekeerd, anderen er toe brengt het in zekere mate te relativieren.

Voor A.M.M.M. BOTS vervult het zorgvuldigheidsbeginsel “een centrale rol en omvat het zelfs – ruimer opgevat – andere beginselen van behoorlijk bestuur” (362). Wanneer J. JAUMOTTE het zorgvuldigheidsbeginsel aansnijdt, focust hij (of beperkt hij het?) meteen op de plicht van de overheid tot zorgvuldige feiten- en informatiegaring tijdens de voorbereidende fase en de plicht om alle elementen, aspecten of belangen van een dossier in ogenschouw te nemen met het oog op een zorgvuldige besluitvorming (363). J. JAUMOTTE verliest daarbij nochtans niet uit het oog dat het zorgvuldigheidsbeginsel (ook) onder andere gedaanten verschijnt.

Zo schrijft hij dat het zorgvuldigheidsbeginsel: “*a aussi (été) assimilé au principe du raisonnable, à celui du délai raisonnable, à celui de légitime confiance, à celui de l’obligation de motivation matérielle ou encore à celui de la comparaison effective des titres et mérites des candidats à une nomination ou à une promotion, ce qui montre bien*”, zo vervolgt hij, – terecht – “*que le contenu exact dudit principe est loin d’être clairement affirmé*” (364).

142. Complexer nog wordt de opdracht wanneer er rekening mee wordt gehouden dat het zorgvuldigheidsbeginsel geen “exclusief” bestuursrechtelijk beginsel is maar, daarentegen, moet worden beschouwd als een beginsel van behoorlijk handelen dat ten grondslag ligt aan zowel het privaats- als het publiekrecht en, derhalve, behoort tot de gemeenschappelijke

(362) A.M.M.M. BOTS, “Het zorgvuldigheidsbeginsel en advisering”, in R. SCHOSSELS, A. BOK, H. VAN GEEST en S. HILLEGERS (eds.), *Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, (141) 141.

(363) J. JAUMOTTE, “Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative”, in B. BLERO en P. TAPIE (eds.), *Le Conseil d’Etat de Belgique: 50 ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 593-697, inz. 687.

(364) *Ibid.*, 593-697, inz. 687.

onderbouw van het recht. Het beginsel heeft een sleutelrol wanneer moet worden geoordeeld door de justitiële rechter over onrechtmatig handelen wanneer de “leer van de aansprakelijkheid” op het overheidshandelen wordt toegepast

Artikel 1382 e.v. B.W. waarin de zorgvuldigheidsplicht ligt vervat, bepaalt immers dat elke daad, nalatigheid of onvoorzichtigheid van de mens waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt degene door wiens schuld de schade is ontstaan, verplicht om deze te vergoeden. Het vormt aldus één van de basisregelen van de westerse democratische Staat. Het regelt de juridische techniek waardoor de schade die men lijdt door andermans schuld kan worden verplaatst naar degene door wiens “schuld” de schade is veroorzaakt (365).

143. Het is ongetwijfeld zo dat die op eenieder rustende zorgvuldigheidsplicht *casu quo* het zorgvuldigheidsbeginsel bijzondere aandacht verdient. Méér dan alle andere beginselen van behoorlijk bestuur kenmerkt het zich als een algemeen (rechts)beginsel dat tegelijkertijd een leidend uitgangspunt voor de rechtsvorming én een (positieve) rechtsregel is waarin de eerder bedoelde beginselen zijn geconcretiseerd en die in individuele gevallen ook moet worden nageleefd en tot vernietiging kan leiden van een (overheids)besluit of -beslissing waardoor dit beginsel zou zijn geschonden.

Het is tegelijkertijd een richtinggevend of leidend beginsel én een rechterlijke toetsingsnorm. Het verenigt in zich, meer nog dan alle andere beginselen van behoorlijk bestuur, het preventieve én curatieve aspect van de rechtsbescherming ertoe strekkende dat een rechtssubject respectievelijk een rechtsonderhorige wordt beschermd tegen een willekeurig, abnormaal of onredelijk optreden door een ander rechtssubject, inzonderheid door de overheid. Of, zoals C. BERX het accuraat formuleert, de kennis van de regel dat men zal moeten instaan voor de schade veroorzaakt door eigen onzorgvuldig gedrag, beoogt aan te zetten tot voorzichtigheid terwijl, voor het slachtoffer van de onrechtmatige daad, de aansprakelijkheidsregeling een schadeherstellende functie vervult (366).

(365) C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid, Een analyse van het systeem van administratieve rechtspraak in België*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, 303.

(366) *Ibidem*, 303.

Kortom, in een bijdrage van omstreeks 20 pagina's dit beginsel benaderen – laat staan “vatten” wat het inhoudt en rechtens betekent –, wetende dat het niet de bedoeling kan zijn in deze bijdrage beginselen aan te snijden die elders in dit handboek worden behandeld, is een behoorlijk moeilijke opdracht.

§ 2. *Het zorgvuldigheidsbeginsel, de onwettigheid en de onrechtmatige daad*

I. **Het foutbegrip in artikel 1382 en 1383 B.W. en het zorgvuldigheidsbeginsel**

144. Onverminderd het preventieve (rechtsbeschermend) karakter ervan, inzonderheid in de relatie bestuur – rechtsonderhorige die gekenmerkt is door een eenzijdige gezagsuitoefening door het bestuur, lijkt het niettemin verantwoord het zorgvuldigheidsbeginsel, bij aanvang, te benaderen vanuit zijn curatieve of schadeherstellende functie en, zodoende, mede vanuit de aansprakelijkheidsleer voor de onrechtmatige daad (367).

De foutaansprakelijkheid zoals vervat in artikel 1382 e.v. B.W. houdt in dat een rechtssubject, *in casu* de overheid, door een ander rechtssubject (een rechtsonderhorige – natuurlijke persoon of rechtspersoon *of* – in voorkomend geval – een andere overheid), kan worden aangesproken en ter verantwoording geroepen wegens foutief, onvoorzichtig of onzorgvuldig gedrag.

Tijdens de voorbereiding van de Franse Code civil van 1804 wordt het als volgt verwoord: “*Le dommage, pour qu’il soit sujet à réparation, doit être l’effet d’une faute ou d’une imprudence de la part de quelqu’un; s’il ne peut être attribué à cette cause, il n’est plus que l’ouvrage du sort dont chacun doit supporter les chances, mais s’il y a eu faute ou imprudence, quelque légère que soit leur influence sur le dommage commis, il est dû réparation*” (368).

(367) Er is niettemin aan te stippen dat ook aan het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, naast de vergoedende functie, een vnl. opvoedende functie wordt toegekend die er naar streeft de openbare orde, de interne veiligheid, de economische welvaart, de maatschappelijke zekerheid, ... te handhaven en te bevorderen: L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, Antwerpen – Apeldoorn – Brussel, Maklu Uitgevers – Ced.Samsom, 1989, 13.

(368) TARRIBLE, Discours dans la séance du corps législatif du 19 Pluviôse an XII (Loché, 283), geciteerd door L. CORNELIS, *o.c.*, 5.

145. Uit de artikelen 1382 B.W. e.v. blijkt derhalve dat, naar Belgisch recht, de (persoonlijke) buitencontractuele aansprakelijkheid op het *foutbegrip* stoelt, onverminderd het gegeven dat – naast het bewijs van de fout – ook zal moeten worden aangetoond dat er schade is evenals het oorzake-lijk verband tussen de begane fout en de daardoor ontstane schade. In de artikelen 1382-1383 B.W. is eerder sprake van “schuld”, “daad”, “nalatigheid” of “onvoorzichtigheid”, maar er wordt aangenomen dat die begrippen naar de “fout” als grondslag van de persoonlijke aansprakelijkheid verwijzen (369).

Het foutbegrip houdt in dat er in hoofde van degene die de schade heeft veroorzaakt, een miskenning is van de *algemene zorgvuldigheidsnorm* (370). Vraag is echter *welk* gedrag, handelen of nalaten is te beschouwen als een “fout”. Wie dat beoordeelt is duidelijk. In ons grondwettelijk bestel is dat, *in fine* (371) – zonder afbreuk te doen aan het gezag van een door de Raad van State vastgestelde onwettigheid in een vernietigingsarrest –, de justitiële rechter. Dat de justitiële rechter bevoegd is om in het kader van een aansprakelijkheidsvordering wegens onrechtmatige daad het (on)rechtmatig of – gebeurlijk – foutief gedrag van de overheid te beoordelen staat vast sedert het Hof van Cassatie met het Flandria-arrest van 5 november 1920 de bevoegdheidsvraag ter zake heeft beslecht. Of er echter een miskenning is van de algemene zorgvuldigheidsnorm en, derhalve, van foutief gedrag of nalatig verzuim, wordt door de rechter *objectief* beoordeeld hetgeen inhoudt dat moet worden onderzocht hoe een *normaal voorzichtige en redelijke mens*, in *dezelfde feitelijke omstandigheden* geplaats, zou hebben gehandeld. Zulks houdt in dat het betwiste gedrag van diegene die wordt aangesproken wordt getoetst aan en vergeleken met het gedrag van een normaal voorzichtige en redelijke mens, doch met dien verstande dat rekening moet worden gehouden met de persoonlijke vaardigheden van de aangesprokene wanneer deze de vaardigheden van een normaal, voorzichtig en redelijk mens overtreffen, wat het geval zal zijn bij een geneesheer, een advocaat, een bestuurder of ... een overheid. Het gedrag van de overheid zal met andere woorden moeten worden vergeleken met dat van enig andere normaal voorzichtige en redelijk handelende *overheid*.

(369) *Ibidem* evenals de aldaar aangehaalde referenties.

(370) Omtrent de andere bestanddelen van het foutbegrip (de toerekening en de voorspelbaarheid van schade) raadplege men o.m. L. CORNELIS, *o.c.*, 21.

(371) Al kan hij gebonden zijn door een arrest van de Raad van State wat het beoordelen van het bestaan van een fout betreft (zie nog *infra*).

II. Het behoorlijk overheidsgedrag is naar redelijkheid te beoordelen

146. Het begrip “normaal, voorzichtig en redelijk mens” moet uiteraard op zichzelf *naar redelijkheid worden ingevuld*, ermee rekening houdende dat, onder omstandigheden, ook een normaal voorzichtige en redelijk handelende persoon zich kan vergissen en niemand onfeilbaar is. Ook deze vereiste blijkt, zoals hierna nog aan bod zal komen, uit de jurisprudentie van zowel de gewone rechter als de Raad van State, wanneer het overheidsgedrag wordt getoetst aan het criterium van de normaal voorzichtig handelende overheid.

Bovendien moet bij de beoordeling van het ((on)zorgvuldig) overheidsgedrag zorgvuldig rekening worden gehouden met de *feitelijke omstandigheden* waarin de overheid zich, op dat ogenblik, bevindt daarin begrepen de eventuele beoordelings- of beleidsvrijheid die door de wetgever aan de administratieve overheid is gelaten. Dat de rechter in zijn beoordeling het tijdselement moet betrekken door rekening te houden met het ogenblik waarop het bestreden overheidsgedrag is geschied, maakt het mogelijk er ook rekening mee te houden dat sommige feitelijkheden of gebeurtenissen die zich nadien hebben voorgedaan niet noodzakelijk bekend waren zodat – opnieuw – van een normaal voorzichtige redelijk handelende overheid niet kon worden verwacht dat ze haar bekend of voorzienbaar hadden moeten zijn, enz. Het maakt het foutbegrip dan ook in zekere mate *relatief* omdat de vaststelling van het bestaan van een fout geldt m.b.t. de feitelijke omstandigheden waarop zij stoelt en het niet is uit te sluiten dat hetzelfde gedrag in andere feitelijke omstandigheden geplaatst op een andere wijze is te beoordelen.

147. Die *relativiteit* houdt ook verband met het vage, algemene en veelomvattende karakter van begrippen als “zorgvuldigheid”, “redelijkheid”, “evenredigheid” of “behoorlijk bestuur”. Welke (concrete) inhoud is er te geven aan de abstracte en veelomvattende algemene zorgvuldigheidsnorm?

Vreemd is het om in dat verband te constateren dat nu eens wordt gesproken, in het enkelvoud, van “*de* algemene zorgvuldigheidsnorm” dan weer, in het meervoud, van “algemene zorgvuldigheidsnormen” net zoals er gehandeld wordt nu eens, in het meervoud, over “*de* beginselen van behoorlijk bestuur” en dan weer, in het enkelvoud, over “*het* beginsel van behoorlijk bestuur”.

lijk bestuur (372)” ten ware het dat de concreet benoemde beginselen van behoorlijk bestuur (“hoorplicht”, “vertrouwensbeginsel”, “evenredigheidsbeginsel”, “behoorlijke informatiegaring”, enz.) allen terug te brengen zijn tot “die ene” meeromvattende “zorgvuldigheidsnorm”.

L. CORNELIS formuleert het heel realistisch als volgt: “*de algemene zorgvuldigheidsnormen, die worden bepaald aan de hand van het criterium van de normaal voorzichtige en redelijke mens, in dezelfde feitelijke omstandigheden als de aangesprokene geplaatst, zijn vrijwel onbeperkt in aantal. Zij kunnen betrekking hebben op om het even welke menselijke activiteit en passen zich aan de wijzigingen van het menselijke gedrag zonder moeite aan*” (373). Die zorgvuldigheidsnormen – vrijwel onbeperkt in aantal – hebben evenzeer betrekking op het overheidshandelen en moeten toepassing vinden op elk overheidshandelen en dus ook op het bestuurlijk (overheids)handelen in al zijn vormen, of de overheid nu handelt via individuele besluiten dan wel verordenende bepalingen, via feitelijk handelen of juist omdat ze nog niet heeft gehandeld, enz. De algemene zorgvuldigheidsnormen vinden inderdaad toepassing op de uitoefening van de individuele beslissingsbevoegdheid, de verordenende of reglementaire functie, het administratief toezicht of andere vormen van overheidstoezicht, het verstrekken van informatie, het te laat optreden, de foutieve onthouding of schuldige verzuim, enz.

Ook I. OPDEBEEK, aldus aansluitend bij L. CORNELIS stelt, terecht, dat, zo beschouwd, de schending van elk beginsel van behoorlijk bestuur dat een bepaalde gedragsnorm oplegt, kan worden teruggebracht tot een schending van de zorgvuldigheidsnorm zodat (al) deze beginselen (in wezen) kunnen worden herleid of teruggebracht tot de (algemene(re)) zorgvuldigheidsplicht (374). De beginselen van behoorlijk bestuur zijn dan ook niets anders dan jurisprudentiële concretisering van de vage zorgvuldigheidsnorm van artikel 1382 e.v. B.W. naar het bestuur toe.

Enerzijds zijn dus de specifieke beginselen van behoorlijk bestuur inzonderheid door jurisprudentiële concretisering verfijnd en afgelijnd uit de algemene zorgvuldigheidsnorm; anderzijds behoudt deze laatste zijn auto-

(372) A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 4 e.v.

(373) L. CORNELIS, *o.c.*, 39.

(374) I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, 31-32.

noom karakter en fundamenteel belang juist omwille van de veelomvattendheid ervan en zijn “maatschappelijk” aanpassingsvermogen. Dat hij ook in redelijkheid moet worden geïnterpreteerd en toegepast, zal ook moeten toelaten dat hij – in zijn preventieve werking – niet leidt tot immobilisme onverminderd weliswaar het evolutieve karakter ervan.

III. De zorgvuldigheidsnorm is bij uitstek evolutief

148. De algemene zorgvuldigheidsnormen – of het behoorlijke, zorgvuldige gedrag dat bij het vervullen van de activiteiten van het menselijk c.q. overheidshandelen moet worden aangekleefd –, hebben zich, *doorheen de tijd*, in de jurisprudentie, ontwikkeld tot positieve maatstaven waaraan het menselijk, *in casu* het bestuurlijk handelen, moet voldoen, wil dit menselijk of bestuurlijk handelen behoorlijk, dat is rechtmatig zijn. Het abstracte toetsingscriterium van de (vage en veelomvattende) algemene zorgvuldigheidsnorm of van het/de beginsel(en) van behoorlijk bestuur wordt/worden aldus omgezet in concrete, positieve en vaak zelfs erg precieze gedragsnormen. Het lijkt ook zo te zijn dat hoe preciezer de norm wordt, hoe minder relatief hij is en hoe minder ruimte voor beoordeling of appreciatie hij laat. Minstens is het zo dat – al is er ook daar gradatie in de vaagheid of algemeenheid – binnen het “behoorlijk bestuurshandelen” concrete(re) voorschriften naar voren zijn getreden.

Zo weet (of behoort) een zorgvuldig handelend bestuurder op de dag van vandaag (te weten) dat er geen tuchtbeslissing kan worden genomen zonder eerbiediging van de rechten van verdediging, dat er evenredigheid moet zijn tussen het gepleegde feit en de opgelegde tuchtstraf, dat de feitelijke gegevens waarop een beslissing steunt correct moeten zijn, dat aan een vergelijking van titels en verdiensten een zorgvuldig onderzoek moet voorafgaan, enz.

IV. Identiteit of dualiteit tussen onzorgvuldig overheidsgedrag en onwettig overheidshandelen

149. Er is meermaals voor gepleit om – in de mate een beginsel van behoorlijk bestuur in de jurisprudentie op zodanig precieze wijze is geconcretiseerd dat er een bepaalde gedragsregel of specifieke rechtsnorm in kan worden gezien waarbij een *welbepaalde gedraging geboden of verboden is* –, aan een dergelijke schending of inbreuk – wat de civielrechtelijke aan-

sprakelijkheid wegens onrechtmatige daad betreft – dezelfde gevolgen te verbinden op het vlak van de foutbeoordeling in hoofde van de overheid. Anders gezegd, er moet wat de foutbeoordeling betreft, op dezelfde wijze worden gedacht bij de schending van een (specifiek) of, beter, een zodanig geconcretiseerd beginsel van behoorlijk bestuur als bij een schending van een grondwettelijke, wettelijke of reglementaire bepaling die oplegt op een bepaalde wijze iets te doen of iets niet te doen.

De vaststelling, in voorkomend geval, dat de overheid een dergelijke gedragsnorm heeft geschonden impliceert *ipso facto* dat ze een fout heeft begaan. De overheid is er dan toe gehouden de schade die daardoor is ontstaan te vergoeden behoudens wanneer de overheid-rechtspersoon zich zou kunnen beroepen op een grond tot ontheffing van aansprakelijkheid zoals de (in de praktijk, in hoofde van de overheid, eerder zeldzaam voorkomende) onoverwinnelijke dwaling (375), overmacht of een andere rechtvaardigingsgrond waardoor ze alsnog aan haar aansprakelijkheid ontsnapt. Er wordt immers aangenomen sedert het cassatiearrest van 13 mei 1982 (376) dat wanneer een inbreuk wordt gepleegd op een dergelijke welbepaalde gebods- of verbodsbepaling, de onrechtmatigheid zeker is. In dat geval is het niet langer relevant na te gaan of een normaal zorgvuldig en bedachtzaam persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst eenzelfde overtreding zou hebben begaan. Evenmin moet worden nagegaan of de schade redelijkerwijze voorzienbaar was noch, ten slotte, of de overtreden norm de strekking heeft de benadeelde in het gekrenkte belang te beschermen.

150. De vraag rijst of deze leer inderdaad kan worden toegepast op de (specifieke) algemene beginselen van behoorlijk bestuur en of deze inderdaad een zodanig concrete inhoud hebben gekregen of kunnen krijgen dat zij een welbepaald verbod of gebod formuleren dat moet worden toegepast zoals een algemeen verbindend voorschrift dat een welbepaalde gedraging oplegt. Of is het veeleer zo dat het overheidshandelen wanneer het wordt getoetst aan een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur steeds vereist, mede in het licht van hetgeen is bepaald in artikel 6 Ger. W., dat ook *in concreto* wordt nagegaan of deze zich, in het voorliggende geval, heeft gedra-

(375) Brussel 17 maart 1987, *R.G.A.R.* 1988, nr. 11.425; Gent 12 november 2002, *R.A.B.G.* 2004, 1, 16.

(376) Cass. 13 mei 1982, *R.W.* 1984-85, 606, noot, *Arr. Cass.* 1981-82, 1134, *J.T.* 1982, 772, concl. J. VELU, *R.C.J.B.* 1984, 10, noot R.O. DALCQ en *R.G.A.R.* 1984, nr. 10.814, noot.

gen als een normaal zorgvuldige en bedachtzaam handelende persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst, zou hebben gedaan?

Is er immers geen verschil, bij wijze van voorbeeld, tussen, *enerzijds*, het geval waarin de wetgever in het kader van de intrekking van een vergunning uitdrukkelijk en nauwkeurig voorschrijft dat de hoorplicht moet worden nageleefd alvorens de beslissing tot intrekking te nemen zonder daarbij in uitzonderingen te voorzien of, indien er uitzonderingen zijn, deze uitdrukkelijk en limitatief op te sommen en, *anderzijds*, het geval waarin het in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van de hoorplicht *in beginsel* moet worden toegepast alvorens een griefhoudende beslissing ten aanzien van een rechtsonderhorige te nemen doch waar, *onder omstandigheden*, van zal kunnen worden afgeweken en waarbij per definitie *in concreto* zal moeten worden beoordeeld of de zorgvuldig, bedachtzaam en redelijk handelende persoon *casu quo* overheid mocht oordelen dat er een geval aanwezig was waarin over de hoorplicht kon worden heengestapt? Zulke beoordeling van de behoorlijkheid van het overheidsgedrag zal steeds *in concreto* door de rechter, hetzij de gewone rechter, hetzij de administratieve rechter moeten worden gemaakt rekening houdende met alle feitelijke elementen en omstandigheden van de zaak. Het voorgaande belet echter niet dat wanneer de schending van een beginsel van behoorlijk bestuur door de Raad van State *in concreto* in een vernietigingsarrest is vastgesteld, de gewone rechter hierdoor gebonden is en derhalve het foutief gedrag *in casu* is aangegeven behoudens een grond van ontheffing van aansprakelijkheid, de afwezigheid van schade of oorzakelijk verband.

151. Hiervoor werd gesteld, overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Cassatie, dat enkel bij een schending van een (grond)wettelijke (377) bepaling die een welbepaald gebod of verbod oplegt, de overheid een fout heeft begaan zonder dat nog moet worden aangetoond dat ze onzorgvuldig heeft gehandeld. Dat betekent meteen dat er *identiteit* is tussen de schending van een welbepaald verbod of gebod en het onzorgvuldig gedrag of de fout.

In dezelfde zin mag worden aangenomen dat een door de Raad van State *vastgestelde* onrechtmatigheid gebaseerd op de schending van hetzij een (specifiek) beginsel van behoorlijk bestuur, hetzij de (naar de feiten geconcretiseerde) schending van het – ruimere – zorgvuldigheidsbeginsel meteen impliceert dat de fout waaraan de zorgvuldigheidsnorm inherent is,

(377) Hier begrepen als het geheel van de normenhiërarchie.

voor bewezen moet worden gehouden ingevolge het gezag van gewijsde dat aan zulk arrest toekomt. Met anderen is aan te nemen dat deze vraag inderdaad positief moet worden beantwoord. Er mag overigens van worden uitgegaan dat de Raad van State wanneer hij beslist dat het redelijkheids-, proportionaliteits-, onpartijdigheids-, of zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden, zulks zal hebben gedaan na een onderzoek van de zaak waarbij *al de concrete feitelijke gegevens* van de zaak waarmee de overheid was geconfronteerd, zijn betrokken met inbegrip overigens van de beoordelings- of beleidsvrijheid waarover de overheid *in casu* kon beschikken. Het is dan ook correct te stellen dat enkel op die wijze een geïntegreerde ontwikkeling kan worden gerealiseerd van geconcretiseerde rechtseisen die uit het zorgvuldigheidsbeginsel voortvloeien.

152. Wanneer de Raad van State derhalve heeft vastgesteld dat er een onzorgvuldigheid is begaan, moet dat m.i. ertoe leiden dat ook de fout bewezen is en dat de justitiële rechter zulks moet aanvaarden op grond van het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest. Daarmee is echter (nog) niet gezegd dat de Raad van State daarmee rechtstreeks toetst aan artikel 1382 B.W. Dat artikel formuleert immers het bestaan van een burgerlijk recht om door de dader te worden vergoed voor de schade die uit zijn/haar foutief handelen of nalatig verzuim is ontstaan. De Raad van State spreekt zich niet uit over het bestaan van de schade noch over het oorzakelijk verband (378).

In dat verband is nog op te merken dat de Raad van State blijft vereisen dat de verzoekende partij het rechtens vereiste belang aantoont dat ze heeft om de schorsing resp. de vernietiging van een besluit te bekomen. Al is het zo dat een vernietigingsarrest een vordering tot schadevergoeding voor de gewone rechter zou kunnen vergemakkelijken dan is zulks, aldus de Raad van State, slechts een afgeleide van het belang dat in de eerste plaats gericht is op het verdwijnen van de bestreden rechtshandeling uit de rechtsorde, wat de finaliteit is van een vernietigingsberoep bij de Raad van State. Het kan een actie tot schadeloosstelling vergemakkelijken maar niet meer dan dat, want, aldus de Raad van State, *ook* de gewone rechter vermog na te gaan of het bestuur zijn macht niet te buiten is gegaan en aldus geen fout heeft begaan (379). Dat (afgeleide) belang volstaat echter niet om de vernietiging van een besluit te eisen.

(378) L.P. SUETENS, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning", in I. OPDEBEEK (ed.), *o.c.*, 15.

(379) R.v.St., Boddaert, nr. 121.038, 26 juni 2003.

Uit deze jurisprudentie zou niettemin kunnen worden afgeleid dat de Raad van State erkent dat een toetsing aan de wet, aan een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur of aan het (ruimere) zorgvuldigheidsbeginsel of, de beoordeling van de rechtmatigheid van een bestuurshandeling in wezen een foutbeoordeling inhoudt. Dat een vernietigingsarrest de vordering tot schadevergoeding alleen maar zou vergemakkelijken, is niet onjuist maar mogelijk toch – gezien de leer van het arrest van het Hof van Cassatie van 13 mei 1982 en gegeven het gezag van gewijsde *erga omnes* van een vernietigingsarrest (380) – eerder een *understatement*.

Hoe dan ook, dat de gewone rechter inderdaad de machtsoverschrijding in het kader van een vordering tot schadeloosstelling sanctioneert, blijkt duidelijk uit volgend arrest. Nadat het Hof van Beroep te Brussel in zijn arrest van 19 december 2001 heeft vastgesteld dat de uitvoerende macht onbetwistbaar machtsoverschrijding heeft gepleegd door, bij wijze van algemene maatregel, te beslissen dat in niet minder dan vijf gemeenten “voorlopig geen bouw- en verkavelingsvergunningen meer mogen worden afgegeven” omdat dergelijke bevoegdheid haar noch door de Grondwet, noch door de wet werd opgedragen, is zij gehouden tot vergoeding van de schade die ingevolge deze fout werd veroorzaakt. De Koning heeft immers geen andere macht dan die welke de Grondwet en de bijzondere wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd, hem uitdrukkelijk toekennen (artikel 78, thans 105 G.W.). Het begaan van deze machtsoverschrijding impliceert dat de overheid een fout heeft begaan in de zin van artikel 1382 B.W. De eigenaars van de gronden hebben daardoor immers, ingevolge de beslissing voorlopig geen vergunningen meer af te leveren, schade geleden. Zij konden ingevolge deze beslissing hun kavels niet bebouwen en ze evenmin verkopen als bouwgrond, ook al zou de verkavelingsvergunning niet zijn vervallen. De Belgische Staat vraagt zich daarbij vruchteloos af waarom de eigenaars niet hebben gereageerd toen, volgens zijn eigen bewoordingen, “de bouwstop werd uitgevaardigd”. Hij legt niet uit welk nut dergelijke reactie kon gehad hebben, des te meer daar het bestuur in de brief welke was gericht aan het college van burgemeester en schepenen “met aandrang” had verzocht “de beslissing van de heer minister in het algemeen belang stipt na te leven”. Onbevoegd is en blijft onbevoegd. Het gegeven dat deze beslissing werd genomen met het oog op “voorzichtige zaken” doet daaraan niet af. De overheidsbeslissing had immers een tijdelijk karakter hetgeen ondubbelzinnig bleek uit de gebruikte bewoordingen zoals

(380) Cass. 13 mei 1982, *J.T.* 1982, 780, concl. J. VELU.

“voorlopig” en “tijdelijk” en vooral uit de verzekering dat de administratieve diensten het nodige zouden doen om de tijdspanne van de maatregel tot een minimum te beperken, d.w.z. in afwachting dat de stedenbouwkundige toestand van de grond nadien op regelmatige wijze werd vastgelegd bij het ontwerp-gewestplan van 15 oktober 1975 waarbij de grond in een industriegebied werd ingedeeld, en waarbij de litigieuze verkaveling werd uitgesloten van de toelating om behoorlijk vergunde en niet-ervallen verkavelingen verder uit te voeren (381).

153. Naast het geheel van specifieke normen “die een welbepaald gedrag (handelen of onthouden) opleggen” – geschreven internationaalrechtelijke, (grond)wettelijke of reglementaire bepalingen of ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur –, leggen de artikelen 1382-1383 B.W., zoals gezegd, een algemene plicht tot zorgvuldigheid op. Het betreft de (positieve) verplichting van de overheid om – zelfs bij gebrek aan specifieke norm die een welbepaald handelen of onthouden oplegt – immer een gedrag te vertonen dat normaal, zorgvuldig, redelijk en bedachtzaam is. De overheid moet, anders geformuleerd, zich inspannen een gedrag aan de dag te leggen dat moet garanderen dat de burger wordt gevrijwaard tegen elk abnormaal gevaar en de redelijkerwijze voorzienbare schade die daaruit (kan) voortvloeien en dat zij, derhalve, in de concrete omstandigheden heeft gedaan wat normaal van haar mocht worden verwacht om schade te vermijden (382).

154. Het is in die context dat de vraag rijst of, naast de (specifieke) beginselen van behoorlijk bestuur die in de diverse bijdragen in dit handboek worden besproken, het zorgvuldigheidsbeginsel “an sich” nog een toegevoegde waarde heeft ten aanzien van andere beginselen van behoorlijk bestuur en/of daaraan nog een zelfstandige rol is toe te kennen. Als wordt aangenomen dat elke schending van een (specifiek) beginsel van behoorlijk bestuur in *wezen terug te brengen* is tot een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, rijst immers de vraag of dan met deze beginselen kan worden volstaan dan wel of het zorgvuldigheidsbeginsel “op zichzelf” als toetsingscriterium én richtsnoer nog nuttig is.

(381) Brussel 19 december 2001, www.juridat.be.

(382) Zie ook nog R.v.St., Van Ceunebroucke e.a., nr. 145.050, 26 mei 2005; R.v.St., Hertogen, nr. 148.756, 12 september 2005.

De vraag stellen, is ze beantwoorden.

Zoals hiervoor is aangegeven, is het zorgvuldigheidsbeginsel noodzakelijk juist omdat het veelomvattend is, omdat het wordt ingevuld aan de hand van het criterium van de normaal voorzichtige en redelijk handelende overheid, in dezelfde feitelijke omstandigheden geplaatst, en betrekking heeft op om het even welke (overheids)activiteit. Het past zich zoals gezegd aan aan de wijzigingen van het menselijk gedrag en aan de maatschappij (en het rechtsbewustzijn) waarin het leeft en is dus bij uitstek evolutief. Er zal worden getracht om deze bijzondere karakteristieken van het zorgvuldigheidsbeginsel in beeld te brengen.

§ 3. *De rol van het zorgvuldigheidsbeginsel naast de overige of specifieke beginselen van behoorlijk bestuur: een jurisprudentiële verkenning*

I. De zorgvuldigheid als zelfstandig beginsel. Zorgvuldige voorbereiding, zorgvuldige belangenafweging en zorgvuldige begeleiding

155. Uit de rechtspraak lijkt te kunnen worden afgeleid, althans wat de Raad van State betreft, dat deze, waar mogelijk, de vernietiging van een bestuursbeslissing baseert op een “specifiek” beginsel van behoorlijk bestuur zoals de schending van de hoorplicht, de schending van het proportionaliteitsbeginsel, het onpartijdigheidsbeginsel of, nog, op een middel ontleend aan de schending van een (specifiek) beginsel van behoorlijk bestuur in samenhang met het zorgvuldigheidsbeginsel veeleer dan op een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel alleen.

Wanneer wordt getracht na te gaan in welke gevallen de Raad van State zijn vernietigingsarrest baseert “zuiver” op het zorgvuldigheidsbeginsel, lijkt de oogst op het eerste gezicht nog talrijk. Een nadere analyse leert toch dat het beginsel zijn beperkingen kent en met name in die zin dat de vaststelling door de Raad van State van een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel in de regel kan worden herleid tot de (klassieke) in de rechtsleer aangehaalde categorieën van gevallen waarin de bestreden bestuursbeslissing wordt vernietigd 1) omwille van een *gebrek aan een zorgvuldige voorbereiding* van de beslissing, bijvoorbeeld, wegens een *gebrek aan behoorlijke feitengaring of voorlichting*. Of, nog, 2) die gevallen waarin het bestuur te kort is geschoten door een *gebrek aan (zorgvuldige) afweging*

van de bij het besluit betrokken belangen, 3) een gebrek in de zorgvuldige kennisgeving van de beslissing of, ten slotte, een gebrek in de op de overheid rustende informatie-, bijstand- of begeleidingsplicht (383).

156. Wat, bijvoorbeeld, de *zorgvuldigheid bij de voorbereiding van de beslissing, inzonderheid het aspect “feitengaring”* betreft, lijken er wat problemen te zijn geweest bij de beoordeling van de aanvragen tot accreditering door de Stuurgroep(en) kwaliteitspromotie tandheelkunde – ook in de fase van het georganiseerd beroep bij de Nationale Commissie van het R.I.Z.I.V. – in het kader van het Nationaal akkoord tandheelkundigen-ziekenfondsen. Daar leek nogal wat mis te lopen bij de verwerking van de ingediende dossiers zodat indieningsaanvragen werden afgewezen omdat ze “niet tijdig” zouden zijn ingediend of “onvoldoende” gegevens zouden hebben bevat inzake de vereiste bijscholing terwijl zulks niet strookte met de feitelijke gegevens. De foutieve verwerking resulteerde in onvolledige dossiers op basis waarvan afwijzende beslissingen werden genomen. De Raad van State vernietigde – in zijn arresten (384) van 12 juli 2002 en 15 mei 2003 de bestreden beslissing telkens wegens miskennis van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Evenzeer moet – in het kader van het kort geding – tot schorsing worden besloten omdat, althans op het eerste gezicht, sprake is van een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel wanneer blijkt – zij het in samenhang met een schending van de rechten van verdediging – dat de minister van Landsverdediging zich bij de motivering van een (tuchtrechtelijke) ontslagbeslissing kennelijk heeft gesteund op een advies van de onderzoeksraad terwijl dit advies gegrond is op de “vaststellingen” van de voorzitter van die raad bij het inkijken van het gerechtelijk dossier zonder dat de voorzitter een schriftelijk verslag heeft uitgebracht en het punt op het vlak van de “vaststellingen” onvolledig is zodat het ontslag is verleend op grond van een *onzorgvuldig samengesteld dossier* (385).

157. Evenmin mag een overheid er zich toe beperken binnen de kortste keren een beslissing te nemen inzake de (weigeren van een) erkenning als ophaler van gevaarlijk afval op grond van een haar door OVAM overge-

(383) W. LAMBRECHTS, *l.c.*, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer, 1993, 34-38.

(384) R.v.St., Roeykens, nr. 109.262, 12 juli 2002; R.v.St., Van Den Bossche, nr. 119.444, 15 mei 2003.

(385) R.v.St., Harmsen, nr. 78.311, 25 januari 1999.

maakt advies. Wanneer in een uiterst snelle opvolging van zaken 1) een ambtenaar van OVAM een plaatsbezoek uitvoert op 23 augustus 2000, 2) daarvan proces-verbaal opmaakt op 31 augustus 2000 waaruit blijkt dat bij verzoeker een container met oliefilters werd aangetroffen waarrond olie op de onverharde bodem is gelopen, 3) OVAM, vervolgens, al op 1 september 2000 een negatief advies uitbrengt, 4) het advies toekomt op het kabinet van de minister op 13 september 2000 en 5) de beslissing ter kennis gebracht wordt van de betrokkene met een schrijven van 18 september 2000 terwijl de beslissing zelf de datum van 1 oktober 2000 draagt en 6) niet blijkt dat er naast deze louter occasionele verontreiniging, aangenomen dat ze er was, andere redenen zijn om die uiterste maatregelen te rechtvaardigen, moet de minister een gebrek aan zorgvuldigheid worden verweten omdat dat hij/zij de zaak niet zelf grondig en met kennis van zaken heeft onderzocht teneinde na te gaan welke de ernst van de tekortkomingen was. Daar kwam nog bij dat de minister enkel over het advies en het voorstel tot beslissing beschikte en niet over het stuk zelf van het proces-verbaal waarin het gebrek werd vastgesteld.

Een dergelijke (weliswaar zéér snelle) doch *louter routineuze en administratieve afwikkeling van zaken* kan in het licht van een zorgvuldige besluitvorming niet worden aanvaard (386). Het bestreden besluit werd, na schorsing ervan door de Raad van State, ingetrokken (387).

158. Dat haast en spoed zelden goed is, blijkt ook nog uit een vernietigingsarrest van 29 juni 2000. Wanneer een beroepscommissie er bij de directie om verzoekt een voorstel tot niet-overzetting van verzoeker in een vlakke loopbaan te adstrueren aan de hand van een aanvullende nota, moet daarop worden ingegaan door de overheid die met het nemen van de beslissing is belast. Wanneer er immers in het voorstel van wordt uitgegaan dat het de betrokkene de laatste jaren duidelijk aan interesse mangelt voor de uitvoering van de functie van chef-technicus labo, terwijl onvoldoende rekening is gehouden met de feitelijke vaststelling dat de betrokkene een uitstekende staat van dienst heeft, dan mangelt het in ieder geval de raad van bestuur aan zorgvuldigheid wanneer hij vervolgens toch negatief beslist nadat is vastgesteld “dat geen nieuwe nota meer werd ingediend, omdat werd geconstateerd dat alle gegevens al voorhanden zijn”. In die omstandigheden had de raad van bestuur die aanvullende nota moeten eisen te meer wanneer voorts blijkt dat de commissie op wiens advies het voorstel

(386) R.v.St., N.V. A & M Garwig en C°, nr. 89.982, 2 oktober 2000.

(387) R.v.St., N.V. A & M Garwig en C°, nr. 101.544, 6 december 2001.

was gebaseerd slechts een kleine twee uur nodig had om, naast de behandeling van andere agendapunten, over 90 kandidaten een advies te formuleren (388).

159. En dat “ongeveer” of “bij benadering” onvoldoende nauwkeurig en precies is wanneer het op centimeters aankomt, blijkt uit een arrest waarin de Raad van State een meting sanctioneert die uitmondt in een “circa”-resultaat. Wanneer, binnen het kader van een vergunningsaanvraag, de afstand van een nieuwe stal tot het dichtstbijzijnde woongebied moet worden achterhaald en de voorgeschreven afstandsregel 300 meter is, kan de adviserende overheid niet volstaan te stellen “dat de stal gelegen is op circa 300 meter van het dichtstbijzijnde woongebied”. Gelet op de zwaarwichtige gevolgen die daaraan verbonden worden, is vereist dat met zorg voor precisie en zorgvuldigheid de juiste afstand tussen de inrichting en het nabijgelegen woongebied zou worden gemeten. Een advies dat bij benadering de afstand van circa 300 meter opgeeft, voldoet daaraan niet; te meer nu uit sommige andere adviezen in het dossier kon worden opgemaakt dat de afstand mogelijk 350 meter bedroeg (389).

160. Is evenzeer een gebrek aan zorgvuldigheid te verwijten de gemeentelijke overheid die in het kader van een bevorderingsprocedure de in het advies van de korpschef vermelde negatieve elementen zonder meer overneemt om te besluiten tot een tekort aan ernstige beroepsingesteldheid, aan verantwoordelijkheidszin en een onvoldoende stichtende houding ten opzichte van zijn meerderen in hoofde van verzoekende partij, zonder dat uit de beslissing kan worden opgemaakt of rekening is gehouden met verzoekers' reactie daarop. Uit niets kon immers worden afgeleid dat dat wel het geval was geweest. Er werd in de beslissing met geen woord gerept over verzoekers' commentaar, laat staan onderzocht of bij de beoordeling betrokken. Wanneer aan verzoekers' commentaar niet de vereiste aandacht wordt geschonken moet de gemeenteraad een gebrek aan zorgvuldigheid worden verweten (390).

161. Het spreekt voor zich dat onvolkomenheden bij de voorbereiding van de beslissing al snel zullen kunnen leiden tot nog andere tekortkomingen zoals daar zijn het gebrek aan pertinente, relevante en draagkrachtige motieven, het gebrek aan een zorgvuldige belangenafweging, een gebrek

(388) R.v.St., Delplancke, nr. 88.430, 29 juni 2000.

(389) R.v.St., Van Oost, nr. 85.399, 17 februari 2000.

(390) R.v.St., Van Lommel, nr. 93.745, 6 maart 2001.

aan gelijke behandeling (bijvoorbeeld bij een vergelijking van titels en verdiensten), enzovoort. Deze aspecten zullen elders in dit boek nog aan bod komen en werden reeds behandeld in de bijdrage van W. LAMBRECHTS in 1993 (391).

162. Nochtans lijkt *niet elke zorgvuldigheid tot een vernietiging* te moeten leiden. Aldus overweegt de Raad van State dat de omstandigheid dat de O.C.M.W.-raad *wellicht* niet met de vereiste zorgvuldigheid heeft gehandeld waardoor enige onduidelijkheid kan ontstaan zijn omtrent de aanwervingsvoorwaarden voor het ambt van O.C.M.W.-secretaris, niet zonder meer tot het besluit moet leiden dat de hele benoemingsprocedure is gevitieerd. Zo was er enige onduidelijkheid ontstaan omdat de vaststelling van de aanwervingsvoorwaarden het voorwerp was geweest van twee opeenvolgende raadsbesluiten met enkele (kleinere) verschillen. In hoofde van de verzoekende partij was enige verwarring ontstaan omdat het voor hem niet duidelijk was wat de status was van het eerste O.C.M.W.-raadsbesluit, nu dat niet uitdrukkelijk werd opgeheven, en het tweede besluit dat, op enkele geringere verschillen na, de bepalingen van het eerste besluit heeft hernomen. De Raad oordeelde ter zake dat “*de regelingen van het raadsbesluit van 26 februari 1998, in zoverre zij deze niet uitdrukkelijk hernemen of uitdrukkelijk ervan afwijken, impliciet, maar zeker zijn opgeheven en vervangen door het raadsbesluit van 28 mei 1998*”. De Raad van State oordeelde dat het eerste besluit nog slechts bleef gelden voor zover het aangelegenheden regelt die niet door het tweede besluit zijn geregeld en in zoverre ze daarmee niet onbestaanbaar zijn (392).

Hieruit mag niet zonder meer worden afgeleid dat een “wellicht” door de Raad van State vastgestelde (393) onzorgvuldigheid die *niet* per se moet leiden tot het besluit dat de hele benoemingsprocedure is gevitieerd en, derhalve, niet moet leiden tot vernietiging van de bestuurshandeling, onder omstandigheden, geen fout zou kunnen uitmaken in de zin van artikel 1382 B.W.

Er valt niet geheel uit te sluiten dat de gewone rechter tot een andere beoordeling komt. De vraag is of zulks moet verwonderen. De gewone rechter is

(391) W. LAMBRECHTS, *l.c.*, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer, 1993, inzonderheid 42-43.

(392) R.v.St., Vanhoutte, nr. 141.633, 7 maart 2005.

(393) Het komt echter schijnbaar niet tot een vaststelling “met zekerheid” want de Raad van State oordeelt (slechts) dat de overheid “wellicht” niet met de vereiste zorgvuldigheid heeft gehandeld.

immers niet gebonden door een verwerpingsarrest van de Raad van State (394). Dat er dan – alsnog – een verschil in visie kan ontstaan omtrent wat een zorgvuldige overheid betaamt te doen of niet te doen, heeft dan echter te maken met de grondwettelijke inrichting van de rechtsbescherming gekarakteriseerd door een juridisch dualisme.

II. De rol van het zorgvuldigheidsbeginsel in geval van niet-erkenning van een “specifiek” beginsel van behoorlijk bestuur

163. Het bestuur dient op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel te vermijden dat de rechtsonderhorige in zijn rechtmatige verwachtingen – minstens in de verwachtingen die hij redelijkerwijze vermocht te koesteren –, wordt gefrustreerd.

Aanvankelijk is dit aspect van het zorgvuldigheidsbeginsel naar voor getreden n.a.v. de overheidsaansprakelijkheid bij het gevoerde wegenbeleid (395) nog vooraleer het Hof van Cassatie in het verkeerstekenaarrest (396) op een positieve wijze de op de overheid rustende veiligheidsverplichting voor het verkeer in beeld bracht. Aldus moet, toegepast op het wegenbeleid, de gemeenteoverheid ingevolge de op haar rustende verplichting om enkel voldoende veilige wegen aan te leggen en voor het verkeer open te stellen – behoudens wanneer een vreemde oorzaak die haar niet kan worden aangerekend haar belet die veiligheidsverplichting na te komen –, ieder abnormaal gevaar dat de redelijke verwachting van de weggebruikers kan beschamen, ongeacht of het verborgen dan wel zichtbaar is, door gepaste maatregelen voorkomen (397).

Gaandeweg is deze component van het zorgvuldigheidsbeginsel, met name dat de rechtsonderhorige niet mag worden verschalkt in zijn rechtmatig vertrouwen, verfijnd en uitgekristalliseerd in het *rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel* dat kan worden gezien als een (specifiek) beginsel van behoorlijk bestuur. Het heeft er onder meer toe geleid dat van een behoorlijk, zorgvuldig handelend bestuurder mag worden verwacht dat de burger

(394) A. MAST, J. DUJARDIN, J. VANDE LANOTTE en M. VAN DAMME, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 1001.

(395) J. DELVA, “Evolutie van de rechtspraak inzake fundering van de overheidsaansprakelijkheid”, *T.B.P.* 1960, 70.

(396) Cass. 7 maart 1963, *R.W.* 1963-64, 1115 en *Pas.* 1963, I, 744 e.v., concl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

(397) Cass. 28 januari 2005, www.cass.be.

in beginsel moet kunnen vertrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid, of op toezeggingen of beloften die de overheid in een concreet geval heeft gedaan (398).

164. Uit het voorgaande mag nochtans niet worden afgeleid dat er een “*zelfstandig*” beginsel van behoorlijk bestuur, “consistentiebeginsel” genaamd, zou bestaan inhoudende dat *in geen geval* op een eerdere toezegging kan worden teruggekomen. Zulks gaat, naar het oordeel van het Hof van Cassatie, duidelijk te ver.

In zijn arrest van 8 november 2002 oordeelt het Hof van Cassatie – volgens H. VANDENBERGHE “kurkdroog” (399) – dat er “geen algemeen rechtsbeginsel, ‘consistentiebeginsel’ genaamd, bestaat” zodat het onderdeel van het cassatiemiddel, in zoverre het de miskennis van dit rechtsbeginsel aanvoert, niet ontvankelijk is.

De conclusies die het arrest voorafgaan, zijn, naar mijn smaak, zoeter, alvast minder droog.

In zijn conclusies herinnert de Advocaat-generaal D. THUIS eraan, zoals het Hof van Cassatie dat ook doet ten aanzien van ongeschreven regels wanneer er geschreven regels voorhanden zijn, dat aan een bepaald (of specifiek) rechtsbeginsel slechts nood is voor zover dit niet reeds door een wettelijke bepaling of een reeds erkend algemeen rechtsbeginsel nader geregeld is (400). Ten deze blijkt er, aldus de magistraat, kennelijk *geen nood te bestaan aan een apart “consistentiebeginsel”* nu de binding van het bestuur aan door hem gehanteerde beleidsregels gegrond is op het vertrouwensbeginsel, hetgeen impliceert dat het bestuur in beginsel de gerechtvaardigde verwachtingen welke bij de rechtsonderhorigen zijn gewekt, zo enigszins mogelijk moet honoreren (401).

Daarmee heeft de Advocaat-generaal echter niet gezegd dat het consistentiebeginsel *inzoverre het is ingebed in het vertrouwensbeginsel* (dat – ove-

(398) A. MAST, J. DUJARDIN, J. VANDE LANOTTE en M. VAN DAMME, *o.c.*, 2002, nr. 46.

(399) H. VANDENBERGHE, “Overheidsaansprakelijkheid. Aansprakelijkheid voor de uitvoerende macht”, in H. VANDENBERGHE (ed.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2005, 12.

(400) R. SOETAERT, “Algemene rechtsbeginselen in cassatie”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 91.

(401) M. VAN DAMME, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer, 1993, 161, nr. 77 en 165, nr. 85.

rigens – op zijn beurt zijn wortels vindt in het zorgvuldigheidsbeginsel) geen nut zou hebben. Hij merkt in dat verband volledigheidshalve op dat het consistentiebeginsel, zoals het in de rechtsleer werd omschreven, in de eerste plaats moet worden begrepen als een vereiste waarbij de overheid ertoe gehouden is gedane toezeggingen te verwezenlijken. Het doelt op de consistentie, samenhang tussen zeggen en doen, en betreft een toepassing van het beginsel van de rechtszekerheid en meer bepaald het vertrouwensbeginsel. Wil de overheid zich niet langer, bijvoorbeeld wegens gewijzigde omstandigheden, aan de beleidsregel houden, dan dient het consistentiebeginsel in acht te worden genomen: een klakkeloze, niet goed overwogen of goed gefundeerde wijziging of intrekking levert willekeur op en is ongeoorloofd (402).

Eiseressen beroepen zich echter ten deze, aldus de Advocaat-generaal, *op de ruimere toepassing van het zogenaamde consistentiebeginsel* waarbij de samenhang ook het geheel van opeenvolgende beleidsbeslissingen betreft en er dus een samenhang moet zijn tussen de doelstellingen van de ene beslissing enerzijds en de verwezenlijkingen van andere beslissingen anderzijds. Het bestreden arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 20 juli 1999 oordeelde echter dat verweerder niet te kort kwam aan de verplichting om een samenhangend en gecoördineerd beleid te voeren op grond van de in het arrest geciteerde feiten en omstandigheden. Uit het cassatiemiddel zoals ontwikkeld door de eiseressen bleek echter dat zij de bestreden beslissing slechts laten steunen op een deel van de in het arrest aangehaalde feiten en omstandigheden en zodoende hun grief laten berusten op een onvolledige lezing van het bestreden arrest waardoor hij feitelijke grondslag mist. Het Hof volgt zijn Advocaat-generaal en overweegt dat het bestreden arrest voor het overige (lees: d.w.z. los van het consistentiebeginsel) de beslissing dat er geen ommekeer is geweest in de houding van verweerder en dat er wel degelijk samenhang was tussen zijn achtereenvolgende beslissingen, niet alleen laat steunen op de vaststellingen vermeld in het onderdeel, maar tevens op het geheel van feiten en omstandigheden vermeld op de bladzijden 33, 34 en 35 van het arrest zodat de beweerde schending van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, op een onvolledige lezing van het arrest berust en, mitsdien, feitelijke grondslag mist.

(402) K. LEUS, “Beleidsregelgeving en het rechtsbegrip ‘richtlijn’ in de rechtspraak van de Raad van State: een terreinverkenning”, *T.B.P.* 1987, (387), 404; zie ook M. VAN DAMME, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer, 1993, 165, nr. 85.

165. Daar valt mee te leven.

Anders gezegd, het Hof van Cassatie erkent impliciet maar zeker dat de zorgvuldigheidsplicht wel degelijk samenhang, coherentie en consistentie van het beleid vereist. Alleen waren er *in casu* door het Hof van beroep voldoende vaststellingen, feiten en omstandigheden opgegeven die het ertoe hadden kunnen brengen te besluiten dat er geen sprake was van een (abrupte of onverantwoorde) ommekeer zodat het bestreden arrest had kunnen vaststellen dat de artikelen 1382 en 1383 B.W. niet werden geschonden (403).

De boodschap van het Hof lijkt te zijn dat een “proliferatie” van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur best wordt vermeden waar het zorgvuldigheidsbeginsel – of zijn specifieke componenten – voldoende waarborgen biedt (bieden) om de burger tegen willekeur te beschermen.

III. De rol van het zorgvuldigheidsbeginsel bij de toepassing van andere of specifieke (ongeschreven) rechtsregels

166. Waar hiervoor werd aangegeven hoe een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel aanleiding zal kunnen geven tot vernietiging, is het ook interessant om aan de hand van de rechtspraak van de administratieve en justitiële rechter te wijzen op de *interferentie* van het zorgvuldigheidsbeginsel op andere beginselen van behoorlijk bestuur of (nog andere) ongeschreven publiekrechtelijke rechtsbeginselen.

167. Hiervoor is reeds aangegeven dat onvolkomenheden *casu quo* onzorgvuldigheden bij de voorbereiding van de beslissing al snel zullen kunnen leiden tot nog andere tekortkomingen, zeg maar, tot schending van (nog) andere, (meer) specifieke beginselen van behoorlijk bestuur. Zo zal een gebrekkige voorbereiding wegens onvoldoende onderzoek zich al gauw laten gevoelen in de gebrekkigheid van de motieven die aan het besluit ten grondslag liggen of zal een snel afgehaspelde onzorgvuldige vergelijking van de kandidaten tot gevolg hebben dat de vergelijking gebrekkig is en ook een schending van het gelijkheidsbeginsel inhouden omdat niet zal kunnen worden aangetoond dat gelijke gevallen gelijk behandeld zijn al was het maar doordat door de snelle gang van zaken het onmogelijk

(403) Cass. 8 november 2002, www.cass.be.

was nog maar te constateren welke gevallen gelijk waren en welke niet, enz. (404).

Maar, ook *in het kader van de toepassing van de klassieke beginselen van de openbare dienst*, zoals het veranderlijkheids- of wijzigbaarheidsbeginsel komt de zorgvuldigheidsnorm om de hoek kijken. Er blijkt dat het zorgvuldigheidsbeginsel meebrengt dat het recht of de macht van de overheid om in het belang van de openbare dienst de statutaire rechtspositie van haar personeel te wijzigen, wordt begrensd door het recht van het personeel op een zorgvuldige behandeling of correcte bejegening. Dergelijke rechtspraak toont eens te meer aan dat er geen grenzenloze machten, noch grenzenloze rechten zijn doch dat deze elkaar in evenwicht (moeten) weten te houden.

Zo overweegt de Raad van State dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het *recht op rechtszekerheid* insluiten, dat daaruit volgt dat de door de overheid bij de bestuurde opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen in de regel moeten worden gehonoreerd en dat als – in toepassing van het *veranderlijkheidsbeginsel* – het ambtenarenstatuut altijd, zelfs in de voor de ambtenaar ongunstige zin, kan worden gewijzigd wanneer het belang van de dienst daartoe noopt, de overheid hierbij niettemin *zorgvuldig* te werk moet gaan door, behoudens ernstige en gewichtige redenen, niet onverhoeds in te grijpen in een bestaande situatie. Een zorgvuldige overheid komt het derhalve ook toe niet alleen belangen af te wegen maar ook toe te zien op een evenwichtige toepassing van algemene rechtsbeginselen en, in de mate van het mogelijke, de belangen van de rechtsonderhorige te ontzien (405).

168. Zonder hier te kunnen ingaan op de doctrinale discussies omtrent de noodzaak tot marginale toetsing bij de beoordeling van het overheidshandelen en de toetsing ervan aan (sommige), inzonderheid de zgn. inhoudelijke of materiële beginselen van behoorlijk bestuur, is niettemin vast te stellen dat de administratieve rechter – o.m. in onderwijsaangelegenheden – pas tot de vaststelling van een schending van het *redelijkheidsbeginsel* zal overgaan wanneer het *niet denkbaar is dat éinig zorgvuldig handelende klassenraad ze zou kunnen nemen*.

(404) Zie hierover P. NICOLAÏ, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Kluwer, 1990, 477 e.v.

(405) R.v.St., Vervliet, nr. 94.090, 19 maart 2001.

De Raad van State formuleert het zo: “Overwegende dat de Raad van State zich niet in de plaats van de delibererende klassenraad kan stellen voor de beoordeling van de examenresultaten en van de geschiktheid van de leerling om het volgende jaar aan te vatten vermits het alleen de delibererende klassenraad toekomt om die keuze te maken; dat de Raad van State verzoekster derhalve niet kan beschermen tegen strenge of onredelijke beslissingen, alleen tegen onwettige beslissingen; dat een beoordeling door de delibererende klassenraad voor onwettig kan worden gehouden indien blijkt dat die beslissing niet gedragen kan worden, in rechte of in feite, door de ervoor ingeroepen motieven of indien het om een beslissing gaat waarvan het niet denkbaar is dat enige zorgvuldig handelende klassenraad ze zou kunnen nemen...”.

Het arrest laat de lezer toch wat verweesd, zoniet perplex, achter. Moet hier dan uit worden afgeleid dat er alsnog een onderscheid bestaat tussen, enerzijds, de onredelijke beslissingen en, anderzijds, de beslissingen waarvan het niet denkbaar is dat enige zorgvuldig handelende klassenraad ze zou kunnen nemen? Zou het kunnen dat die laatste categorie dan toch enkel de *evident of manifest* onredelijke beslissingen omvat doch niet de “gewoon of normaal” onredelijke beslissingen omdat een (ander) normaal voorzichtig redelijk handelend persoon ook (af en toe) zo een ongewoon strenge of, zelfs, onredelijke beslissing kon nemen? Het is dan maar “wanneer geen enkel andere normaal voorzichtig redelijk handelende persoon de beslissing zou nemen” dat sanctionerend wordt opgetreden (406)?

IV. De rol van het zorgvuldigheidsbeginsel bij de interpretatie en toepassing van geschreven rechtsregels

169. Ook bij de toepassing, inzonderheid de interpretatie die daaraan voorafgaat, van een rechtsnorm – zelfs wanneer die een welbepaald gebod of verbod oplegt – of de kwalificatie van rechtsbegrippen speelt het zorgvuldigheidsbeginsel een rol.

Hoger werd uiteengezet dat de overtreding door de overheid van een welbepaald wettelijk verbod of gebod noodzakelijk impliceert dat een fout is begaan, terwijl wanneer er geen sprake is van de schending van dergelijke rechtsnorm een toetsing aan het criterium van de normaal, voorzichtig en

(406) R.v.St., Hofmans, nr. 111.088, 8 oktober 2002. Het betrof weliswaar een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

redelijk handelende overheid is vereist. In het eerste geval, in het bestuursrecht gelijk te stellen met een gebonden (overheids)bevoegdheid, is er sprake van een resultaatsverbintenis. In het tweede geval waarin de overheid beschikt over beoordelings- c.q. beleidsvrijheid, is er sprake van een inspanningsverbintenis. In het eerste geval zou er wettelijk maar één juiste oplossing zijn; terwijl, in het tweede geval, verschillende in redelijkheid aanvaardbare oplossingen denkbaar zijn. Het komt er dan op aan de, in het algemeen belang, meest geschikte te kiezen.

Het aldus gemaakte onderscheid tussen beide rechtssituaties, zoals hiervoor is weergegeven, heeft de merite van de pedagogische inzichtelijkheid. Mogelijk geschikt voor de studenten om bepaalde rechtsbegrippen enigszins inzichtelijk voor te stellen maar daarom nog niet de schakeringen van de realiteit reflecterend. Wanneer is een bevoegdheid (strikt) gebonden? Wanneer verdwijnt elke beoordelingsruimte? Wanneer bestaat er de enige plicht om het enig juiste resultaat te bereiken? En zelfs wanneer er geen beoordelingsruimte is doch slechts mogelijkheid tot interpretatie waarvan er – finaal – in een voorliggende betwisting slechts één de juiste inhoud, betekenis en draagwijdte van de wet weergeeft die door de rechter *in fine* wordt vastgesteld, rijst de vraag of de zorgvuldig handelende bestuurlijke overheid ertoe verplicht is – op straffe van de vaststelling van het begaan van een fout – tot het resultaat om die enig juiste interpretatie te vinden wanneer zij in concrete gevallen met de toepassing van de wet is belast.

Uit de jurisprudentie van het Hof van Cassatie, reeds ingezet met het militair pensioenarrest van 4 januari 1973, blijkt dat een vergissing in de uitlegging van een wettekst *op zichzelf geen* quasi-delictuele fout uitmaakt. Een dergelijke vergissing levert daarentegen wél een fout op die de aansprakelijkheid meebrengt van het met de toepassing van de wet belaste bestuur wanneer de (achteraf foutief gebleken) uitlegging is verstrekt zonder voldoende onderzoek of zonder de onzekerheid van de vermelde oplossing te laten blijken. Nadien is echter de vraag gerezen of, in het licht van het cassatiearrest van 13 mei 1982, niet moest worden geoordeeld dat een foutieve uitlegging per se een fout inhoudt – behoudens overmacht, onoverwinnelijke dwaling of een andere verschoningsgrond – wanneer de betrokken wetsbepaling oplegt op een welbepaalde wijze te handelen of niet te handelen.

Daaromtrent is nu (ook) duidelijkheid. Het Hof van Cassatie stelt in zijn arrest van 25 oktober 2004 nogmaals dat de enkele omstandigheid dat het arbeidshof zich niet heeft aangesloten bij de beoordeling van de R.S.Z. van

de aard van de arbeidsverhouding tussen twee personen, niet impliceert dat de R.S.Z. een fout heeft begaan. Geen enkele wetsbepaling verplicht de R.S.Z. ertoe met betrekking tot de kwalificatie van de arbeidsverhouding zich te onthouden of op een welbepaalde manier te handelen. De beslissing van de R.S.Z. kan dan ook slechts worden beschouwd als foutief wanneer zij neerkomt op een verkeerd optreden dat moet beoordeeld worden naar de maatstaf van de normaal, zorgvuldig en omzichtige administratieve overheid die in dezelfde omstandigheden verkeert.

Het Hof van cassatie heeft eerder in dezelfde zin geoordeeld met betrekking tot de aansprakelijkheid van de Staat voor foutieve juridictionele beslissingen (407).

Het voorgaande relateert opnieuw de zogenaamde “eenheid” tussen de begrippen onwettigheid en fout en onderstreept *het belang dat is te hechten aan de aard van de overtreden rechtsnorm*; hij weze een geschreven rechtsregel of een ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur. Waar de rechtsregel ruimte laat – en laat ons hopen dat hij dat doet (408) – voor menselijke activiteit, menselijk handelen of denken is bij de beoordeling van dat menselijk handelen en denken een toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm vereist.

V. Het zorgvuldigheidsbeginsel en beginselen van behoorlijk burgerschap

170. Tot slot wordt in deze bijdrage nog gewezen op “het” beginsel van behoorlijk burgerschap. Meermaals zijn deze beginselen in de rechtsleer aan de orde geweest (409). Ook daar wordt verwezen naar de band met het zorgvuldigheidsbeginsel die op elkeen rust. Aldus wordt aangenomen dat de burger de nodige zorgvuldigheid aan de dag moet leggen bij het invullen

(407) Cass. 26 juni 1998, *Pas.* 1998, I, nr. 343, concl. J. SPREUTELS en *Arr. Cass.* 1998, 762.

(408) Over de regelgebonden conceptie van rechtsbescherming en de beginselenconceptie van rechtsbescherming: raadplege men S. DE GREEF, “Hoe deugdelijk is het nieuwe Vlaamse bestuursmodel?”, *T.B.P.* 2005, 12.

(409) Zie o.m. J. DE STAERCCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 140 p.; L.P. SUETENS, “Vigilantibus, non dormientibus, subvenient jura”, in X (ed.), *Liber Amicorum J. Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 91-102; M. VAN DAMME, “Goede trouw van burger en bestuur”, *R.W.* 1989-90, 1107-1119; W. VAN GERVEN, *Beginselen van behoorlijk handelen*, Brussel, Story-Scientia, 1983, 21 p.

van administratieve documenten, dat hij niet nalatig mag zijn, dat hij op behoorlijke wijze zijn rechtsmiddelen moet aanwenden, enz. Er wordt ook gezegd dat de verhoogde aandacht voor deze beginselen is te kaderen binnen de evolutie die het moderne bestuursrecht ondergaat en zich ontwikkelt van een eenzijdig naar een wederkerig bestuursrecht.

Hoe dan ook, hetgeen hiervoor is gezegd omtrent de beoordeling van het (on)zorgvuldig gedrag van de bestuursoverheid geldt ook ten aanzien van de beoordeling van het (on)zorgvuldig gedrag van de rechtsonderhorige of, in het kader van een wederkerig bestuursrecht, de burger. De op de burger rustende zorgvuldigheidsplicht moet ook worden beoordeeld aan de hand van het criterium van de normaal, zorgvuldig en vooruitziend handelende persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden. Ook hier geldt hetgeen hiervoor is gezegd omtrent de veelomvattendheid van het begrip, het gegeven dat het toegepast kan worden op elk menselijk handelen, zich aanpast aan het menselijk handelen, evolutief is, enz.

Dat op de burger, ook in zijn relatie met de overheid, de plicht rust op een zorgvuldige wijze te handelen kan moeilijk worden betwijfeld nu deze regel evenzeer in de artikelen 1382-1383 B.W. ligt vervat. Het niet-nakomen van die plicht geeft evenzeer aanleiding tot het oordeel tot aanwezigheid van een fout. Meer aandacht echter moet de vraag krijgen of en, zo ja, in welke mate een schending van het beginsel van behoorlijk burgerschap ertoe leidt of kan leiden dat over een eventuele nalatigheid of onzorgvuldigheid begaan door het bestuur moet worden heengestapt en derhalve, of de fout van de ene die van de andere kan rechtvaardigen. De problematiek kwam recent aan bod in een arrest van de Raad van State van 29 juni 2004. De Raad van State overweegt er dat het gegeven dat de verzoekende partij in haar mestbankaangifte van 1997 (productiejaar 1996) de stopzetting van deze inrichting wegens overdracht op 1 januari 1997 niet had gemeld en tijdens de vergunningsprocedure geen opmerkingen heeft gegeven op de wijze van berekenen, nog niet inhoudt dat zij het beginsel “van behoorlijk burgerschap” *zodanig* heeft geschonden dat de verwerende partij niet ten euvel kon worden geduid in de bestreden beslissing met de gewijzigde situatie geen rekening te hebben gehouden en niet de juiste berekeningswijze werd gehanteerd. In het voorliggende geval kon derhalve het mogelijk onzorgvuldig gedrag van de bestuurde omwille van de redenen die in het arrest zijn aangegeven, niet leiden tot een verwerping van het verzoek tot vernietiging.

Uit het arrest mag in ieder geval worden afgeleid dat het geen vast gegeven is dat een schending door de burger van het beginsel van behoorlijk burgerschap voor het bestuur *ipso facto* een reden kan zijn om de beginselen van behoorlijk bestuur niet na te leven (410). Getransponeerd naar het civiel recht is evenmin te aanvaarden dat de fout van de ene de fout van de andere “compenseert”; beide hebben immers wel degelijk, zo mag worden aangenomen, een onzorgvuldig gedrag aan de dag gelegd en wellicht een fout begaan. Veeleer echter lijkt de vraag voorhanden te zijn of zulks, onder omstandigheden, kan leiden tot een rechtvaardigingsgrond in hoofde van het bestuur (hetgeen echter veeleer eng te interpreteren lijkt) dan wel, gebeurlijk, een invloed kan hebben op de omvang van de schade die is ontstaan zoals, bijvoorbeeld, ook het niet-uitputten van de voorhanden zijnde rechtsmiddelen (schadebeperkingsplicht) een invloed kan hebben op de omvang van de schade die is ontstaan.

Besluit

171. Hiervoor is getracht nogmaals naar voor te brengen hoe het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur en de op elkeen rustende zorgvuldigheidsplicht zoals vervat in de artt. 1382-1383 B.W., met elkaar verweven zijn en duidelijk behoren tot de gemeenschappelijke onderbouw van het publiek- en privaatrecht. Door een fout te benaderen als hetzij een inbreuk op een specifieke norm, hetzij een inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsplicht, ontstaat de ruimte, aldus H. VANDENBERGHE (411), om jurisprudentieel in sommige zorgvuldigheidsnormen “specifieke” normen te gaan lezen en ... de taken van de overheid – alsdan – wat strenger in te snoeren. Diezelfde jurisprudentiële dynamiek is, zoals hiervoor is aangetoond, terug te vinden in de rechtspraak van de Raad van State waar deze naast de verfijning die heeft plaatsgehad en heeft geleid tot het erkennen van “specifieke” beginselen van behoorlijk bestuur, evenzeer het zorgvuldigheidsbeginsel hanteert en blijft hanteren om het rechtmatig karakter van het overheidshandelen te beoordelen. Het zorgvuldigheidsbeginsel, zo blijkt uit deze rechtspraak, behoudt als zelfstandig beginsel een toegevoegde waarde ten aanzien van de beoordeling van het overheidshandelen en niet in het minst omwille van het veelomvattend en bij uitstek evolutief ka-

(410) I. VAN GIEL, noot onder R.v.St. nr. 133.265, 29 juni 2004, *T. Gem.* (te verschijnen).

(411) H. VANDENBERGHE, “Overheidsaansprakelijkheid. Aansprakelijkheid van de uitvoerende macht”, in H. VANDENBERGHE (ed.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2005, 116.

rakter ervan. Tegelijkertijd interfereert het ook met andere publiekrechtelijke rechtsbeginselen, zoals het veranderlijkheidsbeginsel, dat met zorgvuldigheid moet worden gehanteerd of toegepast. Het zorgvuldigheidsbeginsel op zichzelf blijft relevant en is niet uit de commune publiek- en privaatrechtelijke rechtsordening weg te denken.

HOOFDSTUK 2. HET MOTIVERINGSBEGINSEL

Dr. Diane Mareen
Auditeur bij de Raad van State

§ 1. Situering

172. Bij de motieven van de administratieve rechtshandeling wordt, naar kan blijken in de rechtsleer, niet spontaan aan het algemeen rechtsbeginsel van de materiële motiveringsplicht als op zich staand beginsel gedacht; dat beginsel blijkt soms onder het redelijkheidsbeginsel gecatalogeerd te worden (412). Alleszins is de motievencontrole door de Raad van State één van de meest eenduidige en klassieke middelen om een administratieve rechtshandeling op haar wettigheid te toetsen, de belangrijkste, ook kwantitatief en met de meest decisieve weerslag op de reikwijdte van het bestuur (413). Dat blijft ook de opvatting van M. LEROY: “*Le contrôle des motifs des actes administratifs est probablement l’aspect du contentieux administratif qui a connu l’évolution la plus spectaculaire, et le moyen par lequel le juge exerce, actuellement, le contrôle le plus poussé qui existe sur les actes administratifs*” (414).

De motieven maken de hoofdbrok uit in het annulatiecontentieux en met het oog op rechtsherstel is de controle daarop de meest afdoende: de beslissing die op grond van onwettige motieven wordt vernietigd kan niet meer opnieuw worden gesteld tenzij ingeval nieuwe deugdelijke motieven worden gevonden door de overheid (415). Daarentegen is een gebrek aan uitdrukkelijke motivering of een schending van de hoorplicht of van het on-

(412) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 160 p. (19).

(413) A. VAN MENSEL vindt de motievenéén de kern van het “behoorlijke” van het overheidsoptreden (*Het beginsel van behoorlijk bestuur*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 165). M. LEROY, “La nature, l’étendue et les sanctions de l’obligation de motiver”, in X. (ed.), *La motivation formelle des actes administratifs*, Brugge, die Keure, 2005, 128.

(414) M. LEROY, *Contentieux Administratif*, Brussel, Bruylant, 2004, 392.

(415) “Luidde de vernietigingsgrond onwettigheid naar de motieven, in feite of in rechte, dan zal toch opnieuw dezelfde beslissing kunnen genomen worden op voorwaarde dat er andere motieven worden gevonden die wél deugen” (J. LUST, “De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Benoeemingen, bevorderingen en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 1997, 125, nr. 39).

partijdigheidsbeginsel, veel gemakkelijker te herstellen na een annulatie door de Raad van State op grond daarvan indien de overheid de beslissing opnieuw wenst te nemen (416).

173. Vindt de overheid na het ondeugdelijk bevonden zijn van haar motieven er geen nieuwe meer, dan kan de gelaedeerde verzoeker eventueel zelf verkrijgen wat zonder deugdelijke motieven aan een ander werd toegevoegd (417). André MAST heeft de motieven vanuit die gezichtshoek bekeken: “*Je traiterai (les motifs) sous un autre angle, celui de la motivation vue comme l’instrument d’une politique jurisprudentielle tendant à assurer la protection de l’administré contre l’exercice abusif du pouvoir discrétionnaire de l’autorité publique*” (418). M. FROMONT stelt heden ten dage vast dat wat de Europese Raden van State aangaat, “*les droits privé et public tendent de plus en plus à poursuivre le même objectif, la protection du plus faible*” (419).

Dat die bescherming de laatste decennia meer en meer door de rechter gebeurt doet vragen rijzen bij J. VANDE LANOTTE (420). N. GEELHAND maakt volgende bedenking bij een door het Hof van Cassatie op 27 maart 1992 gewezen arrest: “*Si les principes généraux d’administration correcte se sont imposés, c’est parce que la société a changé. Elle est devenue plus complexe, plus sociale. Le législateur s’est nolens volens défait d’une partie de ses pouvoirs au profit des juges et de l’Administration*” (421).

(416) “Een verzoekende partij kan oordelen dat de gevorderde vernietiging haar niet meer verder helpt, aangezien zij nu alle motieven van de bestreden beslissing kent en het bestuur bij een gebeurlijke nietigverklaring op grond van dit middel zich van ieder rechtsherstel ontlast kan zien door de zaak met een vormelijke ingreep recht te zetten; dat een verzoekende partij in voorkomend geval daarom uitdrukkelijk afstand kan doen van het middel dat, bij nader inzien, enkel gesteund op een louter falen in de kennisgeving van de formele motivering, haar wellicht slechts een kortstondige en voorlopige overwinning dreigt op te leveren; dat zij dat ook impliciet kan doen, door in haar latere memories haar kritiek te richten op de ondertussen gekende materiële motieven (...)” (R.v.St. nr. 141.828, Graf, 10 maart 2005). J. LUST, “De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State”, *o.c.*, p. 126, nr. 42.

(417) D. MAREEN, *Rechtsherstel door de Raad van State bij weigering van benoeming in overheidsdienst*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 470 p.

(418) A. MAST, “La motivation comme instrument de contrôle par le Conseil d’Etat”, in C. PERELMAN (ed.), *La motivation des décisions de justice*, in *Travaux du Centre national de recherche logique*, Brussel, Bruylant, 1978, 367.

(419) M. FROMONT, “Les pouvoirs d’injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France. Convergences”, *Droit administratif comparé et étranger*, RFDA 2002, 560.

(420) J. VANDE LANOTTE, *Bestuursrecht: de rusteloze zoektocht naar eenvoud, stabiliteit en de macht van rechter en bestuur*, Brugge, die Keure, 2003, 147.

(421) N. GEELHAND, noot onder Cass. 27 maart 1992, *R.C.J.B.* 1995, 67.

F.M. REMION oordeelt over de motieventoetsing dat “*dans la compréhension du recours pour excès de pouvoir, il est des plus délicats*” (422). Met het delicate doelt hij wellicht op het indachtig moeten zijn door de rechter van de niet te overschrijden grens tussen wettigheidscontrole en beleidscontrole.

174. De motievencontrole houdt achtereenvolgens in: het onderzoek naar het bestaan van de motieven, vervolgens naar dat van de feitelijke juistheid van de motieven, naar het nagaan of de motieven juridisch juist zijn en uiteindelijk pas, naar het al dan niet bestaan van een redelijke verhouding tussen motieven en inhoud van de beslissing. Dat laatste is een omschrijving van het redelijkheidsbeginsel, dat in dit boek afzonderlijk door Professor M. BOES wordt behandeld.

175. Toch een aansluitende opmerking. Er kan niet andersom worden geredeneerd en niet allereerst of niet uitsluitend worden nagegaan of de beslissing niet kennelijk onredelijk is als de motieven niet deugdelijk zijn. Die laatste vaststelling volstaat om de beslissing onwettig te bevinden. De idee van de marginale toetsing kan geen overheersend, maar slechts een “marginiaal” idee zijn.

176. Het beginsel van de materiële motivering laat toe tot een reductie van de algemene rechtsbeginselen of beginselen van behoorlijk bestuur te komen omdat sommige ervan onder de noemer van de materiële motivering kunnen worden ondergebracht.

177. Wat volgt over het algemeen belang wordt erbij betrokken ten behoeve van de vraag of de motievencontrole van openbare orde is.

§ 2. *Het algemeen belang*

I. De motieven moeten ontleend zijn aan het algemeen belang

178. Moet het doel van een administratieve rechtshandeling altijd in het dienen van het algemeen belang zijn gelegen, dan zijn de motieven in hun verwevenheid met dat doel, ook “ingebod” in dit “basismotief”, dat voort-

(422) F.M. REMION, *Le Conseil d'Etat, ses compétences, son avenir*, Brussel, Bruylant, 1990, 57.

vloeit uit de rechtsstaat (423). In welk domein de overheid ook optreedt, elk motief dient uitsluitend of dan toch hoofdzakelijk verbonden te zijn met het algemeen belang (424). Elke overheid dient zich door de haar toevertrouwde belangen te laten leiden. Alle machten gaan uit van de natie (425), elke overheidsbeslissing moet op het stuk van motieven inpasbaar zijn in dat ruime algemeen kader (426).

II. Via het algemeen belang een middel van openbare orde?

179. De motievencontrole raakt, zo wordt algemeen aangenomen (427), de openbare orde niet zodat de Raad van State het gebrek aan deugdelijke motieven niet ambtshalve kan aanvoeren (428). Een enkele keer oordeelt de rechter dat onrechtmatigheid naar de motieven, ook al is die onrechtmatigheid niet van openbare orde, toch van ambtswege moet worden vastgesteld als de overheid wetens en willens de wet heeft overtreden (429). Ge-

(423) Gelet op het nauwe verband tussen de motieven van een handeling en het doel dat de steller van de handeling daarmee nastreeft, houdt toetsing van de motieven ook toetsing van het doel in (M. LEROY, *Liber Memorialis, vijftig jaar Raad van State, de afdeling administratie - kort historisch overzicht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 171). Toetsing van het doel van de handeling – ander bestanddeel van de administratieve rechtshandeling – zal derhalve zoveel mogelijk geschieden via de toetsing van de motieven ervan (M. LEROY, *Contentieux Administratif*, o.c., 398).

(424) R.v.St., PVBA Instituut De Toekomst, nr. 8.589, 18 mei 1961. Een motivering die het algemeen belang miskent brengt de rechtsstaat in gevaar (R.v.St., vzw L. e.a., nr. 49.895, 14 oktober 1994, R.W. 1994-95, 884). Het algemeen belang staat tegenover het particulier belang: het belang van de Gemeenschap tegenover het belang van de leden ervan. Bij gebrek aan een nadere bepaling in rechte van het begrip openbaar belang, staat het aan de overheid *in concreto* te oordelen wat onder dit begrip thuishoort. Dat doet de rechter niet. De vraag naar de concrete inhoud van het algemeen belang is dus hoofdzakelijk een vraag van beleid, geen vraag van juridische aard.

(425) Artikel 33 van de Gecoördineerde Grondwet.

(426) R.v.St., Messens, nr. 60.526, 26 juni 1996; R.v.St., Bardijn, nr. 72.322, 10 maart 1998.

(427) Voor uitzonderingen: A. WIRTGEN, *Raad van State, I. Afdeling administratie, 3. Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder*, in *Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2004, 144-157, nrs. 158-174.

(428) R.v.St., Droeshout, nr. 34.104, 20 februari 1990; P. DE WOLF, "Het ambtshalve aanvoeren van rechtsmiddelen door de Raad van State uitspraak doende over annulatieberoepen tegen een administratieve rechtshandeling", *T.B.P.* 1986, 22. Een middel wordt als van openbare orde beschouwd wanneer het belang ervan de belangen der rechtzoekende overstijgt, zodat het niet van deze laatste – die enkel voor zijn eigen belangen mag opkomen – kan afhangen of het middel al dan niet als annulatiegrond in aanmerking zal genomen worden; dat laatste gebeurt dus ongeacht het belang dat de verzoekende partij er bij heeft (R.v.St., Roelandt, nr. 65.343, 19 maart 1997).

(429) R.v.St., Zoete, nr. 22.446, 8 juli 1982, R.W. 1982-83, 1646.

wild onwettig optreden van de overheid is in een rechtsstaat onverenigbaar met de openbare orde.

Wel concludeert de Raad van State ambtshalve tot de onwettigheid van een beslissing die niet verwijst naar de wettelijke bepalingen op grond waarvan zij wordt genomen en geen rechtsgrond heeft (430); A. WIRTGEN merkt op dat het onderscheid tussen het middel dat het gebrek aan rechtsgrond opwerpt en het middel ontleend aan de onbevoegdheid in de praktijk niet altijd even gemakkelijk te maken is (431)

180. Dat daarbuiten de motievencontrole niet van openbare orde is, leek even te worden betwist in gevallen waarbij de overheid aan een vergelijkend onderzoek doet. Er gingen stemmen op om via het gelijkheidsbeginsel en dus het beginsel van de gelijke toegang tot de overheidsbetrekkingsen, de vergelijking van titels en verdiensten als van openbare orde te beschouwen (432).

Aan een kwalificatie van het gelijkheidsbeginsel als middel van openbare orde zou bovendien kunnen worden gedacht omdat aan dit beginsel twee grondslagen worden gegeven, enerzijds artikel 11 van de Grondwet, dat het gelijkheidsbeginsel op zich invoert (433), anderzijds artikel 33 van de Grondwet, dat bepaalt dat alle machten van de natie uitgaan. De tweede grondslag wordt als van openbare orde beschouwd, de eerste over het alge-

(430) "Nu de beslissing op basis van een omzendbrief is getroffen, die, mocht hij reglementair zijn, van een onbevoegde overheid uitgaat" (R.v.St., Vandendoren, nr. 87.008, 3 mei 2000).

(431) A. WIRTGEN, *Raad van State, I. Afdeling administratie, 3. Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder, o.c.*, p. 153, nr. 170.

(432) G. CRAENEN, *Jaarboek Mensenrechten 1995-1996, II, Rechtspraak over mensenrechten (Raad van State)*, Antwerpen, Maklu, 1996, 505 p.; W. PAS, "Het gelijkheidsbeginsel: op te dienen als hapklaar meeneem-middel", (noot onder R.v.St., Telmoudi, nr. 52.227, 15 maart 1995), *Jaarboek Mensenrechten 1995-1996, o.c.*, 461. Het arrest Telmoudi overweegt o.m.: "dat het dan ook aan de burger zelf toekomt te oordelen of hij het gelijkheidsbeginsel te zijnen opzichte geschonden acht (...) dat het niet aan de Raad van State is om een verzoeker ambtshalve in bescherming te nemen tegen een miskening van zijn recht op een gelijke behandeling; dat dienvolgens het middel, niet zijnde van openbare orde, laattijdig (...) werd aangevoerd". A. WIRTGEN citeert rechtspraak in dezelfde zin (gelijkheidsbeginsel niet van openbare orde (o.c., 197, vn. 491 en 492)).

(433) Een deel van de rechtspraak grondt het beginsel van de verplichte beoordeling van geschiktheid en aanspraken in het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel alleen (R.v.St., Macken, nr. 34.532, 27 maart 1990; R.v.St., Macken, nr. 37.188, 11 juni 1991; R.v.St., Halsberghe, nr. 37.235, 18 juni 1991; R.v.St., Spruyt, nr. 37.519, 11 juli 1991; R.v.St., D'Heer, nr. 38.102, 13 november 1991, *T.B.P.* 1993, 120). "Als niet bewezen is dat de benoemende overheid ge-gronde redenen had om de ene kandidaat boven de andere te verkiezen is ook niet bewezen dat de overheid de gelijkheidsregel heeft gerespecteerd" (R.v.St., Bardijn, nr. 72.322, 10 maart 1998).

meen niet. Indien kan worden geoordeeld dat een deel van de grondslag van de motievencontrole van openbare orde is, is de motievencontrole het in die omstandigheden dan ook niet?

181. Het komt voor dat het middel van de schending van het gelijkheidsbeginsel in een geding voor de Raad van State niet als van openbare orde mag worden beschouwd omdat dit tegen de belangen van de verzoekende partij zou kunnen ingaan. Die partij heeft het recht zelf te beslissen welke gegevens zij aan de openbaarheid wil prijsgeven. De rechter kan in dit opzicht niet buiten de grenzen gaan door de verzoekende partij getrokken; deze partij is de eerste beoordelaar van haar belangen (434), het middel moet worden onderzocht vanuit haar invalshoek (435). Argumenteren dat de Raad van State het geding leidt en hoe dan ook de wettigheid van het overheidshandelen moet worden verzekerd, is in zijn absolute ingaan tegen het doel ervan, namelijk de bescherming van de burger (436).

182. De individuele gelijkheid – een der grondslagen van de verplichting tot vergelijking – moet, eenmaal het geding aangespannen, juridisch primeren omdat de verzoekende partij voor zichzelf opkomt; ze moet en mag niet voor de belangen van de overheid, van allen, opkomen. Daaruit vloeit voort dat het overheidsbelang tijdens het geding niet meer even zwaar kan wegen. De rechtsplicht tot vergelijking van de aanspraken is niet alleen ingesteld in het algemeen, doch ook in het particulier belang. Hetzelfde kan niet geoordeeld worden over o.m. de taalwetgeving, of over de bevoegdheid van de auteur van de handeling, waarvan de schending ambtshalve

(434) Een verzoeker die geweerd is op grond van zijn karakter of van zijn strafrechtelijk verleden, kan er zich toe beperken die beslissing te bestrijden op grond van de schending van een substantiële formaliteit en het middel van de ondeugdelijke materiële motivering niet in het geding brengen om een onderzoek daaromtrent te vermijden. Als de rechter zich ambtshalve over dat middel zou mogen buigen, zal die verzoeker mogelijkerwijs geen geding aanspannen.

(435) En niet vanuit de kant van de overheid, indien betrokkene zelf de motievencontrole wenst. In de zaak Berckx (R.v.St., Berckx, nr. 15.960, 5 juli 1973) refereerde de tegenpartij naar het belang van verzoeker om de motieven geheim te houden “nu de optekening van de feiten in het dossier schadelijk voor verzoeker zou kunnen zijn”. De Raad van State overweegt dat de feitelijke omstandigheden die een ambtenaar o.m. in zijn ambtseer kunnen treffen, kenbaar moeten zijn niet alleen voor de betrokkene zelf maar ook voor de Raad van State met het oog op de toetsing van de bestreden rechtshandelingen aan de wettigheid. De geheimhouding in het belang van de betrokkene werd geen geldig excuus geacht, het zij beklemtoond nu de verzoeker zelf de motieven onderzocht wenste te zien.

(436) “(...) *dans tous les pays européens, la fonction du juge administratif tend de plus en plus à mettre la protection du particulier en avant, le contrôle de l’administration dans l’intérêt du bon fonctionnement de l’Etat passant à l’arrière-plan*” (M. FROMONT, “Les pouvoirs d’injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France. Convergences”, *Droit administratif comparé et étranger, l.c.*, 560).

wordt aangevoerd. Deze regelingen zijn duidelijk niet ingesteld om particulieren te beschermen, zelfs niet ten dele. Ook oordeelt de Raad van State dat het vereiste inzake bekwaamheidsbewijs is gesteld in het algemeen belang, met het oog op de degelijkheid van de uitvoering van een overheidsfunctie en voert het middel ontleend aan het niet-gevuld zijn ervan ambtshalve aan (437).

183. Wanneer zij de gelijkheidsregel raakt, komt het derhalve voor, de motievencontrole ook niet als van openbare orde te kunnen kwalificeren: – ter vrijwaring van de privacy; – ruimer, omdat de gelaedeerde de contouren van zijn proces trekt, de motievencontrole bij vergelijking van aanspraken slechts gedeeltelijk de openbare orde raakt en alleen de benadeelde ontvankelijk een ondeugdelijke vergelijking kan aanklagen (438).

(437) R.v.St., Van Hunskerken, nr. 31.644, 20 december 1988.

(438) Zie de parallel met de regeling in verband met het recht op eerbiediging van het privaat leven die imperatief is: zij beschermt het individu. Wordt zij geschonden dan moet het individu zulks *zelf* invoeren: de rechter wordt geacht er niet toe gerechtigd te zijn dat in zijn plaats te doen (D. MAREEN, "Onder welke voorwaarden is de Raad van State ertoe gerechtigd het privaat leven te onderzoeken?", (noot onder R.v.St., Van Thuyne, nr. 34.822, 27 april 1992; R.v.St., Van De Velde, nr. 39.563 en Vangestel, nr. 39.565, beide van 2 juni 1992; R.v.St., Decerf, nr. 39.931; R.v.St., Ramsdonck, nr. 39.932; R.v.St., Van Der Heyden, nr. 39.934, alle van 29 juni 1992), *T.B.P.* 1993, 130).

Valt er een contradictie te bespeuren tussen deze redenering en het volgende argument uit sommige rechtspraak? Wanneer er juridisch slechts twee kandidaten te vergelijken zijn, heeft de verzoekende partij al herhaaldelijk gevraagd ook de impliciete weigeringsbeslissing om haar te benoemen te vernietigen. Bij discretionaire bevoegdheid, wanneer de benoeming van de ene kandidaat onwettig is geacht en de andere kandidaat beter of kennelijk beter wordt geacht te zijn, heeft deze laatste daardoor – toch beslist niet bij de eerste door de Raad van State onwettig bevonden benoeming – geen alleenrecht op de benoeming. Het motief van de Raad is dat hij aan die ene geschikte kandidaat de benoeming niet kan toewijzen omdat zijn individueel belang ondergeschikt is aan het algemeen belang. Kan niet gezegd worden dat het individueel belang evenveel dient door te wegen omdat ook dan het de individuele verzoekende partij is die ervoor opkomt? Toch kunnen beide redeneringen o.i. hun plaats vinden omdat ze in verschillende omstandigheden worden gevolgd. De redenering op grond waarvan wordt geoordeeld dat het individueel belang primeert in verband met de motievencontrole wordt gehanteerd bij het onderzoek van een middel in een geding, meer bepaald of de rechter het al dan niet ambtshalve zal opwerpen; de redenering in verband met het al dan niet toewijzen van de vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing wordt gehanteerd in verband met hetgeen de overheid aan rechtsplicht heeft na het geding. Het één is een belang bij aanvoeren van een middel – welk middel, daarover beslist de verzoeker vrijelijk –, het ander is een belang bij de omstandigheid dat de overheid een (bepaalde) beslissing zou nemen, welke beslissing, daarover beslist de verzoekende partij niet vrijelijk.

III. Het algemeen belang is geen voldoende concreet motief

184. De overheid kan er niet mee volstaan, naar dit algemeen begrip te verwijzen zonder het concreet te omschrijven (439). Omdat het algemeen belang als basismotief geldt voor elke overheidsbeslissing, kan het voor een specifieke beslissing niet als voldoende redengeving gelden: de overheid moet aantonen hoe het algemeen belang erdoor wordt gediend. Herhaaldelijk wordt door de Raad van State het motief van het “algemeen belang” of het “gemeentelijk belang” een gemeenplaats bevonden (440). Uit de gegevens van het dossier moet onomstootbaar komen vast te staan waarom de beslissing voor de goede werking van de dienst onontbeerlijk is (441).

IV. Een reglement kan slechts ten dienste staan van het algemeen belang

185. Dat slechts één persoon onder de toepassing valt van een statutaire regeling doet in principe niets af aan de algemene aard van de reglementering: de overheid kan steeds een specifiek statuut uitwerken indien zij daar een deugdelijke reden voor heeft (442). Doch een besluit van algemene aard kan niet worden gedragen door motieven verband houdend met de persoonlijke situatie van wie onder de toepassing ervan zal vallen (443): een onpersoonlijk besluit wijzigen om een persoon te treffen is de zaken juridisch op hun kop zetten.

Een besluit houdende goedkeuring van het organieke personeelskader moet worden verantwoord door het belang van de goede werking van de

(439) R.v.St., Janssens, nr. 23.472, 13 september 1983; R.v.St., Destrycker, nr. 32.737, 13 juni 1989; R. VEKEMAN, “Het algemeen belang als wettigheidsnorm”, *T.B.P.* 1984, 338. Over de vraag of er een rechtsmiddel mee wordt aangevoerd: R.v.St., Van Gaever, Faes, Pappyn en Aerden, nr. 62.598, 16 oktober 1996.

(440) R.v.St., Peetermans, nr. 34.828, 27 april 1990.

(441) R.v.St., Wastiels, nr. 19.177, 10 oktober 1978; R.v.St., Janssens, nr. 23.472, 13 september 1983; L. CAMU, “Premier Rapport sur la Réforme Administrative”, *Rapport Camu*, Brussel, IMIFI, 1937, 106.

(442) R.v.St., Van Brabandt, nr. 10.798, 29 september 1964.

Zo het evident is dat het bestuur geen statuut voor één welbepaalde ambtenaar kan uitwerken, dan betekent dit niet dat het feit dat er slechts één ambtenaar is, het voor het bestuur onmogelijk zou maken diens statuut te regelen.

(443) Ziekte van een personeelslid als motief aanvoeren om een algemeen besluit te rechtvaardigen ontbeert elke juridische relevantie (R.v.St., Peetermans, nr. 34.828, 27 april 1990).

dienst (444); de rechten voortspruitend uit een statuut kunnen om redenen van algemeen belang voor de toekomst worden gewijzigd bij wege van een algemene bepaling (445).

§ 3. De motieven

I. Omschrijving

186. De motieven of beweegredenen zijn de feiten die de auteur van de handeling tot het stellen ervan hebben bewogen. Het zijn de gegevens die bestonden vooraleer de administratieve rechtshandeling werd genomen en die deze moeten rechtvaardigen (446).

II. Onderscheid tussen motieven en doel

187. De motieven zijn de voltrokken feiten, de antecedenten die de overheid tot handelen bewegen terwijl het doel datgene is wat het bestuur met dit handelen wil bereiken, naar de verwezenlijking waarvan ze streeft. De motieven bestaan voor de handeling; het doel ligt erna, ze kunnen wel verband houden met het doel (447).

III. Juridische kwalificatie

188. De afdeling wetgeving van de Raad van State oordeelt dat er een niet-geschreven grondrecht bestaat, inhoudend dat iedere administratieve rechtshandeling moet gedragen worden door motieven die rechtens en feitelijk aanvaardbaar zijn, met andere woorden door deugdelijke motieven (448).

(444) R.v.St., Croisier, nr. 102.849, 24 januari 2002.

(445) R.v.St., Van Raemdonck, nr. 107.005, 27 mei 2002.

(446) W. LAMBRECHTS, *Geschillen van bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 81; A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, o.c., 35; A. VAN MENSEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, S. WYCKAERT, *De administratieve rechtshandeling*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 73, nr. 192.

(447) Zo bv. bij een tuchtstraf: het feit dat een ambtenaar afwezig bleef, kan het motief van de tuchtstraf zijn, het doel (o.m.) dat hij voortaan anders zou handelen.

(448) R.v.St., afd. wetg., advies, *Parl. St.* Senaat 1981-82, nr. 33/2.

189. De afdeling administratie van de Raad van State geeft verscheidene kwalificaties aan wat de “rechtens vereiste feitelijke grondslag” wordt genoemd. De motievenis wordt of als een algemeen rechtsbeginsel (449) of als een beginsel van behoorlijk bestuur of als slaande op een component van de administratieve rechtshandeling aangemerkt (450).

190. Zonder motief is er geen handeling (het is één van de samenstellende bestanddelen ervan), zonder deugdelijk motief is er geen wettige handeling.

191. Omdat het motief één van de componenten van een administratieve rechtshandeling is, leidt een ander motief tot een andere rechtshandeling ook bij een inhoudelijk dezelfde beslissing (451).

192. De materiële motiveringsplicht, de vereiste dus van deugdelijke motieven, houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling op motieven moet steunen waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen genomen worden (452).

193. Te onderscheiden derhalve van de formele of uitdrukkelijke motiveringsplicht (453) die de wettelijke (454) verplichting inhoudt om de materiële motivering in het individueel besluit (455) zelf op te nemen (456).

(449) Als algemeen rechtsbeginsel geldt deze plicht evenzeer bij ontstentenis van statuut (R.v.St., Moons, nr. 17.365, 13 januari 1976; R.v.St., Van Linden, nr. 17.441, 17 februari 1976; R.v.St., Debolle, nr. 19.893, 6 november 1979; R.v.St., Sabaux, nr. 21.244, 11 juni 1981; R.v.St., Eylenbosch, nr. 32.768, 20 juni 1989).

(450) R.v.St., Bosmans, nr. 22.922, 10 februari 1983; R.v.St., Rammant, nr. 25.491, 18 juni 1985, *R.W.* 1986-87, 311-322 (algemeen rechtsbeginsel); R.v.St., De Gendt, nr. 25.783, 29 oktober 1985, *T.B.P.* 1987, 107; R.v.St., Peeters, nr. 34.241, 27 februari 1990; R.v.St., Messens, nr. 60.526, 26 juni 1996 (beginsel van behoorlijk bestuur); R.v.St., Muyllaert, nr. 60.981, 15 juli 1996; R.v.St., Vervaeren Kim en Louis, nr. 63.039, 13 november 1996 (bestanddeel van de administratieve rechtshandeling).

(451) R.v.St., Van Rompaey, nr. 26.600, 3 juni 1986, *T.B.P.* 1987, 454: “*daar de motieven van de administratieve beslissing een constitutief bestanddeel van die beslissing vormen, is een beslissing met nieuwe motieven een nieuwe beslissing ook al verschilt ze inhoudelijk niet van de vorige*” (overw. 7.3.1.); R.v.St., Vervaeren Kim en Louis, nr. 63.039, 13 november 1996.

(452) R.v.St., Decruynaere, nr. 100.940, 20 november 2001.

(453) Waarnaar slechts kort wordt verwezen om het onderscheid te duiden met de materiële motivering; men raadplege terzake alle aspecten ervan, I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *De formele motivering van bestuurshandelingen*, Administratieve rechtsbibliotheek, Brugge, die Keure, 1999, 378 p. en P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK, *La motivation formelle des actes administratifs*, in *Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, la Chartre, 2005, 379 p.; .../...

Is de materiële motiveringsverplichting een grondvoorschrift, een eis van interne legaliteit, dan is de formele motivering een vormvoorschrift, een eis van externe (457) legaliteit. Bij de formele motivering is niet de vraag aan de orde “Zijn er motieven die de beslissing in rechte kunnen dragen?” maar “Zijn de motieven naar behoren verwoord in het besluit?”. Het gaat niet om het al dan niet naar eis van recht deugdelijk zijn van de motieven, maar om het al dan niet naar eis van recht vermeld zijn van de motieven, deugdelijk of niet, in het besluit dat zij moeten dragen (458).

De motivering moet *afdoende* zijn. Wat de beoordeling daarvan betreft, verwijst de wetgever naar de maatstaven die de Raad van State hanteert om het afdoende zijn van de motieven na te gaan (459). Zo moeten de overwe-

.../...

A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2002, nrs. 782-791 en 690-701.

(454) De wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen vergt dat in het besluit zelf op uitdrukkelijke wijze de redenen worden vermeld die ten grondslag liggen aan de beslissing. Bevat het besluit zelf niet de vereiste redengeving, is het toch rechtsgeldig gemotiveerd indien het verwijst naar een voorbereidende beslissing op voorwaarde dat die zelf afdoende gemotiveerd is, ter kennis van de betrokkene is gebracht, het eindbesluit daarop voortbouwt en er geen stukken bestaan die de beslissingnemende overheid tot een andere beslissing konden brengen (R.v.St., Rillaert, nr. 114.269, 6 januari 2003).

(455) Een reglementair besluit valt niet onder toepassing van de formele motiveringsplicht (R.v.St., Van Raemdonck, nr. 107.005, 27 mei 2002).

(456) Over dat onderscheid, zie D. MAREEN, “Hoe verhoudt de materiële motivering zich tot de formele motivering”, *T.B.P.* 1997, 723-735 en D. MAREEN, “De uitdrukkelijke motiveringswet. Beschouwingen geïnspireerd door het artikel van Henri COLIN ‘De weerslag van de schending van de uitdrukkelijke motiveringswet op de geldigheid van een bestuurshandeling: Raad van State, Quo Vadis?’”, *T.B.P.* 1998, 636-640.

(457) “Overwegende dat wanneer de verwerende partij betoogt dat de beslissing niet onwettig kan zijn door te steunen op onbestaande of feitelijk onjuiste motieven ‘aangezien geen motivering vereist is’, zij alleen maar aantoonde dat zij het onderscheid niet kent tussen de eis van deugdelijke motieven, een voorschrift van interne legaliteit, en de eis van motivering, een vormvoorschrift, een eis van externe legaliteit” (R.v.St., N.V. Broekhoven België, nr. 34.890, 15 mei 1990; R.v.St., N.V. Roegijs en cie en N.V. Nobels-Hubert, nr. 35.443, 10 juli 1990). Een schending van de materiële motiveringsplicht kan niet worden onderbouwd door een verwijzing naar een uiteenzetting waar de schending van de uitdrukkelijke motiveringswet wordt aangevoerd (R.v.St., stad Tielst, nr. 133.258, 29 juni 2004).

(458) Uit de uitdrukkelijke motiveringswet volgt niet dat de materiële motieven, zoals zij in de formele motivering zijn uitgedrukt, ook in rechte en in feite juist moeten zijn (R.v.St., Avetisian, nr. 98.555, 28 augustus 2001).

(459) M. BOES, “Afdoende is overigens in belangrijke mate niet meer dan wat blijkens de rechtspraak van de Raad van State gold voor de materiële motivering”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 1993, 111.

gingen duidelijk (460), concreet, nauwkeurig (461), draagkrachtig, waarheidsgetrouw, en gestaafd zijn door stukken van het administratief dossier (462). De omvang van de motivering is afhankelijk van het belang, de aard en het voorwerp van de beslissing (463). De gestrengheid van de motiveringsvereiste moet geval per geval worden beoordeeld, onder meer in functie van de omstandigheden van de zaak (464). Wel dient de verantwoording van de motieven niet in het (formeel) besluit te worden opgenomen (465), dit is een probleem van materiële motivering (466), op voorwaarde dat het niet om een stijlformule gaat (467); de toetsing van de formele motivering moet geen inhoudelijke toetsing omvatten (468).

194. Een afdoende formele motivering is een motivering die de verzoevende partij in staat stelt te begrijpen op grond van welke feitelijke en juridische gegevens de beslissing is genomen (469). De motivering is derhalve *in concreto*, vanuit het gezichtspunt van de rechtsonderhorige, te beoordelen (470). De deugdelijkheid van een vastgestelde motivering moet niet *in abstracto* worden beoordeeld in de zin dat de lezing ervan voor iedereen moet volstaan om over haar duidelijkheid, volledigheid en gepastheid een

(460) Voor de studie van een geval dat geen kennisvragen behelst is de motivering “geen structuur inhoud”, te cryptisch en weinigzeggend (R.v.St., Hendricx, nr. 114.935, 23 januari 2003).

(461) R.v.St., Fontaine, nr. 104.277, 4 maart 2002; R.v.St., Graf, nr. 141.828, 10 maart 2005.

(462) R.v.St., Goessens, nr. 70.619, 12 januari 1998. Terzake benoemingsbeslissingen, zie I. OPDEBEEK, “De rechtsplicht tot vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten voor een benoeming of bevordering”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State, o.c.*, 3-62.

(463) R.v.St., stad Brugge, nr. 43.556, 30 juni 1993.

(464) R.v.St., Deloge, nr. 90.216, 13 oktober 2000 (in functie tevens *in casu* van het aantal kandidaten); R.v.St., Lambert, nr. 93.057, 5 februari 2001 (kennelijk gegrond middel). Zo kan een weigeringsbeslissing zich ertoe beperken één reden aan te geven zonder de andere argumenten van de aanvrager te beantwoorden (R.v.St., Bastiaensen, nr. 98.887, 17 september 2001; R.v.St., Coghe en Denecker, nr. 100.331, 25 oktober 2001 (overw. 3.1.3.1.)).

(465) R.v.St., De Tandt, nr. 93.854, 12 maart 2001.

(466) R.v.St., Dierick, nr. 93.211, 12 februari 2001.

(467) R.v.St., Vanhoudt, nr. 90.169, 12 oktober 2000: de redenen vermelden in het besluit komt er niet op neer “de motieven van de motieven” te eisen, vooral niet als niet dient geantwoord te worden op de concrete bezwaren van de betrokkene; R.v.St., La Société anonyme fujitsu siemens computers, nr. 116.294, 21 februari 2003; R.v.St., Boodts, nr. 117.945, 4 april 2003; R.v.St., Frank, nr. 118.960, 5 mei 2003.

(468) R.v.St., Ulrichs, nr. 90.236, 16 oktober 2000.

(469) R.v.St., Lemahieu, nr. 68.248, 23 september 1997; R.v.St., Rillaert, nr. 114.269, 6 januari 2003.

(470) Bij de beoordeling van het afdoend karakter moet rekening worden gehouden met de kennis waarover deze beschikt of geacht kan worden te beschikken (R.v.St., Welvaert, nr. 87.861, 7 juni 2000).

juiste opinie te kunnen vormen, maar wel in het licht van alle gegevens van het administratief dossier.

195. De motivering moet afdoende zijn *op zicht van de beslissing zelf*: ze moet voldoende zijn om eventueel een zinvol beroep te kunnen instellen, voldoende om zich ten aanzien van de motieven te kunnen verdedigen. Die vaststelling – is er zicht op de haalbaarheid van een geding voor de Raad van State?; kan ik met de overheid overleggen?; kan ik bij de toezichthoudende overheid in beroep gaan? – bepaalt of er schending van de uitdrukkelijke motiveringswet is of niet. De rechtsonderhorige moet van meet af aan (471) voldoende beweegredenen kennen om er te kunnen over oordelen of hij de beslissing zal bestrijden met de middelen die het recht hem verschaft (472). Anders wordt de wapengelijkheid onder de gedingpartijen in het gedrang gebracht (473). De verdediging ten aanzien van alle motieven (materiële motivering) kan dan in de loop van de procedure gebeuren.

196. Omdat de motiveringsverplichting de rechtzoekende in staat moet stellen op een nuttige wijze, en dus inspelend op de daadwerkelijk gehanteerde motieven, in een willig beroep aan het bestuur de heroverweging van de beslissing te vragen, dan wel hetzij de toezichthoudende overheid erom te verzoeken de beslissing wegens schending van de wet of van het algemeen belang te schorsen of te vernietigen, hetzij de Raad van State te adiëren met een annulatieberoep, houdt die verplichting in dat de motieven expliciet ter kennis van de betrokkene worden gebracht (474), die geen vrede moet nemen met de mededeling van de motieven nadat hij één van die rechtsmiddelen heeft aangewend (475).

Zo komt tot uiting de band tussen de verplichting tot motivering (de externe legaliteit) en tussen de verplichting van aanwezigheid van deugdelijke motieven (de interne legaliteit): de naleving van de uitdrukkelijke motive-

(471) R.v.St., Popelier, nr. 102.336, 21 december 2001.

(472) R.v.St., Halluent, nr. 40.442, 22 september 1992 (de overheid had verzoeker de motieven op diens vraag toegestuurd); R.v.St., Scheire, nr. 40.739, 13 oktober 1992 (schending omdat de formele motiveringswet was miskend in de overlegprocedure); R.v.St., De Waal, nr. 59.108, 17 april 1996 (schorsing erop gericht verzoekster de motieven te laten kennen); R.v.St., De Winter, nr. 60.751, 4 juli 1996, overw. 2.3.3.; R.v.St., Bruloot, nr. 97.947, 24 juli 2001.

(473) R.v.St., Graf, nr. 141.828, 10 maart 2005.

(474) Wat de kennisgeving betreft, heeft een ongeldige kennisgeving geen weerslag op de wettigheid van het besluit. De kennisgevingsverplichting vloeit niet voort uit de uitdrukkelijke motiveringswet (R.v.St., vzw I Fiamminghi, nr. 111.063, 7 oktober 2002).

(475) R.v.St., N.V. Interconstruct, nr. 46.175, 22 februari 1994; R.v.St., Gilbert, nr. 48.480, 5 juli 1994; J. BAERT, noot onder R.v.St., Vanysacker, nr. 51.005, 28 december 1994, *T.O.R.B.* 1994-95, 212; R.v.St., De Waal, nr. 59.108, 17 april 1996; R.v.St., Messens, nr. 60.526, 26 juni 1996.

ring vergemakkelijkt voor de burger de controle op de naleving van de materiële motivering (476).

IV. Juridische verantwoording van de vereiste van deugdelijke motieven

197. Daar de motieven een bestanddeel van de administratieve rechtshandeling zijn en de vereiste van deugdelijke motieven een algemeen rechtsbeginsel is, is er geen wetgevende tekst vereist die het voorhanden zijn van wettige motieven oplegt. A. VAN MENSEL is van oordeel dat de motiveringsplicht haar oorsprong vindt in rechtersrecht (477). F. DEBAEDTS stelt dat de motievencontrole “ook al kan de overheidshandeling strikt wettelijk volkomen vrij worden verricht, haar oorsprong vindt in het in de Grondwet neergelegde gelijkheidsbeginsel” (478). Ook artikel 33 van de Grondwet kan er bij betrokken worden. Niet alleen, maar vooral als er geen vergelijking nodig is (479). Immers vindt, meer algemeen, de motievencontrole haar fundering in het beginsel van de rechtsstaat. Enerzijds is elke macht een toegewezen macht; anderzijds kan die macht gecontroleerd worden door de rechter. In een rechtsstaat staan bestuur en controle ervan los van mekaar. De bepaling dat alle machten uitgaan van de natie verplicht de overheid er, zoals aangehaald, toe steeds in het algemeen belang te werken. Dat zij dat in een gegeven geval heeft gedaan, zal voor de rechter moeten blijken aan de hand van de motieven die haar tot handelen hebben gebracht.

(476) Reeds R.v.St., Tilkin, nr. 17.986, 8 december 1976, A.P.M. 1977, 65: “... la motivation requise...doit notamment permettre à un candidat qui, en raison de sa plus grande ancienneté, pouvait escompter une promotion, de connaître les considérations qui ont déterminé l'autorité...à écarter à son détriment l'application de la règle de l'ancienneté et, le cas échéant, de les contester devant le juge de l'excès de pouvoir”.

(477) A. VAN MENSEL, “Administratief toezicht op de gemeenten, discretionaire bevoegdheden en het beginsel van behoorlijk bestuur”, T.B.P. 1992, 610.

(478) F. DEBAEDTS, “Beschouwingen omtrent het bewijs in geschillen van bestuur”, Gedenkboek R. VICTOR, Antwerpen, Kluwer, 1973, 135.

(479) Bij een tuchtstraf, een bouwvergunning.

V. Feitelijke juistheid van de motieven

A. Omschrijving

198. Feitelijke onjuistheid naar de motieven betekent dat:

– de motieven ten aanzien van de materiële juistheid van de feiten niet bestaan (480);

– of het bestaan van de motieven niet bewezen is, wat in rechte op hetzelfde neerkomt (481).

Een beslissing die op wettige beweegredenen steunt, is onwettig indien deze beweegredenen in feite niet aanwezig zijn (482). Dus een in rechte juiste redenering kan onwettig zijn omdat ze geen steun vindt in de feiten (483).

Het onderzoek naar het bewijs van de feiten is onderdeel van het wettigheidsonderzoek. Een beslissing die op onbestaande (484) of niet afdoende bewezen feiten steunt, is in rechte niet te verantwoorden (485).

(480) R.v.St., Jacquart, nr. 28.448, 15 september 1987. Wanneer er een gerechtelijke beslissing is, kan het bestuur niet meer de door deze beslissing vastgestelde materialiteit der feiten in vraag stellen (R.v.St., Simons, nr. 114.014, 20 december 2002). Werd de werkelijkheid van de feiten door de bevoegde gerechten bewezen, vloeit daaruit voort dat de administratieve overheid deze feiten niet als onbewezen kan beschouwen (R.v.St., Simons, nr. 121.604, 14 juli 2003).

(481) Bijvoorbeeld wordt een tuchtstraf opgelegd wegens regelmatig te laat komen, terwijl kan worden bewezen of dat zulks niet het geval is, of dat niet is aangetoond dat het regelmatig te laat komen een feit is. Indien het onmogelijk is na te gaan of de feiten bestaan, wordt de beslissing vernietigd (R.v.St., Delacolette, nr. 22.654, 17 november 1982). Het onbekend zijn van de motieven maakt het onmogelijk te bevestigen of te ontkennen dat de verwerende partij zich in haar motieven heeft laten leiden of mede heeft laten leiden door een vergelijkend onderzoek van verzoekers' aanspraken (R.v.St., Pas, nr. 51.711, 21 februari 1995).

(482) J. BORRET, "De Raad van State en de pachtprijsbeperving", *T.B.P.* 1958, p. 382, nr. 3; A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur, o.c.*, 40-42.

(483) R.v.St., Ponsaerts, nr. 33.105, 3 oktober 1989; R.v.St., Van De Velde, nr. 121.317, 4 juli 2003: bij wijze van materiële vergissing rekening houden met een vroegere zware tuchtsanctie. In dit geval wordt de beslissing onwettig geacht omdat deze vergissing het overheidsoordeel had beïnvloed; daarentegen kan het bestaan van een materiële vergissing die voor iedereen duidelijk is en kan rechtgezet worden, niet tot de onwettigheid van de materiële motivering leiden (R.v.St., Ackerman, nr. 63.954, 10 januari 1997).

(484) Het motief van de "onzekere toestand met betrekking tot toekomstige regelgeving", is gebaseerd op een onbestaand feit.

(485) R.v.St., Devolder, nr. 40.711, 12 oktober 1992, *T. Gem.* 1995, 118; R.v.St., Vervaet, nr. 118.230, 11 april 2003. De Raad van State heeft zich van bij zijn ontstaan het recht toegekend om na te gaan of de ingeroepen feiten werkelijk bestaan, indien de echtheid ervan wordt betwist (R.v.St., Doevenpeck, nr. 140, 24 oktober 1949, *R.J.D.A.* 1950, 11).

199. Eerst gaat de rechter na of aan de beslissing een gebrek aan motieven kan worden verweten in die zin dat de motieven van die beslissing niet of niet voldoende bekend zijn (486).

De Raad van State houdt geen rekening met motieven die de auteurs van de bestreden beslissing alleen maar toebedacht kunnen worden (487). Worden er helemaal geen motieven voorgebracht (488) of blijken zij niet uit het administratief dossier (489) dan acht de administratieve rechter, die alzo zijn rechtmatigheidscontrole niet kan uitoefenen, de handeling onwettig (490). Immers is dan zoals gezegd niet bewezen dat ze wettig is, als berustend op rechtmatige motieven (491).

200. Zijn de motieven voldoende bekend, dan onderzoekt de rechter of de feiten vaststaan, dan toch of de overheid rechtmatig tot haar voorstelling betreffende de toedracht der feiten is gekomen (492). Het eerste kan blijken uit het bewijs dat de feiten zich niet hebben voorgedaan of hebben kunnen voordoen, het tweede uit het feit dat de overheid juridisch of redelijkerwijze volgens de regelen der bewijsvoering niet tot die welbepaalde voorstelling der feiten mocht komen (493).

De motieven moeten in het administratief dossier gevonden kunnen worden (494). Soms kunnen ze daar niet gevonden worden, dan kan de voorstelling van feiten die de verzoekende partij geeft als waar worden aange-

(486) Mogelijk kunnen ook "opportuiniteitsoverwegingen" een orgaan dat zich moet uitspreken over de geschiktheid van kandidaten bewegen tot een alfabetische rangschikking. De vraag is echter of, gesteld dat dit kan, zodanige opportuiniteitsoverwegingen dat orgaan daar effectief toe bewegen hebben en zo ja welke opportuiniteitsoverwegingen dat waren. De Raad vervolgt: "*dat niets van dat alles bewezen is*" (R.v.St., De Ridder, nr. 43.079, 25 mei 1993).

(487) "*Ik kan U mededelen dat ik een onderhoud heb gehad met de Attaché die U op 1 september persoonlijk heeft opgebeld. Van hem vernam ik dat het hier een zuiver partijpolitieke beslissing betrof als gevolg van het politiek akkoord dat tussen de C.V.P. en de S.P. werd afgesloten inzake bevorderingen*" (R.v.St., Stes, nr. 54.051, 28 juni 1995).

(488) A. VAN MENSEL *Het beginsel van behoorlijk bestuur, o.c.*, 38-39, nr. 92.

(489) R.v.St., De Bie, nr. 62.961, 6 november 1996.

(490) R.v.St., Craps, nr. 12.187, 27 januari 1967; R.v.St., Bossuyt, nr. 19.244, 14 november 1978; R.v.St., Asnong, nr. 19.271, 21 november 1978.

(491) R.v.St., Diels, nr. 67.125, 27 juni 1997. Dit is zoals gezegd ook zo indien wordt aangevoerd dat het niet-bekendmaken van de beweegredenen is gedreven door het verlangen betrokkene te sparen (R.v.St., De Schampheleire, nr. 46.911, 19 april 1994).

(492) Verschillend dus eventueel van uitmaken wat de juiste toedracht der feiten is.

(493) R.v.St., Ridelle, nr. 23.599, 19 oktober 1983; R.v.St., Van Gysel, nr. 33.775, 16 januari 1990.

(494) R.v.St., Nouwynck, nr. 108.593, 28 juni 2002; R.v.St., Bauweraerts, nr. 108.932, 5 juli 2002.

nomen indien de verwerende partij nergens de juistheid ervan heeft betwist (495).

Door de invoeging van artikel 21 tweede lid R.v.St.-Wet ingevolge de wet van 17 oktober 1990, worden in principe de door de verzoekende partij aangehaalde feiten als bewezen geacht, tenzij deze feiten kennelijk onjuist zijn, indien de verwerende partij het administratief dossier *niet binnen de vastgestelde termijn* toestuurt (496). G. DEBERSAQUES stelt ook dat het hem voorkomt dat de verwerende partij, in de procedure na verslag, haar bevoegdheid verliest de juistheid van de feiten te betwisten zoals die in voorkomend geval zijn vastgesteld met toepassing van het hier aangehaalde wettelijk vermoeden (497).

In geen geval doet de Raad van State aan een eigen feitenonderzoek (498). Indien de partijen redetwisten kan de Raad van State niet de stellingen van de ene of de andere partij daaromtrent op eigen gezag onderschrijven of afwijzen zonder enig advies van een onafhankelijke deskundige (499).

B. Een controle van de feiten, niet een controle van de appreciatie van de feiten

201. De feitencontrole is geen beleidscontrole. De rechter is er niet toe bevoegd te oordelen dat bepaalde feiten die iemand te zijnen gunste aanvoert, de vergelijking in zijn voordeel hadden moeten doen omslaan, maar is er wel toe bevoegd te oordelen dat de overheid die feiten in haar vergelijking had moeten betrekken (500). De Raad van State heeft geen controle op het waardeoordeel dat de overheid over de feiten uitspreekt tenzij dit kennelijk onredelijk is. Of een bepaald feit juridisch in de beoordeling kan betrokken worden, is een vraag naar de juridische juistheid van de motieven (501).

(495) R.v.St., Zoete, nr. 21.167, 12 mei 1981, *R.W.* 1981-82, 254-257.

(496) G. DEBERSAQUES, "Het versnellen van de annulatieprocedure voor de Raad van State", *T.B.P.* 1997, 450.

(497) G. DEBERSAQUES, *l.c.*, 451, vn. 107.

(498) R.v.St., Claeyns, nr. 14.098, 29 april 1970.

(499) R.v.St., N.V. Sita recycling services, nr. 141.346, 1 maart 2005.

(500) R.v.St., Mertens, nr. 27.719, 24 maart 1987, *T.B.P.* 1988, 36.

(501) Of een feit al dan niet als tuchtfeit dat een tuchtstraf kan wettigen in aanmerking komt, hoort bij de juridische juistheid naar de motieven (of het tuchtfeit bewezen is of de overheid rechtmatig tot die voorstelling kon komen, hoort bij de feitelijke juistheid naar de motieven en ten slotte of de straf niet onredelijk is in verhouding tot het feit hoort bij de rechtsvraag of de motieven de inhoud van de beslissing in redelijkheid kunnen dragen).

C. Twijfel omtrent de feiten speelt in het voordeel van de verzoekende partij

202. Bij twijfel aangaande de feiten moet tot “vrijspraak” besloten worden; de regel “*in dubio pro reo*” geldt (502): indien de verzoekende partij twijfel heeft doen rijzen omtrent de deugdelijkheid van de motieven en de verwerende partij die twijfel onvoldoende heeft weggenomen volstaat de aldus gebleven twijfel om het middel aan te nemen (503).

D. De overheid heeft het vermoeden van objectiviteit en dat vermoeden moet weerlegd kunnen worden

203. Aan een overheidsonderzoek kleeft het vermoeden van objectiviteit. De argumentatie van de verzoekende partij moet volstaan om het vermoeden te keren (504). Het bestuur mag slechts handelen wanneer dat vermoeden niet weerlegd is. Daarbij is het niet van belang of het door de rechtsonderhorige aangebrachte motief ter weerlegging van dat vermoeden, de toets van de wettigheid kan doorstaan omdat dat motief als louter feitelijk gegeven in aanmerking moet worden genomen (505). De Raad van State moet nagaan of de verzoekende partij het bewezen zijn van genoeg feiten ontkracht opdat het in de rede zou liggen te stellen dat, wanneer die feiten niet in aanmerking mogen genomen worden, niet bewezen is dat de beslissing naar behoren is gemotiveerd (506).

De overheid is verplicht door overlegging van stukken aan te tonen welke gegevens als grondslag hebben gediend (507) (508). Ontbreken relevante stukken, dan wordt ervan uitgegaan, hetzij dat ze niet bestaan zodat de beslissing niet gemotiveerd is, hetzij indien het bestaan door de partijen niet wordt betwist maar de inhoud ervan niet vaststaat, dat niet bewezen is dat

(502) R.v.St., Goelen, nr. 70.428, 19 december 1997.

(503) R.v.St., Janssens, nr. 60.853, 10 juli 1996.

(504) R.v.St., Smit, nr. 63.301, 27 november 1996.

(505) R.v.St., Terneu, nr. 66.354, 21 mei 1997.

(506) R.v.St., Goelen, nr. 70.428, 19 december 1997.

(507) De bewijslast weegt niet uitsluitend op de verzoeker. Op de administratieve overheid rust de verplichting om – onder meer door het overleggen van stukken die de gegevens bevatten waarop haar beslissing steunt – het bewijs te leveren dat de beslissing naar recht en redelijkheid verantwoord was. Voor de overheid die in het bezit is van de overtuigingsstukken is het meestal gemakkelijker dat laatste bewijs te leveren (R.v.St., De Bruyn, nr. 32.853, 27 juni 1989).

(508) R.v.St., Carmans, nr. 22.140, 23 maart 1982.

er geldige motieven zijn (509). Indien een stuk nooit aan de belanghebbende werd medegedeeld en al evenmin aan de administratieve rechter in weerwil van het verzoek van het auditoraat dient, zo dit stuk al bestaat, te worden geoordeeld dat het rechtens iedere bewijskracht ontbeert (510).

Wordt er ten onrechte van uitgegaan dat de beslissing alleen op een welbepaald feit is gesteund terwijl blijkt dat de beslissing ook op een ander feit is gesteund, dan faalt het middel in feite (511).

Krachtens de algemene beginselen van de bewijsvoering is vereist dat de overheid aan de rechtsonderhorige vraagt zijn versie van de feiten te doen kennen. De overheid mag niet *a priori* die versie van de feiten onbetrouwbaar en daarom overbodig achten (512). Feiten zijn niet genoegzaam bewezen wanneer de overheid niet alle te harer beschikking staande middelen heeft aangewend om tot een juiste voorstelling van de toedracht van de gebeurtenissen te komen (513).

Dit laatste dient te geschieden met betrekking tot die door de overheid in aanmerking genomen feiten waarvan de rechtzoekende aan de hand van de gegevens van het dossier of van door hem nieuw aangevoerde gegevens de onwaarachtigheid tracht aan te tonen. De rechtzoekende moet bewijzen dat de feiten zich materieel onmogelijk hebben kunnen voordoen zoals de overheid die voorstelt, of dat de overheid volgens de regelen der bewijsvoering niet in rechte haar voorstelling der feiten uit de gegevens van het dossier mocht afleiden (514). Hij mag zich niet beperken tot blote beweringen (515) maar moet een minimum aan gegevens voorleggen (516). Enkel

(509) R.v.St., Demuyssere, nr. 70.524, 30 december 1997.

(510) R.v.St., B.V.B.A. First Service e.a., nr. 73.148, 21 april 1998.

(511) R.v.St., Scheire, nr. 40.739, 13 oktober 1992.

(512) R.v.St., Speleers, nr. 21.037, 17 maart 1981.

(513) R.v.St., Moens, nr. 22.747, 14 december 1982.

(514) R.v.St., De Bruyn, nr. 22.069, 23 februari 1982.

(515) R.v.St., Ghevaert, nr. 28.522, 7 oktober 1987.

(516) R.v.St., Loncke, nr. 51.075, 10 januari 1995; R.v.St., Verhulst, nr. 87.687, 30 mei 2000: *“Overwegende dat verzoeker in zijn laatste memorie stelt dat het dossier van de zaak het bewijs niet bevat van de beroepservaring die de tussenkomende partij heeft opgedaan zodat de verwijzing naar die gegevens in het bestreden besluit niets meer dan loze woorden zijn; dat te dien aanzien, op het vlak van de procedure, vastgesteld wordt dat het bevoegde lid van het auditoraat reeds bij de redactie van het verslag in de schorsingszaak en bij gebrek aan enige betwisting ter zake, het standpunt heeft ingenomen dat de feitelijke gegevens waarvan het bestreden besluit melding maakt met de waarheid overeenstemden; dat desondanks verzoeker er in zijn toelichtende memorie toch niet toe gekomen is formeel vragen te stellen bij het bewijs van die .../...*

schending van het motiveringsbeginsel aanhalen zonder voldoende duidelijk te maken waarom dat beginsel door de bestreden beslissing wordt geschonden, kan niet volstaan (517). Een eigen standpunt herhalen zonder dit met concrete gegevens te staven vermag niet de schending van de materiële motiveringsplicht te onderbouwen daar niet is aangetoond dat de gegevens feitelijk onjuist zijn of de beslissing op kennelijk onredelijke wijze is genomen (518).

E. Sterke argumentatie van de verzoekende partij en geen of geen behoorlijke weerlegging door het bestuur

204. Wanneer een verzoekende partij een annulatiemiddel samenvat op een wijze die geen feilen lijkt te vertonen, noch in rechte noch in feite, en

.../...

gegevens; dat, door de vraag slechts te stellen na ontvangst van een auditoraatsverslag waarin, opnieuw en met reden, de materiële juistheid van de feitelijke gegevens wordt verondersteld, de argumentatie van verzoeker neerkomt op het formuleren van een nieuw middel waarop de Raad van State geen acht kan slaan; dat, bovendien, het opvalt dat verzoeker alleen vragen stelt bij het bewijs van bepaalde gegevens zonder ook maar één element aan te wijzen dat twijfel kan doen ontstaan over het daadwerkelijk bestaan ervan en dat hij slecht geplaatst is om aan de tussenkommende partij een gebrekkig bewijs in de schoenen te schuiven aangezien hij zelf even nalatig is geweest met betrekking tot het bewijs van zijn eigen professioneel verleden; Overwegende dat, met die gegevens voor ogen, de Raad van State de bemerkingen van verzoeker met betrekking tot het bewijs van de in het bestreden besluit vermelde antecedenten van de tussenkommende partij, terzijde laat”.

(517) *“Overwegende dat verzoekster, wil zij dergelijk rechtsmiddel op ontvankelijke wijze aanvoeren, niet er mee mag volstaan de motiveringsplicht als rechtsbeginsel geschonden te noemen; dat zij ook een voldoende duidelijke omschrijving moet geven van de wijze waarop dat beginsel door de bestreden beslissing wordt geschonden; dat de Raad van State niet bevoegd is om de beoordeling van verzoeksters artistieke faam aan de hand van haar dossier over te doen, maar enkel om de beoordeling van de verwerende partij te vernietigen indien is aangetoond dat zij niet wettig tot stand is gekomen; dat de Raad aldus binnen het raam van de aangevoerde onwettigheid wel mag nagaan of de bestreden beslissing steunt op rechtens aanvaardbare en op werkelijke feiten berustende motieven, die door het discretionair oordelend bestuur met de nodige zorgvuldigheid werden vastgesteld; dat het echter op de eerste plaats aan de verzoekende partij toekomt om haar grieven ter zake voor de Raad van State op concrete, precieze en nauwkeurige wijze te ontwikkelen en aan te tonen dat de raad van bestuur bij zijn besluitvorming de grenzen van zijn beoordelingsvrijheid is te buiten gegaan, hetzij dat enige onzorgvuldigheid in de werkzaamheden van de commissie op de bestreden beslissing kan inwerken; dat wanneer de verzoekende partij dit nalaat, niet van de Raad van State mag worden verwacht dat hij het door haar ingediende dossier (...) minutieus zou gaan ontlede; dat immers dan in werkelijkheid zou worden verwacht dat de Raad van State in de plaats van de verzoekende partij het verzoekschrift zou opstellen; dat bijgevolg enkel rekening wordt gehouden met de elementen die met de nodige precisie worden aangebracht”* (R.v.St., Vos, nr. 145.681, 9 juni 2005).

(518) R.v.St., Lougovaja, nr. 134.445, 31 augustus 2004.

wanneer de verwerende partij zodanig feilen niet aanwijst, is het ernstig (519). Indien de verwerende partij de argumentatie van de verzoekende partij onbeantwoord laat moet deze argumentatie sterk genoeg staan om het aangewend motief naar de feiten te ontkrachten (520). Een beslissing die nu eens steunt op feiten die ontkend worden en waarvan niets de echtheid aantoont en dan weer op erkende feiten maar waarvan de overheid niet heeft aangetoond dat ze, ondanks de omstandige verklaringen van de verzoeker, tekortkomingen zouden vormen, is aangetast door machtsoverschrijding (521).

F. Om de bewijskracht van stukken te ontzenuwen moeten ze eventueel van valsheid worden beticht (522)

205. Wanneer de stukken waarop de overheid haar versie van de feiten steunt, niet bij de bevoegde rechter van valsheid zijn beticht (523), is de Raad van State er toe gehouden deze stukken als wettelijk bewijsmiddel in aanmerking te nemen. Mogelijk kan de verzoekende partij de bewijskracht ervan ontzenuwen buiten een betichting van valsheid om, maar daarvoor volstaan geen zuivere bevestigingen (524). Kritiek moet voldoende gestoffeerd zijn. Schraal bewijsmateriaal wettigt geen nader onderzoek van de feitelijke gegrondheid van een middel. De verzoekende partij verdient des te minder zulk een onderzoek indien zij zich in de bewijslevering zeer lichtzinnig gedraagt.

(519) R.v.St., Michilsens, nr. 55.837, 18 oktober 1995.

(520) R.v.St., Tytgat, nr. 55.430, 27 september 1995; voor een geval waarin het besluit geen enkel voldoende antwoord geeft op de argumenten van de betrokkene: R.v.St., Asselman, nr. 106.985, 24 mei 2002.

(521) R.v.St., Senelle, nr. 49.447, 5 oktober 1994.

(522) R.v.St., Asselman, nr. 106.985, 24 mei 2002.

(523) Oordeelt een verzoekende partij dat bepaalde feiten materieel onwaar zijn, dan kan zij overeenkomstig artikel 51 van het procedurereglement bij de bevoegde rechter een vordering wegens valsheid in geschrifte inleiden. Dan kan de Raad van State de procedure conform genoemd artikel opstarten en eventueel tot de opschorting van de aan gang zijnde procedure besluiten (R.v.St., Timmermans, nr. 22.852, 20 juni 1983; R.v.St., Jacobs, nr. 32.992, 8 september 1989; R.v.St., Leenders, nr. 39.950, 1 juli 1992). Legt de verzoekende partij het bewijs niet voor een zodanige inschrijving bij de bevoegde rechter te hebben genomen, dan kunnen de gewraakte verklaringen niet uit de debatten worden geweerd zodat er voor de bewijslevering rekening mee kan worden gehouden.

(524) R.v.St., Daluwein, nr. 25.976, 17 december 1985.

206. De feitelijke juistheid van de motieven wordt ook nog wel als de aankoming van het zorgvuldigheidsbeginsel omschreven (525): “Dat ondeugdelijkheid van de motieven kan voortvloeien uit het feit dat die motieven niet het resultaat zijn van een zorgvuldig onderzoek” (overw. 4.2.5.1.) (526).

G. Het zelf op onderzoek uitgaan door de administratieve rechter

207. Voor de vaststelling van de feiten zoekt de Raad steun in de door de procespartijen ingezonden memories of andere bewijskrachtige stukken in het dossier maar hij kan ook zelf onderzoeken, hetzij door het voeren van briefwisseling met of het contacteren van overheden en partijen met het oog op het verzamelen van inlichtingen of documenten, hetzij door ter plaatse te gaan (527). F. DEBAEDTS stelt dat een door de Raad van State bevolen onderzoek een aanvullend of controlerend karakter dient te hebben en nooit in de plaats mag komen van de taak welke duidelijk die van de overheid zelf is (528).

VI. Juridische juistheid van de motieven

208. Bij *juridische juistheid naar de motieven* zijn de motieven onrechtmatig doordat ze in rechte niet kunnen aangevoerd worden; ze zijn niet rechtens dienstig (529). W. LAMBRECHTS schrijft dat naast de materiële juistheid, de juridische kwalificatie van de feiten wordt getoetst: ze moeten beantwoorden aan het wettelijk of reglementair voorschrift dat de overheid

(525) W. LAMBRECHTS, noot onder R.v.St., Thijs, nr. 24.651, 18 september 1984, *R.W.* 1984-85, 946; de Raad van State eist dat de overheid tot haar voorstelling van de feiten (R.v.St., Speleers, nr. 21.037, 17 maart 1981) en tot de feitenvinding (R.v.St., Van Kouter, nr. 21.094, 17 april 1981) komt met inachtneming van de zorgvuldigheidsplicht. R.v.St., Nijs, nr. 70.417, 18 december 1997; W. LAMBRECHTS, *Geschillen van bestuur, o.c.*, 43; W. LAMBRECHTS, “Het zorgvuldigheidsbeginsel”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, o.c.*, 29-50.

(526) R.v.St., Sterckx, nr. 74.766, 30 juni 1998.

(527) M. LEROY, *Contentieux administratif, o.c.*, 419.

(528) F. DEBAEDTS, “Beschouwingen omtrent het bewijs in geschillen van bestuur”, *o.c.*, 139.

(529) A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur, o.c.*, 39. De rechterlijke controle op de legaliteit van de beslissing is volledig. Het bestuur kan enkel handelen binnen het raam van de haar toegewezen bevoegdheden; het komt aan de Raad van State toe na te gaan of de overheid binnen de grenzen van haar bevoegdheid heeft gehandeld.

bevoegd maakt op te treden (530). De motieven die bij de bedoeling van de tekst passen, zijn de enig wettige.

Het is nimmer zo dat de overheid niet gebonden is door enige rechtsregel om haar motieven op te gronden, ook als met betrekking tot een bepaald geval geen rechtsregels bestaan (531).

De controle van de administratieve rechter beperkt zich niet tot de controle van de duidelijke beoordelingsfout, maar omvat ook en voornamelijk de controle van de juistheid, van de relevantie en de toelaatbaarheid in rechte van de motieven (532). Derhalve moeten de feitelijk bestaande motieven juridisch relevant zijn (533), zij moeten een correcte wettelijke basis hebben, een juiste toepassing maken van die basis en het concrete geval dient in die rechtsbasis teruggevonden te kunnen worden (534). Juridische onjuistheid naar de motieven doet zich o.m. voor:

(530) W. LAMBRECHTS, *Geschillen van bestuur, o.c.*, 83. Het begrip “wet” dient in zijn meest algemene materiële betekenis te worden begrepen.

(531) R.v.St., Van Hove, nr. 29.773, 19 april 1988.

(532) R.v.St., la Ville de Huy, nr. 106.994, 24 mei 2002.

(533) R.v.St., Geuens, nr. 81.134, 22 juni 1999.

(534) De rechtspraak van de Franse Raad van State is grotendeels op dezelfde indeling gebaseerd (zie de specificatie genoteerd door P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Luik, Larcier, 2002, 890, vn. 3458-3460); R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Parijs, Editions Montchrestien, 1994, 879, nrs. 1058-1068; A. WIRTGEN, *o.c.*, 149, vn. 316, zodat hieraan geen afzonderlijke commentaar dient gewijd te worden. Verschilpunten situeren zich binnen het onderzoek naar het al dan niet redelijke van de handeling.

Wat Nederland aangaat, kan het motiveringsbeginsel worden onderscheiden in een formeel element (de kenbare motivering) en in twee materiële elementen (deugdelijke feitelijke en draagkrachtige motivering). De rechtspraak toetst via het motiveringsbeginsel ook of de wet juist is geïnterpreteerd, de feiten juist zijn gekwalificeerd, de beleidsregel juist is toegepast. Een afwijking van een advies dient afzonderlijk te worden gemotiveerd.

Bij de Algemene wet bestuursrecht zijn zowel de eis van de draagkrachtige als de eis van de kenbare motivering gecodificeerd. Daarbij is aangegeven in welke gevallen het vermelden van een motivering achterwege kan blijven. Er worden eisen gesteld wanneer voor wat betreft de motivering kan worden volstaan met het verwijzen naar een advies. Het beginsel van de draagkrachtige motivering is gecodificeerd in art. 3:46. Dat de motivering de beschikking moet kunnen dragen kan zowel betrekking hebben op de juiste vaststelling van de feiten als op de feitenvaststelling in relatie tot de genomen beslissing. De eis dat een specifieke wettelijke grondslag moet vermeld worden, is te vinden in art. 3:47, tweede lid; ook de noodzaak aan motivering bij afwijking van een advies is gecodificeerd (art. 3:50). In de Awb-rechtspraak is vooral bij bezwaar overheidsop treden de eis van de kenbare motivering gesteld, met name dat de motieven inzichtelijk moeten zijn (G.H. ADDINK, “Het motiveringsbeginsel”, in X. (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, monografieën Algemene wet bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 243-262).

– wanneer de beslissing geen wettelijke of reglementaire grondslag heeft (535), bij een beslissing genomen op grond van een gegeven dat niet in de reglementering is opgenomen (536), genomen zonder precieze aanduiding van de juridische grondslag (537);

– als de tekst waarop de beslissing is gestoeld, geen wettelijke waarde heeft (538); wanneer de beslissing een automatische toepassing inhoudt van richtlijnen van de toezichthoudende overheid die de gemeente als verplichtend heeft beschouwd, terwijl zij geen enkele verordenende waarde bezitten (539);

– wanneer de beslissing niet werd genomen op grond van een onderzoek van alle verplicht te onderzoeken argumenten (540), wanneer de argumentatie van de rechtsonderhorige met een eenvoudige verwijzing wordt weggeveegd (541), wanneer de repliek van de rechtsonderhorige op het ongunstig advies van een commissie door de overheid niet wordt beantwoord en deze alleen de motieven van het advies tot de zijne maakt (542), wanneer niet blijkt, bij aanwezigheid van tegenstrijdige rapporten, welke elementen de meningsverandering van de overheid steunen (543), wanneer er een kennelijke tegenspraak in de motieven is (544), wanneer in een “nadere toelichting” tot een vrijwel onverenigbare bevinding wordt gekomen en voor deze kentering geen motieven zijn terug te vinden (545), wanneer een

(535) R.v.St., Decoster, nr. 22.248, 12 mei 1982; R.v.St. nr. 38.647, 5 februari 1992. Wanneer de beslissing stoelt op een motivering die verwijst naar een bepaling die door de Raad van State nietig werd verklaard, is ze gestoeld op een reglementaire bepaling die in rechte geacht moet worden nooit te hebben bestaan (R.v.St., Roose, nr. 55.657, 12 oktober 1995). In het arrest nr. 87.008, Vandendoren van 3 mei 2000 wordt *ambtshalve* overwogen dat de bestreden beslissing ten onrechte op omzendbrieven is gebaseerd; ook R.v.St., Caumiant, nr. 36.054, 19 december 1990.

(536) R.v.St., Vanderveken, nr. 35.871, 27 november 1990. Of dit nu al dan niet op een verkeerde interpretatie van de overheid steunt.

(537) R.v.St., Leroy, nr. 115.808, 12 februari 2003.

(538) Als een beslissing enkel verantwoord wordt met een beroep op omzendbrieven waarvan niet bewezen kan worden geacht dat ze enige waarde in rechte hebben, mist het enige motief waarop de beslissing rust, iedere rechtsgeldigheid (R.v.St., Soumagne, nr. 28.179, 24 juni 1987).

(539) R.v.St., Croisier, nr. 102.849, 24 januari 2002.

(540) R.v.St., Mertens, nr. 55.776, 16 oktober 1995; R.v.St., Anstalt utilitas finance establishment, nr. 86.481, 3 april 2000.

(541) R.v.St., B.V.B.A. First service e.a., nr. 73.148, 21 april 1998.

(542) R.v.St., Aguirre perea, nr. 104.573, 12 maart 2002.

(543) R.v.St., Van Delft, nr. 104.382, 6 maart 2002.

(544) R.v.St., Preiser en cons., nr. 17.651, 18 mei 1976.

(545) R.v.St., Decruynaere, nr. 100.940, 20 november 2001.

advies niet wordt gevolgd zonder te motiveren waarom (546), wanneer de motieven onvolledig, te beknopt, niet concreet zijn (547)(548), stijlformules uitmaken (549), vaag zijn (550) of nietszeggend (551), vrijblijvende algemene beschouwingen zijn en naar een paar niet vastgestelde of ter beoordeling overgelegde onnauwkeurigheden verwijzen (552), slechts vaststellen dat de kandidaat de wettelijke benoemingsvoorwaarden vervult (553). “In functie van de feiten” wordt als geheimtaal aangezien (554). Een *passé-partout* formule laat niet toe de feitelijke overwegingen te kennen waarop de beslissing is gestoeld (555).

De verwijzing naar de “stukken van het dossier” en de vaststelling “dat uit de stukken van het dossier” de behoefte niet blijkt is een te summiere materiële motivering én een stijlformule (556). De omstandigheid dat de commissie alle haar bekende elementen in haar beoordeling betreft, belet niet dat zij concreet moet aangeven waarom verzoekende partij niet behoeftig was (557);

(546) R.v.St., Toch, nr. 86.146, 21 maart 2000; R.v.St., Geerinckx, nr. 86.727, 7 april 2000. Die rechtspraak preciseert dat het om een advies gaat dat geen formaliteit uitmaakt; dat het advies puur facultatief is, vermag de overheid er niet van ontslaan een ervan afwijkende beslissing te motiveren (R.v.St., Schyns, nr. 72.468, 16 maart 1998).

(547) R.v.St., Danloy, nr. 102.361, 21 december 2001.

(548) Van beide partijen: “*Wanneer de verzoekende partij een lange en concrete reeks feiten tegen zijn hiërarchische overheid inbrengt, te lang en te concreet om zomaar opzij te worden geschoven en het dossier niet duidelijk maakt waarom aan die lijst niet zoveel aandacht werd geschonken*” (R.v.St., Reekmans, nr. 57.930, 31 januari 1996); “*Indien wordt verwezen naar het gerechtelijk verleden en het lopende gerechtelijk onderzoek terwijl uit het administratief dossier niet blijkt waarin het gerechtelijk verleden bestaat en welke feiten aanleiding gaven tot het gerechtelijk onderzoek en de overheid heeft nagelaten bijkomende informatie in te winnen is de materiële motiveringsplicht geschonden; ter verantwoording kunnen enkel concrete feiten in aanmerking komen*” (R.v.St., De Hoef, nr. 136.028, 14 oktober 2004).

(549) “Op grond van bekwaamheden, kennis en verdiensten” is een stijlformule. R.v.St., Pirlot, nr. 32.800, 27 juni 1989; R.v.St., Van Gompel, nr. 34.805, 24 april 1990; R.v.St., stad Harelbeke, nr. 47.476, 17 mei 1994.

(550) “*Een gebrek aan soepelheid om met anderen samen te werken en leiding te geven*” dat niet wordt gestaafd en ondanks het omstandig gemotiveerd bezwaarschrift en de beoordeling “zeer goed” van verzoekster (R.v.St., Merckx, nr. 51.078, 10 januari 1995).

(551) “Gelet op de ernst van de feiten” (R.v.St., Van Overwaelle, nr. 74.403, 23 juni 1998).

(552) R.v.St., Bossuyt, nr. 54.583, 13 juli 1995.

(553) R.v.St., Bossuyt, nr. 49.508, 10 oktober 1994.

(554) R.v.St., Peetermans, nr. 34.828, 27 april 1990.

(555) R.v.St., Jassogne, nr. 44.141, 20 september 1993.

(556) R.v.St., Deboes, nr. 85.308, 15 februari 2000.

(557) R.v.St., Dankaerts, nr. 133.172, 28 juni 2004.

- wanneer de beslissing vraagt te voldoen aan een zinloze verplichting (558);
- wanneer op geen manier blijkt dat is gebeurd wat de verwerende partij stelt dat is gebeurd, namelijk een beoordeling uitbrengen als examencommissie en zij dat laatste op generlei wijze geloofwaardig maakt (559); wanneer een proef die geen kennisproef is, slechts met een puntcijfer wordt gemotiveerd (560); wanneer de motivering niet in staat stelt te beoordelen of de waardering met kennis van zaken op grond van de correcte gegevens is toegekend (561);
- wanneer de beslissing wordt genomen op grond van de aanbeveling door een minister (562).

VII. Het redelijkheidsbeginsel

209. In het raam van deze bijdrage wordt enkel naar de link verwezen tussen de motieven en het redelijkheidsbeginsel daar dat laatste, zoals aangekondigd, het voorwerp uitmaakt van een aparte bijdrage. Bij discretionaire bevoegdheid (563) kan slechts wanneer de motieven op zich zowel feitelijk als juridisch juist zijn, worden nagegaan of ze in redelijkheid kunnen aangevoerd worden. De redelijkheidstoetsing is de toetsing naar het al dan niet bestaan van een wanverhouding tussen de motieven en de inhoud van een beslissing (564). Kritiek op de motieven op zich van een beslissing hoort derhalve niet thuis onder de noemer schending van het redelijkheidsbeginsel (565).

(558) R.v.St., Callaert, nr. 28.198, 25 juni 1987.

(559) R.v.St., Botte, nr. 58.433, 28 februari 1996.

(560) R.v.St., Vanhooren, nr. 113.423, 9 december 2002 (een psychotechnische proef); R.v.St., Van Lierde, nr. 107.915, 17 juni 2002 (een gesprek).

(561) R.v.St., Graf, nr. 141.828, 10 maart 2005.

(562) R.v.St., Gallien, nr. 28.391, 2 juli 1987.

(563) Bij gebonden bevoegdheid kan er geen sprake zijn van een schending van het redelijkheidsbeginsel.

(564) R.v.St., Van Hove, nr. 29.773, 19 april 1988; R.v.St., Van Damme, nr. 32.792, 27 juni 1989; R.v.St., Lebon, nr. 60.103, 12 juni 1996, overw. 2.5.3.1; R.v.St., Davidson, nr. 60.750, 4 juli 1996, overw. 2.1.4.; R.v.St., De Bie, nr. 62.961, 6 november 1996, overw. 3.2.3; D. MAREEN, noot onder R.v.St., Droeshout, nr. 34.104, 20 februari 1990, *T.B.P.* 1990, 678.

(565) Wanneer de Raad van State aangenomen heeft dat de verzoekende partij met ernst staande kan houden dat niet alle tegen haar ingebrachte feiten bewezen zijn of rechtens juist zijn gekwalificeerd, kan het annulatiemiddel van de schending van het redelijkheidsbeginsel niet in .../...

VIII. Evidente motieven

210. Dat een gemis aan motivering niet kan worden goedge maakt door een latere motivering, vindt geen toepassing bij evidente motieven (566). Zijn zulke motieven aanwezig en komen ze voor als de enig mogelijke, dan kunnen ze uitzonderlijk toch in aanmerking genomen worden (567). Dit criterium gebruikt de Raad van State ook negatief, om aan te tonen dat een motief niet in aanmerking genomen kan worden (568).

Een motief moet om als evident aanvaard te kunnen worden, de vanzelfsprekendheid vertonen die toelaat het aan het bestuur toe te schrijven, ook al wordt het pas achteraf opgegeven (569).

211. Een evident motief kan ook het gebrek aan uitdrukkelijke motivering goedmaken. De in een proceduristuk achteraf gegeven verantwoording kan het gebrek aan formele motivering van de beslissing zelf goedmaken (570) wanneer ze een zodanige graad van vanzelfsprekendheid vertoont dat ze eigenlijk niet om een uitdrukkelijke verwoording vraagt en bijge-

.../...

aanmerking komen (R.v.St., Lemahieu, nr. 68.248, 23 september 1997; R.v.St., Van Acker, nr. 70.411, 18 december 1997; R.v.St., Goelen, nr. 70.428, 19 december 1997; R.v.St., Demuyssere, nr. 70.524, 30 december 1997).

(566) Geschiktheid kan zo in het oog springend zijn dat ze geen nader betoog behoeft (R.v.St., De Ridder, nr. 35.697, 18 oktober 1990); R.v.St., Bardijn, nr. 72.322, 10 maart 1998.

(567) R.v.St., Vanvelthoven, nr. 61.449, 4 september 1996. Dit uitzonderlijk in aanmerking kunnen genomen worden is niet het geval indien de overheid een motief aanhaalt dat in logica de beslissing niet kan schragen. Indien bv. het aangehaalde motief een examenresultaat is terwijl het advies werd gevraagd van een bevorderingscommissie, dan kan het examenresultaat in logica niet het motief zijn omdat eerstens ook de bevorderingscommissie met de examenuitslag rekening heeft gehouden en tweedens omdat alleen steunen op de examenuitslag erop neerkomt dat een bevorderingscommissie overbodig is. De overheid heeft het advies van de commissie niet nodig om de uitslag van het bevorderingsexamen af te lezen.

(568) Ook in de zaak Macken, nr. 34.532 van 27 maart 1990 gaat de Raad van State, nu geen enkel gegeven uit het dossier toeliet de redenen te achterhalen die door de partijen in de loop van het geding werden aangebracht, die redenen nog op hun evidentie toetsen. Het moet om gegevens gaan die evident, dus zonder dat de benoemde overheid er moest naar verwijzen, de overheidskeuze verantwoorden. Evidente motieven zijn niet betere examenresultaten als het resultaat slechts twee punten verschilt. Een gegeven in aanmerking nemen dat plaatsvond meer dan 10 jaar voor de bestreden benoemingen is ongeloofwaardig en kan geenszins als evident motief gelden (R.v.St., Bardijn, nr. 72.322, 10 maart 1998).

(569) R.v.St., Antonissen, nr. 50.545, 30 november 1994: een achteraf gegeven motivering is aanvaardbaar als ze rechtens zo voor de hand liggend is dat ze zich opdringt als de enig mogelijke en dus eigenlijk zelfs niet verwoord dient te worden; R.v.St., De Meuter, nr. 68.641, 7 oktober 1997.

(570) R.v.St., D'haene, nr. 68.487, 30 september 1997.

volg kan worden aangenomen ook al is ze in het besluit zelf niet tot uitdrukking gebracht (571).

IX. Overtollige motieven

212. Indien de beslissing gebaseerd is op een reeks elementen die door de overheid als een geheel in aanmerking zijn genomen, leidt enige tegenstrijdigheid tussen elementen niet tot een onwettige beslissing indien die als *overtollig* kunnen worden gekwalificeerd. De eventuele ontoereikendheid of onjuistheid van een *ten overvloede* ingeroepen motief tast de geldigheid van de handeling niet aan. De overheid vermag zich immers door het totaalbeeld laten leiden. Ook gegronde kritiek op een overtollig motief kan niet tot vernietiging leiden (572) omdat de onjuistheid van de motieven betrekking moet hebben op de determinerende motieven, die welke hoofdzakelijk de beslissing schragen (573). Blijkt dat één motief decisief is, hoeft op de andere argumenten niet nader te worden ingegaan (574).

213. Wanneer een aantal motieven de beslissing dragen zonder dat kan worden uitgemaakt welk ervan determinerend is, leidt de onwettigheid van één ervan toch tot vernietiging. Als er twee motieven zijn en het tweede onwettige motief geen alternatief maar een volwaardig motief is, losstaand van het eerste, is het de som van de twee motieven die de beslissing wettigt en brengt de onregelmatigheid die aan het tweede motief kleeft, de vernietiging mede (575).

Zodra de rechter twijfelt, moet hij zich van oordelen onthouden en overwegen dat het onwettig motief of de onwettige motieven de beslissing hoe dan ook door onwettigheid aantast(en). De Raad van State kan immers, indien bepaalde motieven wettig en andere onwettig zijn, het oordeel van het be-

(571) R.v.St., De Ceuster, nr. 18.323, 21 juni 1977.

(572) R.v.St., Hoste, nr. 65.969, 21 april 1997; R.v.St., B.V.B.A. Aaerts brandstoffen, nr. 114.571, 16 januari 2003; R.v.St., N.V. Dredging international, nr. 116.559, 27 februari 2003; R.v.St., Eylenbosch, nr. 116.712, 6 maart 2003.

(573) R.v.St., Meert, nr. 23.469, 9 september 1983; R.v.St., N.V. Vanhengel veevoerders, nr. 103.392, 8 februari 2002: “*daar de verzoekende partij geen kritiek uit op het determinerend weigeringsmotief maar enkel op de overtollige motieven, kunnen deze middelen niet leiden tot de schorsing (...)*”.

(574) R.v.St., N.V. Air technology belgium, nr. 105.380, 3 april 2002.

(575) Het zou dus anders zijn als het wettig motief hoofdzakelijk de beslissing schraagt (R.v.St., Meert, nr. 23.469, 9 september 1983).

stuur niet overdoen door te overwegen dat ondanks de onwettige motieven, de beslissing toch rechtsgeldig is (576).

X. Substitutie van motieven

214. Uitzonderlijk zal de Raad van State niet vernietigen terwijl de beslissing toch op een onrechtmatige grondslag is gestoeld. Dit is het geval wanneer de overheid wel degelijk de beslissing die zij heeft genomen, moest nemen maar om redenen die zij niet bespeurd heeft en eventueel met toepassing van een andere regelgeving. Indien de Raad van State vaststelt dat andere gegevens dan die welke tot grondslag van de beslissing werden aangevoerd, aanwezig zijn en die gegevens deugdelijk zijn, zal hij niet vernietigen wegens onwettigheid van de grondslag van de beslissing (577) om totaal nutteloze vernietigingen te vermijden.

Substitutie van motieven kan slechts bij *gebonden* bevoegdheid (578); dan heeft de Raad van State het recht het juridisch juiste motief – en dus de juiste rechtsregel – in plaats van het juridisch onjuiste motief, i.e. de ten onrechte aangevoerde rechtsregel, te stellen (579).

Dat substitutie van motieven slechts bij gebonden bevoegdheid mogelijk is (580), is de reden waarom J. NIMMEGEERS de aard van de beslissing van de toezichthoudende overheid onderzocht (581): de Raad van State kan geen motief in de plaats van dat van het optredend bestuur stellen indien dit motief afhankelijk is van appreciatie (582).

(576) R.v.St., Gryspeerdt, nr. 68.125, 16 september 1997 (“*dat de Raad van State, in acht genomen het gegeven dat de verwerende partij het nodig geacht heeft op gelijke wijze naar vier verschillende feiten te verwijzen, niet vermag in de plaats van de (overheid) die enkele (wettige) grondslag voor afdoende te bevinden*” (overw. 4.3.); R.v.St., Van Coppenolle, nr. 99.917, 18 oktober 2001; R.v.St., Commune de Walhain en Vandenbosch, nr. 102.644, 18 januari 2002. (577) R.v.St., stad Brussel, nr. 20.492, 1 juli 1980.

(578) R.v.St., Kesteman, nr. 37.434, 4 juli 1991.

(579) R.v.St., Hendrickx, nr. 56.412, 22 november 1995. Zie o.m. S. WYCKAERT, *Het begrip “Bestuurlijke regularisatie”: Theorie, toepassingen en typologie*, Proefschrift, Gent, Universiteit Gent, 2003, 62-65, nrs. 143-148.

(580) R.v.St., Kesteman, nr. 37.434, 4 juli 1991.

(581) J. NIMMEGEERS, Uittreksel uit het advies van het auditoraat voor R.v.St., gemeente Kinrooi, nr. 17.114, 7 juli 1975, *T.B.P.* 1976, 356-358.

(582) R.v.St., N.V. verenigde brouwerijen Wintam-Willebroek, nr. 13.214, 13 november 1968. Zo mag de Raad van State aan de overheid, indien haar nog appreciatiebevoegdheid rest, niet het recht ontzeggen alsnog te oordelen dat er geen redenen zijn om een weigeringsbeslissing te nemen. Zo stelt Ch. BAMPS inzake de toelating tot het Rijk na een huwelijk van een vreemdeling
.../...

De inhoud van de beslissing, namelijk wat werd beslist, moet onaangeeroerd blijven. Indien een kandidatuur wordt afgewezen omdat de gegadigde de leeftijdsgrens voorbij is en dit motief onjuist is daar een regelgevende tekst toelaat dat de kandiderende op grond van zijn leeftijd nog steeds in aanmerking komt terwijl de Raad van State vaststelt dat de kandidatuur van betrokkene toch niet kan worden in aanmerking genomen omdat deze niet over het vereiste diploma beschikt, kan de administratieve rechter het onjuiste motief vervangen door een juist motief en stellen dat betrokkene hoe dan ook niet kon deelnemen omdat hij niet aan alle voorwaarden voldoet. De beslissing blijft dezelfde, het motief wordt gesubstitueerd. De administratieve rechter zal er zich voor hoeden deze op een onjuiste grondslag gestoelde beslissing te vernietigen omdat de beslissing zelf correct is maar wel zal hij in de overwegingen van het arrest aanduiden wat de juiste of doorslaggevende (583) grondslag ervan is, dus welke motieven in rechte ervoor kunnen aangevoerd worden (584).

Substitutie van motieven zal meer voorkomen wanneer de Raad van State optreedt als cassatierechter. De rechter stelt vast dat het besluit door een andere bepaling kan worden geschraagd en hij verwerpt het beroep door het wettig motief te substitueren aan het onwettig motief (585).

.../...

dat het oordeel van de Raad van State, inhoudend dat de administratie in dat geval geen appreciatie recht meer heeft, betekent dat de Raad van State zich in de plaats stelt van de administratie (Ch. BAMPS, "De incidentie van het huwelijk van een vreemdeling op een verwijderingsmaatregel", (noot onder R.v.St. nr. 44.306, 1 oktober 1993 en MAZID, nr. 44.670, 22 oktober 1993), *Rec. Arr. R.v.St.* 1994, 5: "(...) *que la partie adverse devra prendre en considération cet élément nouveau et ne pourra refuser le séjour (...)*").

(583) R.v.St., Plasman, nr. 12.456, 13 juni 1967.

(584) R.v.St., Commissie voor openbare onderstand Quaregnon, nr. 3.475, 11 juni 1954.

(585) R.v.St., Schnabel, nr. 5.749, 9 juli 1957; R.v.St., De Ceuster, nr. 7.084, 19 mei 1959; R.v.St. Fagnard, Cools, Derare en Henon, nrs. 11.888 en 11.891, 23 juni 1966. Voor een geval waarin de verzoeker zijn aanspraken op een bepaalde ambtelijke hoedanigheid op zekere rechtsregelen steunde en de Raad van State een andere rechtsregel ter rechtvaardiging van deze aanspraken aanvoerde, zie R.v.St., Warland, nr. 15.444, 12 juli 1972; R.v.St., Germis, nr. 15.990, 17 augustus 1973.

§ 4. Onderscheid tussen gebonden en discretionaire bevoegdheid bij de motievencontrole

I. Gebonden bevoegdheid

215. Wat het rechterlijk toezicht op de motieven bij gebonden bevoegdheid betreft, is het marginaal toezicht (evident) niet aanwezig daar bij gebonden bevoegdheid geen omstandigheden die de overheid tot het stellen van een handeling brengen, moeten worden geapprecieerd. Zijn de omstandigheden waarin de overheid moet handelen aanwezig, dan is de overheid verplicht te handelen; zijn die omstandigheden niet voorhanden, dan mag de overheid niet handelen. Het rechterlijk toezicht op de motieven sluit hier alleen in dat de rechter nagaat of bewezen is dat:

- de omstandigheden waar de overheid zich op beroept, aanwezig zijn (feitelijke juistheid der motieven);
- de kwestieuze omstandigheden juist werden geïnterpreteerd (juridische juistheid der motieven).

De controle door de administratieve rechter bestaat dus niet uit het nagaan of de juiste keuze is gemaakt, maar wel of de beslissing op juiste wijze is genomen (586) (587).

216. Bij de uitoefening van een gebonden bevoegdheid hoeft de overheid zich niet af te vragen of zij over een deugdelijk motief beschikt om de ene burger te geven of op te leggen wat ze de andere burger niet geeft of niet oplegt, aangezien in de regel van gebonden bevoegdheid vooraf is beslist

(586) W. ONDERDONCK schrijft terzake dat “*De controle van de rechter zich uitstrekt tot de hele beslissing*” (A. VAN MENSEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, S. WYCKAERT, *De administratieve rechtshandeling, een proeve, o.c.*, nr. 189).

(587) Indien de overheid tussen kandidaten een rangschikking moet opmaken, worden alle kandidaten die voor rangschikking in aanmerking komen, geacht geschikt te zijn voor het toe te wijzen ambt. In een systeem van rangschikking beschikt de overheid niet over de bevoegdheid om de ene gerangschikte meer geschikt te achten dan de andere: de rangschikking bindt haar (R.v.St., Tibax, nr. 20.599, 30 september 1980, *Arr. R.v.St.* 1980, 1241-1275, inz. sub 7.5.) Met een door de administratie onjuiste of onwettig opgemaakte rangschikking moet de beslissende overheid geen rekening houden. Ze mag echter niet zonder verantwoording een andere kandidaat voor benoeming uitkiezen, maar moet een nieuwe, wettig vastgestelde rangschikking opmaken of laten opmaken om vervolgens de het best gerangschikte kandidaat te benoemen (R.v.St., Lauwers, nr. 28.166, 24 juni 1987), en dit om willekeur in de toewijzing van de betrekkingen te voorkomen (R.v.St., Van Poucke, nr. 37.041, 22 mei 1991: “...*één van de hoofdtrekken van (...) het statuut (...) is de zorg om willekeurige aanstellingen tegen te gaan. Daar wordt inzonderheid naar gestreefd door het creëren van een voorrang volgens anciënniteit*” (overw. 4.2.)).

wie de adressaten van de door die regel verschaftte rechten of opgelegde verplichtingen zijn. Het volstaat schending van de tekst zelf aan te voeren bij een onjuiste toepassing ervan.

217. Wat de formulering van de regelgevende tekst aangaat, schrijft M. BOES dat “*de vaststelling dat een norm strikt bindend is, het gevolg kan zijn van een interpretatie van de norm waarbij de beoordeling van de interpretator een rol speelt*”(588). Deze auteur haalt een casus aan (589) waarbij volgens zijn mening de Raad van State evenzeer had kunnen stellen dat het oordeel van de overheid op grond van de interpretatie van een tekst niet onredelijk was en besluit daaruit dat “*de grens tussen de norm die zelf zo dwingend is dat iedere appreciatie door het bestuur is uitgesloten, en de norm die “redelijkerwijze” door het bestuur zo wordt geïnterpreteerd dat iedere appreciatie is uitgesloten, niet gemakkelijk te trekken is*”(590).

218. Kunnen inderdaad de beginselen eenduidig voorkomen, hun toepassing is dat niet altijd. Zo wordt inzake de formulering van de toepasselijke regel, in het arrest STEVENART (591) geoordeeld: “*que le ministre ‘peut accorder’ aux conditions fixées par l’arrêté, une prime (...); qu’en dépit de cette expression qui semble signifier que le ministre n’est jamais tenu d’accorder la prime, et que nul par conséquent n’y a droit, il y a lieu d’interpréter la disposition précitée comme donnant droit à une prime*” terwijl daarentegen het arrest vzw Centre d’enseignement Notre-Dame des Champs (592) overweegt: “*que le mot ‘peuvent’ implique un pouvoir d’appréciation dans le chef du ministre*”.

Wat wetgeving van openbare orde betreft, vormt deze een wettig motief om van de anciënniteitsrangschikking af te wijken en om de best gerangschikte kandidaat die tevens aan de vereisten van de wet van openbare orde voldoet, te benoemen (593).

De bevoegdheidsvraag is evenzeer van openbare orde, doch speelt geen rol bij gebonden bevoegdheid. Indien – typevoorbeeld van gebonden bevoegdheid – een benoeming in vlakke loopbaan moet geschieden, moet, in-

(588) M. BOES, “Het redelijkheidsbeginsel”, *l.c.*, 92.

(589) R.v.St., Het vrije woord, nr. 38.816, 16 april 1991.

(590) M. BOES, “Het redelijkheidsbeginsel”, *l.c.*, 93. A. VAN MENSEL verwijst met instemming naar deze analyse in *Het beginsel van behoorlijk bestuur, o.c.*, 153-154, nrs. 405-406.

(591) R.v.St., Stevenart, nr. 29.023, 16 december 1987.

(592) R.v.St., vzw Centre d’enseignement Notre-Dame des Champs, nr. 35.512, 18 september 1990.

(593) De taalwetgeving is van openbare orde en prevaleert op statutaire bepalingen.

dien die beslissing werd genomen door een onbevoegde overheid, de bevoegde overheid nadien toch dezelfde beslissing nemen. De beslissing moet ofwel worden genomen, ofwel mocht zij niet worden genomen ongeacht de vraag wie is opgetreden. Het feit dat de bevoegdheidsvraag van openbare orde is, is irrelevant (594). Als de overheid tot het nemen van een bepaalde beslissing verplicht is, heeft het geen belang te weten door welk motief de overheid zich heeft laten leiden (595).

II. Discretionaire bevoegdheid

219. Discretionaire bevoegdheid betekent per definitie keuze-, of appreciatiebevoegdheid (596), i.e. een vrije beoordelingsbevoegdheid die, uitzondering gemaakt voor het redelijkheidsbeginsel, inhoudelijk niet door het recht wordt bepaald (597). De overheid is onvrij in de mate dat ze in overeenstemming met het recht moet handelen en vrij daarbuiten. Welke keuze de overheid maakt is een zaak van algemeen belang en *stricto sensu* geen zaak van het recht; dat recht verschaft alleen aan de overheid de vrijheid van keuze.

(594) Het heeft geen zin een beslissing te vernietigen op grond van de overtreding van een rechtsregel, van openbare orde of niet, indien niet blijkt dat de beslissing anders had kunnen of moeten zijn ingeval die overtreding niet was begaan (R.v.St., Lauwers, nr. 28.166, 24 juni 1987; R.v.St., Van Den Brande, nr. 28.704, 27 oktober 1987; R.v.St., Martens, nr. 30.503, 28 juni 1988; R.v.St., Leemans, nr. 48.866, 6 september 1994; R.v.St., Goubert, nr. 55.046, 6 september 1995; R.v.St., Hendrickx, nr. 56.412, 22 november 1995).

(595) R.v.St., Van Hooff, nr. 31.304, 8 november 1988.

(596) Een bepaling luidens welke van alle regelen inzake bevordering mag worden afgeweken voor personen met een hoge administratieve, wetenschappelijke en artistieke waarde is een typevoorbeeld van discretionaire bevoegdheid. Ingeval het reglement met betrekking tot de voorwaarden voor de toekenning van een bouwpremie geen cijfermatig uitgedrukte criteria hanteert, is er afwegingsmogelijkheid. Bij een bevordering is er keuze wanneer uitsluitend een minimale anciënniteit is vereist.

(597) D. LAGASSE, "Le contrôle du pouvoir 'discrétionnaire' de l'administration par le juge", in *L'administration face à ses juges, Rapports de la journée d'étude organisée le 22 mai 1987 par la Conférence libre du Jeune barreau de Liège*, Editons du Jeune barreau de Liège, 1987, 168; - "L'évolution du contrôle des actes administratifs 'discrétionnaires' par le Conseil d'Etat de 1971-1986", *A.P.T.* 1987, 216-241; W. LAMBRECHTS, *Geschillen van Bestuur, o.c.*, 83; K. LEUS, *Pseudo-wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1992, 116-126; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, nrs. 921-924; I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur, o.c.*, 18-19, nrs. 39-41 en 46-47, nr. 88; A. VAN MENDEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur, o.c.*, 11-17; A. VAN MENDEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, S. WYCKAERT, *De administratieve rechtshandeling, o.c.*, 72-73, nrs. 90-191; S. LUST, *Raad van State. Afdeling administratie. Rechtsherstel door de Raad van State*, in *Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2000, 156, nrs. 85-87.

220. De rechter heeft zoals gezien bij de beoordeling van de uitoefening van appreciatiebevoegdheid geen zeggenschap: niet hij oordeelt wat van algemeen belang is (598). De overheid kiest discretionair tussen verschillende wegen die alle rechtmatig kunnen worden ingeslagen (599).

De bevoegdheid van de overheid om de gegevens te appreciëren, is ruimer dan de bevoegdheid van de Raad van State om te oordelen of er rechte het juiste gewicht werd aan gehecht (600). De motievencontrole door de rechter kan ten volle gebeuren, want de in discretionaire bevoegdheid genomen beslissing moet uiteraard worden gedragen door deugdelijke motieven (601). Zo blijft duidelijk dat geen vrees hoeft te bestaan rond enerzijds de vraag of de rechter wel tot volledige rechtmatigheidsstoetsing overgaat – dat is immer zo – en anderzijds of de marginale toetsing niet tot een ongewenste vergroting van de macht van het bestuur leidt, omdat de rechterlijke motievencontrole (niet meer dan) de toets naar de volledige feitelijke en juridische juistheid van de beweegreden(en) van de beslissing omvat.

221. De in voorkomend geval door de overheid aan zichzelf opgelegde algemene gedragsbepurende regels – ook wel beleidsnormen genoemd – mogen, indien een bestuur in de uitoefening van discretionaire bevoegdheid handelt, slechts een relatief dwingend karakter (602) hebben. De overheid kan haar discretionaire bevoegdheid immers enigermate binden door dergelijke algemene regels, maar zij mag daardoor niet tekort komen aan de uit de habilitatiebepaling voortvloeiende verplichting om de bijzonderheden van ieder individueel geval te beoordelen (603). De overheid moet zich telkens opnieuw, vooraleer te beslissen, afvragen of het volgen van de gedragslijn zich opdringt op grond van een deugdelijk motief, dat rekening houdt met de nood aan een samenhangend beleid, een gelijke behandeling

(598) R.v.St., Germonpre, nr. 33.021, 19 september 1989.

(599) R.v.St., Goossens, nr. 27.629, 16 maart 1987; R.v.St., Boen, nr. 30.496, 28 juni 1988; R.v.St., Magdaleens, nr. 33.537, 7 december 1989.

(600) R.v.St., Driesen, nr. 49.040, 13 september 1994.

(601) “Maar een in discretionaire bevoegdheid genomen beslissing leent zich niet tot algehele toetsing”, (zijnde ook de opportuniteitstoetsing), “door de Raad van State, omdat de rechter de keuze op zich niet inhoudelijk onwettig kan bevinden tenzij ze kennelijk onredelijk is” (J. BAERT, noot bij R.v.St., Piot, nr. 49.689, 14 oktober 1994, *T.O.R.B.*, 1994-95, 140-142; -, noot bij R.v.St., Auman, nr. 62.082, 1 oktober 1996, *T.O.R.B.* 1996-97, 137-139).

(602) R.v.St., Behey, nr. 24.467, 20 juni 1984; R.v.St., N.V. Lerus centers Hasselt, nr. 131.809, 27 mei 2004: “een gedragslijn kan bijdragen tot een eenvormige toepassing van de discretionaire bevoegdheid maar mag niet het karakter aannemen van een strakke en absoluut bindende regel waardoor de inhoud van de te nemen particuliere beslissing in wezen reeds van tevoren wordt vastgesteld (...)”.

(603) R.v.St., Van Lierde, nr. 23.959, 9 februari 1984.

en rechtszekerheid. De overheid zou haar discretionaire bevoegdheid ver-
zaken ingeval zij de uitoefening ervan aan absoluut bindende rechtsregels
zou onderwerpen (604). Doch om de richtlijn of de beleidsnorm niet elke
zin te doen verliezen, moet de overheid indien ze ervan afwijkt, zich daar-
voor op een deugdelijk motief kunnen beroepen (605).

222. Bij discretionaire bevoegdheid kan in de regel geen enkel criterium
de verplichting tot handelen met zich brengen. Desgevallend kan aan be-
paalde criteria een groot gewicht worden gehecht, maar geen enkel ervan
mag als decisief worden beschouwd in die zin dat de overheid bij aanwe-
zigheid ervan tot beslissen zou verplicht zijn (606).

223. Gelijktijdig of met betrekking tot dezelfde aangelegenheid genomen
discretionaire beslissingen moeten door coherente motieven worden gedra-
gen (607). Is de overheid tot een bepaald opportuiniteitsoordeel gekomen,
dan kan ze niet zomaar bij een latere beslissing in verband met eenzelfde
zaak een tegenovergestelde opvatting hanteren, tenzij precieze, concrete
elementen doen begrijpen waarom de overheid van mening is veranderd.

Zowel gebonden als discretionaire beslissingsbevoegdheid kan in eenzelf-
de beslissingsproces voorkomen (608).

(604) R.v.St., Vereecken, nr. 41.299, 8 december 1992, overw. 3.3.1; R.v.St., Lauf, nr. 41.300,
8 december 1992.

(605) R.v.St., Behey, nr. 24.467, 20 juni 1984; R.v.St., Devos, nr. 46.724, 29 maart 1994;
R.v.St., Vandendaele, nr. 48.490, 5 juli 1994.

(606) R.v.St., Luppens, nr. 39.488, 26 mei 1992. Bij verscheidene kandidaten die moeten wor-
den vergeleken, geldt de gelijkheidsregel. Voor benoemingen kreeg die vereiste vorm in het
beginsel van de "gelijke toegang tot de openbare betrekkingen"; ambtenaren moeten gelijkelijk
hun loopbaan kunnen uitbouwen (R.v.St., Macken, nr. 34.532, 27 maart 1990).

(607) Er wordt aangenomen dat de toezichthoudende overheid discretionair oordeelt over de
opportuiniteit van het aanwenden van de algemene schorsings- en vernietigingsbevoegdheid.
Indien zij evenwel in het ene geval wel vernietigt en in het andere niet (hoewel zij dit had ge-
kund en zonder dat het administratief dossier enig gegeven bevat op grond waarvan dit onder-
scheid wordt verantwoord met betrekking tot beslissingen die inhoudelijk zo gelijk zijn) ge-
bruikt zij haar vernietigingsbevoegdheid op willekeurige wijze.

(608) Zo is de bevoegdheid van een examencommissie gebonden wat de programma's betreft
maar discretionair wat de beoordeling van de verdiensten van de kandidaten aangaat.

§ 5. De schending van de materiële motiveringsplicht aanvoeren in een geding “bespaart” op het inroepen van enige andere rechtsbeginselen

224. Het beginsel van de vereiste van deugdelijke motieven omvat tevens het zorgvuldigheidsbeginsel (609), het redelijkheidsbeginsel en het consistentiebeginsel (610).

De rechtspraak oordeelt dat *“de feitelijke onjuistheid van het middel dat de schending van de materiële motiveringsplicht aanvoert tot gevolg heeft dat het middel van de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (verzoekende partij heeft het achtereenvolgens over de schending van het redelijkheidsbeginsel, de voorlichtingsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel) en het middel van de schending van het gelijkheidsbeginsel, moeten worden afgewezen omdat het uitgangspunt om die middelen aan te voeren verkeerd is”* (611).

225. Reeds in 1970 wordt deze reductiegedachte aangetroffen bij M. SOMERHAUSEN waar hij oppert dat aan het beroep op de algemene rechtsbeginselen het bezwaar is verbonden dat ze hopeloos vaag zijn, dat niemand weet hoeveel er precies zijn en dat niemand weet wat ze precies inhouden (612). DONNER stelt in 1978 dat de indruk ontstaat dat de rechter die, gesteld voor tegenstrijdige beweringen van partijen, het gevoel heeft “er niet meer uit te komen”, huivert om de moeilijke knopen door te hakken en nogal eens zijn toevlucht neemt tot het zorgvuldigheidsbeginsel. Dit is dikwijls onbevredigend voor het bestuur, dat tevergeefs naar duidelijke aanknopingspunten zoekt wat dan wel “zorgvuldig” is (613).

In dezelfde zin gaat de volgende “verzuchting”: *“Mag de practicus van het recht die uw recensent is hier verzuchten: daar zijn ze weer, die gevaarlijke verleiders! Wie de voorbeelden van David D’HOOGHE leest waarin die beginselen (het gaat om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) toegepast heten te zijn, vraagt zich af: wordt hier werkelijk meer dan geschre-*

(609) *“Geef ons één voorbeeld van een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel dat niet onder (...) het beginsel dat iedere administratieve beslissing op in rechte en in feite aanvaardbare motieven moet berusten, ondergebracht kan worden”* (J. BORRET, Boekbespreking van I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, T. Gem. 1993, 88-89).

(610) R.v.St., Muyliaert, nr. 60.981, 15 juli 1996.

(611) R.v.St., Scheire, nr. 40.739, 13 oktober 1992, overw. 2.4. en 2.5.

(612) M. SOMERHAUSEN, “De Raad van State en de algemene beginselen van het administratief recht”, T.B.P. 1970, 486-487.

(613) DONNER, “Misbruik van beginselen”, R.M.Th. 1978, 377-379 (378).

ven recht toegepast, recht neergelegd in de Grondwet: de gelijkheidsregel en de regel dat het hele overheidshandelen op het algemeen belang gericht moet zijn? En zijn we zo niet goeddeels bij de doodgewone controle op de motieven beland, die motieven die een constitutief bestanddeel van de administratieve rechtshandeling zijn en als zodanig vanuit een oogpunt van elementaire logica, niet vanuit hooggestemde algemene beginselen, aan wettigheidstoezicht onderworpen zijn.” (614).

J. VANDE LANOTTE stelt dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur “een interessante vernieuwing (zijn) die echter vlug uit de hand liep” (615). Met het oog op de rechtszekerheid en op de praktische toepasbaarheid, verdient het aanbeveling de onderscheiden beginselen af te lijnen.

§ 6. Kenbaarheid van de motieven

226. Wat de kenbaarheid van de motieven betreft moeten ze overeenstemmend uit het besluit en uit het administratief dossier over de zaak blijken, zijnde de stukken die de overheid op het ogenblik van haar beslissing in aanmerking heeft kunnen nemen (616).

I. Slechts de motieven die aanwezig waren ten tijde van het nemen van de beslissing, kunnen in rechte in aanmerking worden genomen

227. Er kan alleen rekening worden gehouden met de reden(en) aanwezig ten tijde van het totstandkomen van de beslissing. Het gemis aan motivering kan niet worden goedge maakt door een latere toevoeging in de loop

(614) J. BORRET, recensie van D. D’HOOGHE, “De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken”, *T. Gem.* 1994, 35-38 (36).

(615) Zie de analyse terzake van L.M. VENY, J. DE MAERTELAERE en T. DE SUTTER, “De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en hun bijdrage tot een democratische werking van de overheid”, in M. ADAMS en P. POPELIER (ed.), *Recht en democratie. De democratische verbeelding in het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 639-655.

(616) R.v.St., Desmedt, nr. 20.422, 13 juni 1980; R.v.St., Lambert, nr. 26.739, 26 juni 1986; R.v.St., Vancoillie, nr. 34.816, 26 april 1990; R.v.St., Van Den Ouwelant, nr. 35.026, 29 mei 1990; R.v.St., Lens, nr. 38.438, 9 januari 1992; R.v.St., Bauweraerts, nr. 108.932, 5 juli 2002.

van het geding (617). Er is alsdan niet aangetoond dat die motieven kunnen worden toegeschreven aan de beslissende overheid (618). De reden die op het tijdstip waarop de beslissing was genomen, was opgegeven, moet geacht worden het motief te zijn waarop de beslissing werkelijk gegrond is. Aangezien de Raad van State alleen rekening kan houden met de motieven waarop de bevoegde overheid heeft gesteund, is er geen grond de door de tussenkomende partij (619) in de loop van de procedure aangevoerde nieuwe motieven te onderzoeken (620).

Noch een mondelinge uitleg (621), noch een aan de betrokkene schriftelijk gezonden uitleg (622), noch een nota in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, noch een ter zitting overhandigde nota, kunnen in aanmerking worden genomen (623).

Het is uit de stukken van het administratief dossier dat de Raad van State kan vaststellen dat het motief slechts na het besluit is opgegeven. Zeker wanneer de overheid eerst beslist en vervolgens haar administratie om een motivering verzoekt. Op achteraf opgegeven motieven kan geen acht worden geslagen omdat het niet bewezen is dat ze meegespeeld hebben bij de besluitvorming (624), dat ze werkelijk ten grondslag van de bestreden be-

(617) R.v.St., Wintracken, nr. 13.121, 25 juli 1968; R.v.St., kerkfabriek Saint-Remy, nr. 25.316, 10 mei 1985; R.v.St., Chainaye, nr. 26.157, 7 februari 1986. Wanneer het enige wat de Raad bekend is een document en commentaar daarop van de verzoekende partij is en pas een kleine maand voor de terechtzitting stukken worden toegestuurd die van een meer uitgebreide motivering zouden getuigen, zal de Raad de zaak niet uitstellen om na te gaan in hoeverre inderdaad aan de motiveringsverplichting zou zijn voldaan. De Raad vernietigt onder de suggestie de beslissing over te doen na het arrest – indien verwerende partij zich daartoe in de tijd gerechtigd acht (R.v.St., Lauf, nr. 56.151, 8 november 1995). “*De motieven op basis waarvan de goedkeuring wordt geweigerd, moeten worden vermeld in het instrumentum van de beslissing, aangezien een uitleg die achteraf in de processtukken wordt gegeven niet de ontoereikendheid kan verhelpen van de motivering van de handeling*” (R.v.St., Foret, nr. 112.296, 6 november 2002). (618) R.v.St., Rogge, nr. 34.827, 27 april 1990; R.v.St., Poels, nr. 37.848, 11 oktober 1991; R.v.St., Ioffoli, nr. 38.081, 8 november 1991; R.v.St., Tastenay, nr. 38.274, 6 december 1991; R.v.St., Roggeman, nr. 40.610, 6 oktober 1992.

(619) Het is de overheid die haar beslissingen moet wettigen en de tussenkomende partij kan dat niet in haar plaats doen (R.v.St., Pirlet, nr. 32.800, 27 juni 1989).

(620) R.v.St., Jonas, nr. 20.777, 4 december 1980; R.v.St., Labie, nr. 24.803, 7 november 1984.

(621) B. VAN KEIRSBILCK, noot onder R.v.St., Gilbert, nr. 48.480, 5 juli 1994, *J. dr. jeun.* 1994, afl. 139, 32.

(622) R.v.St., Aguirre perea, nr. 104.573, 12 maart 2002.

(623) R.v.St., Van Der Cruyssen, nr. 65.639, 26 maart 1997.

(624) R.v.St., Vanquathem, nr. 61.448, 9 september 1996; R.v.St., B.V.B.A. Ondernemingen Aerts algemene, nr. 75.686, 8 september 1998; R.v.St., Hendricx, nr. 114.935, 23 januari 2003: “*te elfder ure*”; op de toelichting in latere procedurestukken mag geen acht worden geslagen (R.v.St., Haezaerts, nr. 129.040, 10 maart 2004).

slissing hebben gelegen (625), ook al zou de door de overheid aan te nemen houding reeds voor de beslissing hebben vastgestaan (626).

II. Nieuw onderzoek, nieuwe motieven: niet in aanmerking te nemen als geen nieuwe beslissing volgt

228. Het feit dat een nieuw onderzoek andere gronden aan het licht brengt, kan niet met zich brengen dat die nieuwe motivering in de plaats zou komen van die welke de overheid eerder in aanmerking had genomen. De Raad zal de nieuwe motivering die in de loop van de procedure wordt aangevoerd niet onderzoeken indien de bevoegde overheid geen nieuwe beslissing heeft genomen na het nieuwe onderzoek (627).

§ 7. *Aanvankelijk amper controle van de feitelijke juistheid, in de zestiger jaren ook van de juridische juistheid (628) en sinds twintig jaar controle van de redelijke verhouding tussen motieven en inhoud*

229. Wijlen A. MAST schreef “*Quelques années à peine après l’entrée en vigueur de la loi créant le Conseil d’Etat, est apparu ce qu’une jurisprudence fondée sur le principe de la non-motivation des actes de l’administration pouvait avoir d’insuffisant lorsque le juge ne prend pas en considération les motifs réels de l’acte. Il n’a pas fallu longtemps pour que le Conseil d’Etat étende son contrôle au fondement véritable de l’acte administratif et abandonne les formules sommaires dont il usait vers les années 50*” (629). Hij vervolgt in dezelfde bewoordingen als REMOIN dat “*pour exercer ce contrôle plus poussé (630)*”, de Raad van State zich heeft gebaseerd op de door de wet ter beschikking gestelde controlemiddelen.

230. Dat er een duidelijke lijn zou zijn in verband met een stapsgewijze evolutie in de rechtspraak wordt weersproken door het feit dat ook al in

(625) R.v.St., Cruyt, nr. 126.152, 8 december 2003.

(626) R.v.St., XXX, nr. 104.573, 12 maart 2002.

(627) R.v.St., Vandersmissen, nr. 23.392, 22 juni 1983.

(628) F.M. REMION, “La motivation des actes administratifs en droit belge”, in X. (ed.), *Rapports belges au VIIIe Congrès international de droit comparé*, Brussel, Interuniversitair Centrum voor rechtsvergelijking, 1970, 672.

(629) A. MAST, “La motivation comme instrument de contrôle par le Conseil d’Etat”, *Travaux du Centre national de recherche logique. La motivation des décisions de justice*, Brussel, Bruylant, 1978, 367.

(630) F.M. REMION, *Le Conseil d’Etat...*, o.c., 57.

1967 (631) een ver doorgedreven motievencontrole wordt gevonden, terwijl evengoed veel later illustraties van een beperkte motieventoetsing worden vastgesteld. Deze hangt wellicht af van een samenspel van factoren: de wijze van aanbrengen door de partijen, de soort beslissing, de rechter, de mentaliteit, het rechtsgevoelen.

231. Maar de administratieve rechter heeft zich toch wel lange tijd vrij te rughoudend gedragen bij het onderzoek naar de juistheid van de motieven – niet wat de feitelijke juistheid betreft (632) – uit vrees in te grijpen in wat hij meende de prerogatieven van het bestuur te zijn. Ook als hij de motieven niet kon ontwaren, overwoog de Raad van State dat de overheid souverain oordeelde en hij niet in haar plaats kon uitmaken wat de juiste beslissing was indien deze maar niet kennelijk onredelijk was. Dat laatste overwoog de Raad van State zelfs niet eens in een arrest van 1959 (633). De benoemende overheid mocht in die zaak zonder reden een nieuwe oproep doen en alle adviezen in de wind slaan, ook die welke ze bijkomend zelf nog had gevraagd. Het beoordelingsrecht van de overheid is vrij, aldus die rechtspraak. “*A l’origine*”, stelt D. LAGASSE, “*le Conseil d’Etat se refusait catégoriquement à exercer quelque contrôle de légalité interne que ce soit sur l’appréciation émise par l’autorité*” (634).

Vooraf bij beslissingen bij geheime stemming genomen, op basis van een dossier met niet veel meer dan een opsomming van de verdiensten of met curricula vitae, werd door de administratieve rechter geoordeeld op grond van een vermoeden dat de overheid de aanspraken had doorgenomen (635).

232. “*Dans un premier temps*”, schrijft REMOIN, “*le juge s’est contenté d’examiner la réalité des motifs, leur exactitude en fait – dans un second temps, il a été plus loin et a examiné leur exacte qualification – et enfin, dans un passé plus récent, il examine, dans certaines matières la “proportionnalité” de la décision au regard de ses motifs*” (636). Zoals F. DEBAEDTS

(631) R.v.St., Craps, nr. 12.187, 27 januari 1967.

(632) A. VAN MENDEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK en S. WYCKAERT citeren terzake een arrest van 1949 (*De administratieve rechtshandeling, o.c.*, 74, vn. 378).

(633) R.v.St., Dieltiens, nr. 6.815, 26 januari 1959.

(634) D. LAGASSE, “Le juge administratif face à la politisation des nominations de fonctionnaires”, *J.T.* 1987, 157.

(635) R.v.St., De Vocht, nr. 21.213, 5 juni 1981, *T.B.P.* 1982, 76.

(636) F.M. REMION, *Le Conseil d’Etat...*, o.c., 59.

ook aangeeft werd dat laatste beginsel in 1980 en in de daaropvolgende jaren reeds toegepast. J. DE BRABANDERE heeft het over “het inluiden van het redelijkheidsbeginsel” in 1978 met het arrest Bossuyt (637). Dat arrest (638) – “een spoortrekkend arrest”, aldus A. VAN MENSEL (639) – voerde die ondertussen befaamde, talloze keren in de rechtspraak gebruikte formule in, met name dat alleen bijzondere concrete gegevens in redelijkheid grotere aanspraken kunnen weerspreken. Dit wordt aangehaald ter verwijzing naar het feit dat de Raad van State toen oordeelde dat wanneer er verscheidene, min of meer evenwaardige kandidaten waren, de voorkeur van de benoemende overheid niet steeds aan de hand van de stukken van het dossier wordt verantwoord (640).

233. De recente rechtspraak past grosso modo de “stapsgewijze” benadering (bestaan-bekend zijn van de motieven, bestaan-bewezen zijn van de feiten, juridische juistheid van de motieven, al dan niet wanverhouding motieven-inhoud) terzake de motievencontrole toe (641). A. VAN MENSEL schrijft “*Hoever wij verwijderd zijn van de opvattingen van weleer moge blijken uit een passage van de eminente jurist CAMBIER, C. (...) waarin hij het arrest van 30 mei 1952, nr. 1605 bespreekt: ‘Le Conseil d’Etat s’est à notre sens, départi à tort de cet enseignement en s’arrogeant, dans une espèce, le pouvoir de vérifier, au besoin par une instruction, l’inexactitude des faits sur lesquels une commission (...) avait fondé son action’*” (642).

§ 8. Besluit

234. Ondanks decennialange rechtspraak over de materiële motivering en ondanks straks 15 jaar rechtspraak over de uitdrukkelijke motivering, handelen overheden nog steeds dusdanig dat hun drijfveren op geen manier

(637) J. DE BRABANDERE, “De benoeming en bevordering van het gemeentepersoneel”, *T.B.P.* 1989, 165; J. DE BRABANDERE, “Enkele recente ontwikkelingen in de rechtspraak van de Raad van State in verband met de rechten en plichten van het overheidspersoneel”, *T. Gem.* 1990, 266, nr. 4-5.

(638) R.v.St., Bossuyt, nr. 19.244, 14 november 1978.

(639) A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur, o.c.*, 154, nr. 409.

(640) Rechtspraak Bossuyt bevestigd in bv. R.v.St., Wouters, nr. 19.983, 18 december 1979; R.v.St., De Vocht, nr. 21.213, 5 juni 1981; R.v.St., De Spaey, nr. 24.668, 21 september 1984, overw. 5.2.

(641) R.v.St., Geuens, nr. 81.134, 22 juni 1999.

(642) A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur, o.c.*, 41.

achterhaald kunnen worden (643). Zo moet de Raad van State tot op vandaag overwegen dat er schending is zowel van de uitdrukkelijke als van de materiële motiveringsplicht (644).

Het recht de motieven te kennen is het noodzakelijk correlarium van de jurisdictionele motievencontrole. Sinds de uitdrukkelijke of formele motiveringsverplichting is het niet langer alleen de rechter maar ook de rechtsonderhorige, die het recht heeft om de motieven van de overheid medegedeeld te krijgen. De uitdrukkelijke motiveringswet zocht de kennis van de motieven onafhankelijk van de tussenkomst van de rechter te maken.

De motievencontrole vatten in een statische analyse staat bijna haaks op de soepelheid en empirische aanpak van de rechter. Bij toepassing van dezelfde controlemaatstaf kan de uitkomst van elke zaak verschillen zodra zij enigermate andere feitelijke gegevens kent. Ook de wijze van procesvoeren beïnvloedt de uitkomst. Aan precisie van de verzoekende partij moet evenveel precisie van de verwerende partij beantwoorden. De rechter houdt rekening met de wijze van formuleren van de middelen enerzijds – de verzoekende partij moet een ernstig vermoeden of meer kunnen leveren omtrent de onjuistheid naar de motieven –, anderzijds met de tenor van het verweer dat op zijn beurt met dezelfde draagkracht moet worden weersproken. Dit betekent dat het goed mogelijk is dat een concreet geval niet inpasbaar is in bovenstaande analyse of dat dezelfde geschillen een verschillende uitkomst kennen. Belangrijk is, zo concreet mogelijk te zijn, niet op een waaier van algemene rechtsbeginselen als daar zijn het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel van de fair-play of het gewekte vertrouwen, het consistentiebeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het behoorlijkheidsbeginsel, tegelijk een beroep te doen. De verificatie van de feiten moet zo nauwkeurig mogelijk gebeuren alsook het onderzoek naar de beweegredenen van de overheid. De rechter houdt

(643) R.v.St., N.V. Aannemingsmaatschappij cfe en N.V. Betonac-beton, nr. 113.096, 29 november 2002; R.v.St., Beelaerts, nr. 117.621, 27 maart 2003; R.v.St., Van Zeebroeck, nr. 131.816, 27 mei 2004.

(644) R.v.St., N.V. Group Govaert, nr. 141.320, 18 februari 2005: “*Indien het bestreden besluit vermeldt ‘de onderneming is niet in orde met de administratie van directe belastingen’ is zowel de formele als de materiële motiveringsplicht geschonden*”; R.v.St., Van Der Cruyssen, nr. 65.639, 26 maart 1997; R.v.St., Fontaine, nr. 104.277, 4 maart 2002.

wel rekening met de echte reden, ook als er gedaan wordt alsof een andere reden aan de basis van de beslissing ligt (645).

Besluitend dient te worden gesteld dat de wijze waarop de motievencontrole geschiedt door de administratieve rechter zelf wordt ingevuld.

J. VANDE LANOTTE komt tot de bevinding dat “*de rechter meer en meer als dé toetssteen van de rechtsstaat (wordt) gezien*” hetgeen “*finaal tot ernstig nadenken stemt*” (646). De Raad van State heeft zijn techniek ter controle van het overheidsoptreden verscherpt (647) en de controle van de motieven van de administratieve rechtshandeling is het belangrijkste deel van die techniek. Wijlen W. LAMBRECHTS stelde in zijn toespraak ter gelegenheid van de 50ste verjaardag van het statuut Camu dat de rechtspraak van de Raad van State geëvolueerd is van voorzichtigheid naar stoutmoedigheid (648). O. DAURMONT beklemtoont de rechtsbeschermende rol van de administratieve rechter, altijd binnen het recht: “*Protéger le citoyen de l’arbitraire administratif. A cette fin, le Conseil d’Etat met en œuvre tous les moyens juridiques dont il dispose*” (649).

(645) R.v.St., Van Parijs, nr. 64.783, 26 februari 1997, waarin de Raad van State vaststelt dat “*tegenpartij geen genoegen heeft kunnen nemen met de strafrechtelijke buitenvervolginstelling van verzoekende partij, als onder meer heil werd gezocht in een tuchtvervolgning die op niets is uitgelopen, in een medisch ongeschikt verklaren waarvoor men aan geen geneeskundig attest geraakte en wanneer als oplossing de maatregel van terbeschikkingstelling wegens ambtsontheffing in het belang van de dienst werd getroffen*”.

(646) J. VANDE LANOTTE, “Bestuursrecht: de rusteloze zoektocht...”, o.c., 147.

(647) L.P. SUETENS, *Op de grens van het ideaal denkbare en het praktisch haalbare*, Brugge, die Keure, 1997, 400.

(648) W. LAMBRECHTS, “Het statuut Camu en de Raad van State”, *T.B.P.* 1988, 4.

(649) O. DAURMONT, “Relativité d’un axiome: ‘une autorité n’est jamais tenue de nommer’ et compatibilité du respect du scrutin secret et de l’obligation de motivation formelle”, *Rev. dr. commun.* 1994, 74.

HOOFDSTUK 3. HET REDELIJKHEIDSBEGINSEL

Prof. dr. Marc Boes
Hoogleraar K.U.Leuven

§ 1. Inleiding

I. Omschrijving van het redelijkheidsbeginsel

235. In 1981 stelde professor SUETENS dat het redelijkheidsbeginsel geschonden is “wanneer het bestuursorgaan op evidente wijze een onjuist gebruik van zijn beleidsvrijheid heeft gemaakt, m.a.w. wanneer het bestuur kennelijk onredelijk heeft gehandeld” (650).

De opvatting dat de rechterlijke toetsing van een bestuurshandeling een marginale toetsing is, d.w.z. dat de bestuurshandeling alleen dan maar onrechtmatig is wanneer ze het resultaat is van een *kennelijk onredelijk* handelen, gaat ook nog op in 2005.

Zo leest men in een arrest van 11 april 2005:

“2.10. Overwegende dat de Raad van State slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid beschikt bij het beoordelen van de redelijkheid van de strafmaat; dat dit betekent dat zij alleen die straf als strijdig met het evenredigheidsbeginsel kan bevestigen die dermate buiten verhouding staat tot de zwaarte van de feiten dat geen enkele in redelijkheid oordelende overheid ze voor die feiten zou opleggen waarbij rekening moet worden gehouden met het feit dat de overheid bij de bepaling van de strafmaat niet alleen rekening dient te houden met de persoonlijke situatie van de betrokken ambtenaar, maar ook en vooral, met het belang van de dienst waarvoor zij instaat” (651).

En in een arrest van 6 juni 2005:

“2.3.2. Overwegende dat de tuchtoverheid bij het bepalen van de aard en de zwaarte van een tuchtsanctie over een ruime appreciatiebevoegdheid beschikt; dat de Raad van State enkel een kennelijk volkomen in wanverhouding tot de fout staande straf als on-

(650) L.P. SUETENS, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak van de Raad van State”, *T.B.P.* 1981, (81) 87.

(651) R.v.St., De Baere, nr. 142.933, 11 april 2005.

wettig beschouwt, met andere woorden een straf waarvoor het in redelijkheid ondenkbaar is dat enige overheid ze voor die fout zou opleggen” (652).

Ook zo inzake examens:

“dat een beoordeling door de examencommissie door de Raad van State echter enkel voor onwettig kan worden gehouden indien blijkt dat die beslissing niet gedragen kan worden, in rechte of in feite, door de er voor ingeroepen motieven of indien het om een beslissing gaat waarvan gewoon niet te begrijpen valt hoe ze zelfs binnen die ruim geachte discretionaire bevoegdheid tot stand is kunnen komen: waarvan met andere woorden niet denkbaar is dat enige zorgvuldige handelende examencommissie ze zou kunnen nemen; dat de Raad van State dus niet, in het kader van het aangevoerde middel, het werk van verzoeker moet vergelijken met de werken van andere studenten zoals hij het vraagt in de memorie van wederantwoord” (653).

236. Niet alleen de Raad van State hanteert het redelijkheidsbeginsel. Ook het Hof van Cassatie past het beginsel regelmatig toe. Van de terughoudendheid die in het verleden gesignaleerd werd is er nu geen sprake meer (654).

Het Hof van Cassatie waakt trouwens niet alleen over de toepassing van het redelijkheidsbeginsel; alle beginselen zijn van toepassing wanneer de voorwaarden aanwezig zijn:

- “overwegende dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het recht op rechtszekerheid insluiten; dat die beginselen ook gelden ten aanzien van het fiscale bestuur” (655);
- “overwegende dat de beginselen van behoorlijk bestuur het recht op rechtszekerheid insluiten; dat zij bindend zijn voor de belastingadministratie” (656);
- “dat dit beginsel [de continuïteit van de openbare dienst] niet noodzakelijk inhoudt dat de dienstverlening waarop de burger aanspraak kan maken, ononderbroken of permanent moet zijn, ook al moeten de verplichtingen van de overheid getoetst worden aan de normen van behoorlijk bestuur” (657).

(652) R.v.St., Mennens, nr. 145.446, 6 juni 2005.

(653) R.v.St., Van den Brande, nr. 141.832, 10 maart 2005.

(654) P.Y. MONETTE, “Le principe du raisonnable dans l’action administrative”, *C.D.P.K.* 2001, (252) 256.

(655) Cass. 3 november 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1710, *F.J.F.* 2001, 267 en *T.F.R.* 2001, 164.

(656) Cass. 26 oktober 2001, *F.J.F.* 2001, 795 en *Pas.* 2001, 1728.

(657) Cass. 12 februari 2004, www.cass.be.

Ook al gaat het in deze zaken om een welbepaald beginsel, het Hof van Cassatie benadrukt dat het bestuur onderworpen is aan “de” d.w.z. alle algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Het redelijkheidsbeginsel vindt ook toepassing in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, vooral in verband met betwistingen rond de keuze van de herstelmaatregel bij stedenbouwkundige overtredingen. In het zeer belangrijke arrest van 15 juni 2004 formuleert het Hof dit als volgt:

“Dat mocht blijken dat de vordering van de overheid steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van de goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is, de rechter deze vordering zonder gevolg moet laten” (658).

De rechtspraak van het Hof van Cassatie i.v.m. de redelijkheidstoets van vorderingen tot het opleggen van stedenbouwkundige herstelmaatregelen heeft ook nog een andere fundamentele discussie geopend, nl. die van de verhouding tussen de uitvoerende en de rechterlijke macht.

Beide punten – de rechtspraak van het Hof van Cassatie i.v.m. de rechterlijke toetsing van vorderingen tot het opleggen van stedenbouwkundige herstelmaatregelen en de verhouding tussen de uitvoerende macht en de rechterlijke macht n.a.v. het beoordelen van de redelijkheid van het bestuurlijk handelen – komen later aan bod.

II. De plaats van het redelijkheidsbeginsel in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

237. De aard zelf van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur brengt met zich mee dat hun omschrijving, en dus hun toepassingsgebied, precisie mist. Men kan van mening verschillen over het aantal beginselen van behoorlijk bestuur, en in ieder geval zijn overlappingsen onvermijdelijk.

Ongeacht het aantal algemene beginselen van behoorlijk bestuur dat men wil onderscheiden, is het zeker zinvol een onderscheid te maken tussen processuele beginselen van behoorlijk bestuur en inhoudelijke beginselen van behoorlijk bestuur.

(658) Cass. 15 juni 2004, *T.M.R.* 2004, 438, concl. M. DE SWAEF.

Processuele beginselen zijn gericht op de besluitvorming, en beïnvloeden niet noodzakelijk het uiteindelijke resultaat. Wanneer de burgemeester een woning onbewoonbaar wil verklaren, moet hij de bewoners en eigenaars vooraf horen. Maar het horen van de betrokkenen maakt niet dat het uiteindelijke resultaat (het al dan niet onbewoonbaar verklaren) anders is dan wanneer de betrokkenen niet zouden zijn gehoord.

Inhoudelijke beginselen daarentegen beïnvloeden wel degelijk het uiteindelijke resultaat. Als een eerdere bestuurshandeling wordt ingetrokken buiten de daaraan gestelde voorwaarden, en wordt de intrekkingbeslissing door de Raad van State vernietigd wegens schending van het rechtszekerheidsbeginsel, dan kan de overheid het vernietigde intrekkingbesluit niet overdoen.

Het is duidelijk dat het redelijkheidsbeginsel tot de groep van de inhoudelijke beginselen behoort. Als eenmaal komt vast te staan dat het niet denkbaar is dat enig redelijk handelende overheid een bepaald besluit genomen zou hebben, dan kan het besluit niet worden overgedaan.

III. De eigen aard van het beginsel van behoorlijk bestuur

238. Men kan zich de vraag stellen of het redelijkheidsbeginsel binnen de groep van de inhoudelijke beginselen wel een aparte plaats inneemt.

Dit heeft te maken met het beginsel van de scheiding der machten, beginsel dat in aangelegenheden als deze impliceert dat de rechter wel mag toezien op de wettelijkheid van het handelen van de uitvoerende macht (en bij uitbreiding, van alle administratieve overheden), maar zich niet mag inlaten met het beleid of de opportuniteit van het overheidshandelen (659).

Het is opvallend dat beide begrippen – het redelijkheidsbeginsel en het beginsel van de scheiding der machten – vaak in een adem vernoemd worden, zoals bv. in het arrest van het Hof van Cassatie van 15 juni 2004 (660).

De verklaring is dat de toetsing aan de redelijkheid onvermijdelijk ook een toetsing van de opportuniteit inhoudt, zij het dan, maar ook juist daarom, zeer terughoudend.

(659) Zie Cass. 15 juni 2004, *T.M.R.* 2004, 234; Arbitragehof nr. 46/2005, 1 maart 2005.

(660) Cass. 15 juni 2004, *T.M.R.* 2004, 234.

In dat opzicht moet worden vastgesteld dat het onderscheid tussen het *redelijkheidsbeginsel* en het *motiveringsbeginsel* nog moeilijker te maken is dan in 1993 al werd vastgesteld (661).

Zo stelt de Raad van State in een arrest van 16 februari 2005:

“dat, wat de beweerde schending van de materiële motiveringsplicht betreft, zij er niet in slagen aan te tonen dat de feitelijke vaststellingen van de vergunningverlenende overheid niet correct zouden zijn, noch dat de gevolgtrekkingen die deze daaruit afleidt, kennelijk onredelijk zouden zijn” (662);

en in een arrest van 2 juni 2005:

“dat op grond van de opgegeven motieven, niet gesteld kan worden dat de conclusie dat het gaat om een ‘kleinschalige’ inrichting, die in het betrokken woongebied aanvaard kan worden, kennelijk onredelijk zou zijn” (663).

En eigenlijk is er geen verschil tussen het redelijkheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel. Wat zijn motieven anders dan de redenen van een bestuurshandeling, en hoe kunnen redenen aanvaardbaar zijn als ze niet redelijk zijn?

Heel precies kan men stellen dat het redelijkheidsbeginsel een *aspect* is van het motiveringsbeginsel. Het motiveringsbeginsel is erg ruim, en zelfs al beperkt men het tot het “afdoende” karakter, omvat het vele aspecten zoals OPDEBEEK en COOLSAET aantonen: de motivering moet duidelijk zijn, niet tegenstrijdig, juist, pertinent, concreet, precies en volledig (664) .

Als een motivering aan al deze eisen voldoet, dan volgt de ultieme toets of de conclusie, het eigenlijke besluit dus, niet “kennelijk onredelijk” is. In die zin is het redelijkheidsbeginsel het “laatste” aspect van het motiveringsbeginsel.

Omdat de vraag of een bestuurshandeling “kennelijk onredelijk” is, net iets verder gaat dan het onderzoek naar de kwaliteit van de motivering op zichzelf is het toch verantwoord om het redelijkheidsbeginsel als zodanig een

(661) M. BOES, “Het redelijkheidsbeginsel”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 1993, 91.

(662) R.v.St., Comans en Nysten, nr. 140.730, 16 februari 2005.

(663) R.v.St., Cowe, nr. 145.287, 2 januari 2005.

(664) I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 1999, 150-156.

aparte plaats te geven, hoewel het dus eigenlijk ook deel uitmaakt van het (materiële) motiveringsbeginsel in zijn brede betekenis.

§ 2. *Het redelijkheidsbeginsel in de rechtspraak van het Hof van Cassatie*

I. Het redelijkheidsbeginsel in het ruimtelijkeordeningsrecht

239. In geval van overtreding van de bepalingen van artikel 146 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (665), kunnen de stedenbouwkundige inspecteur en het college van burgemeester en schepenen op grond van artikel 149 van hetzelfde decreet een herstelmaatregel vorderen. Het zijn er drie: het herstel in de vorige staat, het uitvoeren van bouw- of aanpassingswerken, het betalen van de meerwaarde die het goed door de overtreding heeft verkregen.

Het is vooral de eerstgenoemde herstelmaatregel – het herstel in de vorige staat, dat is in de praktijk meestal het afbreken van de illegale constructies – die door de betrokkenen als de zwaarste sanctie wordt aangevoeld, ook al is het technisch gesproken geen sanctie maar een soort van “teruggave” van een onrechtmatig voordeel (666). Het hoeft dan ook niet te verbazen dat men alle mogelijke argumenten gebruikt om de rechter, aan wie de vordering tot het opleggen van de herstelmaatregel wordt voorgelegd, ervan te overtuigen dat de gekozen maatregel onwettelijk is, zodat de rechter op grond van artikel 159 G.W. moet weigeren die herstelmaatregel op te leggen.

240. Een uitstekend overzicht van de rechtspraak van het Hof van Cassatie over de vraag hoever de rechter mag (moet) gaan in zijn beoordeling van de wettelijkheid van de keuze van de herstellvordering vindt men in de conclusies van Advocaat-generaal (thans Procureur-generaal) DE SWAEF bij het arrest van het Hof van Cassatie van 15 juni 2004 (meer bepaald in de tekst randnummers 238 tot 243) (667).

(665) *B.S.* 8 juni 1999. Het decreet werd sedertdien dertien maal gewijzigd. Een officieuze coördinatie is te vinden op de digitale Vlaamse Codex, <http://212.123.19.141/cgi-bin/toonfiche.exe?nr=6986&tab=2>.

(666) Zie hierover F. VAN ACKER, “Wordt de plaats nog in haar oorspronkelijke staat hersteld? Enige bedenkingen bij de herstellvordering in het ruimtelijke ordeningsrecht”, *T.R.O.S.* 2004, (157) 168. Noteer dat het Hof van Cassatie in een arrest van 9 september 2004 de herstelmaatregel toch een “bijkomende sanctie” noemt: *T.R.O.S.* 2004, 268.

(667) M. DE SWAEF, concl. bij Cass. 15 juni 2004, *T.R.O.S.* 2004, (236) 239-249.

Wat betreft de vraag of, en zo ja hoever, de rechter de keuze van de herstellvordering mag toetsen op haar redelijkheid, is het meest expliciete arrest dat van 4 februari 2003. Het Hof overweegt:

“Overwegende dat het tot de bevoegdheid van de rechterlijke macht behoort de vordering van de stedenbouwkundige inspecteur op haar externe en interne wettigheid te toetsen en te onderzoeken of ze strookt met de wet dan wel op machtsoverschrijding of machtsafwendiging berust, terwijl het niet aan de rechter staat de opportuniteit van de vordering te beoordelen;

Dat de rechter hierbij nagaat of de beslissing van de stedenbouwkundige inspecteur of van het college van burgemeester en schepenen om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen, uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen; dat de rechter de vordering die steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van een goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is, zonder gevolg moet laten;

Dat, wanneer de wettigheid van de vordering tot herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand wordt aangevochten, de rechter bovendien in het bijzonder nagaat of de vordering die moet worden beoordeeld, kennelijk niet onredelijk is; dat de rechter moet afwegen of geen andere herstelmaatregel noodzakelijk is, dit onder meer op grond van de aard van de overtreding, de omvang en de aantasting van de goede ruimtelijke ordening en het voordeel dat voor de ruimtelijke ordening ontstaat door het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand tegenover de last die daaruit voor de overtreder voortvloeit;

Dat voor de vaststelling van die kennelijke onredelijkheid het evenwel niet volstaat vast te stellen dat op grond van dezelfde criteria ook die andere maatregel in redelijkheid toelaatbaar of zelfs beter lijkt” (668).

Advocaat-generaal DE SWAEF leest in dat arrest een dubbele toets aan de redelijkheid: eerst moet de rechter nagaan of de keuze van de herstelmaatregel niet steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van de ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is (algemene regel). Maar

“[I]n gevallen waarin de herstellvordering strekt tot herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand teneinde de stedenbouwkundige voorschriften te doen naleven, zou de vermelde algemene regel tot het besluit leiden dat de vordering steeds zonder meer wettig is. Dergelijke beslissing wordt immers, uit zijn aard, met het oog op een goede ruimtelijke ordening genomen en steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een kennelijk onredelijke opvatting van een goede ruimtelijke ordening. Voor dit geval formuleert het arrest van 4 februari 2003 in het bijzon-

(668) Cass. 4 februari 2003, *T.M.R.* 2003, 389.

der de regel dat “wanneer de wettigheid van de vordering tot herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand wordt aangevochten, de rechter bovendien in het bijzonder nagaat of de vordering die moet worden beoordeeld, kennelijk niet onredelijk is (lees: niet kennelijk onredelijk is); dat de rechter moet afwegen of geen andere herstelmaatregel noodzakelijk is, dit onder meer op grond van de aard van de overtreding, de omvang en de aantasting van de goede ruimtelijke ordening en het voordeel dat voor de ruimtelijke ordening ontstaat door het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand tegenover de last die daaruit voor de overtreder voortvloeit” (669).

Advocaat-generaal DE SWAEF is het ook duidelijk eens met deze dubbele redelijkheidstoets (670).

De formulering van het arrest van 4 februari 2003 werd overgenomen in een arrest van 3 november 2004 (671).

241. Dat wil niet zeggen dat de toepassing van deze “bijzondere regel” in de praktijk altijd even gemakkelijk is.

Wat dat betreft zijn de feiten van groot belang:

“Overwegende dat de rechter onaantastbaar in feite oordeelt of, gelet op de gegevens van de zaak, het bestuur zijn vordering heeft afgewogen aan de hand van werkelijk bestaande feiten waarvan het zich een duidelijke voorstelling heeft kunnen vormen en die van zulke aard zijn dat zij de gevorderde maatregel naar recht en redelijkheid kunnen verantwoorden; dat het Hof alleen nagaat of de rechter uit zijn vaststellingen geen gevolgen afleidt die daarmee geen verband houden of op grond daarvan niet kunnen worden verantwoord” (672).

Welke feiten moet het bestuur, en daarna de rechter, bij de redelijkheids-toets betrekken?

Zeker de *omvang (ernst)* van de overtreding: het herstel in de vorige staat eisen, wanneer het gebouw conform de vergunde plannen werd opgericht, behalve een carport en de overdekte doorgang tussen de carport en de garage, is kennelijk onredelijk omdat het voordeel voor de goede ruimtelijke ordening geenszins opweegt tegen de last die de maatregel aan de beklaagden berokkent (673).

(669) M. DE SWAEF, concl. bij Cass. 15 juni 2004, *T.R.O.S.* 2004, 245.

(670) M. DE SWAEF, concl. bij Cass. 15 juni 2004, *T.R.O.S.* 2004, 249.

(671) Cass. 3 november 2004, *Amén*. 2005 (samenvatting).

(672) Cass. 26 april 2005, www.cass.be.

(673) Cass. 12 oktober 2004, www.cass.be.

Maar de vaststelling dat de onvergunde werken al lang deel uitmaken van een vergund tenniscomplex, en dat het perceel waarop ze zich bevinden in feite nooit bebost is geweest, terwijl het gewestplan het wel als bosgebied bestemd heeft, volstaat niet om te stellen dat vordering tot herstel in de vorige staat kennelijk onredelijk is (674).

242. Van belang is ook de wijze waarop Advocaat-generaal DE SWAEF het redelijkheidsbeginsel invult:

“Het evenredigheidsbeginsel, dat een meer precieze omschrijving inhoudt van het redelijkheidsbeginsel, het beginsel dat de titularis van een bevoegdheid, in casu het bestuur, die bevoegdheid naar redelijkheid moet uitoefenen concretiseert die eis van redelijkheid in gevallen van conflicterende belangen. Wanneer de uitoefening van een bevoegdheid in het algemeen belang conflicteert met een ander algemeen belang of een privé-belang, wordt de redelijkheid van de genomen beslissing getoetst op basis van de volgende drie-fasen-test:

- (1) is de beslissing waarvan de rechtmatigheid wordt beoordeeld, nuttig om het ermee nagestreefde doel te bereiken?
- (2) is de beslissing daartoe onmisbaar, dit is kan ze niet evengoed door een alternatieve, voor een ander belang minder bezwarende regeling worden vervangen en
- (3) is de beslissing, al is ze onmisbaar in de hiervoor genoemde betekenis, niet disproportioneel bezwarend voor een ander belang?”

Wat de herstelmaatregelen inzake stedenbouw betreft, rijst vanuit het oogpunt van de beklagde vooral de vraag of het door het bestuur gevorderde herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand redelijk is rekening houdende met de last die het herstel voor hem meebrengt. Aangezien het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand strekt tot onverkorte toepassing van de stedenbouwkundige regels die een goede ruimtelijke ordening tot doel hebben, is het duidelijk dat het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand nuttig en ook meestal onmisbaar is voor de handhaving van een goede ruimtelijke ordening. Het herstel van de plaats in de vorige staat lijkt alleen niet onmisbaar wanneer de werken door bouw- of aanpassingswerken aan de stedenbouwkundige regels kunnen worden aangepast.

Bijgevolg, indien de toetsing van de redelijkheid van de herstellvordering wordt beperkt tot het algemeen belang van een goede ruimtelijke ordening, kan een vordering tot herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand nooit onrechtmatig worden bevonden (tenzij het algemeen stedenbouwkundig belang even goed door de uitvoering van bouw- of aanpassingswerken wordt gevrijwaard). De decreetgever heeft evenwel, vooral in het belang van de overtreder, ook voorzien in de meerwaardesom als herstelmaatregel. Het is bijgevolg geoorloofd, en zelfs noodzakelijk, bij de beoor-

(674) Cass. 25 januari 2005, www.cass.be.

deling van de redelijkheid van de gevorderde herstelmaatregel over te gaan tot de derde fase van de evenredigheidstest. Aldus moet de rechter ook oordelen of het gevorderde herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand voor de overtreder niet disproportioneel bezwaard is” (675).

Een kanttekening bij deze opmerkelijke en heldere formulering.

Deze opvatting, die voortbouwt op die van Walter VAN GERVEN (676), is te reductionistisch. Een bestuurshandeling kan op zichzelf kennelijk onredelijk zijn, zonder dat er daarom een ander belang op het spel moet staan dat disproportioneel bezwaard wordt.

Het is juist dat het redelijkheidsbeginsel dikwijls evengoed met het evenredigheidsbeginsel kan worden aangeduid, en zeker in het stedenbouwrecht zal dat het geval zijn.

Evenredigheid is een verhouding tussen twee, in dit geval tegenovergestelde, belangen; bij de herstelmaatregel zijn dat het belang van goede ruimtelijke ordening (het algemeen belang) en het belang van de overtreder (het particuliere belang).

Er is sprake van schending van het evenredigheidsbeginsel wanneer de door de overheid gemaakte keuze een kennelijke wanverhouding tussen het algemeen belang en het particuliere belang tot gevolg heeft.

Wanneer de beide belangen scherp tegenover elkaar staan, zoals bij het herstel dat gevorderd wordt na een stedenbouwkundige overtreding, ligt het voor de hand te spreken over het evenredigheidsbeginsel, veeleer dan over het redelijkheidsbeginsel.

En natuurlijk zal er in een geschil dat aan een rechter wordt voorgelegd per definitie sprake zijn van tegenovergestelde belangen.

Maar evenredigheid zal niet altijd even duidelijk aanwezig zijn.

(675) M. DE SWAEF, concl. bij Cass. 15 juni 2004, *T.R.O.S.* 2004, 247-248.

(676) W. VAN GERVEN, “Wederzijdse doordringing van publiek en privaatrecht op nationaal en supranationaal niveau: van doorwerking gesproken”, in X (ed.), *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, p. 194, nr. 210.

Een overheid benoemt een ambtenaar die aan alle gestelde voorwaarden voldoet en dus geacht kan worden die functie naar behoren te vervullen. Er was echter een andere kandidaat die duidelijk zichtbare veel betere aanspraken heeft dan de benoemde kandidaat. De benoeming is kennelijk onredelijk, maar is ze ook kennelijk onevenredig? Men mag aannemen dat het algemeen belang, in dit geval het goed waarnemen van de functie, nog beter gediend zou zijn door de benoeming van de andere kandidaat, maar is er sprake van kennelijke onevenredigheid? En natuurlijk heeft de overheid de niet benoemde kandidaat onevenredig behandeld, maar ook daar is de vraag waar de kennelijke onevenredigheid schuilt. In zo'n situaties lijkt het beter om te spreken van een kennelijke onredelijke beslissing, veeleer dan van een kennelijk onevenredige beslissing.

II. Het redelijkheidsbeginsel in andere rechtstakken

243. In fiscale zaken moet melding gemaakt worden van een arrest van 15 januari 2004 (677). De gemeente Steenokkerzeel had een belasting ingesteld op brandstoftanks. De belasting was progressief, van 50 fr./m² tot 400 fr./m², naargelang de grootte van de tank. Een belastingplichtige die onder het zwaarste tarief viel, voerde aan dat de belasting het gelijkheidsbeginsel schond.

Op eensluidende conclusies van Advocaat-generaal THUIS verwierp het Hof van Cassatie dit middel.

Hoewel het gelijkheidsbeginsel in het geding was, was ook het redelijkheidsbeginsel bij de beoordeling betrokken. Het Hof stelde:

“Overwegende dat de grondwettelijke regels inzake de gelijkheid van de Belgen en de niet-discriminatie inzake belastingen er niet aan in de weg staan dat een verschillende fiscale behandeling wordt ingesteld ten aanzien van bepaalde categorieën van personen, voor zover daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat; dat de al dan niet aanwezigheid van zodanige verantwoording moet worden getoetst aan het doel en de gevolgen van de ingestelde belasting en aan de redelijkheid van de verhouding tussen de aangewende middelen en het beoogde doel”.

(677) Cass. 15 januari 2004, *F.J.F.* 2004, 597 en *T.B.P.* 2004 (verkort), 183, noot F.M. Vaste rechtspraak: zie bv. Cass. 29 maart 2002, *J.L.M.B.* 2002, 186.

Het aspect “redelijkheidsbeginsel” komt nog duidelijker tot uiting in de conclusies van Advocaat-generaal THUIS:

“3. Verweerder merkt in haar memorie van antwoord in dit verband terecht op dat de door de rechter uitgeoefende controle beperkt is tot een marginale toetsing, waarbij de rechter zich de vraag stelt of de overheid, bij de afweging van alle in aanmerking komende belangen in redelijkheid tot het genomen besluit al dan niet kon komen”.

III. Redelijkheidsbeginsel en rechtsmisbruik

244. In zijn reeds herhaaldelijk geciteerde conclusies bij het arrest van 15 juni 2004 gaat Advocaat-generaal DE SWAEF ook in op de vraag wat de rechter te doen staat wanneer hij wordt geconfronteerd met enerzijds een vordering van de overheid, en anderzijds een daarvan verschillende vordering van een benadeelde derde.

Artikel 150 DRO bepaalt dat in zo’n geval de rechter de herstelmaatregel beveelt die hij passend acht.

In zijn arrest nr. 57/2002 van 28 maart 2002 heeft het Arbitragehof geoordeeld dat wanneer de overheid het herstel in de vorige staat vordert, en de benadeelde derde het uitvoeren van aanpassingswerken, de rechter niet voor deze laatste maatregel mag kiezen.

Maar wat als het omgekeerde zich voordoet? De overheid vordert het uitvoeren van aanpassingswerken of het betalen van de meerwaarde, en de benadeelde derde vordert de afbraak van de betwiste constructies.

Advocaat-generaal DE SWAEF neemt het volgende standpunt in:

“De in het geding zijnde privé-belangen zijn dan het belang van overtreder en burgerlijke partij. Aangezien degene die ten gevolge van een onrechtmatige daad schade lijdt, gerechtigd is herstel in natura te eisen, indien zulks mogelijk is en geen rechtsmisbruik uitmaakt, vindt een afweging van die belangen plaats binnen de grenzen van de rechtsfiguur van rechtsmisbruik. Voor die rechtsfiguur geldt eveneens het criterium van de kennelijke onredelijkheid: rechtsmisbruik is immers die rechtsuitoefening op een manier die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van die rechten door een voorzichtig en bezorgd persoon. Dit is meer bepaald het geval wanneer de veroorzaakte schade niet in verhouding staat tot het door de houder van het recht nagestreefde of verkregen voordeel; bij de afweging van de belangen van de par-

tijen moet de rechter acht slaan op alle omstandigheden van de zaak. Aan een opportuniteitsoordeel komt de rechter ook in dat geval niet toe” (678).

Interessant is de band die aldus gemaakt wordt tussen de figuur van het rechtsmisbruik en het redelijkheidsbeginsel.

In dit verband kan ook gewezen worden op het arrest van het Hof van Cassatie van 10 juni 2004. In die zaak verweet de ene buurman aan de andere dat hij in strijd met strafrechtelijk gesanctioneerde bepalingen uit het milieurecht afvalwater loosde op zijn erf. Hij vorderde bij de vrederechter dat aan dat lozen een einde zou gesteld worden.

Maar zowel de vrederechter als de rechtbank van eerste aanleg wezen de eis af. De toestand bestond al meer dan dertig jaar, het lozen gebeurde maar sporadisch, het afvalwater werd eerst in een bezinkput geleid zodat het daarna “quasi-gereinigd” was, en de kosten van aansluiting op de riolering waren gelet op de omstandigheden vrij hoog. Beide rechtscolleges vonden dat er sprake was van rechtsmisbruik.

Voor het Hof van Cassatie voerde eiser aan dat zijn vordering tot het staken van de lozing niets anders was dan de toepassing van artikel 44 Sw., d.w.z. dat een einde gemaakt moest worden aan een met de strafwet strijdige toestand, en het herstel in de vorige toestand bevolen moest worden.

Men zal zich herinneren dat ook de herstellvordering van de overheid een, zij het, specifieke, toepassing is van artikel 44 Sw. (679).

Het Hof van Cassatie verwerpt het middel:

“Overwegende dat misbruik van recht kan bestaan in het uitoefenen van een recht op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en zorgvuldig persoon; dat rechtsmisbruik niet uitgesloten wordt doordat het uitoefenen van een recht mogelijk steunt op wettelijke bepalingen waarvan de overtreding strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd” (680).

De verbinding die gelegd wordt tussen het redelijkheidsbeginsel en de figuur van rechtsmisbruik, doet de vraag rijzen of ze niet dezelfde inhoud

(678) M. DE SWAEF, concl. bij Cass. 15 juni 2004, *T.R.O.S.* 2004, 247.

(679) Ook Advocaat-generaal DE SWAEF legt het verband tussen de stedenbouwkundige herstellvordering en de “teruggave” van artikel 44 Sw.: M. DE SWAEF, concl. bij Cass. 15 juni 2004, *T.R.O.S.* 2004, 248.

(680) Cass. 10 juni 2004, www.cass.be.

hebben. Weliswaar wordt het redelijkheidsbeginsel toegepast op *bevoegdheden* die de overheid mag of moet uitoefenen, terwijl rechtsmisbruik oogt op het misbruiken van een *subjectief recht*.

Maar zijn de verschillen werkelijk zo groot?

Het lijkt in ieder geval de moeite om deze band tussen het redelijkheidsbeginsel en de figuur van het rechtsmisbruik nader te onderzoeken.

§ 3. Het redelijkheidsbeginsel in de rechtspraak van de Raad van State

I. Het redelijkheidsbeginsel in het ambtenarenrecht

A. Het redelijkheidsbeginsel in het tuchtrecht

245. In tuchtzaken neemt het redelijkheidsbeginsel de vorm aan van het evenredigheidsbeginsel.

Wat betreft de invulling van dit beginsel is de rechtspraak van de Raad van State standvastig.

Een voorbeeld uit de velen. In een arrest van 28 februari 2005 stelt de Raad van State

“dat de tuchtoverheid bij het bepalen van de strafmaat over een discretionaire bevoegdheid beschikt, die de redelijkheid als grens heeft; dat de Raad van State bij de toetsing van de redelijkheid van de opgelegde tuchtstraf slechts over een marginale bevoegdheid beschikt, wat wil zeggen dat de Raad van State zich niet in plaats van de tuchtoverheid vermag te stellen, doch enkel een volkomen in wanverhouding tot de bewezen feiten staande straf als onwettig kan kwalificeren” (681).

De terughoudendheid die de Raad van State aan de dag legt, verklaart waarom het beroep op de schending van het evenredigheidsbeginsel maar zeer zelden tot succes leidt.

De afzetting, toch een zeer zware tuchtsanctie, van een postman die op onregelmatige wijze van zijn dienstabonnement bij het openbaar vervoer had gebruik gemaakt, is geen kennelijk onevenredige straf (682).

(681) R.v.St., Weemans, nr. 141.317, 28 februari 2005.

(682) R.v.St., De Baere, nr. 142.933, 11 april 2005.

Een langdurige ongewettigde afwezigheid van een parketmagistraat, gelet ook op de negatieve reacties bij de diverse gerechtelijke actoren en de publieke opinie, verantwoordt de tuchtstraf van afzetting (683).

Een brandweerman die wordt afgedankt wegens onbeschoft gedrag en dronkenschap in de uitoefening van zijn functie stelt ten onrechte dat die straf onevenredig zwaar is. Opmerkelijk is dat in deze zaak de Raad van State blijkbaar ook rekening hield met het feit dat de op een na zwaarste tuchtstraf, een schorsing van een maand was, zodat de gemeenteraad terecht kon vinden dat deze straf te licht was, en dus voor de zwaarste straf koos. Dat de brandweerman nog niet eerder in zijn loopbaan (8 jaar) een tuchtstraf had gekregen, maakt evenmin dat de straf te zwaar was (684).

Een vlekkeloos tuchtverleden is ook in een andere zaak onvoldoende bevonden om op zichzelf het onredelijk karakter van de sanctie aan te tonen (685).

Het invoeren van het evenredigheidsbeginsel zonder het aanvoeren van gegevens die dat kunnen staven maakt al helemaal geen kans (686).

Een zeldzaam voorbeeld van een geval waar het beroep op het evenredigheidsbeginsel wel slaagde, betrof een politiemans die van ambtswege was ontslagen omdat hij zich schuldig had gemaakt aan diefstal. Het bleek evenwel dat hij leed aan “de ziekte kleptomanie”, en dat de strafrechter aan de betrokkene opschorting van uitspraak had verleend. De Raad van State oordeelde dat de gemeenteraad met deze gegevens onvoldoende rekening had gehouden:

“Overwegende dat, door alzo te handelen, de tweede verwerende partij geen recht heeft gedaan aan alle relevante, concrete omstandigheden van de zaak; dat de buitengewone gunst van de opschorting van de uitspraak van de veroordeling en de daaruit blijvende mildheid van de strafrechter niet noodzakelijk de tuchtverheid er toe moet bewegen een vergelijkbare mildheid aan de dag te leggen; dat zij wel tot gevolg hebben dat de tuchtverheid dat gegeven bij haar beoordeling van de op te leggen tuchtstraf moet betrekken en er toe gehouden is de tuchtstraf speciaal te dien aanzien formeel te motiveren, alleszins wanneer tot een maximumtuchtstraf wordt beslist; dat dit niet is gebeurd; dat zonder nadere toelichting, die in de gemeenteraadsbeslissing van

(683) R.v.St., Mennens, nr. 145.446, 6 juni 2005.

(684) R.v.St., Schellens, nr. 146.474, 23 juni 2005.

(685) R.v.St., Asma, nr. 143.823, 28 april 2005.

(686) R.v.St., Tyteca, nr. 143.597, 25 april 2005; R.v.St., Claes, nr. 145.676, 9 juni 2005.

6 december 1993 ten enenmale ontbreekt, ook niet begrepen kan worden waarom de aangevoerde psychiatrische attesten, waaruit moet blijken dat verzoeker een zieke is, ten gevolge van het vonnis van de strafrechter geen enkele aandacht zouden verdienen; dat de omstandigheid dat de strafrechter in verzoekers ziekte geen schulditsluitingsgrond heeft gezien, nog niet betekent dat de ziekte zelfs niet als een verzachtende omstandigheid in aanmerking kan worden genomen” (687).

Ook bij het nemen van ordemaatregelen beschikt de overheid over een grote discretionaire bevoegdheid:

“dat in het licht daarvan het niet als kennelijk onredelijk voor komt dat, in het kader van een geheel van maatregelen om de situatie recht te trekken, verzoeker uit zijn functie van rekenplichtige werd ontheven en naar het centraal bestuur DWTC gedetacheerd werd” (688bis).

B. Benoemingen en bevorderingen

246. Wat betreft benoemingen en bevorderingen zou het kennelijk onredelijk zijn als een andere kandidaat benoemd wordt dan de kandidaat die zichtbaar grotere aanspraken heeft.

De Raad van State formuleert het als volgt:

“overwegende dat het voorhanden zijn van zichtbaar grotere aanspraken van een kandidaat kan worden vastgesteld wanneer die aanspraken een dergelijke graad van evidentie vertonen dat het ten enenmale onbegrijpelijk is hoe men eraan voorbij zou kunnen gaan ten voordele van een andere kandidaat” (688).

In die zaak was de Raad van State overigens van oordeel

“dat te dezen de drie gegevens waarop verzoeker zich beroept, te weten, dat hij de te begeven functie reeds heeft waargenomen, het zeer gunstig advies van het adviescomité en zijn wetenschappelijke belangstelling, niet van die aard zijn dat de benoeming van een andere kandidaat als kennelijk onredelijk overkomt”.

Ook in een andere zaak was de Raad van State van oordeel dat het niet kennelijk onredelijk was een magistraat te bevorderen tot Advocaat-generaal bij het Arbeidshof, die weliswaar een mindere graadanciënniteit had dan

(687) R.v.St., Geboes, nr. 139.570, 20 januari 2005.

(688) R.v.St., Sterkens, nr. 141.954, 14 maart 2005. Zie ook R.v.St., Avontroodt, nr. 142.935, 11 april 2005.

(688bis) R.v.St., Bleus, nr. 146.731, 27 juni 2005.

een andere kandidaat, maar die minder lange ervaring wel had opgedaan als magistraat in arbeidsgerechten, terwijl de andere kandidaat dat juist niet had (689).

II. Het redelijkheidsbeginsel in het milieurecht en in het ruimtelijke-ordeningsrecht

247. In de milieuwetgeving, en in de wetgeving m.b.t. de ruimtelijke ordening zijn er talrijke termen die op verschillende wijzen kunnen worden ingevuld, zoals “hinder” en “de goede ruimtelijke ordening”. Ook wanneer zij overtredingen vaststelt, heeft de overheid de keuze tussen verschillende handhavingsmaatregelen.

In die gevallen is de Raad van State geneigd de wijze waarop de overheid die begrippen heeft ingevuld, of de maatregelen die zij genomen heeft, slechts marginaal te toetsen.

Zo oordeelde de Raad van State:

“dat de Raad van State in de uitoefening van het hem opgedragen wettigheidstoezicht niet vermag zijn beoordeling van de goede plaatselijke ordening in de plaats te stellen van die van de bevoegde administratieve overheid; dat hij wel bevoegd is na te gaan of de administratieve overheid de haar ter zake toegekende appreciatiebevoegdheid naar behoren heeft uitgeoefend, met name of zij is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij deze correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen” (690).

Ook besluiten waarbij de overheid de toepassing weigert van regels die afwijkingen van stedenbouwkundige voorschriften mogelijk maken, worden slechts marginaal getoetst (691).

Het opleggen van een veiligheidsstudie is niet kennelijk onredelijk wanneer het bedrijf omringd is door een woongebied en een vergunning wordt aangevraagd voor grote hoeveelheden gevaarlijke stoffen (692).

(689) R.v.St., Soetemans, nr. 144.619, 19 mei 2005.

(690) R.v.St., Stroobants, nr. 141.735, 8 maart 2005; in dezelfde zin R.v.St., Thonnissen, nr. 139.669, 24 januari 2005.

(691) R.v.St., N.V. Leuven Asphalt, nr. 139.571, 20 januari 2005.

(692) R.v.St., N.V. L’Air Liquide Belge, nr. 144.590, 19 mei 2005.

Zo ook het opleggen van maatregelen om het geluidsniveau te beperken, als de overheid ervan uitgaat “dat het niet zeker is dat de exploitant onmiddellijk zal kunnen saneren” (693).

Het is niet kennelijk onredelijk

“om voor de beoordeling van de hinder ‘de onmiddellijke omgeving’ van de inrichting te beperken tot een straal van 100 meter rond de inrichting, zeker wanneer de betrokken landbouwrichting is gelegen in agrarisch gebied en bovendien ‘op een afstand van meer dan 1.200 meter van een woongebied ander dan een woongebied met landelijk karakter, van een woonuitbreidingsgebied, van een natuurgebied met wetenschappelijke waarde of natuurreservaat, van een bosreservaat en van een gebied voor verblijfsrecreatie’” (694).

Ook bij de keuzes die zij maakt om milieudoelstellingen te bereiken zal de overheid slechts aan marginale controle onderworpen zijn (695).

Wanneer de overheid handhavend optreedt bij vastgestelde overtredingen zal de Raad van State maar vernietigen wanneer er sprake is van kennelijke onredelijkheid (696).

Overigens, “waar er geen appreciatierecht bestaat [kan] er ook geen schending zijn van het redelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel” (697).

III. Het redelijkheidsbeginsel in andere rechtstakken

248. Voor het openen van nieuwe apotheken is een vergunning vereist. In sommige gevallen kan een dergelijke vergunning verleend worden als de nieuwe apotheek op “ongeveer” drie kilometer van een bestaande apotheek zal worden ingeplant en de behoefte dekt van “ongeveer” 2.000 inwoners (artikel 1 § 3, b van het koninklijk besluit van 25 september 1974).

(693) R.v.St., vzw Parochiale Vereniging Onze Lieve Vrouw Middelaes, nr. 143.850, 28 april 2005.

(694) R.v.St., Vandeputte, nr. 142.317, 17 maart 2005.

(695) R.v.St., N.V. Aquafin, nr. 133.925, 14 juli 2004.

(696) R.v.St., N.V. Florizoone, nr. 141.138, 24 februari 2005; R.v.St., Hermans, nr. 142.587, 24 maart 2005.

(697) R.v.St., N.V. Euro-Silo, nr. 103.580, 14 februari 2002.

§ 4. Het redelijkheidsbeginsel in de rechtspraak van het Arbitragehof

249. Het is niet de bedoeling om in te gaan op het evenredigheidsbeginsel in de rechtspraak van het Arbitragehof. Dat beginsel neemt een prominente plaats in in de geschillen waar de artikels 10 en 11 G.W. de toetsingsnorm zijn.

Hier gaat het over de aanvaardbaarheid van het redelijkheidsbeginsel als toetsingsnorm voor de rechter die een bestuurshandeling te beoordelen heeft.

In vier arresten heeft het Arbitragehof zich, in identieke termen, over die vraag uitgesproken.

Telkens ging het over de controle die de rechter mag (of moet) uitoefenen op de keuze van de overheid voor een herstelmaatregel bij een stedenbouwkundige overtreding.

In het eerste arrest, nr. 57/2002, van 28 maart 2002, overweegt het Arbitragehof:

“B.12.1. Het behoort tot de bevoegdheid van de rechter de vordering bedoeld in artikel 149 op haar externe en interne wettigheid te toetsen en te onderzoeken of ze strookt met de wet dan wel of ze op machtsoverschrijding of machtsafwendings berust.

De hoven en rechtbanken moeten in elk geval nagaan of de beslissing van de gemachtigde ambtenaar en/of het college van burgemeester en schepenen om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen, uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen. Wanneer zou blijken dat de vordering van de overheid steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van de goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is, zouden de hoven en rechtbanken die vordering, met toepassing van artikel 159 van de Grondwet, zonder gevolg moeten laten.

B.12.2. Een dergelijke toetsingsbevoegdheid wijkt niet af van hetgeen in alle geschillen tot de opdracht van de rechter behoort. Krachtens artikel 159 van de Grondwet geven de hoven en rechtbanken geen gevolg aan de bestuurshandelingen die niet met de wetten overeenstemmen. Die toetsingsbevoegdheid reikt niet buiten het gebied van de externe en interne wettigheid van de bestuurshandelingen. Bij de beoordeling ervan mag de rechter zich niet begeven op het terrein van opportuniteit, omdat dat erop zou neerkomen hem een bevoegdheid toe te kennen die onverenigbaar is met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen de administratie en de rechtscolleges. Noch artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, noch artikel 144

van de Grondwet vereisen dat de opportuniteit van een bestuurshandeling aan de controle van de rechter kan worden onderworpen” (702).

De drie andere arresten, respectievelijk nr. 152/2002, van 15 oktober 2002 (703), 4/2003, van 14 januari 2003 (704) en 46/2005, van 1 maart 2005 (705) bevatten dezelfde overwegingen.

250. Hoewel de tekst van de vier arresten identiek is, is er toch een verschil.

De bepaling van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening die in het geding was was artikel 149 § 1.

De tekst daarvan luidde oorspronkelijk:

“Naast de straf beveelt de rechtbank, op vordering van de stedenbouwkundige inspecteur, of van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente op wier grondgebied de werken, handelingen of wijzigingen, bedoeld in artikel 146, werden uitgevoerd, de plaats in de oorspronkelijke plaats te herstellen of het strijdig gebruik te staken, en/of bouw- of aanpassingswerken uit te voeren en/of een geldsom te betalen gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen”.

Het is deze versie die van toepassing was toen de eerste drie arresten werden uitgesproken.

Het decreet van 4 juni 2003 wijzigde de aanhef van artikel 149 § 1 als volgt: “Naast de straf *kan* de rechtbank bevelen ...”

Het was dus klaarblijkelijk de bedoeling van de decreetgever om de omvang van het rechterlijk toezicht te verruimen, en allicht zelfs ook om de “opportuniteit van de gekozen herstelmaatregel te beoordelen” (706).

(702) Arbitragehof nr. 57/2002, 28 maart 2002, *B.S.* 1 juni 2002, *R.W.* 2002-03, 1171, noot P. BOLS, *T.B.P.* 2003, 533, *T.M.R.* 2002, 233 en *T.R.O.S.* 2002, 139.

(703) Arbitragehof nr. 152/2002, 15 oktober 2002, *B.S.* 13 november 2002 en *NjW* 2003, 489, noot S. LUST.

(704) Arbitragehof nr. 4/2003, 14 januari 2003, *B.S.* 26 februari 2003 en *Amén.* 2003, 188.

(705) Arbitragehof nr. 46/2005, 1 maart 2005, *B.S.* 12 april 2005.

(706) Zie ook hierover de conclusies van Advocaat-generaal DE SWAEF bij Cass. 15 juni 2004, *T.R.O.S.* 2004, 237-240 en 249-251.

Toch heeft het Arbitragehof in zijn vierde arrest, toen dus deze versie van artikel 199 § 1 DRO van toepassing was, dezelfde overwegingen letterlijk hernomen.

Daarmee maakt het Arbitragehof duidelijk, niet alleen dat de artikels 144 en 159 G.W., noch artikel 6.1 E.V.R.M., vereisen dat de rechter ook de opportuniteit van een bestuurshandeling moet kunnen beoordelen, maar ook dat de decreetgever die bevoegdheid aan de rechter niet mag toekennen.

Dat aspect wordt hierna besproken.

§ 5. *Het redelijkheidsbeginsel en de scheiding der machten*

251. Het standpunt van het Arbitragehof is duidelijk.

Aan de ene kant mag de rechter, op grond van artikel 159 G.W. en artikel 6.1 E.V.R.M. een bestuurshandeling niet alleen op haar externe en interne wettelijkheid toetsen, maar ook nagaan of ze niet kennelijk onredelijk is.

Maar aan de andere kant mag de rechter zich niet inlaten met de opportuniteit van de bestuurshandeling, “omdat dat erop zou neerkomen hem een bevoegdheid toe te kennen die onverenigbaar is met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen de administratie en de rechtscolleges” (707).

252. Dit standpunt, hoe duidelijk ook, roept toch een aantal vragen op. Het Arbitragehof preciseert niet welke de “beginselen” zijn op grond waarvan de rechtscolleges niet bevoegd zouden mogen zijn om de opportuniteit van een bestuurshandeling te onderzoeken. Bedoelt het Arbitragehof hier de scheiding der machten?

253. Ten tweede, het Arbitragehof stelt, of schijnt toch te stellen, niet alleen dat artikel 159 G.W. (en artikel 6.1 E.V.R.M.) *uit zichzelf* niet eisen dat de rechter ook de opportuniteit van de bestuurshandeling moet kunnen toetsen, maar ook, dat die bevoegdheid hem niet *kan worden toegekend*, d.w.z. door de wetgever kan worden toegekend.

Dat lijkt toch wel een verre gaande stelling, die meer verantwoording behoeft dan het Arbitragehof heeft gegeven. Als de niet genoemde beginselen

(707) Laatst aldus geformuleerd in het arrest nr. 46/2005, 1 maart 2005, overw. B.18.2.

er zich zelfs tegen verzetten dat de wetgever vrijwillig meer bevoegdheden aan de rechter toekent dan artikel 159 G.W. omvat, geldt dan ook hetzelfde voor de overdracht, door de wetgever, van zijn bevoegdheid aan de uitvoerende macht? Is dat dan ook het einde van de volmachtwetten en besluitwetten?

254. Ten derde, de stelling dat ook artikel 6.1 E.V.R.M. niet vereist dat de rechter ook de opportuniteit van de bestuurshandeling moet kunnen toetsen, is onvoldoende genuanceerd. Zonder op alle details in te gaan, de rechtspraak van het Hof van de Rechten van de Mens eist dat een bestuurshandeling die het kenmerk heeft van een strafrechtelijke veroordeling (een administratieve sanctie) getoetst moet kunnen worden door een rechter met “volle rechtsmacht” (708).

Tot nu toe heeft het Hof van Cassatie aan die volle rechtsmacht nog niet de draagwijdte willen toekennen dat de rechter zonder meer in de plaats kan treden van de administratie.

In een arrest van 21 januari 2005 herneemt het Hof de in eerdere arresten uitgedrukte overwegingen:

“Dat de rechter aan wie gevraagd wordt de sanctie opgelegd op grond van het genoemde artikel 70 van het B.T.W.-Wetboek, te toetsen, de wettelijkheid van die sanctie mag onderzoeken, en in het bijzonder mag nagaan of die sanctie verzoenbaar is met de dwingende eisen van internationale verdragen en van het interne recht, met inbegrip van de algemene rechtsbeginselen;

Dat dit toetsingsrecht in het bijzonder aan de rechter moet toelaten na te gaan of de straf niet onevenredig is met de inbreuk, zodat het aan de rechter staat te onderzoeken of het bestuur naar redelijkheid kon overgaan tot het opleggen van een administratieve geldboete van zodanige omvang;

Dat hij hierbij inzonderheid acht mag slaan op de zwaarte van de inbreuk, de hoogte van reeds opgelegde sancties en de wijze waarop in gelijkaardige zaken werd geoordeeld, maar hierbij in acht moet nemen in welke mate het bestuur zelf gebonden was in verband met de sanctie;

Dat dit toetsingsrecht niet inhoudt dat de rechter op grond van een subjectieve appreciatie van verzachtende omstandigheden eigen aan de persoon van de belastingschul-

(708) Zie hierover J. PUT, *Administratieve sancties in het sociale zekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 1998, 514 e.v.

dige om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen” (709).

De vraag is, of ook die laatste beperking die het Hof van Cassatie nog stelt niet moet verdwijnen.

Dit is eigenlijk onvermijdelijk wanneer het gaat om administratieve sancties. Advocaat-generaal DE SWAEF in zijn conclusies bij het arrest van 15 juni 2004, geeft dit zelf aan: “Het is weliswaar mogelijk dat de rechter bij de beoordeling van een bestuurlijke beslissing over dezelfde beoordelingsbevoegdheid als het bestuur zou beschikken; dit is niettemin slechts denkbaar voor zover het niet gaat over specifiek bestuurlijke taken” (710).

In dit verband moet trouwens gewezen worden op een arrest van het Hof van Cassatie van 10 mei 2004, in de context van het sociale zekerheidsrecht, dat volle rechtsmacht betekent “dat mits eerbiediging van het recht van de verdediging en binnen het kader van het geding, zoals dit door de partijen is bepaald, alles wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de directeur valt, met inbegrip van de keuze van de administratieve sanctie, onder de controle van de rechter valt” (711).

Het betreft hier een ommekeer in de rechtspraak van het Hof zoals ook duidelijk blijkt uit de conclusies van de eerste Advocaat-generaal.

255. Los van de vraag, wat dan wel of niet “specifiek bestuurlijke taken” zijn, is het ongetwijfeld juist te stellen dat, zeker voor administratieve sancties, de rechter er niet onderuit kan om ook de opportuniteit van de sanctie te onderzoeken.

Een voorbeeld: wanneer de bevoegde ambtenaar weigert een administratieve sanctie op te leggen, kan de gemeente in beroep gaan bij de politierechter. Ingeval de politierechter meent dat er wel een sanctie moet worden opgelegd, stuurt hij de zaak niet terug naar de ambtenaar, maar doet ze zelf

(709) Cass. 21 januari 2005, www.cass.be, concl. THIJS. Zie ook Cass. 24 januari 2002, www.cass.be.

(710) M. DE SWAEF, concl. bij Cass. 15 juni 2004, *T.R.O.S.* 2004, 251, waarbij verwezen wordt naar J. PUT, *Administratieve sancties in het sociale zekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 1998, 526-527 en 528-529.

(711) Cass. 10 mei 2004, concl. E. LECLERCQ, www.cass.be.

af. Het kan dus niet anders, of hij treedt volledig in de plaats van de ambtenaar (712).

Verder is er nog het geval dat twee verschillende overheden elk een eigen, verschillend, standpunt innemen, en de wetgever niet bepaald heeft dat het ene besluit voorrang heeft op het andere. Dat is het geval met de herstellordering die de gemachtigde ambtenaar enerzijds, het college van burgemeester en schepenen anderzijds, kunnen vorderen op grond van artikel 155 van de C.W.A.T.U.P.

“Immers, ook wanneer herstellorderingen niet kennelijk onredelijk zijn moet de rechter nog steeds beslissen welke herstelmaatregel wordt opgelegd. In dat geval begeeft de rechter zich onvermijdelijk op het vlak van de opportuniteit” (713).

Deze voorbeelden maken duidelijk dat de stelling dat de rechter de opportuniteit van het bestuurlijke discretionaire handelen niet mag beoordelen, niet absoluut is.

Het mag een aanwijzing zijn dat het beter is de grenzen van het redelijkheidsbeginsel niet al te strak te bepalen.

(712) M. BOES, “De Wet Gemeentelijke Administratieve Sancties”, *T. Gem.* 2000, (115) 133. Deze wet werd inmiddels gewijzigd door de wetten van 7 mei 2004, *B.S.* 25 juni 2004 en 17 juni 2004, *B.S.* 23 juli 2004 maar deze wijzigingen hebben geen weerslag op het hier besproken vraagstuk.

(713) M. DE SWAEF, concl. bij Cass. 15 juni 2004, *T.R.O.S.* 2004, 246.

HOOFDSTUK 4. HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

Jan Theunis
Referendaris bij het Arbitragehof
Vrijwillig wetenschappelijk medewerker K.U.Leuven

Inleiding

256. Het gelijkheidsbeginsel is een vreemde eend in de bijt van de beginselen van behoorlijk bestuur. Dat is in de eerste plaats omdat het beginsel niet de traditionele vraag doet rijzen naar zijn plaats binnen de hiërarchie der rechtsnormen. Die plaats is duidelijk. Anders dan de meeste andere beginselen van behoorlijk bestuur is het gelijkheidsbeginsel immers uitdrukkelijk verwoord in tal van grondwettelijke en verdragsrechtelijke bepalingen. De wetgever kan er derhalve niet van afwijken (§ 1).

Het gelijkheidsbeginsel is echter vooral ook een bijzonder beginsel van behoorlijk bestuur omdat het verschillende gedaanten aanneemt naargelang de invalshoek van waaruit men het beginsel bekijkt. In geval van de uitoefening door de overheid van een gebonden bevoegdheid neemt het gelijkheidsbeginsel de gedaante aan van het wettigheidsbeginsel. Wanneer de overheid bij de toepassing van de norm daarentegen over een beoordelingsbevoegdheid beschikt, neemt het gelijkheidsbeginsel de vorm aan van het redelijkheidsbeginsel. Ten aanzien van de overheid die normerend optreedt ten slotte, valt het gelijkheidsbeginsel samen met het redelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel. Ondanks zijn grote *renommée* rijst dus de vraag naar het nut van het gelijkheidsbeginsel als autonoom beginsel van behoorlijk bestuur (§ 2) (714).

(714) Op de evolutie in de uitlegging van het gelijkheidsbeginsel, inzonderheid in de rechtspraak van de Raad van State, wordt niet opnieuw ingegaan. Daarvoor zij verwezen naar o.a. R. ANDERSEN, "L'égalité des citoyens devant la loi dans la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux de l'annulation (1962-1972)", *R.J.D.A.* 1973, 81-96; A. BEIRLAEN, "De toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak van de Raad van State", *R.W.* 1991-92, 1223-1228; M. LEROY, "Sur la frontière entre distinction admissible et discrimination prohibée", in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, II, Brussel, Nemesis, 1986, 557-569; P. MARTENS, "Egalité et non-discrimination devant le Conseil d'Etat", in A. ALEN en P. LEMMENS (ed.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 135-198.

De hiernavolgende uiteenzetting beoogt slechts de contouren van het gelijkheidsbeginsel te schetsen en biedt dus allerminst een exhaustief overzicht van rechtspraak (715). Zelfs indien uitsluitend op de Raad van State wordt gefocust, is de ruimte daarvoor te krap en vooral de betrokken rechtspraak te ontoegankelijk. De al bij al toch nog talrijke arresten waarnaar in voetnoot wordt verwezen vormen slechts een fractie van de relevante rechtspraak; zij worden louter als voorbeelden aangehaald en als illustratie van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in een aantal domeinen van het bestuursrecht (§ 3). In een laatste hoofdstuk worden enkele heikele kwesties omtrent het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak van de Raad van State van naderbij bekeken (§ 4).

§ 1. Het gelijkheidsbeginsel als rechtsnorm

257. Algemeen wordt aangenomen dat de beginselen van behoorlijk bestuur van onderuit zijn tot stand gekomen, vanuit de behoefte van de rechter aan een toetssteen voor het optreden van het bestuur. Het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur is echter van bovenaf als toetssteen doorgesijpeld.

Krachtens de Grondwet zijn de Belgen gelijk voor de wet (artikel 10 tweede lid) en moet het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen zonder discriminatie worden verzekerd (artikel 11). Artikel 11 bevat slechts een bevestiging van het gelijkheidsbeginsel vervat in artikel 10 (716).

Artikel 172 van de Grondwet vormt een bijzondere toepassing van artikel 10 van de Grondwet (717). De gelijkheid in fiscale zaken verschilt derhalve niet van de gelijkheid voorzien in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (718).

(715) Voor enkele overzichten van rechtspraak, zie O. DAURMONT en D. BATSELÉ, “1985-1989: cinq années de jurisprudence du Conseil d’Etat relative aux principes généraux du droit administratif”, *A.P.T.* 1990, (262) 296-308 en J. JAUMOTTE, “Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative”, in *Le Conseil d’Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, (593) 625-633.

(716) R.v.St., Valckenaers, nr. 38.101, 13 november 1991 en nr. 38.868, 27 februari 1997. Zie ook Arbitragehof nr. 37/97, 8 juli 1997, *B.S.* 16 juli 1997: die twee grondwettelijke regels (artikel 10 en 11) zijn de uitdrukking van een zelfde beginsel en zijn dus onlosmakelijk met elkaar verbonden.

(717) R.v.St., gemeente Lanaken, nr. 33.905, 30 januari 1990.

(718) R.v.St., a.s.b.l. Association des femmes au foyer, nr. 34.814, 25 april 1990. Zie ook Arbitragehof nr. 20/91, 4 juli 1991, *B.S.* 22 augustus 1991: artikel 172 van de Grondwet bevestigt de
 .../...

Nog andere grondwetsbepalingen bevestigen de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie inzake onderwijs (artikel 24 § 4), ten aanzien van vreemdelingen (artikel 191) en ten aanzien van vrouwen en mannen (artikel 10 derde lid en artikel 11bis).

Het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod zijn ten slotte ook in tal van verdragsbepalingen neergelegd. De meest notoire daarvan zijn artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (719) en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (720). Die bepalingen voegen evenwel niets toe aan de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (721).

258. Omdat het gelijkheidsbeginsel zijn oorsprong vindt in het geschreven recht, wordt het soms overbodig geacht het bij de beginselen van behoorlijk bestuur te rekenen (722), maar de praktijk lijkt hier sterker dan de theorie. “A tout prendre, zo zegt LEROY, il est plus facile et plus parlant de se référer au ‘principe de l’égalité devant la loi’ que de mentionner tout à la fois les articles 10, 11 et 172 de la Constitution, l’article 14 de la Conven-

.../...

toepasselijkheid van de grondwettelijke regels van gelijkheid en van niet-discriminatie in fiscale aangelegenheden. Deze bepaling is immers een precisering of een bijzondere toepassing van het in artikel 10 van de Grondwet geformuleerde algemene gelijkheidsbeginsel.

(719) Dat een ruimer toepassingsgebied heeft dan artikel 14 van het E.V.R.M. doordat het niet beperkt is tot het genot van de door het E.V.R.M. gewaarborgde rechten en vrijheden. Het twaalfde Protocol is op 1 april 2005 in werking getreden, maar is nog niet van kracht in België. Het Protocol werd op 4 november 2000 door België ondertekend, maar het werd nog niet geratificeerd. Op 20 augustus 2002 heeft de minister van Justitie op een parlementaire vraag geantwoord dat, aangezien het Protocol een zeer ruim toepassingsgebied heeft, de gevolgen ervan op de Belgische wetgeving op een grondige manier moeten worden onderzocht, en dat, zodra dat onderzoek is beëindigd, het ratificatiedossier aan het Ministerie van Buitenlandse Zaken zal worden overgemaakt (*Vr. en Antw. Kamer*, QRVA 50-133, p. 16699).

(720) Voor een foutieve niet-toepassing van dit laatste artikel: R.v.St., v.z.w. Association pour la Défense du Droit des Etrangers, nr. 99.587, 9 oktober 2001, *Rev. dr. étr.* 2002, 62, noot S. VAN DROOGHENBROECK en T.V.R. 2002, 165, noot F. SCHRAM. Artikel 14 van het E.V.R.M. kan weliswaar slechts in samenhang met een ander verdragsartikel worden ingeroepen, maar artikel 26 van het I.V.B.P.R. kan op onafhankelijke wijze worden toegepast en waarborgt ook de gelijkheid van eenieder voor de wet (E.H.R.M., arrest Gratzinger en Gratzingerova, 10 juli 2002).

(721) Arbitragehof nr. 88/2003, 24 juni 2003, *B.S.* 15 juli 2003; R.v.St., Dhont, nr. 104.653, 13 maart 2002.

(722) Bv. W. LAMBRECHTS, *Geschillen van bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 74; P. VAN ORSHOVEN, “Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken. Over de grondwettelijke waarde van de publiek- en privaatrechtelijke beginselen”, in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, (1) 32, vn. 166.

tion européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ... et probablement encore quelques autres dispositions du même genre" (723).

§ 2. *De verschillende gedaanten van het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur*

259. De verschillende gedaanten van het gelijkheidsbeginsel staan in verband met het onderscheid tussen het *formeel* en het *materieel* gelijkheidsbeginsel. Louter formeel houdt het gelijkheidsbeginsel in dat een rechtsregel op gelijke wijze wordt toegepast op eenieder die binnen het toepassingsgebied ervan valt. Vanuit materieel oogpunt moet het gelijkheidsbeginsel door de regelgever zelf worden nageleefd. Verschillende gezichten dus naargelang het gaat om de loutere toepassing van de norm (I) of de uitoefening van de normerende bevoegdheid (III). De situatie waarin de overheid bij de toepassing van de norm over een beoordelingsbevoegdheid beschikt, staat tussen die twee uitersten (II).

I. Toepassing van de norm in geval van gebonden bevoegdheid

260. Wanneer de overheid bij de toepassing van de norm over een gebonden bevoegdheid beschikt, neemt het gelijkheidsbeginsel de vorm aan van het wettigheidsbeginsel (724). Het gelijkheidsbeginsel, zo merkt GERARDS op, heeft in dat verband eigenlijk geen bijzondere toegevoegde waarde: *"Het feit dat de wet 'op gelijke wijze' wordt toegepast voegt feitelijk immers niets toe aan het vereiste dat rechtsregels moeten worden toegepast op alle gevallen waarop deze betrekking hebben, ofwel het vereiste van een correcte en juiste wetstoepassing. Een vergelijking van gevallen waarop de wet gezien zijn reikwijdte toch al zou moeten worden toegepast is niet erg zinvol. Het comparatieve element van het gelijkheidsbeginsel is hierbij*

(723) M. LEROY, *Contentieux administratif*, Brussel, Bruylant, 2004, 445.

(724) J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 171. Zie ook M. BOES, *Administratief recht*, Leuven, Acco, 2004, 60: "In de mate dat het geschreven recht in een bepaald geval aan de overheid geen enkele keuzevrijheid laat, maar het resultaat als het ware dwingend dicteert, is er gewoon geen ruimte voor de toepassing van *abb*".

feitelijk irrelevant, waardoor een koppeling van het vereiste van een juiste wetstoepassing aan het gelijkheidsbeginsel niet noodzakelijk is" (725).

261. Tot deze verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel behoort ook het adagium *patere legem quam ipse fecisti*, dat betekent dat een administratieve overheid bij het nemen van een individuele beslissing haar eigen vroegere verordeningen moet respecteren (726). Het betreft slechts de naleving door een overheidsorgaan van de reglementen die het zelf heeft uitgevaardigd (727). Het adagium is als toepassing van het gelijkheidsbeginsel (728) stevig verankerd in de rechtspraak van de Raad van State (729), maar wordt door het Hof van Cassatie niet als algemeen rechtsbeginsel erkend (730).

Evenzo houdt het gelijkheidsbeginsel in dat, wanneer de overheid voor zichzelf een beleidslijn bepaalt waardoor zij zich bij de uitoefening in concrete gevallen zal laten leiden, zij niet willekeurig die beleidslijn nu eens wel kan volgen en dan weer niet (731). Wanneer de overheid in een gegeven geval van de uitgestippelde beleidslijn afwijkt, moet ze zich daarvoor op een in redelijkheid aanvaardbaar motief kunnen beroepen (732).

262. Een bevestiging van het wettigheidsbeginsel vormt ten slotte de rechtspraak van de Raad van State volgens welke het beginsel van de gelijke toepassing van de wet betrekking heeft op de correcte toepassing van de wet en niet op de overtreding ervan (733). "Er is geen gelijkheid in de on-

(725) J.H. GERARDS, "Het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht", in R.J.N. SCHLÖSSELS e.a. (ed.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, (45) 47.

(726) R.v.St., Muls, nr. 21.926, 21 januari 1982; A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, II, Mechelen, Kluwer, 2004, 579.

(727) R.v.St., Belgische Staat, nr. 124.312, 16 oktober 2003.

(728) En ook van het rechtszekerheidsbeginsel P. VAN ORSHOVEN, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur", in M. STORME en S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Actuele problemen van fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1989, (1) 4.

(729) O.a. R.v.St., François, nr. 115, 26 augustus 1949; R.v.St., De Leener en Ballon, nr. 30.876, 27 september 1988; R.v.St., Gillet, nr. 31.153, 21 oktober 1988. Zie ook J. JAUMOTTE, "Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative", in *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, 614-616 en 643-644.

(730) Cass. 25 februari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 690 en *R.W.* 1991-92, 131.

(731) R.v.St., Cremers, nr. 63.425, 4 december 1996.

(732) R.v.St., Behey, nr. 24.467, 20 juni 1984.

(733) R.v.St., c.v. Nieuwe Hoptelersbelangengroep, nr. 37.132, 30 mei 1991.

wettigheid” (734) vormt de meeste kernachtige uitdrukking van die rechtspraak, maar zij wordt ook op talloze andere wijzen verwoord:

- gevallen van overtreding van de wet maken van de juiste toepassing van de wet geen overtreding en de zelfs herhaalde overtreding van de wet kan niet dienen om een met de wet strijdige interpretatie ervan burgerrecht te geven (735);
- op het gelijkheidsbeginsel kan geen beroep worden gedaan om een onwettige toestand te verantwoorden of te bestendigen (736);
- het gelijkheidsbeginsel kan slechts worden ingeroepen in situaties die wettig zijn (737);
- de aanspraak op een gelijke niet-discriminerende behandeling vermag niet neer te komen op een aanspraak op gelijkheid in een onwettige toepassing van de regelgeving (738);
- de regel van gelijkheid voor de wet laat niet toe dat een onwettige regel wordt toegepast op een persoon, om reden dat die regel op een andere persoon zou zijn toegepast (739);
- de overheid is niet verplicht te volharden in haar dwaling. Het overschakelen naar een juiste interpretatie van de wetgeving kan niet als een schending van artikel 10 van de Grondwet worden beschouwd, noch als het opgeven van een gedragslijn (740);
- ...

II. Toepassing van de norm in geval van beoordelingsbevoegdheid

263. Schending van het gelijkheidsbeginsel is slechts denkbaar, zo stelt de Raad van State uitdrukkelijk, wanneer de overheid optreedt ter uitoefening van een discretionaire bevoegdheid (741). In een arrest van 13 juli 1990 werd dit als volgt uitgelegd: “dat zulk een schending immers hierin bestaat dat de overheid die terzake beslissingsrecht heeft, zonder een deugdelijke reden te doen gelden aan de ene burgers geeft of oplegt, wat ze de andere burgers niet geeft of oplegt; dat bij de uitoefening van gebonden be-

(734) R.v.St., Schoutteet, nr. 29.514, 8 maart 1988; R.v.St., N.V. Syed Petroleum, nr. 106.329, 3 mei 2002.

(735) R.v.St., Van Daele, nr. 18.398, 18 juli 1977.

(736) R.v.St., N.V. Air Technology Belgium, nr. 105.380, 3 april 2002.

(737) Gent 31 oktober 2002, *T.G.R.* 2002, 207 en *T.R.O.S.* 2004, 37, noot W. RASSCHAERT.

(738) R.v.St., N.V. Imco, nr. 111.492, 15 oktober 2002.

(739) R.v.St., Materne, nr. 50.352, 23 november 1994.

(740) R.v.St., Simonet, nr. 78.052, 11 januari 1999.

(741) R.v.St., Huysman, nr. 55.636, 11 oktober 1995.

voegdheid de overheid zich niet hoeft af te vragen of zij over een deugdelijke reden beschikt om de ene burgers te geven of op te leggen wat ze de andere burgers niet geeft of niet oplegt, dat, immers, in de regel van gebonden bevoegdheid die zij moet toepassen vooraf is beslist wie de adressaten van de door die regel verschafte rechten of opgelegde verplichtingen zijn; dat, wel te verstaan, een schending van de gelijkheidsregel zich kan voordoen bij het vaststellen van een regel die gebonden bevoegdheid toekent, namelijk indien de regelgever over een discretionaire bevoegdheid beschikte om die regel al dan niet uit te vaardigen en hij ze zonder deugdelijke reden uitgevaardigd heeft” (742).

264. Ook wanneer de overheid bij de toepassing van de norm over een beoordelingsbevoegdheid beschikt, stelt GERARDS zich de vraag of het gelijkheidsbeginsel daadwerkelijk toegevoegde waarde heeft:

“[B]ij het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur [kan] worden gesteld dat het niet zozeer vereist dat het bestuur op gelijke wijze handelt, maar vooral dat het een consistent en redelijk beleid voert. In dat opzicht voegt het gelijkheidsbeginsel niet bijzonder veel toe aan algemene beginselen als dat van zorgvuldigheid, rechtszekerheid en redelijkheid” (743).

Zij illustreert die stelling aan de hand van het vergunningenbeleid. Wanneer de overheid een vergunning toekent aan bepaalde personen, maar niet aan andere, dan kan haar worden verweten dat zij in de uitoefening van haar bevoegdheid een verschil in behandeling doet ontstaan. Dat verschil in behandeling is verantwoord wanneer daarvoor gegronde redenen bestaan. Er kan de overheid echter evengoed worden verweten dat zij inconsistent heeft gehandeld door slechts aan bepaalde personen een vergunning toe te kennen of dat zij willekeurig of onredelijk heeft gehandeld. Ook in dat geval moet worden onderzocht of er gegronde en objectieve redenen aan de vergunningsbesluiten ten grondslag lagen (744).

265. In de rechtspraak van de Raad van State is het niet lang zoeken naar voorbeelden die ervan doen blijken dat de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel *de facto* neerkomt op het beoordelen van de redelijkheid van de maatregel:

(742) R.v.St., Wostyn, nr. 35.457, 13 juli 1990.

(743) J.H. GERARDS, “Het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht”, *l.c.*, 59.

(744) *Ibid.*

— de beoordeling van de verenigbaarheid met de onmiddellijke omgeving valt onder de bevoegdheid van de vergunnende overheid, welke bevoegdheid die overheid geval per geval moet uitoefenen. Bij die individuele beoordeling moet de overheid de in artikel 10 van de Grondwet neergelegde gelijkheidsregel in acht nemen, derwijze dat ze, wat de vergunningaanvragers betreft, zonder gegronde reden niet aan de ene toestaat wat ze aan de andere weigert, en dat ze zonder gegronde reden niet op één plaats verenigbaar met de onmiddellijke omgeving acht wat ze op een andere plaats daar onverenigbaar mee acht (745);

— de regulariserende stedenbouwkundige vergunning die voorwaarden oplegt tot wijziging van de al uitgevoerde werken, zoals de verplaatsing van de garagepoort van een woning van de straatkant naar de zijkant bevat onevenredige vereisten vergeleken met het nagestreefde doel van esthetische harmonie, daar waar immers verzoekers, met foto's ter staving, aantonen dat het behoud van de uitgevoerde werken de ruimtelijke ordening niet kennelijk zou bederven, meer bepaald omdat de rest van de woningen van naburige percelen ook een garage aan de voorgevel hebben. Zo'n verplichting zou de begunstigde van de vergunning verplichten om investeringen te doen (werken, afkoop van een strook grond van het naburige perceel) die helemaal niet in verhouding staan tot de inbreuken die de aanneemer heeft begaan omtrent hun woning (746);

— het toetsen aan het gelijkheidsbeginsel van een beslissing die de gemeenteoverheid bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid inzake de ruimtelijke ordening van haar grondgebied neemt, kan slechts zinvol gebeuren met betrekking tot beslissingen die dezelfde overheid heeft genomen ten aanzien van andere vergunningaanvragers dan de verzoekende partij. Daarover anders oordelen zou bovendien neerkomen op een miskenning van het grondwettelijk beginsel van de gemeentelijke autonomie. Het gaat bijgevolg niet op dergelijke beslissing te vergelijken met beslissingen die werden genomen, hetzij door andere gemeenten, hetzij door de bestendige deputatie met betrekking tot andere gemeenten van de provincie. Van discriminatie is slechts sprake indien een afwijking van een constante gedragslijn tot gevolg zou hebben dat aan verzoekers, verkavelaars, wordt geweigerd wat aan een andere verkavelaar wordt toegestaan. De omstandigheid dat ten aanzien van een zelfde persoon achtereenvolgens

(745) R.v.St., Van Gerven, nr. 37.543, 29 augustus 1991.

(746) R.v.St., Van de Putte, nr. 112.888, 26 november 2002.

tegengestelde beslissingen werden genomen, houdt geen schending in van het gelijkheidsbeginsel (747);

— een vergunningverlenende overheid moet aanvragers die in gelijke omstandigheden verkeren gelijk behandelen en, indien zij het aantal verleende vergunningen wil beperken, moet kunnen worden nagegaan op grond waarvan zij de voorkeur geeft aan de ene boven de andere aanvrager (748);

— voor de beoordeling van leerlingen is een beroep op het gelijkheidsbeginsel als zodanig in rechte niet relevant, aangezien de leerlingen van een zelfde klas zich tegenover elkaar niet verhouden als concurrenten voor een voordeel dat alleen aan één of enkelen onder hen kan worden toegekend. De enige vraag is dus of de beoordeling van een leerling wettig is. Indien ze wettig is, blijft ze wettig ook wanneer andere leerlingen anders, per definitie onwettig, werden behandeld. In zoverre de klasseraad ter zake over een dossier beschikt, kan het feit dat hij andere leerlingen anders heeft behandeld een aanwijzing zijn dat hij ten aanzien van de betrokken leerlingen zijn discretionaire bevoegdheid niet degelijk – met name niet met inachtneming van de eisen van de redelijkheid – heeft uitgeoefend (749);

— ...

266. Om tot de overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel te kunnen besluiten, moet worden nagegaan of voor het verschil in behandeling een deugdelijke of aanvaardbare reden bestaat, wat uiteindelijk niets anders is dan een toetsing aan het redelijkheidsbeginsel.

GERARDS twijfelt zoals gezegd aan de toegevoegde waarde van het gelijkheidsbeginsel, maar zij is wel van oordeel dat het een interessante en praktische rechtsingang vormt: “voor de individuele rechtzoekende is het waarschijnlijk gemakkelijker om aan te tonen dat het bestuur onredelijk heeft

(747) R.v.St., N.V. Extensa e.a., nr. 35.732, 25 oktober 1990. Over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel inzake ruimtelijke ordening, zie meer in het bijzonder P. POPELIER, “Het gelijkheidsbeginsel in de ruimtelijke ordening en stedenbouw”, *T.R.O.S.* 1996, 221-231 en D. VAN HEULE, “Het gelijkheidsbeginsel”, in B. HUBEAU en P. POPELIER (ed.), *Behoorlijk ruimtelijk ordenen. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de ruimtelijke ordening en stedenbouw*, Brugge, die Keure, 2002, 177-192.

(748) R.v.St., B. V.B.A. Azimuth Lines, nr. 41.631, 19 januari 1993.

(749) R.v.St., D.W., nr. 44.931, 16 november 1993. Zie ook R.v.St., Versnick, nr. 61.826, 18 september 1996.

gehandeld als hij kan wijzen op andere gevallen waarin een bevoegdheid op gunstigere wijze is uitgeoefend, dan wanneer hij moet bewijzen dat er bij de bevoegdheidsuitoefening sprake is geweest van willekeur” (750).

Om bovenop de beoordeling van de redelijkheid ook de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel te activeren is een vergelijkingspunt vereist. Een discriminatie kan reeds blijken uit de vergelijking met één ander concreet gelijk geval. Wanneer evenwel een verzoeker geen enkel concreet gegeven aanbrengt waaruit blijkt dat aan één of meer andere personen een afwijking zou zijn verleend, gelijk aan die welke haar door de aangevochten beslissing wordt geweigerd, blijkt niet dat zij zou zijn gediscrimineerd (751).

Illustratief in dat verband is een arrest van 17 juni 2003 waarin de Raad van State overweegt “*dat de beoordelingsvrijheid waarover de verwerende partij inzake het sluiten van convenants beschikt, niet alleen door de redelijkheid wordt begrensd, maar, wegens de in het besproken middel aangevoerde gelijkheid, ook door de manier waarop de verwerende partij die bevoegdheid in vergelijkbare gevallen uitoefent*” (752).

III. Uitoefening van normerende bevoegdheid

267. Wanneer de administratieve overheid haar normerende bevoegdheid uitoefent, heeft het gelijkheidsbeginsel de functie van beginsel van behoorlijke regelgeving en dient rekening te worden gehouden met het klassieke interpretatieschema zoals dat uit de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges kan worden afgeleid (753).

De grondwettelijke regels van de gelijkheid voor de wet en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën wordt ingesteld, voor zover dit verschil op een objectief criterium berust en redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de ter beoordeling staande maatregel en met de aard van de in het geding zijnde beginselen. Het gelijkheidsbeginsel is geschonden

(750) J.H. GERARDS, “Het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht”, *l.c.*, 60.

(751) R.v.St., Hernaiz-Van Den Eynden, nr. 35.252, 26 juni 1990.

(752) R.v.St., N.V. Pac Man, nr. 120.646, 17 juni 2003.

(753) Zie E.H.R.M. 23 juli 1968, *Publications of the European Court of Human Rights* 1968, Serie A, vol. 6, § 10; Arbitragehof nr. 21/89, 13 juli 1989, *B.S.* 21 juli 1989; Cass. 5 oktober 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 134, concl. G. D’HOORE.

wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel (754).

A. *Wettig doel*

268. Om te beginnen moet de maatregel die een verschil in behandeling instelt daarmee een wettig doel nastreven. Deze toets houdt in dat het doel van het onderscheid niet verboden mag zijn (755). Wanneer een onderscheid niet zijn verantwoording vindt in een door een hoger gerangschikte rechtsregel geformuleerde doelstelling, zo zegt RIMANQUE, dan valt de rechter voor de proef van de wettigheid terug op wat verzoenbaar is met de beginselen van de democratische rechtsstaat (756).

269. Een maatregel met een onwettig doel is zeldzaam. Een verschil in loopbaan tussen stewards en stewardessen op grond van de veronderstelling dat stewardessen van meer dan veertig jaar oud een fysiek voorkomen hebben dat het cliënteel van de luchtvaartmaatschappijen niet zal bevallen, werd door de Raad van State strijdig bevonden met het algemeen belang (757). Een doel dat buiten de bevoegdheid van de regelgever valt, is onwettig (758). Anderzijds werd, weliswaar in een andere tijdsgeest, het doel dat erin bestaat een politiek en levensbeschouwelijk evenwicht te verzekeren bij de benoeming van de topambtenaren van de openbare omroep niet ontoelaatbaar bevonden (759).

B. *Objectief onderscheid*

270. Het objectief karakter van het onderscheid houdt in dat het onderscheidingscriterium gebaseerd is op een vaststelling die onafhankelijk is

(754) R.v.St., N.V. Ikea Belgium, nr. 69.905, 1 december 1997.

(755) J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor 'corrigerende ongelijkheden' en doorwerking in private rechtsverhoudingen", in *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, (129) 136.

(756) K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1992-93, (6) 10.

(757) R.v.St., Belgian Corporation of Flight Hostesses, nr. 28.435, 2 september 1987. Vgl. R.v.St., Belgian Corporation of Flight Hostesses, nr. 127.857, 6 februari 2004.

(758) R.v.St., v.z.w. Hiberniaschool en v.z.w. Centrum voor de Steinerpedagogie, nr. 25.423, 31 mei 1985; R.v.St., N.V. A.G. de 1824, nr. 39.203, 9 april 1992.

(759) R.v.St., Lenaerts, nr. 13.122, 25 juli 1968.

van persoonlijke appreciatie (760). Een objectief criterium van onderscheid is bijvoorbeeld de nationaliteit (761) of het bezit van een diploma (762).

Het criterium moet abstract geformuleerd zijn en dus in beginsel van toepassing zijn op een onbeperkt aantal personen (763). Dit sluit niet uit dat het in werkelijkheid slechts op één persoon toepassing vindt. De omstandigheid dat een politiereglement *de facto* slechts van toepassing is op één persoon of inrichting, volstaat op zich niet om aan te tonen dat het de gelijkheid van de burgers voor de wet schendt. Dit is zelfs niet zo wanneer uit de omstandigheden van zijn totstandkoming zou kunnen worden afgeleid dat de moeilijkheden die het reglement wil verhelpen hun oorsprong hebben bij die ene persoon of inrichting (764).

271. Een onderscheid dat niet objectief is, komt in een rechtsregel zelden voor. Het koninklijk besluit dat de tussenkomst voor logopedische behandeling afhankelijk stelt van een taal- en intelligentietest stelt bij gebrek aan nadere omschrijving van zulke testen onvoldoende een objectieve norm en waarborgt aldus geen gelijke behandeling voor de wet (765).

C. Adequaat onderscheid

272. Behalve objectief dient het criterium van onderscheid ook “adequaat” te zijn, hetgeen ook met de woorden “efficiënt”, “relevant”, “pertinent” of “redelijk” wordt aangeduid. Deze toets houdt in dat het onderscheidingscriterium moet toelaten het gesteld doel te bereiken (766).

(760) J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 187.

(761) R.v.St., v.z.w. Onthaalcentrum voor gastarbeiders van Brussel, nr. 28.277, 29 juni 1987.

(762) R.v.St., Lignon, nr. 5.542, 8 maart 1957.

(763) R.v.St., v.z.w. Chambre syndicale des agences hyppiques, nr. 19.989, 20 december 1979.

(764) R.v.St., De Maesschalck, nr. 38.354, 17 december 1991. Zie ook reeds R.v.St., Wielemans-Cueppens, nr. 181, 9 december 1949: het feit dat een belasting door één enkele belastingplichtige wordt gedragen, wijzigt haar aard geenszins en heeft niet tot gevolg haar onwettig te maken.

(765) Arbrb. Antwerpen 5 november 1993, *Soc. Kron.* 1995, 487.

(766) J. THEUNIS, “Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor ‘corrigerende ongelijkheden’ en doorwerking in private rechtsverhoudingen”, *l.c.*, 138.

Zo heeft de Raad van State een bepaling van het koninklijk besluit van 30 mei 1997 gedeeltelijk geschorst en vernietigd die bepaalde winkels toeliet om 's zondags personeel tewerk te stellen. Het ging om winkels met als hoofdactiviteit de verkoop van meubelen bestemd voor privé-gebruik en waarvan bovendien in de voor het publiek toegankelijke ruimte uitsluitend meubelen worden vertoond met uitzondering van de aanverwante producten. Deze laatste zijn producten die bestemd zijn voor de aankleding en de presentatie van de meubelen. Het criterium van onderscheid dat berust op het al dan niet verkopen van keukenmeubels is volgens de Raad van State niet pertinent ten aanzien van de doelstelling van de maatregel die erin bestaat een bestaande toestand te regulariseren (767). Het criterium "bestemd zijn voor de aankleding en de presentatie van de meubelen" is daarentegen wel redelijk en legt op objectieve en correcte wijze het verband met het wezenlijke van de activiteiten van een meubelwinkel, te weten het tentoonstellen en het attractief maken van de meubelen met het oog op een zo groot mogelijke verkoop. Voor de uitsluiting van het keukengerief werd dan weer geen verantwoording gevonden (768).

273. Vooral inzake belastingen liggen de voorbeelden uit de rechtspraak van de Raad van State voor het oprapen (769). Het type-voorbeeld in dat verband is nog steeds het arrest *Lemmens* van 9 juni 1964. De Raad van State stelde vast dat de verordening die een belasting invoert op de verzamelplaatsen van tweedehands motorvoertuigen, doch de verzamelplaatsen die op meer dan honderd meter van de openbare weg zijn gelegen daarvan vrijstelt, betrekking had op de exploitatie van een bepaald soort van handelsbedrijven maar achtte het niet bewezen dat de gemeente daarmee een ander geoorloofd oogmerk nastreefde dan de verhoging van de ontvangsten die de algemene uitgaven van de gemeente moeten dekken. De Raad was van oordeel dat er geen kennelijk verband bestond tussen, enerzijds, de aard van die belasting en het oogmerk dat de heffing ervan moet worden geacht te dienen en, anderzijds, de ligging van de exploitatiezetel van de belaste bedrijven op minder dan wel op meer dan honderd meter van de openbare weg (770). Hierbij moet worden opgemerkt dat de betrokken gemeente blijkbaar had nagelaten om de goede ordening van de ruimte in te roepen ter verantwoording van het verschil in behandeling.

(767) R.v.St., N.V. Ikea Belgium, nr. 69.905, 1 december 1997.

(768) R.v.St., N.V. Ikea Belgium, nr. 96.118, 5 juni 2001.

(769) Zie daarvoor meer in het bijzonder R. ANDERSEN, "Le Conseil d'Etat et le principe d'égalité en matière fiscale", in *Protection des droits fondamentaux du contribuable*, Brussel, Bruylant, 1993, 41-62.

(770) R.v.St., Lemmens, nr. 10.675, 9 juni 1964.

Een ander arrest had betrekking op een gemeentelijk reglement dat een belasting van 250 oude Belgische franken oplegde per dag van uitbating, uitsluitend ten laste van de handel in frieten, hotdogs, appelflappen en soortgelijke producten om mee te nemen, wanneer de uitbating gevestigd was op een perceel gelegen langs de openbare weg of in een gebouw gelegen op een privé-terrein waar het cliënteel moet binnengaan om bediend te worden. Dat reglement schendt artikel 10 van de Grondwet niet, zo zegt de Raad van State, omdat de belasting een categorie van handelszaken treft die op een objectieve manier wordt bepaald, met name deze die snelgerechten verkopen die moeten worden gebakken of gekookt en die warm worden opgediend. Die gerechten worden normaal onmiddellijk geconsumeerd, in ieder geval voor ze zijn afgekoeld, zodat de gebruikers verplicht zijn zich van de verpakking te ontdoen. Die handelszaken veroorzaken bijgevolg meer werk voor de openbare vuilnisdiensten dan andere handelszaken die producten voor onmiddellijke consumptie verkopen, maar die koud worden opgediend, zoals sandwiches (771).

274. In de meerderheid van de gevallen wordt het onderscheidingscriterium relevant bevonden ten aanzien van het doel. Het feit dat mannen niet en vrouwen wel een tegemoetkoming kregen in de kosten van een pruik, is geen adequaat criterium omdat “de psychologische gevolgen van totale of nagenoeg totale kaalhoofdigheid en hun omvang worden beïnvloed door allerlei factoren, onder meer door het karakter van de kaalhoofdige persoon, door zijn leeftijd, door het aantal en de menigvuldigheid van zijn persoonlijke en beroepsrelaties, door hun invloed op de betrokkene en niet enkel, zelfs niet noodzakelijk, door het geslacht van die persoon” (772).

Het loutere feit dat het verschil in behandeling reeds in een vroegere regel was vervat, volstaat niet om de nieuwe regel te verantwoorden in het licht van het gelijkheidsbeginsel (773).

D. Evenredigheid

275. Het bestaan van een redelijke verhouding tussen de aangewende middelen en het beoogde doel staat bekend als de evenredigheids- of pro-

(771) R.v.St., Canon, nr. 41.914, 8 februari 1993, *Rev. dr. commun.* 1993, 238, noot R. ANDERSEN.

(772) Arbh. Brussel 7 november 1985, *R.W.* 1986-87, 876.

(773) R.v.St., Gerard, nr. 76.481, 16 oktober 1998.

portionaliteitstoets. Dit is de laatste en belangrijkste toets (774). De evenredigheidstoets houdt in dat de regelgever – om het met de beeldspraak van VELAERS te illustreren – geen mug met een kanon mag bestrijden (775). Tussen het aangevoerde middel en het beoogde doel moet een evenwicht bestaan (776). Bij het toetsen van de evenredigheid stelt de rechter zich terughoudend op. De grens tussen juridische beoordeling en beleidskritiek is hier immers bijzonder vaag (777). Het gelijkheidsbeginsel geldt evenwel ook wanneer de overheid over een ruime appreciatiebevoegdheid beschikt (778).

Een bepaling, bijvoorbeeld, die tot gevolg heeft dat ziekenhuizen die nog geen zes jaar ervaring hebben op het vlak van medisch begeleide voortplanting geen erkenning kunnen bekomen, ook niet in de toekomst, schendt het gelijkheidsbeginsel doordat niet is aangetoond dat de beperking van het aantal erkende zorgprogramma's, vereist om de kwaliteit te waarborgen, moet gebeuren door het voorbehouden van de erkenning voor ziekenhuizen die reeds zes jaar ervaring hebben en het *de facto* uitsluiten van de andere ziekenhuizen en bijvoorbeeld niet kan gebeuren via het opleggen van inhoudelijke kwaliteitsnormen (779).

276. Ook fiscale bepalingen vormen een dankbaar toepassingsgebied voor het evenredigheidsbeginsel. Zo kan men zich voorstellen dat de hoger vermelde gemeentebelasting op frietkoten en dergelijke, wanneer zij aanzienlijk hoger zou zijn, niet langer als evenredig met de nagestreefde doelstelling zou kunnen worden beschouwd. Daarbij moet wel worden opgemerkt, zoals ook het Arbitragehof in een recent arrest heeft bevestigd (780), dat de wetgever naast de fiscale doelstelling die hij nastreeft in bepaalde aangelegenheden ook het gedrag van de belastingplichtigen mag proberen te beïnvloeden. Dat geldt bijvoorbeeld voor heffingen die tot doel hebben de consument ertoe aan te zetten geen wegwerpartikelen te gebruiken, noch producten die schadelijk zijn voor het leefmilieu.

De Raad van State van zijn kant sprak zich in een recent arrest als volgt uit over een maandelijksse gemeentebelasting van 2.500 euro op seksshops en

(774) J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel", *l.c.*, 140.

(775) J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 181.

(776) R.v.St., N.V. De Kwinte, nr. 53.663, 12 juni 1995.

(777) K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *l.c.*, 13.

(778) R.v.St., N.V. Editions JDM, nr. 96.920, 22 juni 2001.

(779) R.v.St., Wisanto, nr. 140.123, 3 februari 2005.

(780) Arbitragehof nr. 107/2005, 22 juni 2005, *B.S.* 4 juli 2005.

peepshows: “*Considérant [...] que le Conseil d’Etat ne peut annuler une taxe établie sans enfreindre aucune disposition législative que s’il existe une disproportion manifeste entre la taxe établie et les facultés contributives des personnes soumises à la taxe; que l’appréciation de cette éventuelle disproportion doit se faire en tenant compte de tous les résultats des activités des redevables et de l’ensemble des personnes qui sont soumises à la taxe, et non uniquement en fonction de la seule situation subjective des requérants; qu’à cet égard, il n’est pas logique, comme le font les requérants, de procéder à une comparaison directe entre, d’une part, le montant de leur bénéfice net annuel résultant de l’exploitation de leur établissement ‘L’extase’ à Namur et, d’autre part, le montant annuel de la taxe communale; qu’en effet, une taxe de la nature de celle établie par le règlement litigieux, outre qu’elle est fiscalement déductible, est généralement répercutée sur le consommateur, en sorte qu’il n’est absolument pas démontré par les requérants que l’augmentation de prix qui s’ensuivra serait à ce point prohibitive pour la clientèle que celle-ci se détournerait massivement des établissements visés; qu’il convient en outre de distinguer les taxes réellement prohibitives, qui sont interdites, des taxes seulement dissuasives; qu’à cet égard, il ne fait pas de doute qu’une taxe poursuivant un objectif de dissuasion n’est pas disproportionnée pour le seul motif que son montant est important; qu’en effet, le caractère dissuasif que tend à se donner, comme en l’espèce, une imposition implique nécessairement que son montant soit élevé*” (781).

E. Vergelijkbare gevallen gelijk behandelen

277. Vooraleer aan de hand van de voormelde criteria tot een toetsing aan het gelijkheidsbeginsel over te gaan, wordt soms eerst nagegaan of de categorieën van personen ten aanzien van wie een ongelijkheid wordt aangevoerd vergelijkbaar zijn (782).

Een schending van het gelijkheidsbeginsel onderstelt dat de verzoekers anders worden behandeld dan andere, in dezelfde of soortgelijke omstandigheden verkerende personen. Wanneer een verzoeker zich blijkt te beklagen over een discriminatie ten opzichte van zichzelf, kan het gelijkheidsbeginsel niet geschonden zijn (783).

(781) R.v.St., Vandenplas e.a., nr. 129.174, 12 maart 2004.

(782) J. THEUNIS, “Het gelijkheidsbeginsel”, *l.c.*, 142.

(783) R.v.St., Verdoodt, nr. 48.182, 23 juni 1994.

278. Enkele voorbeelden uit de rechtspraak van de Raad van State:

- de belastingen op de tweede verblijfplaatsen en de andere gemeentelijke belastingen zijn niet voldoende vergelijkbaar wat hun aard, doel of gevolgen betreft om het bestaan van een schending van de gelijkheid voor de belastingen te kunnen inroepen (784);
- de aanvraag om een tingieterij te exploiteren is niet vergelijkbaar met een aanvraag voor een schrijnwerkerij die meer dan 30 jaar geleden werd vergund (785);
- de primaire laboratoria (laboratoria die stalen uitbesteden in onderaanneming) zijn niet vergelijkbaar met secundaire laboratoria (laboratoria die stalen analyseren in onderaanneming) wanneer wordt aangevochten dat de primaire laboratoria hun primaire kosten niet meer vergoed zullen zien. Die primaire kosten zijn immers per definitie eigen aan de primaire laboratoria (786);
- het gelijkheidsbeginsel is niet geschonden bij ongelijke behandeling tussen een overheidsorgaan, dat in het algemeen belang handelt, en een particulier.

279. De Raad van State gaat soms nog een stap verder, met name door te eisen dat de betrokken personen of categorieën ten aanzien van het voorwerp van de bestreden bepaling als concurrenten tegenover elkaar staan. Zo oordeelde de Raad van State dat de tegengestelde of tegenstrijdige belangen, enerzijds van de aanvrager van een exploitatievergunning die een vergunningplichtige inrichting in bedrijf wil stellen en anderzijds van de omwonenden die om reden van de geluids- en reukhinder, het gevaar en de dreigende waardevermindering tegen de toekenning van de vergunning gekant zijn, bij bepaling niet op gelijke wijze kunnen worden gediend en dat de overheid bij het geven van de voorkeur aan het ene belang boven het andere, ook al zou haar voorkeur op onwettige motieven steunen, als dusdanig geen ongelijkheid begaat (787).

(784) R.v.St., D'Aoust, nr. 99.385, 2 oktober 2001.

(785) R.v.St., Francois, nr. 38.202, 28 november 1991.

(786) R.v.St., B.V.B.A. Algemeen Bioklinisch Laboratorium, nrs. 99.921 en 99.922, 18 oktober 2001.

(787) R.v.St., De Winne, nr. 81.066, 17 juni 1999.

Ook is het gelijkheidsbeginsel niet van toepassing ten aanzien van de leerlingen van een zelfde klas aangezien ze zich tegenover elkaar niet verhouden als concurrenten voor een voordeel dat alleen aan één of aan enkelen onder hen kan worden toegekend, zoals een benoeming of een werk of een levering (788).

Inzake tuchtrecht lijkt de Raad van State dan weer op twee benen te hinken. In een arrest van 5 januari 1999 was hij van oordeel dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel als zodanig niet in rechte relevant is aangezien de ambtenaren van een zelfde dienst zich tegenover elkaar niet verhouden “zoals de in aanmerking komenden voor een maatregel die alleen op een of enkelen onder hen kan worden toegepast, zoals, positief, een benoeming of een overheidsopdracht of, negatief, een ontslag wegens het wegvallen van een betrekking”. De enige vraag is of de verzoeker wettig tuchtrechtelijk is afgezet. Indien dit terecht is gebeurd, blijft dit terecht gebeurd ook al werden andere ambtenaren anders behandeld. De Raad vervolgt evenwel dat in geval van twijfel over de rechtmatigheid van de beoordeling van een tuchtrechtelijk gestrafte ambtenaar, die twijfel mede kan worden opgeheven door na te gaan hoe andere ambtenaren in soortgelijke omstandigheden werden beoordeeld. Er bestaat geen twijfel over dat de onrechtmatige aanmaak van sorry-passen als een onkiese daad in de zin van het tuchtreglement kan worden beschouwd en dat bijgevolg de afzetting de reglementair aangewezen sanctie was. Wanneer andere ambtenaren die eveneens sorry-passen hebben aangemaakt niet zijn afgezet, ziet het er volgens de Raad van State veeleer naar uit dat op hen de aangewezen sanctie ten onrechte niet werd toegepast dan dat aan verzoeker een te strenge straf werd opgelegd (789).

F. Onvergelijkbare gevallen ongelijk behandelen

280. Het gelijkheidsbeginsel verzet er zich ten slotte tegen dat categorieën van personen die zich ten aanzien van de aangevochten maatregel in wezenlijk verschillende situaties bevinden, op identieke wijze worden

(788) R.v.St., Rammant, nr. 25.491, 18 juni 1985; R.v.St., Duymelinck, nr. 27.512, 10 februari 1987; R.v.St., Willems, nr. 41.920, 9 februari 1993; R.v.St., D.W., nr. 44.931, 16 november 1993; R.v.St., Versnick, nr. 61.826, 18 september 1996.

(789) R.v.St., Van den Eynde, nr. 77.951, 5 januari 1999. Over het gelijkheidsbeginsel in tuchtzaken, zie I. OPDEBEEK, “Het gelijkheidsbeginsel in tuchtzaken”, (noot onder R.v.St., De Rycke, nr. 51.706, 21 februari 1995), *T. Gem.* 1995, 366-368.

behandeld zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat (790). Een verschillende behandeling van twee duidelijk verschillende categorieën kan geen discriminatie uitmaken (791). Van discriminatie zou dan sprake zijn wanneer zij zonder reden gelijk worden behandeld (792).

Zo treedt een gemeente discriminerend op door eenieder zonder uitzondering, en dus ook niet-christelijken, op te leggen een kruis als grafteken te plaatsen (793).

G. Gelijkheid = redelijkheid + evenredigheid

281. De verschillende stappen in de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel zijn lang niet in elk arrest zichtbaar. De vereisten van het wettig doel en het objectief karakter van het onderscheid komen vaak slechts aan de oppervlakte als het vervuld zijn ervan wordt betwist. De overige vereisten blijken weinig meer dan een vermomming van het redelijkheidsbeginsel.

POPELIER beschouwt het gelijkheidsbeginsel, zoals overigens de meeste substantiële beginselen van behoorlijk bestuur, als een toepassing van het redelijkheidsbeginsel (794). Zij stelde vast dat de toetsing aan de algemene beginselen van gelijkheid, evenredigheid en rechtszekerheid uiteindelijk neerkomt op een controle van de redelijkheid van de wetgeving, waardoor de beleidsvrijheid van de rechter wordt begrensd door een verbod van willekeur (795). Dat is ook de mening van GERARDS, al voegt die eraan toe dat het gelijkheidsbeginsel toch een toegevoegde waarde heeft omdat het, anders dan het redelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur, in de Grondwet en de verdragen is gecodificeerd (796).

(790) R.v.St., Tilmans, nr. 31.547, 6 december 1988; R.v.St., Landsbond van de onafhankelijke ziekenfondsen, nr. 72.043, 25 februari 1998.

(791) R.v.St., Okhai, nr. 39.012, 17 maart 1992.

(792) R.v.St., l'Union nationale des mutualités libres, nr. 133.198, 28 juni 2004.

(793) R.v.St., gemeente Kinrooi, nr. 17.114, 7 juli 1975.

(794) P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur in de ruimtelijke ordening en stedenbouw", in B. HUBEAU en P. POPELIER (ed.), *Behoorlijk ruimtelijk ordenen. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de ruimtelijke ordening en stedenbouw*, Brugge, die Keure, 2002, (1) 6. Ook volgens De Staercke kan het gelijkheidsbeginsel, zoals overigens ook alle andere inhoudelijke beginselen van behoorlijk bestuur, worden herleid tot het redelijkheidsbeginsel: J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Mechelen, Kluwer, 2004, 19.

(795) P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak", *T.P.R.* 1995, (1049) 1101. Volgens de Raad van State spruit het redelijkheidsbeginsel niet voort uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (R.v.St., De Winne, nr. 81.066, 17 juni 1999).

(796) J.H. GERARDS, "Het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht", *l.c.*, 57.

Ook het evenredigheidsbeginsel, dat eerst door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en later door de verschillende Belgische rechtscolleges is geïntegreerd in het gelijkheidsbeginsel, kan als een toepassing van het redelijkheidsbeginsel worden aangemerkt (797).

282. Uit talloze arresten blijkt ook dat een grief die op de schending van het gelijkheidsbeginsel is gesteund, wordt afgedaan met verwijzing naar de redelijkheid. Zo oordeelde de Raad van State dat de gelijkheidsregel geenszins verbiedt dat de overheid de gesubsidieerde en niet-gesubsidieerde personeelsleden verschillend behandelt, maar dat wel is vereist dat ze daarvoor een deugdelijke reden heeft (798). Een ander voorbeeld is dat het gelijkheidsvoorschrift van artikel 10 van de Grondwet zich naar het oordeel van de Raad van State er niet tegen verzet dat de geslachten verschillend worden behandeld mits met het gemaakte onderscheid een rechtsgeldig doel wordt nagestreefd en mits dat onderscheid berust op een in redelijkheid aanvaardbaar motief (799). Ook in de volgende paragraaf zijn nog illustraties te vinden.

§ 3. *Het gelijkheidsbeginsel in enkele domeinen van het bestuursrecht*

I. Gelijkheid ten aanzien van het gebruik van de openbare dienst

283. Het beginsel van de benuttigingsgelijkheid is een concretisering van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel (800). Het betekent dat alle burgers ten aanzien van het gebruik van de openbare dienst gelijk moeten worden behandeld (801). Volgens het Hof van Cassatie gaat het niet om een algemeen rechtsbeginsel (802).

284. Een illustratie biedt de zaak waarin een besluit van de gemeente Zottegem wordt betwist waarbij de gemeentelijke tennisinfrastructuur aan een bepaalde tennisclub werd verhuurd. De Raad van State vernietigt het be-

(797) C. BERTX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 365.

(798) R.v.St., Swiggers, nr. 64.239, 29 januari 1997.

(799) R.v.St., Brosens, nr. 28.888, 24 november 1987 en R.v.St., De Loof, nr. 28.889, 24 november 1987. Zie over die arresten P. HUMBLET, "Discriminatie bij aanwerving van overheidspersoneel", *R.W.* 1988-89, 209-216.

(800) R.v.St., De Leener en Ballon, nr. 30.876, 27 september 1988.

(801) R.v.St., B.V.B.A. T.C. Grotenberge, nr. 36.488, 26 februari 1991.

(802) Cass. 13 juni 2003, C.00.0725.N.

sluit omdat niet is aangetoond dat de kandidatuur van de verzoekster aan de gemeenteraad is voorgelegd en evenmin blijkt waarom dit niet is gebeurd. De Raad vervolgt dat “de verwerende partij zich zal moeten bezinnen over de vraag of zij enige reden heeft om verzoekster minder gunstig te behandelen dan de tussenkommende partij; dat het haar, in de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid, toekomt zich daarover uit te spreken, op basis, wel te verstaan, van motieven die verenigbaar zijn met het gelijkheidsbeginsel” (803).

Een gemeenteoverheid mag een gymnastiekvereniging niet uitsluiten van het gebruik van de turnzaal van de gemeenteschool op de enkele grond dat de leden van de vereniging een bepaalde politieke gezindheid hebben en daar voor uitkomen (804).

II. Gelijkheid voor de openbare lasten

285. Het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, dat onder meer in artikel 11 van de Grondwet is neergelegd, houdt naar het oordeel van het Hof van Cassatie in dat de overheid niet zonder vergoeding lasten kan opleggen die groter zijn dan die welke een particulier in het gemeenschappelijk belang moet dragen (805). Alleen wanneer de hinder die lasten overschrijdt, is de overheid schadevergoeding verschuldigd. Dit houdt een belangenafweging in tussen het openbaar en het privaat belang (806).

286. Als er geen ander rechtscollege bevoegd is, doet de Raad van State naar billijkheid en met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang uitspraak over de eisen tot herstelvergoeding voor buitengewone schade veroorzaakt door een administratieve overheid (807). De Raad van State is evenwel niet bevoegd wanneer de verzoeker zich daarbij beroept op een fout van het bestuur (808). Opdat er sprake zou

(803) R.v.St., B.V.B.A. T.C. Grotenberge, nr. 36.488, 26 februari 1991.

(804) R.v.St., Van Craen, nr. 16.943, 25 maart 1975.

(805) Cass. 28 januari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 572. Zie J.-L. FAGNART, “La garantie de l'égalité devant les charges publiques”, in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1992, 735-746.

(806) A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, II, Mechelen, Kluwer, 2004, 605.

(807) Artikel 11 van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State. Zie daarover R. HEIJSE, “Art. 11 R.v.St.-Wet”, in *Commentaar Publiek Procesrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl.

(808) R.v.St., Van Laeken, nr. 39.160, 3 april 1992.

zijn van buitengewone schade, is vereist dat slechts één of enkele personen schade ondervinden, zoniet is er sprake van een openbare last (809). Bovendien moet aan de eis tot herstelvergoeding een verzoekschrift tot schadevergoeding aan de administratieve overheid voorafgaan. De herstelvergoeding vindt haar rechtvaardiging in het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten (810).

Volgens de Raad van State is er sprake van discriminatie indien aan een persoon – die een rechtspersoon kan zijn – een last wordt opgelegd die zwaarder weegt dan die welke andere personen in gelijke of vergelijkbare omstandigheden te dragen hebben, terwijl voor dat verschil in behandeling geen wettige grondslag voorhanden is (811).

Voor degenen die tijdelijk een hoger ambt waarnemen, zo stelde de Raad van State vast in een arrest van 31 maart 1992, wordt meestal voorzien in een vergoedingsregeling voor zover die waarneming aan bepaalde minimumvereisten voldoet. Hoewel zulks geen algemeen rechtsbeginsel uitmaakt waardoor een subjectief recht op vergoeding voor de plaatsvervanger zou ontstaan, was het gelet op de concrete omstandigheden van de zaak wel uitzonderlijk en moest het worden geacht in strijd te zijn met het beginsel van de gelijkheid van de burgers tegenover de openbare lasten dat de verzoeker geen aanspraak heeft kunnen maken op een vergoeding voor die diensten (812).

III. Gelijkheid inzake benoemingen en bevorderingen

287. Het beginsel van de gelijke toegang tot de openbare dienst en het beginsel volgens hetwelk de benoemingen gebeuren op basis van rechtsregels die vooraf op algemene en objectieve wijze zijn bepaald, vormen een corollarium van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (813). Een afwijking van die algemene regels, zelfs wanneer zij uitgaat van de wetgever, moet

(809) A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, II, Mechelen, Kluwer, 2004, 606.

(810) R. HEIJSE, *l.c.*, 7.

(811) R.v.St., v.z.w. Hiberniaschool en v.z.w. Centrum voor de Steinerpedagogie, nr. 25.423, 31 mei 1985.

(812) R.v.St., Uytterhoeven, nr. 39.133, 31 maart 1992.

(813) Arbitragehof nr. 129/2002, 10 juli 2002, *B.S.* 13 juli 2002 (B.6.5); Arbitragehof nr. 138/2002, 2 oktober 2002, *B.S.* 8 oktober 2002 (B.5.4); Arbitragehof nr. 96/2005, 1 juni 2005, *B.S.* 20 juni 2005, tweede uitgave (B.16) en Arbitragehof nr. 106/2005, 15 juni 2005, *B.S.* 11 augustus 2005 (B.5).

volgens het Arbitragehof berusten op voldoende redenen van algemeen belang om een aantasting van de coherentie van het personeelsstatuut te verantwoorden (814).

288. Het beginsel dat iedereen gelijke toegang moet krijgen tot openbare ambten is ook naar het oordeel van de Raad van State slechts een bijzondere toepassing van de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie die zijn vastgelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Artikel 9 § 3, tweede zin, APKB, geeft op treffende wijze weer wat dat beginsel precies inhoudt: (815) *“De werving en selectie geschiedt in ieder geval op grond van een objectief wervingsstelsel dat, naar vorm en inhoud, de nodige waarborgen biedt inzake gelijke behandeling, verbod van willekeur, onafhankelijkheid en onpartijdigheid”*.

In een arrest van 27 augustus 1991 oordeelt de Raad van State *“dat aan de verplichting om de titels en verdiensten van de kandidaten voor een ambt onderling te vergelijken mede ten grondslag ligt het in artikel 10 van de Grondwet verwoorde beginsel van de gelijkheid van de Belgen voor de wet, dat met die verplichting betrokken wordt op de toegang tot het openbaar ambt; dat de andere grondslag van die verplichting het in artikel 33 van de Grondwet vastgestelde beginsel is dat alle machten van de Natie uitgaan, wat inhoudt dat de overheid steeds het belang van de Natie, het algemeen belang, moet nastreven, met name bij benoemingen de voorrang moet geven aan degene die vanuit het oogpunt van het algemeen belang de meest geschikte kandidaat is; dat integendeel andere rechtsregels als het door de tussenkomende partij genoemde redelijkheidsbeginsel en motiveringsbeginsel niet naast de gelijkheidsregel ten grondslag liggen aan de verplichting tot vergelijking der titels en verdiensten van de kandidaten voor een openbaar ambt, maar rechtsregels zijn die bij die vergelijking in acht moeten worden genomen opdat de gelijkheidsregel effectief haar deel zou krijgen; dat bedoelde rechtsregels dus niet op hetzelfde vlak als de gelijkheidsregel mogen worden geplaatst alsof ze naast die regel de basis zouden vormen van de verplichting tot vergelijking, dat ze in dienst staan van de gelijkheidsregel, hun zin eraan ontleenen, er dus onlosmakelijk mee verbonden zijn, zodat als zij geschonden zijn, onvermijdelijk ook de gelijkheidsregel geschonden is, zelfs in de eerste plaats de gelijkheidsregel, waaraan die andere regels immers ondergeschikt zijn”* (816).

(814) Arbitragehof nr. 138/2002, 2 oktober 2002, B.S. 8 oktober 2002 (B.5.4) en Arbitragehof nr. 96/2005, 1 juni 2005, B.S. 20 juni 2005, tweede uitgave (B.16).

(815) R.v.St., Jadot, nr. 98.735, 7 september 2001.

(816) R.v.St., Lens, nr. 37.538, 27 augustus 1991.

289. Wanneer de overheid met het oog op een benoeming of een bevordering een vergelijkend examen organiseert, heeft de overheid, indien zij na het examen daadwerkelijk overgaat tot de benoeming of bevordering, geen keuzemogelijkheid: de best gerangschikte kandidaat moet worden benoemd of bevorderd. Het bestuur beschikt hier met andere woorden slechts over een gebonden bevoegdheid wat de te benoemen persoon betreft (817). Wanneer de overheid daarentegen een niet-vergelijkend examen organiseert, beschikt de overheid in beginsel over een discretionaire bevoegdheid bij de keuze van de te benoemen of bevorderen kandidaat. De overheid kan bijgevolg een andere kandidaat benoemen, maar dit kan binnen de grenzen van de redelijkheid slechts op grond van ernstige en zwaarwichtige argumenten die betrekking moeten hebben op het belang van de dienst (818).

290. Het is vaste rechtspraak van de Raad van State dat het gelijkheidsbeginsel en het erin besloten beginsel van de gelijke toegankelijkheid tot openbare ambten de overheid verplichten om de titels en verdiensten van alle gegadigden te vergelijken (819). De overheid beschikt daarbij over een ruime beoordelingsbevoegdheid die slechts de redelijkheid als grens heeft (820). Die verplichting bestaat ook wanneer geen wets- of verordening bepaling een oproep tot de kandidaten voorschrijft. Ook als zulk een oproep niet is voorgeschreven, verplicht de gelijkheidsregel de overheid ertoe rekening te houden met de aanspraken van al degenen van wie zij weet of moet weten dat zij belangstelling hebben voor de te begeven functie (821). In beginsel moet uit het benoemingsbesluit zelf, de daaraan voorafgaande voordrachten en adviezen of desnoods uit andere stukken die zich in het dossier bevinden, kunnen blijken dat de vergelijking van titels en verdiensten heeft plaatsgehad (822).

Een vergelijking van de aanspraken en verdiensten houdt in dat ze onderzocht en met elkaar in verband worden gebracht. Het vereiste van bijzonde-

(817) I. OPDEBEEK, "De rechtsplicht tot vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten voor een benoeming of bevordering", in I. OPDEBEEK (ed.), *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 1997, 31.

(818) *Ibid.*, 31-32.

(819) Zie daarover I. OPDEBEEK, "De rechtsplicht tot vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten voor een benoeming of bevordering", *l.c.*, 1-62. Bv. R.v.St., Lovens, nr. 85.835, 6 maart 2000.

(820) R.v.St., Vancoillie, nr. 34.816, 26 april 1990; R.v.St., Berghmans, nr. 99.049, 24 september 2000.

(821) R.v.St., Cartois, nr. 31.358, 22 november 1988.

(822) R.v.St., Blondeel, nr. 133.391, 30 juni 2004, *T.B.P.* 2004, 668, met uittreksel verslag VAN NOTEN.

re selectiecriteria, zoals de taalpariteit, een minimumaantal vrouwen in de raad van bestuur of de complementariteit van de leden van een collegiaal orgaan, stelt de benoemende overheid niet vrij van de verplichting om de aanspraken en verdiensten van de sollicitanten te vergelijken (823).

Het door de Grondwet gewaarborgde gelijkheidsbeginsel, betrokken op de toegang tot het openbaar ambt, verplicht de overheid ertoe de onderscheiden kandidaten bij het begeven van een betrekking te vergelijken op basis van objectieve, redelijke en pertinente criteria. Het bestuur kan in het geval van een niet-vergelijkend examen bij zijn keuze weliswaar een groter belang hechten aan andere criteria dan de examenresultaten om de minder gunstig gerangschikte te verkiezen boven de meer gunstig gerangschikte, maar het gelijkheidsbeginsel gebiedt dan dat deze keuze in ieder geval wordt gedragen door objectieve, redelijke en pertinente criteria (824).

Wanneer de overheid, zonder een kennelijke beoordelingsfout te maken, ervan kan uitgaan dat de kandidaten 'vergelijkbare profielen' hadden, kan zij ervoor opteren ze te rangschikken volgens hun anciënniteit. Het is niet de taak van de Raad van State in de plaats te treden van de overheid bij het bepalen van een maatstaf met het oog op het rangschikken van de kandidaten voor een benoeming. Het is daarentegen zijn taak na te gaan of deze maatstaf, zoals hij werd toegepast, een aanwijzing vormt voor het aangekondigde doel, in het onderhavige geval de kandidaat benoemen die de meeste ervaring heeft opgedaan om de functie uit te oefenen (825).

Het gelijkheidsbeginsel omvat de verplichting om de kandidaten voor een betrekking gelijk te behandelen en om aldus eerst hun verdiensten met betrekking tot de gestelde criteria onderling te vergelijken en vervolgens de benoeming van een kandidaat die in de uitslag van het specifiek voor de te verrichten benoeming georganiseerde examen een beduidend slechter resultaat heeft bekomen te steunen op pertinente criteria die verband houden met het belang van de dienst, waaraan de titels en verdiensten van alle kandidaten getoetst zijn en die het besluit wettigen dat er deugdelijke redenen bestaan om aan de initieel grotere aanspraken van de best gerangschikte kandidaat voorbij te gaan (826).

(823) R.v.St., Matthis, nr. 118.044, 4 april 2003.

(824) R.v.St., Ruysen, nr. 66.928, 24 juni 1997.

(825) R.v.St., Grégoire, nr. 90.896, 20 november 2000 en nr. 101.138, 23 november 2001.

(826) R.v.St., Lambert, nr. 77.277, 1 december 1998 en nr. 145.313, 2 juni 2005.

Welke ook de criteria mogen zijn op basis waarvan de rangschikking onder de kandidaten uiteindelijk gebeurt, essentieel is dat die criteria voor iedere kandidaat dezelfde moeten zijn en op iedere kandidaat op een objectieve en gemotiveerde wijze moeten worden toegepast op straffe van miskennen van het gelijkheidsbeginsel (827). De aanspraken en verdiensten van de kandidaten moeten met dezelfde maat worden gemeten (828).

291. Een benoemingsbesluit schendt het gelijkheidsbeginsel wanneer de overheid de kandidaten heeft vergeleken op basis van criteria (*in casu* het geslacht) die, gelet op de concrete omstandigheden van de zaak, niet objectief en pertinent zijn en niet vermogen de aanmerkelijk betere examenuitslag van bepaalde andere kandidaten terzijde te schuiven (829). Uit het beginsel van de gelijke toelaatbaarheid tot de openbare ambten volgt de basisregel dat openbare betrekkingen moeten worden toegekend in het belang van het algemeen en niet in het belang van particulieren. Het evenwicht tussen mannen en vrouwen binnen de openbare diensten kan niet als dienstig worden aangevoerd indien daaromtrent geen wettelijke verplichting bestaat (830).

De regel van de gelijke benoembaarheid van mannen en vrouwen voor openbare diensten neemt niet weg dat, in toestanden waarin de fysieke constitutie van de man of de vrouw als zodanig in redelijkheid kan worden geacht in het algemeen een ongeschiktheid voor taken mede te brengen of een kennelijk gevaar voor de fysieke of morele gaafheid te doen ontstaan, taken bij voorkeur uitsluitend aan mannen of vrouwen kunnen worden toegewezen of algemene beschermingsmaatregelen ten voordele van de bedreigde groep kunnen worden genomen (831).

292. De omstandigheid dat slechts één persoon aan de bijzondere benoemingsvoorwaarde blijkt te voldoen, volstaat op zichzelf niet om die voorwaarde als discriminerend te beschouwen (832).

(827) I. OPDEBEEK, "De rechtsplicht tot vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten voor een benoeming of bevordering", *l.c.*, 29.

(828) *Ibid.*, met verwijzing naar R.v.St., Gypen, nr. 50.680, 12 december 1994.

(829) R.v.St., O.C.M.W. van Begijnendijk, nr. 63.471, 10 december 1996, *T. Gem.* 1997, 285, noot I. OPDEBEEK.

(830) R.v.St., Henni, nr. 111.123, 8 oktober 2002.

(831) R.v.St., De Wispelaere, nr. 45.552, 30 december 1993.

(832) R.v.St., Van de Velde, nr. 36.303, 25 januari 1991.

IV. Gelijkheid inzake overheidsopdrachten en aanverwante sectoren

293. De schending van de Overheidsopdrachtenwet kan een directe schending van artikel 10 van de Grondwet uitmaken wanneer de geschonden bepalingen van die wet niet meer zijn dan de in rechte overbodige verwoording van voorschriften die reeds vervat zijn in artikel 10 van de Grondwet. De gelijkheid van de inschrijvers kan maar zijn geschonden als zonder deugdelijke reden aan de ene inschrijver werd toegestaan of geweigerd wat aan de andere niet werd toegestaan of geweigerd. Een verzoeker die zich op een dergelijke ongelijkheid beroept, moet een begin van bewijs aanbrengen (833).

294. Wanneer de gemeenteraad opteert voor een aanbesteding, oefent zij een discretionaire bevoegdheid uit en dient zij het gelijkheidsbeginsel te respecteren. Het bevoordelen van bepaalde kandidaten kan slechts gebeuren op basis van een objectief criterium, in verhouding tot het doel of het onderwerp van de maatregel. Het in aanmerking genomen criterium om een voorkeurrecht toe te kennen aan de lokale jagers is objectief, maar er blijkt geen relatie te zijn met het doel en het voorwerp van de beslissing inzake de verhuur van een jachtrecht wanneer niet is aangevoerd dat de jagers die in de gemeente wonen hun sport op het grondgebied van de gemeente uitoefenen op een wijze die gunstiger is voor het algemeen belang dan de jagers die van andere gemeenten afkomstig zijn (834).

295. Het bestuur schendt het gelijkheidsbeginsel niet door aan de aanne-mer met de laagste prijsopgave voor die post wel om prijsverantwoording en uitleg over het aangewende procédé te vragen en aan de andere aanne-mers niet (835).

Het toesnijden van het bestek op een bepaalde leverancier schendt het gelijkheidsbeginsel en het in artikel 1 § 1 Overheidsopdrachtenwet 1993 ver-vatte beginsel van mededinging dat verbiedt bepaalde kandidaten te be-voordelen en andere te benadelen (836).

De overheidsopdracht “bij onderhandelingsprocedure” vindt plaats wan-neer de aanbestedende overheid meerdere aannemers, leveranciers of

(833) R.v.St., N.V. C.F.E. e.a., nr. 35.620, 2 oktober 1990.

(834) R.v.St., Pirmolin, nr. 38.591, 27 januari 1992.

(835) R.v.St., N.V. Organisation Belge de Travaux, nr. 47.021, 26 april 1994.

(836) R.v.St., N.V. Mewaf International, nr. 116.351, 25 februari 2003.

dienstverleners naar keuze raadpleegt en over de voorwaarden van de opdracht onderhandelt met één of meer van hen. Bij het voeren van een dergelijke procedure moeten de betrokken overheden in elk geval het gelijkheidsbeginsel naleven (837).

Een inschrijver die reeds vroeger is belast met leveringen als die waar een offerteaanvraag over gaat, is uiteraard bevoordeligd ten aanzien van de andere inschrijvers. Dit maakt echter geen schending uit van de gelijkheidsregel (838).

296. Geen wets- of reglementsbeplating schrijft uitdrukkelijk voor dat een domeinconcessie slechts kan worden toegekend volgens de procedure van aanbesteding of offerteaanvraag, zoals bepaald is voor overheidsopdrachten. De discretionaire bevoegdheid die de overheid heeft om de concessionaris te kiezen wordt evenwel beperkt door het gelijkheidsbeginsel vervat in artikel 10 van de Grondwet (839).

297. Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, betrokken op de verkoop van onroerende goederen door een gemeente, verplicht het bestuur principieel ertoe de weg van de openbare verkoop te volgen. Dergelijke verkoop houdt immers de garantie in dat potentiële kopers hun belangen kunnen doen gelden en dat de gemeente alle gegadigden op dezelfde wijze behandelt. Het gelijkheidsbeginsel sluit evenwel niet uit dat van die principiële verplichting wordt afgeweken door te beslissen een goed onderhands te verkopen, voor zover de gemeenteraad daarvoor over precieze redenen beschikt die in feite juist en in rechte aannemelijk zijn (840).

V. Gelijkheid ten aanzien van de autonomie

298. Een verschillende behandeling in aangelegenheden waar de Gemeenschappen en de Gewesten over eigen bevoegdheden beschikken, is een mogelijk gevolg van een verschillende beleidsvoering op grond van de autonomie die hen is toegekend door of krachtens de Grondwet. Zij kan als

(837) R.v.St., N.V. Geac, nr. 141.201, 24 februari 2005.

(838) R.v.St., N.V. Seyntex e.a., nr. 66.847, 18 juni 1997.

(839) R.v.St., N.V. Seaport Terminals, nr. 48.082, 21 juni 1994.

(840) R.v.St., B.V.B.A. De Backer, nr. 66.428, 28 mei 1997.

zodanig niet in strijd worden geacht met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (841).

Het mogelijke verschil tussen het reglement vastgesteld door een gemeenteraad en soortgelijke reglementen van andere gemeenten van dezelfde agglomeratie of van het land is op generlei wijze een ongerechtvaardigde discriminatie aangezien het een gevolg is van de gemeentelijke autonomie (842).

§ 4. Enkele heikele kwesties

I. De schending van het gelijkheidsbeginsel moet worden gestaafd

299. Het gelijkheidsbeginsel kan slechts geschonden zijn indien de verzoeker met feitelijke en concrete gegevens aantoont dat in rechte en in feite gelijke gevallen ongelijk werden behandeld zonder dat er een objectieve verantwoording bestaat voor deze ongelijke behandeling (843). Zo kan geen schending van het gelijkheidsbeginsel worden afgeleid uit het feit dat het door de studenten behaalde puntenaantal niet gelijk is wanneer de verzoeker in gebreke blijft de minste indicatie te verstrekken van een onverantwoord verschil in behandeling tussen haarzelf en de andere studenten (844).

Ook moet een beweerde discriminatie van bouwaanvragers ten opzichte van anderen door concrete gegevens worden aangetoond (845). Wanneer de verzoeker nalaat enig concreet gegeven aan te brengen waaruit kan worden afgeleid dat in gelijke of in vergelijkbare omstandigheden aan anderen de bouwvergunning werd gegeven die hem wordt geweigerd, toont hij niet aan dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden (846). De verzoekende partij moet concrete argumenten aanvoeren die kunnen aantonen dat het gemaakte onderscheid kennelijk ongerechtvaardigd en onredelijk is en niet enkel

(841) R.v.St., Ben Abdallah, nr. 43.880, 27 augustus 1993; R.v.St., Van der Feesten, nr. 72.970, 2 april 1998; R.v.St., N.V. Spe, nr. 137.954, 2 december 2004. In dezelfde zin is de rechtspraak van het Arbitragehof gevestigd (o.a. arrest nr. 33/91, 14 november 1991, *B.S.* 4 december 1991).

(842) R.v.St., Rossel en Maes, nr. 45.858, 28 januari 1994. Zie ook Cass. 4 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, 536.

(843) R.v.St., Van Rillaer, nr. 97.346, 2 juli 2001.

(844) R.v.St., Moors, nr. 45.040, 24 november 1993.

(845) R.v.St., Coppens en Van Impe, nr. 35.041, 5 juni 1990.

(846) R.v.St., Van De Wiele, nr. 44.810, 4 november 1993.

poneren dat “het om gelijke situaties” gaat (847). Wanneer de verzoekende partij niet aantoont dat de situatie met betrekking tot de uitbating van andere zalen volledig vergelijkbaar is met de hare kan, bij gebrek aan vergelijkingsmateriaal, niet worden besloten tot een schending van het gelijkheidsbeginsel (848).

Een verzoeker kan zich niet beroepen op het argument dat hij de enige zou zijn van wie een exploitatievergunning voor het opstapelen van kasseien wordt gevraagd wanneer hij niet aantoont dat de ondernemingen die hij in dit verband aanwijst over geen vergunning beschikken. Bovendien zou het feit dat deze over geen vergunning beschikken aan die ondernemingen en niet aan de verwerende partij te wijten zijn. De Raad van State zou enkel de schending van het gelijkheidsbeginsel aannemen op grond van vergelijkingen met rechtmatige toestanden (849).

300. Het gaat nochtans niet om een eenzijdige bewijslast voor de verzoeker. Zo werd het gelijkheidsbeginsel geschonden geacht omdat uit geen enkel procedurestuk bleek op grond van welk criterium verschillende zendtijd werd toegekend aan verschillende vrije radio's (850).

GERARDS, die zoals gezegd twijfelt aan de toegevoegde waarde van het gelijkheidsbeginsel, wijst er wel op dat een beroep op dat beginsel voor een verzoeker het voordeel heeft dat *“een (meestal vrij gemakkelijk vast te stellen) feitelijke ongelijkheid in behandeling al snel een vermoeden van onredelijkheid oproept, waarbij het aan het bestuursorgaan is om dit vermoeden door middel van een rechtvaardiging te weerleggen”*. Zij leidt daaruit af dat, wanneer de overheid bij de toepassing van de norm over een beoordelingsbevoegdheid beschikt, het gelijkheidsbeginsel *“een belangrijke processuele betekenis heeft: inhoudelijk gezien voegt het beginsel niet veel toe aan het algemene vereiste van consistent en redelijk bestuurshandelen, maar het kan wenselijk zijn om het beginsel in te roepen vanuit overwegingen van bewijslastverdeling”* (851).

(847) R.v.St., v.z.w. Heilig-Hart Ziekenhuis Roeselare, nr. 145.288, 2 juni 2005.

(848) R.v.St., v.z.w. Parochiale Vereniging Onze Lieve Vrouw Middelaars, nr. 143.850, 28 april 2005.

(849) R.v.St., N.V. De Kasseiboer, nr. 38.565, 23 januari 1992.

(850) R.v.St., v.z.w. Radio Centraal, nr. 31.907, 7 februari 1989.

(851) J.H. GERARDS, “Het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht”, *l.c.*, 60.

II. Niet elke onwettigheid is een discriminatie

301. De ongelijkheid die enkel in de onwettigheid van de bestreden akte haar grondslag vindt, kan op zich niet volstaan. Er is vereist dat de ongelijkheid in behandeling op zichzelf een onwettigheid vormt die autonoom, d.i. buiten elke andere onwettigheid om, grond levert tot annulatie (852).

Dat vereiste maakte opgeld in de periode waarin de schorsingsbevoegdheid van de Raad van State beperkt was tot een schending van de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet. Het beoogde te vermijden dat elke overtreding van welke rechtsregel dan ook als een schending van de gelijkheidsregel zou worden voorgesteld omdat iedere burger recht heeft op de correcte toepassing van de wet (853).

III. De schending van het gelijkheidsbeginsel ligt in een lacune

302. Artikel 14 § 3 van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State maakt de Raad bevoegd om zich uit te spreken over een verzuim van de overheid om – ook verordenend – op te treden wanneer de overheid daartoe verplicht was (854). Hoewel die verplichting ook kan voortvloeien uit het zorgvuldigheidsbeginsel en eveneens geldt wanneer de inhoud van de te nemen beslissing tot de discretionaire bevoegdheid van het bestuur behoort (855), worden daarmee niet alle leemtes gevuld.

Een verzoeker kan zich niet nuttig beroepen op de schending van het gelijkheidsbeginsel wanneer die gelegen is in de ontstentenis van reglementering voor de categorie waartoe hij behoort nu de Raad van State zich, door het bestreden besluit onwettig te bevinden, in de plaats zou stellen van het bestuur dat ter zake over een discretionaire bevoegdheid beschikt (856).

(852) R.v.St., Van Rillaer, nr. 97.346, 2 juli 2001. Zie ook R.v.St., Valckx, nr. 33.323, 31 oktober 1989; R.v.St., Van Langenhove, nr. 46.003, 4 februari 1994: voor het schenden van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet volstaat het niet dat het recht op correcte toepassing van wetten en reglementen, dat iedere burger in gelijke mate bezit, werd geschonden; vereist is dat de ongelijkheid op zichzelf een onwettigheid vormt die, buiten elke andere onwettigheid om, kan leiden tot de nietigverklaring.

(853) R.v.St., Lens, nr. 37.538, 27 augustus 1991.

(854) Zie daarover I. OPDEBEEK, “Art. 14 § 3 R.v.St.-Wet”, in *Commentaar Publiek Procesrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl.

(855) I. OPDEBEEK, “Art. 14 § 3 R.v.St.-Wet”, *l.c.*, 10.

(856) R.v.St., Tasson, nr. 142.309, 17 maart 2005.

IV. De schending van het gelijkheidsbeginsel ingeroepen door een overheid

303. In enkele arresten was de Raad van State van oordeel dat het gelijkheidsbeginsel vervat in artikel 10 van de Grondwet de burgers beschermt tegen willekeur vanwege de overheid, maar dat het niet kan worden beschouwd als de bijzondere uitdrukking van een ruimer algemeen rechtsbeginsel dat ook de gelijkheid van de lokale overheden voor de wet zou waarborgen (857).

Volgens het Arbitragehof daarentegen zijn de regels van gelijkheid en niet-discriminatie niet alleen van toepassing op individuele burgers, maar kunnen zij ook op groepen van burgers worden toegepast. Elke gemeente en ook elke provincie heeft recht op een gelijke behandeling in verhouding tot andere groepen die door het positief recht op een identieke wijze zijn samengesteld (858).

V. Het openbare orde-karakter van het gelijkheidsbeginsel

304. Volgens tamelijk vaste rechtspraak van de Raad van State is een middel dat een schending van het gelijkheidsbeginsel opwerpt niet van openbare orde (859). Het recht op een gelijke behandeling voor iedere bur-

(857) R.v.St., gemeente Neupré, nrs. 32.933, 32.934 en 33.708, 30 juni en 19 december 1989. Korte tijd later drukt de Raad van State zich voorzichtiger uit: zelfs indien men zou mogen aannemen dat een gemeente zich als bestuurlijke overheid op het voordeel van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet kan beroepen, kan het middel gebaseerd op de schending van die bepalingen niet als ernstig worden aangezien indien blijkt dat de verwerende partij niet is tussengekomen in de gevallen in vergelijking waarmee er een ongelijke behandeling zou zijn geweest (R.v.St., gemeente Heist-op-den-berg, nr. 33.859, 22 januari 1990).

(858) Arbitragehof nr. 13/91, 28 mei 1991, *B.S.* 28 juni 1991; Arbitragehof nr. 31/91, 7 november 1991, *B.S.* 4 december 1991. Zie ook R.v.St., afd. wetgeving, advies van 27 april 1999, *Parl. Sr. Kamer* 1998-99, nr. 1719/6 en G. GOEDERTIER, "De Gemeenschappen en Gewesten als houders van de rechten die in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn gewaarborgd", (noot onder Arbitragehof nr. 78/97), *R.W.* 1997-98, 1384-1386.

(859) R.v.St., Ocula, nr. 29.293, 8 februari 1988; R.v.St., Laurent, nr. 41.753, 25 februari 1993; R.v.St., Coulon, nrs. 46.230-46.233, 12 februari 1994; R.v.St., Telmoudi, nr. 52.227, 15 maart 1995; R.v.St., Fesocolab e.a., nr. 63.275, 22 november 1996, *A.P.T.* 1996, 300, advies I. KOVALOVSKY; R.v.St., Duyck, nr. 65.964, 21 april 1997; R.v.St., Brouers, nr. 78.992, 26 februari 1999; R.v.St., N.V. Eumedica, nr. 93.113, 7 februari 2001; R.v.St., Mottet, nr. 99.377, 2 oktober 2001; R.v.St., Belgian Corporation of Flight Hostesses, nr. 127.857, 6 februari 2004. In enkele arresten werd wel ambtshalve een middel ontleend aan de schending van het gelijkheidsbeginsel opgeworpen, zonder dat evenwel werd gepreciseerd dat de openbare orde werd geraakt: R.v.St., P.V.B.A. Instituut De Toekomst, nr. 8.589, 18 mei 1961; R.v.St., N.V. Organisation Belge de Travaux, nr. 47.021, 26 april 1994.

ger werd in de Grondwet ingevoegd in het belang van de burger zelf. Het komt dan ook aan de burger zelf toe te oordelen of hij het gelijkheidsbeginsel te zijnen opzichte geschonden acht en om in bevestigend geval dat recht veilig te stellen door het inspanssen van een geding. Het is niet aan de Raad van State om een verzoeker ambtshalve in bescherming te nemen tegen een miskenning van zijn recht op een gelijke behandeling (860). Dit betekent dat een schending van het gelijkheidsbeginsel niet voor het eerst in de memorie van wederantwoord, in de laatste memorie of op de terechtzitting kan worden aangevoerd (861).

Die visie van de Raad van State staat lijnrecht tegenover die van het Hof van Cassatie en van het Arbitragehof (862). Het Hof van Cassatie heeft uitdrukkelijk gesteld dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet “bepalingen zijn die de openbare orde raken” (863) en ook het Arbitragehof heeft reeds ambtshalve middelen opgeworpen die aan een schending van het gelijkheidsbeginsel waren ontleend (864).

305. Het belang van het openbare orde-karakter van een middel ligt niet alleen in de mogelijkheid voor de partijen om dat middel op elk moment van het geding (voor het sluiten van de debatten) op te werpen, maar ook in de verplichting voor de rechtscolleges om het middel desnoods ambtshalve op te werpen. Daar knelt natuurlijk het schoentje nu van de rechter onmogelijk kan worden verwacht dat hij een regeling aan alle kanten tegen het licht van het gelijkheidsbeginsel houdt en met andere woorden de categorie die het voorwerp is van de betrokken maatregel vergelijkt met alle andere denkbare categorieën van personen. Wat wel kan worden verwacht – en het is in die zin dat het Arbitragehof de verplichting opvat – is dat de rechter ambtshalve een middel opwerpt wanneer er *prima facie* sprake is van een mogelijke discriminatie, wat niet *per se* hoeft te betekenen dat er uiteinde-

(860) R.v.St., Telmoudi, nr. 52.227, 15 maart 1995, *Jaarboek Mensenrechten 1995/1996*, Antwerpen, Maklu, 1996, 447, noot W. PAS.

(861) R.v.St., Ocula, nr. 29.293, 8 februari 1988; R.v.St., Laurent, nr. 41.753, 25 februari 1993; R.v.St., Coulon, nrs. 46.230-46.233, 12 februari 1994; R.v.St., Telmoudi, nr. 52.227, 15 maart 1995; R.v.St., Fesocolab e.a., nr. 63.275, 22 november 1996, *A.P.T.* 1996, 300, advies I. KOVALOVSKY; R.v.St., Duyck, nr. 65.964, 21 april 1997; R.v.St., Brouers, nr. 78.992, 26 februari 1999; R.v.St., N.V. Eumedica, nr. 93.113, 7 februari 2001; R.v.St., Mottet, nr. 99.377, 2 oktober 2001; R.v.St., Belgian Corporation of Flight Hostesses, nr. 127.857, 6 februari 2004. (862) W. PAS, “Het gelijkheidsbeginsel: op te dienen als hapklaar meeneem-middel”, (noot onder R.v.St., Telmoudi, nr. 52.227, 15 maart 1995), *Jaarboek Mensenrechten 1995/1996*, Antwerpen, Maklu, 1996, 453.

(863) Cass. 18 februari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 207.

(864) Bv. Arbitragehof nr. 14/2005, 19 januari 2005, *B.S.* 31 januari 2005.

lijk, nadat de partijen over het ambtshalve opgeworpen middel hun zeg hebben gedaan, ook tot een discriminatie wordt besloten.

Andere auteurs hebben de Raad van State reeds aangespoord om bij een volgende gelegenheid zijn oordeel over het openbare orde-karakter van het gelijkheidsbeginsel nog eens te overwegen (865).

(865) W. PAS, “Het gelijkheidsbeginsel: op te dienen als hapklaar meeneem-middel”, (noot onder R.v.St., *Telmoudi*, nr. 52.227, 15 maart 1995), *Jaarboek Mensenrechten 1995/1996*, Antwerpen, Maklu, 1996, 457; A. WIRTGEN, *Raad van State. I. afdeling administratie. 3. Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder*, in *Administratieve rechtsbibliotheek*, algemene reeks nr. 10, Brugge, die Keure, 2004, 347.

HOOFDSTUK 5. DE HOORPLICHT

Prof. dr. Ingrid Opdebeek
Hoogleraar Universiteit Antwerpen
Advocaat

§ 1. Begrip hoorplicht

306. Kenmerkend voor de overheid is dat zij de bevoegdheid heeft om *eenzijdig* bestuurlijke rechtshandelingen uit te vaardigen, zonder dat de instemming van de bestuurde(n) vereist is. Deze bevoegdheid om *eenzijdig derden te binden* is een van de belangrijkste prerogatieven van de overheid en meteen ook een noodzakelijke voorwaarde om van een “administratieve overheid” te kunnen spreken (866).

Deze eenzijdige beslissingsbevoegdheid moet echter *genuanceerd* worden, in die zin dat de overheid in een aantal gevallen wél verplicht is een individuele burger vooraf te horen of zelfs een bepaalde bevolkingsgroep te consulteren alvorens zij een beslissing kan nemen. In het eerste geval is er sprake van een *hoorplicht*, in het tweede geval is er een *recht op collectieve inspraak*. Soms is er ook sprake van *overleg of onderhandelingen*, bijvoorbeeld in het raam van het syndicaal statuut van de ambtenaren. In tuchtzaken moet het bestuur dan weer de *rechten van de verdediging* naleven. Een nadere definiëring van deze begrippen dringt zich dan ook op.

De hoorplicht wordt traditioneel omschreven als het beginsel van behoorlijk bestuur dat – bij afwezigheid van formele regelgeving terzake – impliceert dat het bestuur *tegen niemand een ernstige maatregel kan treffen die gegrond is op zijn persoonlijk gedrag en die van aard is om zijn belangen ernstig aan te tasten, zonder dat hem vooraf de gelegenheid wordt geboden zijn standpunt op een nuttige wijze te doen kennen* (867) (868).

(866) A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 7 e.v. en nr. 988.

(867) Vaste rechtspraak: R.v.St., Rossenbacker, nr. 31.091, 18 oktober 1988; R.v.St., Braem, nr. 65.968, 21 april 1997; R.v.St., Lambrecht, nr. 69.160, 27 oktober 1997; R.v.St., Bruurs, nr. 69.903, 1 december 1997; R.v.St., Aliaj, nr. 95.805, 23 mei 2001; R.v.St., Vervisch, nr. 104.278, 4 maart 2002; R.v.St., VZW Dierenkliniek Mechelen, nr. 118.957, 5 mei 2003;

.../...

De term “hoorplicht” is een ietwat misleidende afkorting van dit beginsel, daar deze term immers laat vermoeden dat de bestuurde steeds mondeling moet worden gehoord, terwijl dit niet het geval is (869).

Dit recht om zijn standpunt op nuttige wijze naar voor te brengen – soms ook wel recht op tegenspraak genoemd (870) –, wordt verder afgebakend door het onderscheid te maken enerzijds met de rechten van verdediging en anderzijds met het collectieve recht op inspraak.

I. Onderscheid met de rechten van de verdediging

307. De hoorplicht moet worden onderscheiden van de rechten van verdediging, die niet alleen gelden in strafzaken, maar ook in tuchtzaken voor een bestuur (871) (872).

.../...

R.v.St., Wyffels, nr. 122.860, 15 september 2003; R.v.St., Schotte, nr. 124.404, 20 oktober 2003; R.v.St., Verbist, nr. 124.832, 30 oktober 2003; R.v.St., Landuyt, nr. 126.150, 8 december 2003; R.v.St., N.V. Wim De Brabant, nr. 126.220, 9 december 2003; R.v.St., Beernaert, nr. 128.184, 16 februari 2004; R.v.St., Taes, nr. 140.414, 10 februari 2005; R.v.St., Hermans, nr. 142.587, 24 maart 2005; R.v.St., Janus, nr. 142.662, 25 maart 2005. Zie ook de rechtspraak vermeld in het hoofdstuk over het toepassingsgebied, *infra*, nr. 335 e.v.

(868) Over deze hoorplicht zie onder meer J. BAERT, “Over niet-Belgische leerkrachten en de hoorplicht bij weigering van een afwijking op de nationaliteitsvereiste”, *T.O.R.B.* 1996-97, 187-190; J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 140 p.; J.-CL. GEUS, “Le respect des droits de la défense en matière disciplinaire: évolutions récentes du contrôle exercé par le Conseil d’Etat”, *A.P.T.* 1989, 61-66; I. OPDEBEEK, “Het recht van verdediging en het recht om zijn standpunt naar voor te brengen”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, 51-85; J. PUT, “De hoorplicht in de sociale zekerheid”, in J. VAN LANGENDONCK (ed.), *Liber Amicorum Roger Dillemans – Deel II. Sociale zekerheidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 332-360; A. ROEF, “Het milieuvergunningdecreet, VLAREM I en de procedurele beginselen van behoorlijk bestuur: variaties op eenzelfde thema?”, *R.W.* 1994-95, 273-283; J. SAROT en W. DEROOVER, “Le droit de la défense devant l’administration et le juge de celle-ci”, *A.P.T.* 1984, 193-204; A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 189 p.; D. YERNAULT, “Les sanctions administratives communales et le principe de contradiction devant l’administration et le juge”, *A.P.T.* 2002, 34-48.

(869) *Infra*, nr. 360 e.v.

(870) R.v.St., Lecocq, nr. 134.024, 19 juli 2004.

(871) R.v.St., Pardonge, nr. 50.005, 28 oktober 1994; R.v.St., Vermeulen, nr. 80.275, 18 mei 1999; R.v.St., Delahaye, nr. 86.477, 3 april 2000; R.v.St., Vervisch, nr. 104.278, 4 maart 2002; R.v.St., VZW Dierenkliniek Mechelen, nr. 118.957, 5 mei 2003; R.v.St., Wyffels, nr. 122.860, 15 september 2003; R.v.St., Debree, nr. 131.175, 10 mei 2004; R.v.St., Hermans, nr. 142.587, 24 maart 2005.

.../...

Beide beginselen gaan weliswaar terug tot het beginsel “*audi et alteram partem*”, maar er zijn verschillen tussen beide die zich vooral situeren op het vlak van het toepassingsgebied, de draagwijdte en de afwijkingsmogelijkheden (873).

A. Toepassingsgebied

308. De verplichting voor het bestuur om de rechten van de verdediging na te leven geldt – behoudens andersluidend voorschrift – enkel in tuchtzaken (874). De hoorplicht heeft daarentegen een veel *ruimer* toepassingsgebied. Volgens de traditionele rechtspraak van de Raad van State kan immers tegen niemand een ernstige maatregel worden getroffen die gebaseerd is op zijn persoonlijk gedrag, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden om zijn standpunt op nuttige wijze te doen kennen (875). Deze “ernstige maatregelen” kunnen zeer divers van aard zijn en worden verder besproken (876). Het gaat zowel om maatregelen getroffen ten aanzien van burgers, ambtenaren, politieke mandatarissen en andere besturen.

B. Draagwijdte

309. Het recht om gehoord te worden is niet zo vergaand als het recht van verdediging in tuchtzaken (877). De hoorplicht heeft noch dezelfde inhoud, noch dezelfde draagwijdte als het recht van verdediging. Indien de hoorplicht van toepassing is, moet er echter wel over worden gewaakt dat de bestuurde zijn argumenten over de feiten en de voorgenomen maatregel *nuttig* naar voor kan brengen (878).

Bij een preventieve schorsing van een ambtenaar bijvoorbeeld moet de betrokkene zijn standpunt terzake met volle kennis van zaken kunnen voor-

.../...

(872) In sommige arresten is er dan ook ten onrechte sprake van “rechten van de verdediging” terwijl enkel de hoorplicht van toepassing is (zie bijvoorbeeld R.v.St., Piquin, nr. 45.220, 10 december 1993).

(873) En niet op het vlak van het *doel* van de beide beginselen dat o.i. identiek is, zie *infra* nr. 316 en zie I. OPDEBEEK, “Het recht van verdediging ...”, *l.c.*, nrs. 3 en 4.

(874) R.v.St., Thys, nr. 30.007, 5 mei 1988; R.v.St., Martens, nr. 67.691, 8 augustus 1997; R.v.St., Lecuyse, nr. 82.636, 4 oktober 1999; R.v.St., Delahaye, nr. 86.477, 3 april 2000.

(875) *Infra*, nr. 320 e.v.

(876) *Infra*, nr. 335 e.v.

(877) R.v.St., Taes, nr. 140.414, 10 februari 2005.

(878) *Infra*, nr. 347 e.v.

brengen, maar de regels en beginselen van toepassing op tuchtzaken zijn – behoudens andersluidend voorschrift – niet integraal van toepassing (879).

Uit de bespreking van de modaliteiten van de hoorplicht zal echter blijken dat het onderscheid tussen de rechten van de verdediging en de modaliteiten van de hoorplicht steeds meer vervaagt, maar het principiële onderscheid stand houdt (880).

C. Afwijkingsmogelijkheden

310. De rechten van verdediging in tuchtzaken moeten steeds worden geëerbiedigd: uitzonderingen zijn niet toegelaten (881).

Het recht om te worden gehoord is daarentegen niet absoluut: zelfs in die gevallen waarin de bestuurde in beginsel moet worden gehoord, kan de overheid hiervan afwijken om redenen van urgentie of efficiëntie (882). De courante gezagsuitoefening mag immers niet in het gedrang worden gebracht.

II. Onderscheid met het recht op (collectieve) inspraak

311. De hoorplicht is alleen van toepassing ten aanzien van de ene burger, ambtenaar of mandataris tegen wie een *individuele* beslissing wordt genomen. Naarmate de kring van belanghebbenden bij een bepaald besluit echter ruimer wordt, verliest het standpunt van de individuele burger aan belang en moet het *collectieve belang* van de bij de beslissing betrokken burgers worden verdedigd. In dat geval spreekt men eerder van een collectief recht op inspraak. In dergelijke inspraak wordt bijvoorbeeld wettelijk voorzien bij het opmaken van ruimtelijke structuur- en uitvoeringsplannen in het raam van de stedenbouw (883).

(879) R.v.St., F., nr. 114.672, 17 januari 2003.

(880) *Infra*, nr. 347 e.v.

(881) R.v.St., Lecuyse, nr. 82.636, 4 oktober 1999.

(882) *Infra*, nr. 327 e.v.

(883) Aldus wordt het ruimtelijk structuurplan van Vlaanderen (art. 20 § 3), alsook het provinciale (art. 27 § 1) en de gemeentelijke ruimtelijke structuurplannen door het Stedenbouwdecreet onderworpen aan een *openbaar onderzoek*. Hetzelfde geldt voor de ruimtelijke uitvoeringsplannen op het niveau van het Gewest (art. 42 § 2), de provincie (art. 45 § 2) en de gemeenten (art. 49 § 2).

Deze vormen van inspraak zijn ingeschreven in een norm; er zijn ons geen voorbeelden bekend van rechtspraak waarin, bij afwezigheid van een normatieve verplichting terzake, een recht op collectieve inspraak zou worden verleend. Dit neemt evenwel niet weg dat het “interactief” besturen erg in de lift zit en dat dit ongetwijfeld in de toekomst nog een belangrijke rol zal spelen.

§ 2. Bronnen van de hoorplicht

I. Normatieve verplichting tot horen

312. De verplichting om vooraf de bestuurde te horen kan uiteraard voortvloeien uit een norm. In dat geval is er een uitdrukkelijke *normatieve* verplichting tot horen en hoeft men geen beroep te doen op de *ongeschreven* beginselen van behoorlijk bestuur.

In België bestaat er geen Algemene Wet (Decreet) Bestuursrecht die op *algemene* wijze bepaalt in welke gevallen de overheid de bestuurde moet horen alvorens een beslissing te nemen (884). Dit impliceert dat men bijgevolg telkens in de specifieke toepasselijke regelgeving moet nagaan of er al dan niet een verplichting tot horen is ingeschreven.

Dergelijke normatieve verplichting tot horen vinden we bijvoorbeeld terug voor het nemen van een beslissing over een georganiseerd bestuurlijk beroep in verband met het al dan niet toekennen van een stedenbouwkundige vergunning (885) of een milieuvergunning (886). Ook de regelgevingen die stipuleren dat een eerder verleende erkenning of vergunning kan worden ingetrokken zullen vaak uitdrukkelijk bepalen dat dit slechts mogelijk is nadat de betrokkene vooraf werd gehoord. In de diverse ambtenarenstatuten zijn er talrijke voorbeelden te vinden van allerhande beslissingen die maar kunnen worden genomen nadat de ambtenaar eerst werd gehoord.

Het is opvallend dat in recente bestuursrechtelijke wetgeving de hoorplicht meer en meer expliciet wordt ingeschreven, dit ongetwijfeld ten gevolge

(884) Er bestaat wel een voorstel terzake, nl. het Voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht, *Parl. St.* Kamer 2003-04, 26 november 2003, nr. 51 0496/001. Dit voorstel wordt in de loop van de tekst herhaaldelijk besproken.

(885) Art. 120 Stedenbouwdecreet; het gaat hier om een horen op verzoek van een van de betrokken partijen.

(886) Art. 24 § 4 VLAREM I.

van de evolutie van de rechtspraak in verband met het beginsel van behoorlijk bestuur.

313. Wanneer de hoorplicht normatief is voorgeschreven hoeft men uiteraard geen beroep te doen op het beginsel van behoorlijk bestuur om de hoorplicht te funderen, maar toch kan in dat geval het beginsel van behoorlijk bestuur nog een *aanvullende* rol spelen. De Raad van State heeft immers beslist dat, indien de hoorplicht door een norm is voorgeschreven, maar de inhoud ervan niet nader is bepaald, de hoorplicht moet worden omgeven met de waarborgen die het bestuur op grond van het ongeschreven beginsel van de hoorplicht moet nakomen (887).

II. Het ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur

314. Ook bij afwezigheid van normatieve verplichting terzake, kan de overheid echter verplicht zijn de bestuurde te horen, alvorens zij een bepaalde beslissing kan nemen. Deze verplichting vloeit dan voort uit het *ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur van de hoorplicht*, zoals dit wordt omschreven in de rechtspraak van vooral de Raad van State. Het recht om gehoord te worden is een algemeen beginsel dat zich opdringt zelfs bij afwezigheid van een norm terzake (888).

Ook op het Europese bestuursniveau heeft de hoorplicht als beginsel van het gemeenschapsrecht – weliswaar onder de benaming “rechten van de verdediging” –, zijn ingang gevonden in de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg (889).

315. De beginselen van behoorlijk bestuur vinden slechts toepassing bij ontstentenis van een uitdrukkelijke norm. Zij nemen bijgevolg een ondergeschikte plaats in ten aanzien van het geschreven recht en kunnen niet *contra legem* werken. De hoorplicht geldt dus niet zodra er een formele regeling bestaat voor de rechten van de verdediging of de hoorplicht (890). Dergelijke formele regeling van de rechten van de verdediging belet dat toepassing wordt gemaakt van het beginsel van behoorlijk bestuur van de

(887) R.v.St., N.V. Wings, nr. 113.031, 28 november 2002.

(888) R.v.St., Chassard, nr. 134.963, 15 september 2004; R.v.St., Renard, nr. 134.964, 15 september 2004.

(889) Zie hierover de bijdrage van K. LENAERTS, elders in dit boek.

(890) R.v.St., Sengel, nr. 135.661, 4 oktober 2004; R.v.St., N.V. Voeders Vandroemme, nr. 136.579, 25 oktober 2004.

hoorplicht en belet dat de Raad van State de naleving van de hoorplicht – als beginsel van behoorlijk bestuur – in de plaats stelt van die uitdrukkelijke regeling (891). In dat geval zal de Raad van State slechts nagaan of het bestuur de waarborgen zoals omschreven in de norm heeft nageleefd.

Soms gaat de Raad van State echter verder, wanneer hij stelt dat de hoorplicht geen toepassing vindt wanneer de betrokken regelgeving “de rechten van de bestuurde expliciet regelt”. Met name wanneer voorzien is in de mogelijkheid voor de rechtzoekende om een *georganiseerd bestuurlijk beroep in te stellen met schorsende werking*, moet de hoorplicht blijkbaar niet worden gerespecteerd door het bestuur dat de initiële beslissing neemt, daar de bestuurde dan zijn middelen van verdediging ter kennis kan brengen van de overheid die de eindbeslissing neemt en dat dit voor deze overheid de verplichting meebrengt om dat verweer in de besluitvorming te betrekken (892).

Met deze rechtspraak kan o.i. niet worden ingestemd. Het is niet omdat de regelgeving voorziet in een (*schorsende*) *beroepsmogelijkheid bij een ander bestuur* – en de betrokkene bijgevolg in zijn beroepschrift zijn argumenten kan laten gelden – dat de betrokkene niet zou moeten worden gehoord door het bestuur dat de eerste beslissing neemt. Het louter bestaan van dergelijke beroepsmogelijkheid beschouwen als een “normatieve regeling van de hoorplicht”, zodat het beginsel van behoorlijk bestuur van de hoorplicht niet van toepassing is, is o.i. te vergaand. Dit is bovendien in strijd met de zorgvuldigheidsplicht die mede de grondslag vormt van de hoorplicht en waarop in het volgende randnummer verder wordt ingegaan. Het is niet omdat eventuele onwettigheden in de initiële beslissing nog kunnen worden rechtgezet door het beroepsorgaan dat de initiële beslissing niet zorgvuldig zou moeten worden genomen, d.w.z. na de betrokkene te hebben gehoord.

(891) R.v.St., Landuyt, nr. 126.150, 8 december 2003. Zie ook R.v.St., Schotte, nr. 124.404, 20 oktober 2003.

(892) R.v.St., Hermans, nr. 142.587, 24 maart 2005 (georganiseerd beroep tegen de intrekking van een vergunning voor het installeren en het exploiteren van een opslagplaats voor feestvuurwerk). In de arresten B.V.B.A. The Box (nr. 47.692, 31 mei 1994 – schorsing en nr. 50.287, 22 november 1994 – vernietiging) wordt er echter op gewezen dat wanneer de overheid strengere exploitatievoorwaarden oplegt (*in casu* aan een drankgelegenheid met dansgelegenheid) dit maar moeilijk aan te nemen zou zijn dan nadat de betrokkene vooraf werd gehoord, *zelfs in de hypothese dat tegen deze beslissing een georganiseerd bestuurlijk beroep zou kunnen worden ingesteld*.

§ 3. Doel en grondslag van de hoorplicht

316. Het doel van de hoorplicht is *tweeërlei*: enerzijds het vrijwaren van de belangen van de bestuurde, door hem de mogelijkheid te bieden zijn opmerkingen te doen kennen en aldus een voor hem ongunstige beslissing te vermijden; anderzijds het vrijwaren van het belang van het bestuur, door te vermijden dat het bestuur een onzorgvuldige beslissing zou nemen omdat het niet beschikt over een volledige kennis van zaken (893).

Uit dit laatste vloeit voort dat één van de grondslagen van de hoorplicht het *zorgvuldigheidsbeginsel* is. Het zorgvuldigheidsbeginsel bij de feitenvinding houdt immers in dat het bestuur slechts na een behoorlijk onderzoek van de zaak en met kennis van alle relevante gegevens een beslissing mag nemen. Die plicht houdt dan ook in dat het bestuur tegen niemand een maatregel mag nemen die zijn rechtstoestand in ongunstige zin wijzigt, die gegrond is op zijn persoonlijk gedrag en die van aard is om zijn belangen ernstig aan te tasten, zonder dat aan de betrokkene de mogelijkheid wordt gegeven om zijn standpunt op nuttige wijze te doen kennen (894). Wanneer iemand zich niet heeft kunnen verantwoorden over de feiten die hem werden aangewreven, is de overheid *onzorgvuldig* te werk gegaan bij de feitenvinding (895).

De vraag naar de grondslag van de hoorplicht heeft wel degelijk zijn relevantie, en met name voor het bepalen van het *toepassingsgebied* van de hoorplicht, waarover verder meer (896).

§ 4. Toepassingsgebied van de hoorplicht

I. Enkel bij afwezigheid van een normatieve regeling van de hoorplicht

317. Reeds eerder werd erop gewezen dat het beginsel van behoorlijk bestuur slechts een aanvullende rol speelt: men kan er dus geen beroep op doen wanneer de hoorplicht of de rechten van de verdediging in de toepasselijke norm zelf zijn voorgeschreven (897).

(893) R.v.St., Wery, nr. 52.710, 5 april 1995.

(894) R.v.St., Van Ghyseghe, nr. 128.424, 23 februari 2004.

(895) R.v.St., De Nijs, nr. 53.425, 29 mei 1995.

(896) *Infra*, nr. 346.

(897) *Supra*, nr. 314 e.v.

II. Enkel bij de besluitvorming over individuele bestuurshandelingen

318. De hoorplicht geldt enkel bij het nemen van beslissingen met *individuele* draagwijdte; dus niet bij het uitvaardigen van *reglementen* die een algemene draagwijdte hebben.

Het feit dat burgers rechtstreeks en individueel worden geraakt door een verordening doet daaraan geen afbreuk. Aldus heeft een algemene regeling betreffende de ruimere openingsuren van het gemeentebestuur wel een onmiddellijke weerslag op de rechtstoestand van de ambtenaar, in die zin dat hij meer uren op het gemeentehuis zal moeten presteren, maar is dergelijke regeling, gelet op haar algemeen karakter, niet onderworpen aan de hoorplicht (898). Wanneer de overheid een belasting wenst te heffen, is zij niet verplicht om mogelijke belastingplichtigen vooraf te horen (899).

Hetzelfde wordt ook voorgesteld in het Voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht (900).

III. Individuele bestuurshandelingen zowel ten aanzien van burgers, ambtenaren, mandatarissen en andere besturen

319. De hoorplicht geldt zowel bij het nemen van individuele bestuurshandelingen ten aanzien van *burgers* (natuurlijke personen, zelfstandigen en rechtspersonen) als ten aanzien van ambtenaren en politieke mandatarissen (901).

Alhoewel de Raad van State in het verleden heeft beslist dat de hoorplicht enkel geldt ter vrijwaring van de rechten van de burger tegenover het bestuur, en niet ten aanzien van andere besturen (902), moet deze rechtspraak o.i. worden afgewezen. Reeds eerder werd erop gewezen dat de grondslag van de hoorplicht onder andere de zorgvuldigheidsplicht is, die uiteraard

(898) R.v.St., Markovic, nr. 78.749, 16 februari 1999.

(899) R.v.St., Bestendige Deputatie Vlaams-Brabant, 19 december 1995, R.W. 1996-97, 232.

(900) Zie art. 4.2.1. en 4.2.2. van het Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht.

(901) Zie *infra*, nr. 335 e.v.

(902) R.v.St., gemeente Pittem, nr. 35.439, 10 juli 1990, T. Gem. 1991, 126. In andere arresten liet de Raad van State in het midden of lagere besturen zich kunnen beroepen op de hoorplicht tegenover de toezienende overheid (R.v.St., gemeente Wingene, nr. 39.922, 29 juni 1992) of werd geconstateerd dat eraan voldaan was (R.v.St., stad Halle, nr. 55.838, 18 oktober 1995).

ook moet worden nageleefd in de relaties tussen besturen onderling, zodat er geen enkele reden is waarom de hoorplicht hier niet zou gelden, uiteraard voor zover de toepassingsvoorwaarden voor de hoorplicht vervuld zijn.

IV. Traditioneel: Enkel bij de besluitvorming over individuele bestuurshandelingen die een ernstig nadeel veroorzaken en die gebaseerd zijn op een gegeven dat de bestuurde als een tekortkoming wordt aangerekend

320. Traditioneel luidt de rechtspraak van de Raad van State dat een bestuurde moet worden gehoord wanneer *twee voorwaarden cumulatief vervuld zijn* (903):

- de overheid moet het voornemen hebben een *ernstige* maatregel te nemen die van aard is om de belangen van de bestuurde zwaar aan te tasten;
- deze maatregel moet gebaseerd zijn op een gegeven dat de betrokkene als een *tekortkoming* wordt aangerekend, m.a.w. een maatregel die gegrond is op zijn *persoonlijk gedrag*.

Deze voorwaarden worden thans nader ontleed.

A. Ernstig nadeel

321. Verder worden voorbeelden gegeven van ernstige maatregelen ten aanzien van burgers, ambtenaren en mandatarissen (904); hier wordt alleen gewezen op een aantal gemeenschappen.

Opdat de betrokkene zou moeten worden gehoord moet het gaan om een ernstige maatregel, die de bestuurde zwaar treft in zijn *morele of materiële* belangen.

Uiteraard zullen in het ambtenarenrecht beslissingen die het ontslag uit het ambt of het verlies van een welbepaalde functie meebrengen worden beschouwd als ernstige maatregelen (905), maar ook bijvoorbeeld overplaat-

(903) Zie de rechtspraak vermeld in voetnoot 867. Voor de recente tendens tot verruiming van het toepassingsgebied, zie nr. 346.

(904) *Infra*, nr. 335 e.v.

(905) *Infra*, nrs. 338, 340 en 341.

singen die meebrengen dat dagelijks een veel langere afstand naar het werk moet worden afgelegd (906).

De preventieve schorsing van een ambtenaar, zelfs met behoud van wedde, zal *morele* schade teweeg brengen, daar hij wordt vermoed zware beroepsfouten of misdrijven te hebben begaan en aan dit vermoeden een zekere openbaarheid wordt gegeven.

Ten aanzien van particulieren zal onder meer het ontnemen van een eerder verleend voordeel, zoals een vergunning, een erkenning, een subsidie, ... worden beschouwd als een ernstige maatregel (907).

Het feit dat de maatregel slechts *tijdelijk* is – bijvoorbeeld een preventieve schorsing van een ambtenaar of een tijdelijk verbod aan een veearts om keuropdrachten uit te oefenen – betekent geenszins dat het niet om een ernstige maatregel gaat.

Vereist is wel dat de bestuurde *rechtstreeks* wordt getroffen door de maatregel; er moet een direct verband bestaan tussen de feiten die het bestuur de bestuurde ten kwade duidt en de genomen maatregel (908).

B. Maatregel gebaseerd op een gegeven dat de bestuurde als een tekortkoming wordt aangerekend

1. Algemeen

322. Wanneer de overheid de functie van een ambtenaar wijzigt wegens tekortkomingen in zijn wijze van dienen, een stagedoend personeelslid ontslaat wegens een negatieve beoordeling van de proeftijd of een vastbenoemd ambtenaar ambtshalve ontslaat wegens een onwettige afwezigheid, zijn dit maatregelen gebaseerd op het *persoonlijk gedrag* van de betrokkene en moet hij bijgevolg worden gehoord (909).

Ten aanzien van burgers kan de overheid allerlei maatregelen treffen wegens het niet-naleven van allerhande regelgeving, bijvoorbeeld de intrek-

(906) *Infra*, nr. 339.

(907) *Infra*, nr. 343.

(908) R.v.St., VZW Dierenkliniek Mechelen, nr. 118.957, 5 mei 2003.

(909) *Infra*, nrs. 338, 340 en 341.

king van een verleende vergunning of het sluiten van een inrichting. Dergelijke maatregel is gebaseerd op een gegeven dat de betrokkene als een tekortkoming wordt aangerekend zodat hij zal moeten worden gehoord (910).

Ook wanneer de maatregel slechts *gedeeltelijk* steunt op het persoonlijk gedrag van betrokkene, zal hij moeten worden gehoord (911).

2. Beslissingen die niet gebaseerd zijn op een persoonlijke tekortkoming en bijgevolg uitgesloten zijn uit het toepassingsgebied van de hoorplicht

323. Hier kan men een onderscheid maken tussen beslissingen die automatisch voortvloeien uit de toepasselijke regelgeving (a), beslissingen die voortvloeien uit andere, algemene beslissingen genomen in het algemeen belang (b) en beslissingen die een weigering inhouden om een door de bestuurde gevraagd voordeel te verlenen (c).

A. **BESLISSINGEN DIE AUTOMATISCH VOORTVLOEIEN UIT DE TOEPASSELIJKE REGELGEVING (GEBONDEN BEVOEGDHEID)**

324. Wanneer de maatregel automatisch voortvloeit uit de toepassing van de wetgeving en dus geen verband vertoont met het persoonlijk gedrag van de betrokkene, moet de bestuurde niet worden gehoord. De overheid beschikt in dat geval immers niet over een discretionaire, maar slechts over een *gebonden bevoegdheid*; de wet dicteert als het ware welke beslissing zij moet nemen, zodat het horen geen zin heeft.

Wanneer de beslissing om een ambtenaar ambtshalve op pensioen te stellen voortvloeit uit de wetgeving (912) of het beëindigen van een terbeschikkingstelling uit het statuut (913) moet de bestuurde bijgevolg niet worden gehoord. Bij het inkohieren van belastingen beschikt de overheid slechts over een gebonden bevoegdheid zodat de hoorplicht geen toepassing vindt (914).

(910) *Infra*, nrs. 343 en 344.

(911) R.v.St., Leroy, nr. 142.215, 16 maart 2005; R.v.St., Lejeune, nr. 142.216, 16 maart 2005.

(912) R.v.St., L., nr. 36.471, 20 februari 1991, *T. Gem.* 1991, 360.

(913) Bijvoorbeeld het opheffen van een terbeschikkingstelling wegens ontstentenis van betrekking (R.v.St., Taes, nr. 140.414, 10 februari 2005).

(914) R.v.St., nr. 24.651, 18 september 1984; R.v.St., Bestendige Deputatie Vlaams-Brabant, 19 december 1995, *R.W.* 1996-97, 232.

B. BESLISSINGEN DIE VOORTVLOEIEN UIT ANDERE ALGEMENE BESLISSINGEN GENOMEN
IN HET ALGEMEEN BELANG

325. Indien een overplaatsing niet is ingegeven door het persoonlijk gedrag van de ambtenaar, maar voortvloeit uit de reorganisatie van de dienst (915) of een personeelsinkrimping (916) is de hoorplicht niet van toepassing.

Hetzelfde geldt wanneer het beëindigen van een aanstelling in het onderwijs in Burundi louter het gevolg is van het beëindigen van de ontwikkelingshulp in die regio; deze beslissing is dan immers niet gebaseerd op het persoonlijk gedrag van betrokkene (917).

C. BESLISSINGEN DIE EEN WEIGERING INHOUDEN OM EEN DOOR DE BESTURDE GEVRAAGD VOORDEEL TE VERLENEN

326. Bestuurshandelingen die de rechtstoestand van de bestuurdde niet in ongunstige zin wijzigen, maar die een *weigering inhouden om een door de bestuurdde gevraagd voordeel te verlenen*, zijn, behoudens andersluidende bepalingen, *niet* onderworpen aan tegenspraak (918). Het gaat hier immers niet om maatregelen gebaseerd op een tekortkoming en evenmin om het ontnemen van een eerder verleend voordeel (919) of om een sanctie (920).

Aldus moet er niet worden gehoord bij:

- het niet-toekennen van een benoeming of een bevordering (921);
- de weigering tot inschrijving voor een derde maal als student (922);

(915) R.v.St., Bruninx, nr. 87.859, 7 juni 2000 (nazien).

(916) R.v.St., Bruurs, nr. 69.903, 1 december 1997.

(917) R.v.St., Duez, nr. 47.192, 4 mei 1994.

(918) R.v.St., Debauve, nr. 63.011, 7 november 1996; R.v.St., Van Maldeghem, nr. 69.347, 3 november 1997; R.v.St., N.V. Roprivest, nr. 98.879, 17 september 2001; A. ROEF, "Het milieuvergunningdecreet ...", 278.

(919) R.v.St., Mertens, nr. 136.027, 14 oktober 2004.

(920) R.v.St., Sferlazza, nr. 74.503, 24 juni 1998.

(921) R.v.St., Ache, nr. 27.292, 7 januari 1987; R.v.St., I.S.E.A. La Cambre, nr. 29.030, 16 december 1987; R.v.St., Claeys, nr. 33.638, 19 december 1989; R.v.St., M., nr. 37.795, 2 oktober 1991, *T. Gem.* 1993, 245; R.v.St., Van Maldeghem, nr. 69.347, 3 november 1997; R.v.St., Steppe, nr. 69.470, 5 november 1997; R.v.St., Pirard, nr. 143.076, 14 april 2005.

(922) R.v.St., Debauve, nr. 63.011, 7 november 1996.

- de weigering een erkenning te verlenen als wapenverzamelaar op grond van het feit dat de aanvrager niet aan de wettelijke voorwaarden voldoet (923);
- het niet-geslaagd verklaren in een examen (924);
- het weigeren van het verzoek de eretitel van het ambt van politiecommissaris te mogen voeren (925);
- de weigering van een verzoek tot tijdelijke ambtsontheffing (926);
- de weigering van een vergunning tot het dragen van een vuurwapen (927).

Deze rechtspraak is blijkbaar mede gebaseerd op het feit dat wie dergelijke vraag richt tot het bestuur, *reeds in zijn aanvraag kan uiteenzetten waarom hij meent aanspraak te kunnen maken op het gevraagde* (928). De Raad van State heeft er in dit verband op gewezen dat niet alleen de overheid, maar ook de rechtsonderhorige zorgvuldig te werk moet gaan; dat hij bijgevolg in de aanvraag nauwkeurig moet uiteenzetten waarom hij meent aanspraak te kunnen maken op het gevraagde en daarbij alle nuttige gegevens voor de beoordeling van zijn aanvraag moet verstrekken. Aldus wijst de Raad van State er eigenlijk op dat de rechtzoekende reeds op voorhand, nl. bij het indienen van zijn aanvraag, het recht, ja zelfs de plicht heeft zijn standpunt en motieven terzake mede te delen (929).

Het is precies in dit verband dat de Raad van State een nuancering heeft aangebracht op het beginsel dat bij het niet-verlenen van een voordeel er niet moet worden gehoord. In een zaak waar de overheid de gevraagde vergunning tot het uitoefenen van het beroep van privé-detective had geweigerd *om redenen waarop de bestuurde onmogelijk kon participeren bij het indienen van zijn aanvraag*, moest de aanvrager volgens de Raad van State de gelegenheid krijgen om zijn standpunt kenbaar te maken over die feiten en de appreciatie van die feiten (930).

(923) R.v.St., Bastiaensen, nr. 98.887, 17 september 2001.

(924) R.v.St., Sferlazza, nr. 74.503, 24 juni 1998; R.v.St., Gothier, nr. 115.346, 31 januari 2003; R.v.St., Wyffels, nr. 122.860, 15 september 2003.

(925) R.v.St., Druine, nr. 39.913, 29 juni 1992.

(926) R.v.St., Delahaye, nr. 86.477, 3 april 2000.

(927) R.v.St., Mertens, nr. 136.027, 14 oktober 2004. Bij het intrekken van een wapenvergunning (het ontnemen van een eerder verleend voordeel) moet er daarentegen wel worden gehoord (R.v.St., Caluwaerts, nr. 133.649, 8 juli 2004).

(928) R.v.St., Martens, nr. 67.691, 8 augustus 1997.

(929) Zie ook het arrest Bastiaensen, nr. 98.886, 17 september 2001, waarin de Raad van State erop wijst dat betrokkene zijn standpunt uiteen had kunnen zetten in zijn beroepschrift tegen de initiële weigeringsbeslissing.

(930) R.v.St., Martens, nr. 67.691, 8 augustus 1997.

In het Voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht wordt trouwens voorgesteld het toepassingsgebied van de hoorplicht te *verruimen* tot alle gevallen waar een aanvraag van de bestuurde geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen (931), doch hierover verder meer (932).

V. Uitzonderingen op de hoorplicht

327. Uit de *rechtspraak van de Raad van State* blijkt dat, voor beslissingen waarop de hoorplicht in beginsel van toepassing is, van deze hoorplicht toch kan worden afgeweken indien de beslissing dringend is (A), de bestuurde onbereikbaar is (B), de feiten én de te nemen beslissing vaststaan (C) of de bestuurde reeds eerder werd gehoord en er zich sindsdien geen nieuwe feiten hebben voorgedaan (D).

Ook het *voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht* bevat uitzonderingen op de hoorplicht die grotendeels overeenkomen met deze reeds bestaande jurisprudentiële uitzonderingen (933).

Wanneer de overheid van een uitzonderingsgrond wil gebruik maken moet dit uitdrukkelijk worden vermeld en gemotiveerd in het besluit zelf (934).

A. Dringend karakter van de beslissing

328. Wanneer de noodzaak bestaat om snel op te treden is het bestuur niet verplicht de bestuurde te horen (935).

Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer er wijvingen bestaan tussen personeelsleden, zodat in het belang van de dienst de noodzaak bestaat om snel

(931) Art. 4.2.1. Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht (op de hoorplicht zijn er wel uitzonderingen voorzien in art. 4.2.4.).

(932) *Infra*, nr. 346.

(933) Art. 4.2.4. Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht. Zie echter nr. 332. Een *bijkomende* uitzondering voorzien in het voorstel is dat de hoorplicht vervalt wanneer "het met de beschikking beoogde doel (...) slechts (kan) worden bereikt indien de belanghebbende daarvan niet reeds tevoren in kennis is gesteld".

(934) Zie art. 7.3.13 Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht.

(935) R.v.St., Omloop, nr. 25.373, 29 mei 1985; R.v.St., Rossenbacker, nr. 31.091, 18 oktober 1988, *T. Gem.* 1989, 208 en *T.B.P.* 1989, 417; R.v.St., Monisse, nr. 32.752, 14 juni 1989; R.v.St., Marique, nr. 34.130, 23 februari 1990; R.v.St., Van Ghysseghem, nr. 128.424, 23 februari 2004.

in te grijpen en over te plaatsen, zodat de overheid geen tijd en ook niet de verplichting heeft om uit te zoeken wie van de personeelsleden eventueel schuld treft (936). De burgemeester kan een woning onbewoonbaar verklaren en laten ontruimen zonder de bestuurden te horen wanneer de woning kennelijk een *onmiddellijke bedreiging* vormt voor de volksgezondheid of voor de openbare veiligheid (937). In dergelijke gevallen primeert het algemeen belang, dat een snelle reactie vereist, op het belang van de bestuurde.

329. De overheid die zich wil beroepen op deze uitzonderingsgrond mag het dringend karakter echter niet zelf tegenspreken door nadien weken of maanden te talmen bij het nemen van de beslissing. Wanneer er een te lange tijdspanne ligt tussen de feiten die aanleiding geven tot de beslissing en het nemen van de beslissing, bewijst dit volgens de Raad van State dat de dringend karakter waarop het bestuur zich beroept, niet bestaat (938). Hetzelfde geldt wanneer de politie wél de gelegenheid heeft gehad om de verklaringen van een groot aantal burens op te nemen, maar niet van de bestuurde zelf (939).

B. Onbereikbaarheid van de bestuurde

330. Van de hoorplicht kan worden afgeweken wanneer de bestuurde niet binnen een redelijke termijn kan worden bereikt (940), op voorwaarde dat dit wordt aangetoond met concrete aanwijzingen (941).

(936) R.v.St., Van de Wauwer, nr. 19.319, 11 december 1978; R.v.St., Ghysels, nr. 24.670, 21 september 1984; zie ook R.v.St., De Mot, nr. 26.206, 26 februari 1986.

(937) R.v.St., Monisse, nr. 32.752, 14 juni 1989, *T.B.P.* 1990, 379; R.v.St., Dubaere, nr. 33.951, 8 februari 1990, *T. Gem.* 1992, 288; R.v.St., Marique, nr. 34.130, 23 februari 1990.

(938) R.v.St., Rossenbacker, nr. 31.091, 18 oktober 1988, *T. Gem.* 1989, 208 en *T.B.P.* 1989, 417; R.v.St., B.V.B.A. Viverly, nr. 61.709, 12 september 1996; R.v.St., Schotte, nr. 124.404, 20 oktober 2003; R.v.St., Van Ghyseghem, nr. 128.424, 23 februari 2004.

(939) R.v.St., Rossenbacker, nr. 31.091, 18 oktober 1988, *T. Gem.* 1989, 208 en *T.B.P.* 1989, 417.

(940) R.v.St., Omloop, nr. 25.373, 29 mei 1985; R.v.St., Rossenbacker, nr. 31.091, 18 oktober 1988, *T. Gem.* 1989, 208 en *T.B.P.* 1989, 417; R.v.St., De Nijs, nr. 53.425, 29 mei 1995. Zie ook R.v.St., Vanden Eynde, nr. 20.710, 14 november 1980.

(941) R.v.St., Rossenbacker, nr. 31.091, 18 oktober 1988, *T. Gem.* 1989, 208 en *T.B.P.* 1989, 417.

C. Vaststaande feiten én gebonden bevoegdheid wat de te nemen beslissing betreft

331. Het bestuur is niet verplicht de betrokkene te horen wanneer de feiten, zonder nader onderzoek, vatbaar zijn voor directe, eenvoudige vaststelling door het bestuur (942) en er dus niets kan worden ingebracht tegen deze feitelijke vaststellingen (943). Het horen over de feiten heeft alleen zin wanneer de feiten vatbaar zijn voor betwisting (944).

Zijn echter *geen* feiten die vatbaar zijn voor directe, eenvoudige vaststelling:

- het regelmatig verstoren van de openbare rust en de veiligheid als motief voor het tijdelijk sluiten van een herberg (945);
- de inschatting van het gevaar van iemands wapenbezit voor de openbare orde en veiligheid (946);
- het feit dat een bedrijf geen zetel meer zou hebben in België, daar dit moet worden afgeleid uit een aantal feitelijke gegevens (947);
- het al dan niet hebben van een hoofdverblijf in een bepaalde gemeente, zodat de betrokkenen de gelegenheid moeten krijgen te bewijzen dat hun hoofdverblijf zich wel degelijk bevindt daar waar zij zijn ingeschreven in het bevolkingsregister (948).

Wanneer een slopingsbevel is uitgevaardigd op basis van drie foto's die alleen betrekking hebben op een bijgebouw en die geen oordeel toelaten over de stabiliteit van het gebouw, is de conclusie van de burgemeester dat "het gebouw dreigt in te storten en een gevaar oplevert voor de openbare veiligheid" *in casu* geen feit dat voor directe vaststelling vatbaar is, zodat

(942) R.v.St., De Nijs, nr. 53.425, 29 mei 1995; R.v.St., Van Ghyseghe, nr. 128.424, 23 februari 2004.

(943) R.v.St., B.V.B.A. Viverly, nr. 61.709, 12 september 1996.

(944) Zie R.v.St., Fordyn, nr. 64.234, 29 januari 1997.

(945) R.v.St., Rossenbacker, nr. 31.091, 18 oktober 1988, *T. Gem.* 1989, 208 en *T.B.P.* 1989, 417.

(946) R.v.St., Caluwaerts, nr. 133.649, 8 juli 2004.

(947) R.v.St., P.V.B.A. Transport F.W. Van Geyt, nr. 26.787, 26 juni 1986; R.v.St., P.V.B.A. L., nr. 28.938, 1 december 1987, *R.W.* 1987-88, 880. De vraag of er geregeld commerciële handelingen worden verricht en of de onderneming vertegenwoordigd is door een lasthebber die haar tegenover derden kan binden, kan immers niet worden beantwoord aan de hand van een eenmalig plaatsbezoek, zodat de betrokkene in de gelegenheid moet worden gesteld om zijn standpunt naar voor te brengen.

(948) R.v.St., Ockerman en Notebaert, nr. 32.886, 28 juni 1989, *T. Gem.* 1989, 361.

de burgemeester geen deugdelijke reden had om af te wijken van de hoorplicht (949).

332. Maar zelfs als de feiten vaststaan, maar de overheid, als reactie op deze feiten de keuze heeft tussen het nemen van verschillende maatregelen, zal de bestuurde moeten worden gehoord over *de aard van de maatregel* die de overheid wil nemen (950). Wanneer het personeelsstatuut de overheid na twee opeenvolgende beoordelingen “slecht” van een ambtenaar verplicht te *kiezen* tussen hetzij het ontslag van de betrokkene, dan wel een terugzetting in graad, is het ontslag geenszins automatisch, is er dus geen sprake van een gebonden bevoegdheid en is bijgevolg het horen van het personeelslid verplicht (951).

Een voorbeeld van een geval waar én de feiten vaststaan én de door de overheid te nemen beslissing is het volgende. Wanneer de strafrechter aan een ambtenaar zijn burgerlijke en/of politieke rechten ontnemt, heeft dit automatisch als gevolg dat hij niet meer voldoet aan de voorwaarden om een openbaar ambt te bekleden, zodat hij ambtshalve zal moeten worden ontslagen door het bestuur (gebonden bevoegdheid). Het horen van de betrokkene kan dan geen enkele invloed hebben op de beslissing die door het bestuur moet worden genomen en is bijgevolg overbodig (952).

In het voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht wordt alleen vermeld dat de betrokkene niet moet worden gehoord voor zover “*het bestuursorgaan overweegt een maatregel te nemen op grond van een gegeven dat voor directe, eenvoudige vaststelling door de overheid vatbaar is*”. Er wordt m.a.w. niets gezegd over de discretionaire dan wel gebonden bevoegdheid wat de aard van *de te nemen beslissing* betreft. Zekerheid omtrent de feiten is o.i. op zich echter geen voldoende reden om de bestuurde niet te horen; dit moet gecombineerd worden met een gebonden bevoegdheid wat de te nemen beslissing betreft. De rechtspraak is thans immers zo gevestigd dat de bestuurde niet alleen zijn standpunt moet kunnen laten kennen over de feiten, maar ook over de maatregel die de overheid van plan is te nemen (953). Zelfs indien de feiten vaststaan, maar het bestuur kan kiezen hoe het hierop reageert, moet er dus worden gehoord.

(949) R.v.St., Jacobs, nr. 129.355, 16 maart 2004.

(950) R.v.St., Jacobs, nr. 32.992, 8 september 1989.

(951) R.v.St., Lallemand, nr. 39.988, 6 juli 1992; R.v.St., Monnig, nr. 47.655, 30 mei 1994; R.v.St., Wery, nr. 52.710, 5 april 1995.

(952) R.v.St., Van Daele, nr. 18.398, 18 juli 1977; R.v.St., Cousin, nr. 35.668, 17 oktober 1990.

(953) *Infra*, nr. 361.

333. Wanneer de feiten precies vaststaan is echter niet steeds eenvoudig uit te maken en de Raad van State is niet altijd even stringent wat de vereiste van de gebonden bevoegdheid betreft. Dit blijkt o.i. uit twee arresten in verband met een tijdelijk verbod opgelegd aan een dierenarts om nog keurings- en controletaken uit te oefenen voor het Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen (FAVV).

In een geval waar een dierenarts het rechtstreeks voorwerp uitmaakte van een gerechtelijk onderzoek wegens het onwettig gebruik van farmacologische stoffen en hij door de onderzoeksrechter voor die feiten in verdenking was gesteld en was aangehouden, oordeelde de Raad van State dat het bestuur over *voldoende precieze en bewijskrachtige informatie beschikte* – zowel wat de aard van de inbreuken als de aanwijzingen van schuld betreft – om, zonder verder onderzoek en zonder naar de mening van de betrokkene te vragen, de betrokkene voorlopig, nl. tot het einde van de gerechtelijke procedure, tijdelijk niet meer te laten werken voor het FAVV (954). In dit arrest wordt niet gerept over het feit dat er geen gebonden bevoegdheid bestond om de bestreden beslissing te nemen.

In een ander arrest in verband met een veekeurder, waartegen het gerechtelijk onderzoek dat was ingesteld tegen de in de vorige paragraaf bedoelde veekeurder was *uitgebreid*, wees de Raad van State erop dat de mededeling dat een gerechtelijk onderzoek werd uitgebreid tot betrokkene en het feit dat hij werd gelijkgesteld met een in verdenking gesteld persoon, niet de verplichting inhoudt om de bestreden maatregel te treffen (er was m.a.w. geen sprake van een gebonden bevoegdheid), terwijl het bestuur er steeds toe gehouden is zijn discretionaire beslissingen te steunen op motieven die *in concreto* moeten worden beoordeeld. De blote mededeling dat de gerechtelijke overheden een lopend onderzoek hebben uitgebreid tot betrokkene, zonder dat zij daarbij duidelijkheid scheppen over de precieze tenlastelegging die zij op dat ogenblik tegen hem menen te kunnen aanhouden, kan *niet* worden aangezien als een vaststaand feit zonder eigen nader onderzoek van de betrokkenheid van de dierenarts bij de zaak, en meer nog over de impact van de tenlastelegging op de uitoefening van zijn werkzaamheden hangende een onderzoek (955). Bijgevolg was de Raad van State in deze zaak van oordeel dat er wél moest worden gehoord.

(954) R.v.St., Landuyt, nr. 126.150, 8 december 2003.

(955) R.v.St., Schotte, nr. 124.404, 20 oktober 2003.

In beide gevallen was het wel een vaststaand gegeven dat een gerechtelijk onderzoek werd ingesteld (eerste zaak) en uitgebreid naar een andere veekeurder (tweede zaak), maar dit feit alleen levert o.i. aan het bestuur niet noodzakelijk voldoende informatie om een zorgvuldige beslissing te nemen. Bovendien was er in beide gevallen *geen gebonden bevoegdheid tot het nemen van die welbepaalde maatregel*, zodat in beide gevallen de bestuurd o.i. moest worden gehoord. Bovendien is er een frappante gelijkheid tussen dergelijke “schorsing” als veekeurder en de preventieve schorsing van een ambtenaar – waarbij *steeds* moet worden gehoord – zodat er o.i. geen afdoende reden bestaat om hier niet *in elk geval* te horen.

D. De bestuurd is reeds gehoord bij een eerdere beslissing of bij een ander bestuursorgaan en sindsdien hebben zich geen nieuwe feiten voorgedaan

334. Deze uitzonderingsgrond staat in het Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht (956), maar toepassingen hiervan vinden we nu reeds in de rechtspraak van de Raad van State.

Wanneer een beslissing waarvoor de bestuurd werd gehoord, achteraf wegens een procedurefout – die geen verband heeft met de hoorplicht – door de overheid zelf wordt *ingetrokken* of door de toezichthoudende overheid of de Raad van State wordt *geschorst of vernietigd*, kan de overheid, na rechtzetting van de procedurefout, deze beslissing inhoudelijk herkennen zonder dat de betrokkene opnieuw moet worden gehoord (957). In dit geval heeft de bestuurd immers zijn standpunt reeds kunnen meedelen en is de overheid voldoende geïnformeerd, zodat het opnieuw horen van betrokkene hier niets aan kan toevoegen.

Er zal ook niet opnieuw moeten worden gehoord indien het beslissend orgaan ondertussen van samenstelling is veranderd (958). Het nieuw samengestelde orgaan kan immers kennis nemen van de notulen opgesteld bij het

(956) Art. 4.2.4., 2° Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht.

(957) R.v.St., L.N., nr. 36.481, 22 februari 1991, *T. Gem.* 1991, 357 (*in casu* had de procedurefout betrekking op de onwettige samenstelling van het bevoegde orgaan).

(958) R.v.St., *Vervisch*, nr. 104.278, 4 maart 2002 (*in casu* ging het om het opnieuw nemen van een beslissing na een niet-goedkeuring). Dit geldt uiteraard niet indien er een normatieve verplichting zou bestaan dat het horen van betrokkene moet gebeuren door het orgaan zelf dat de beslissing neemt.

eerder verhoor en van de schriftelijke conclusies die werden ingediend (959).

VI. Toepassingen van de hoorplicht

A. Voorbeelden in de relatie bestuur - ambtenaar

335. Om de goede werking van de dienst te verzekeren kan de overheid ten aanzien van ambtenaren niet alleen *tucht-*, maar ook *ordemaatregelen* opleggen (960). Deze ordemaatregelen worden uitsluitend genomen in het belang van de dienst en dus niet ter sanctionering van een schuldig gedrag.

Tucht- en ordemaatregelen hebben hetzelfde *doel*: beide zijn gericht op de goede werking van de dienst. Beide maatregelen kunnen ook dezelfde *inhoud* hebben. Zo is een overplaatsing in sommige ambtenarenstatuten één van de tuchtstraffen die kan worden opgelegd, maar een overplaatsing kan ook louter een maatregel van orde zijn. Hetzelfde met een inhouding van wedde: dit kan worden opgelegd bij wijze van tuchtstraf, maar kan evenzeer een louter administratief gevolg zijn van een onwettige afwezigheid.

Wat een tuchtmaatregel wezenlijk onderscheidt van een ordemaatregel is het *motief*. De tuchtmaatregel is immers gebaseerd op schuldig gedrag waarvoor de tuchtstraf doet boeten. Een ordemaatregel daarentegen is niet gebaseerd op een schuldig gedrag; hij beoogt enkel de goede werking van de dienst, zonder daarbij de schuldvraag te stellen (961).

Daar ordemaatregelen geen tuchtstraffen zijn, zijn de rechten van de verdediging zoals die gelden in tuchtzaken uiteraard niet van toepassing. Heel wat ordemaatregelen zijn echter gebaseerd op het persoonlijk gedrag van de betrokkene en brengen een ernstig nadeel toe, zodat zij onderworpen zijn aan de hoorplicht. Thans wordt een exemplatief overzicht gegeven van

(959) R.v.St., Vervisch, nr. 104.278, 4 maart 2002.

(960) J. BORRET, "Over het onderscheid tussen een tucht- en een ordemaatregel", *T.B.P.* 1982, 112; I. OPDEBEEK, *Tuchtrecht in de lokale besturen*, Brugge, die Keure, 1992, nr. 47 e.v.

(961) R.v.St., Lenaerts, nr. 37.512, 5 juli 1991; R.v.St., Van Laeken, nr. 39.285, 4 mei 1992; R.v.St., Ros, nr. 96.307, 11 juni 2001; R.v.St., D., nr. 125.614, 24 november 2003; R.v.St., J., nr. 129.233, 15 maart 2004; I. OPDEBEEK, "Het juridisch statuut van de overplaatsing van een ambtenaar bij wijze van ordemaatregel", (noot onder R.v.St., V., nr. 95.664, 21 mei 2001), *T. Gem.* 2001, 248-251.

een aantal ordemaatregelen die de overheid maar kan treffen na het personeelslid te hebben gehoord. In ieder geval geldt dat een ordemaatregel niet willekeurig mag zijn en met kennis van zaken moet worden genomen, wat meestal het horen van de betrokkene onderstelt (962).

1. Preventieve schorsing

336. De preventieve schorsing van een ambtenaar is de voorlopige verwijdering van een ambtenaar uit zijn functie, in afwachting van het resultaat van het tucht- en/of strafrechtelijk onderzoek. Het gaat hier slechts om een voorlopige *ordemaatregel*, zonder uitspraak over de schuldvraag.

De preventieve schorsing verwijdert de ambtenaar uit zijn functie en is dus een *ernstige* maatregel daar zij een inbreuk pleegt op de rechten die de betrokkene put uit zijn benoeming; het voorlopig karakter van de verwijdering uit de dienst verandert niets aan de ernst van de maatregel (963). Een preventieve schorsing kan dan ook niet worden opgelegd zonder het personeelslid te horen (964), ongeacht of de preventieve schorsing al dan niet gepaard gaat met een inhouding van wedde.

Een preventieve schorsing wordt in beginsel opgelegd voor een bepaalde termijn. Ook de *verlenging* van de preventieve schorsing is slechts mogelijk na de betrokkene gehoord te hebben (965).

337. Ook de beslissing waarbij een ambtenaar, in het belang van de dienst, maar *zonder* dat er sprake is van een preventieve schorsing, wordt gevraagd niet te komen werken maar zich ter beschikking te houden van het bestuur, kan slechts worden genomen na de betrokkene te hebben gehoord. Deze beslissing wordt immers genomen gelet op het gedrag van be-

(962) R.v.St., Feremans, nr. 19.984, 18 december 1979.

(963) R.v.St., Chassard, nr. 134.963, 15 september 2004; R.v.St., Renard, nr. 134.964, 15 september 2004.

(964) Constante rechtspraak: R.v.St., Schouleur, nr. 30.641, 7 september 1988, *T. Gem.* 1989, 109, noot I. OPDEBEEK; R.v.St., Fervail, nr. 31.712, 11 januari 1989, *T. Gem.*, 1989, 311, noot I. OPDEBEEK; R.v.St., Delforge, nr. 33.119, 4 oktober 1989; R.v.St., Van Den Bergh, nr. 42.600, 19 april 1993; R.v.St., De Nijs, nr. 53.425, 29 mei 1995; R.v.St., Vanden Hole, nr. 72.979, 3 april 1998; R.v.St., Van de Ven, nr. 78.887, 23 februari 1999; R.v.St., Jannes, nr. 84.491, 30 december 1999; R.v.St., S., nr. 120.873, 24 juni 2003; Gent 11 oktober 1994, *R.W.* 1995, 850.

(965) R.v.St., Zimmer, nr. 41.367, 11 december 1992.

trokkene en, alhoewel hij zijn administratieve stand, zijn wedde en zijn statutaire voordelen behoudt, wijzigt dit toch radicaal zijn arbeidsvoorwaarden daar hem wordt belet eender welke functie uit te oefenen (966).

2. Beëindigen of wijzigen van een bepaalde functie

338. De hoorplicht zal bijvoorbeeld van toepassing zijn bij:

- het beëindigen van een aanstelling in een leidinggevende functie omdat de werking van de dienst waarover de betrokken ambtenaar de leiding heeft te wensen overlaat en die ambtenaar de in hem gestelde verwachtingen niet vervult (967);
- het niet-verlengen van een tijdelijk mandaat van afdelingshoofd, terwijl dit normaal stilzwigend wordt verlengd (968);
- het niet-verlengen van een tijdelijke aanstelling in het onderwijs wegens persoonlijk gedrag (969);
- het beëindigen van een aanstelling als secretaris van een politiezone wegens persoonlijk gedrag (970);
- het niet-verlengen van de aanstelling van een assistent aan de universiteit wegens het gebrek aan kwaliteit bij de geleverde prestaties (971);
- het ontnemen aan een ambtenaar van de leiding over de Nederlandstalige geneeskundige dossiers en hem in de plaats daarvan aanstellen als het hoofd van een nog te creëren studiecél (972);
- het beëindigen van een aanstelling als huisbewaarder wegens fouten (973);
- het beëindigen van het ambt van adjunct-griffier bij het hof van beroep wegens het persoonlijk gedrag van betrokkene (974).

Wanneer het beëindigen van een aanstelling echter louter het gevolg is van het beëindigen van de ontwikkelingshulp in de regio waar het personeelslid

(966) R.v.St., Janus, nr. 142.662, 25 maart 2005.

(967) R.v.St., Verachtert, nr. 69.738, 24 november 1997.

(968) R.v.St., Van Langendonck, nr. 95.636, 21 mei 2001.

(969) R.v.St., Beernaert, nr. 128.184, 16 februari 2004.

(970) R.v.St., Dehombreux, nr. 142.576, 23 maart 2005.

(971) R.v.St., Fordyn, nr. 64.234, 29 januari 1997.

(972) R.v.St., Weemaes, nr. 67.067, 26 juni 1997.

(973) R.v.St., Piquin, nr. 45.220, 10 december 1993; R.v.St., Lecocq, nr. 134.024, 19 juli 2004.

(974) R.v.St., Van Ghyseghem, nr. 128.424, 23 februari 2004. De Raad van State wees erop dat de reputatie van betrokkene in het gedrang kon komen.

zijn functie uitoefent, is de hoorplicht uiteraard niet van toepassing daar de beëindiging niet gebaseerd is op het persoonlijk gedrag van betrokkene (975).

3. Overplaatsing

339. Een overplaatsing is een ernstige maatregel wanneer zij de werksituatie van het personeelslid duidelijk verslechtert (976), bijvoorbeeld wanneer men in een andere stad, verder van zijn woonplaats wordt tewerkgesteld (977).

De hoorplicht zal van toepassing zijn in de mate dat tot de overplaatsing wordt besloten wegens het gedrag van de betrokkene, bijvoorbeeld:

- als preventieve maatregel in afwachting van het resultaat van een tucht- (978) of gerechtelijk onderzoek (979);
- wegens het niet-opvolgen van orders, het bedreigen en het beledigen van een overste en het ontmoedigen van medewerkers (980);
- wegens de slechte manier van dienen (981).

Bij een mutatie die niet is ingegeven door het persoonlijk gedrag van de ambtenaar, maar die wordt veroorzaakt door een reorganisatie van de dienst (982) of een personeelsinkrimping (983), is de hoorplicht niet van toepassing. Wanneer een overplaatsing gebaseerd is op de spanningen die bestaan tussen diverse personeelsleden en de schuldvraag wordt weggelaten of opengelaten is het horen van de betrokkene niet vereist (984).

(975) R.v.St., Duez, nr. 47.192, 4 mei 1994.

(976) R.v.St., Braem, nr. 71.064, 19 januari 1998.

(977) R.v.St., Lambrecht, nr. 69.160, 27 oktober 1997; R.v.St., Braem, nr. 71.064, 19 januari 1998.

(978) R.v.St., Vernet, nr. 94.087, 16 maart 2001; zie ook R.v.St., Legat, nr. 94.882, 24 april 2001.

(979) R.v.St., Lambrecht, nr. 69.160, 27 oktober 1997.

(980) R.v.St., Van Den Bergh, nr. 42.600, 19 april 1993.

(981) R.v.St., Anciaux, nr. 68.274, 24 september 1997.

(982) R.v.St., Bruninx, nr. 87.859, 7 juni 2000.

(983) R.v.St., Bruurs, nr. 69.903, 1 december 1997.

(984) R.v.St., Stevens, nr. 22.017, 16 februari 1982.

4. Ambtshalve ontslag bij wijze van ordemaatregel

340. Heel wat ambtenarenstatuten voorzien in de mogelijkheid om, wanneer de voorwaarden daartoe vervuld zijn, een ambtenaar te ontslaan op een niet-tuchtrechtelijke manier. Vaak zal de ambtenaar dan echter eerst moeten worden gehoord, bijvoorbeeld bij een ambtshalve ontslag na een definitief vastgestelde beroepsongeschiktheid (985) of na een ongewettigde afwezigheid van meer dan tien dagen (986).

5. Ontslag van een op proef benoemd personeelslid

341. De beslissing om een stagedoend personeelslid op het einde van zijn proeftijd niet vast te benoemen, maar te ontslaan (987) of zijn proeftijd te verlengen (988), kan slechts worden genomen nadat de betrokkene vooraf de gelegenheid heeft gehad om nuttig voor zijn belangen op te komen.

6. Diverse

342. Een ambtenaar zal tevens moeten worden gehoord bij:

- een op non-activiteitstelling zonder wedde, gebaseerd op het feit dat het personeelslid verlof had genomen zonder toestemming (989);
- een terbeschikkingstelling wegens ambtsontheffing in het belang van de dienst (990);

(985) R.v.St., Monnig, nr. 47.655, 30 mei 1994; R.v.St., Wery, nr. 52.710, 5 april 1995.

(986) R.v.St., Joiris, nr. 34.783, 20 april 1990; R.v.St., Franck, nr. 38.098, 13 november 1991. De hoorplicht geldt echter niet wanneer de ambtenaar zonder meer elders in dienst is getreden en zijn onwettige afwezigheid dus onbetwistbaar is (R.v.St., Somers, nr. 33.740, 11 januari 1990).

(987) R.v.St., De Ridder, nr. 60.402, 25 juni 1996 (schorsing); R.v.St., De Ridder, nr. 63.286, 26 november 1996 (vernietiging); R.v.St., Vervisch, nr. 104.278, 4 maart 2002.

(988) Het arrest R.v.St., Vermeulen, nr. 80.275, 18 mei 1999, stelt dat een beslissing waarbij een personeelslid op het einde van zijn stage *niet vast wordt benoemd* slechts kan worden genomen nadat het personeelslid in de gelegenheid werd gesteld zijn standpunt mee te delen. Alhoewel in dit arrest niet expliciet sprake is van een *verlenging van de proeftijd*, lijkt dit arrest toch te impliceren dat in geval van verlenging er ook moet worden gehoord. *In casu* ging het echter om een ontslag. In het arrest Adam, nr. 34.842, 8 mei 1990 oordeelde de Raad van State, o.i. ten onrechte, dat de beslissing tot verlenging van de stage van een ambtenaar een maatregel is die niet ernstig genoeg is om de overheid te verplichten de betrokkene te horen.

(989) R.v.St., Goubert, nr. 55.046, 6 september 1995.

(990) R.v.St., D.A., nr. 39.951, 1 juli 1992, *T. Gem.* 1993, 252; R.v.St., Pardonge, nr. 50.005, 28 oktober 1994. De opheffing van de stand beschikbaarheid wegens ontstentenis van betrekking
.../...

- het inhouden van wedde als louter administratief gevolg van een onwettige afwezigheid (991);
- het onmiddellijk beëindigen van een verlof zonder wedde met het bevel onmiddellijk de dienst te hernemen, dan wel ontslag te nemen, in een geval waar deze beslissing gebaseerd was op het persoonlijk gedrag van verzoeker – het uitoefenen van commerciële activiteiten die werden geacht in te gaan tegen het belang van het tewerkstellend bestuur – en voor hem een nadelig gevolg had (nl. het moeten stopzetten van de activiteiten op straffe van ontslag) (992).

B. Voorbeelden in de relatie burger - bestuur

1. Het ontnemen van een eerder verleend voordeel

343. Wanneer de bestuurde van de overheid een voordeel heeft gekregen, zoals bijvoorbeeld een subsidie, een vergunning, een erkenning of een standplaats op het openbaar domein, kan de overheid, wanneer de betrokkene de voorwaarden verbonden aan het verlenen van deze gunst niet naleeft, deze gunst opheffen voor de toekomst. Daar de rechtstoestand van de betrokkene dan ongunstig wordt gewijzigd wegens een gegeven dat hem als een tekortkoming wordt aangerekend, zal hij eerst moeten worden gehoord.

Dit is bijvoorbeeld het geval bij:

- het intrekken van een wapenvergunning (993);
- het schorsen van een milieuvergunning (994);
- het uitsluiten van subsidies wegens het verstrekken van onjuiste informatie (995);

.../...

is daarentegen niet gebaseerd op het persoonlijk gedrag van verzoekster en kan bovendien de belangen van betrokkene niet ernstig aantasten (R.v.St., Taes, nr. 140.414, 10 februari 2005, *in casu* liet de Raad van State in het midden of de hoorplicht al dan niet van toepassing was daar er in ieder geval aan voldaan was).

(991) R.v.St., Verstaen, nr. 31.296, 8 november 1988, *R.W.* 1990-91, noot I. OPDEBEEK.

(992) R.v.St., Van Den Berg, nr. 118.193, 10 april 2003.

(993) R.v.St., Caluwaerts, nr. 133.649, 8 juli 2004.

(994) R.v.St., N.V. Prechamp, nr. 86.717, 6 april 2000; R.v.St., N.V. Nooyen Bree, nr. 89.102, 26 juli 2000.

(995) R.v.St., V.Z.W. Natuur 2000, nr. 99.302, 1 oktober 2001; R.v.St., V.Z.W. Natuur 2000, nr. 123.212, 22 september 2003.

- het ontnemen van de vaste standplaats van een marktkramer wegens het niet-naleven van het reglement (996);
- het verbod nog langer op de markt te staan voor een ambulante handelaar wegens zijn gedrag (997);
- het schorsen van de vliegvergunning van een piloot wegens het niet-sla-gen in een test (998);
- de beëindiging van een erkenning als aalmoezenier bij de gevangenis wegens persoonlijk gedrag (999);
- het opleggen van een tijdelijk verbod aan een dierenarts om keuropdrach-ten uit te voeren voor de overheid (1000), in afwachting van de resultaten van het gerechtelijk onderzoek (1001). Dergelijke maatregel doet immers een geldelijk verlies lijden en kan de reputatie als dierenarts beïnvloeden zodat het hier een maatregel van orde betreft die ernstige gevolgen heeft op de persoonlijke situatie (1002).

2. Gemeentelijke politimaatregelen

344. De burgemeester kan ter bestrijding van bouwvallige of ongezonde woningen maatregelen nemen, zoals de onbewoonbaarverklaring of de sloping. Dergelijke maatregelen zijn maar mogelijk na tegenspraak (1003), tenzij uiteraard het pand kennelijk een onmiddellijke bedreiging vormt voor de volksgezondheid of de openbare veiligheid of indien het horen van

(996) R.v.St., Van Maldeghe, nr. 80.970, 15 juni 1999; R.v.St., Devos, nr. 126.049, 4 december 2003.

(997) R.v.St., Elbouchmidi, nr. 77.709, 17 december 1998.

(998) R.v.St., Boeykens, nr. 126.255, 10 december 2003.

(999) R.v.St., Debree, nr. 131.175, 10 mei 2004.

(1000) R.v.St., Baele, nr. 60.224, 18 juni 1996 (schorsing); R.v.St., Baele, nr. 63.284, 26 november 1996 (vernietiging); R.v.St., Schotte, nr. 124.404, 20 oktober 2003; R.v.St., Landuyt, nr. 126.150, 8 december 2003. Voor het *beëindigen* van een keuropdracht – wat hier dus niet het geval was – wordt in de betrokken regelgeving zelf vermeld dat de betrokkene moet worden gehoord. Dergelijke formele regeling van de rechten van de verdediging belet dan dat toepassing wordt gemaakt van het beginsel van behoorlijk bestuur van de hoorplicht (R.v.St., Landuyt, nr. 126.150, 8 december 2003. Zie ook R.v.St., Schotte, nr. 124.404, 20 oktober 2003).

(1001) R.v.St., Landuyt, nr. 126.150, 8 december 2003.

(1002) R.v.St., Schotte, nr. 124.404, 20 oktober 2003; R.v.St., Landuyt, nr. 126.150, 8 december 2003.

(1003) R.v.St., B.V.B.A. Viverly, nr. 61.709, 12 september 1996 (onbewoonbaarverklaring); R.v.St., Janssens, nr. 87.377, 18 mei 2000 (sloping); R.v.St., Jacobs, nr. 129.355, 16 maart 2004 (sloping). Dit geldt ook voor de huurders van het pand die getroffen worden door de beslissing (R.v.St., B.V.B.A. Viverly, voormeld).

de betrokkenen geen klaarheid kan brengen over de feitelijke vaststellingen (1004).

Inrichtingen zoals een herberg, een dancing, een hotel kunnen worden gesloten wegens bijvoorbeeld het overtreden van geluidsnormen, het niet-naleven van veiligheidsvoorschriften of het geregeld verstoren van de openbare rust. Dit is echter slechts mogelijk nadat de betrokkenen werden gehoord (1005).

C. Voorbeeld in de relatie mandataris - bestuur

345. Wanneer aan een schepen bepaalde bevoegdheden worden ontnomen, gelet op het feit dat verdenkingen tegen hem werden geuit, is de hoorplicht van toepassing (1006).

VII. Naar een verruiming van het toepassingsgebied tot alle individuele rechtshandelingen waardoor de rechtstoestand van de bestuurde negatief wordt beïnvloed?

346. In het Voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht wordt duidelijk gekozen voor een *verruiming* van het toepassingsgebied en in sommige arresten van de Raad van State vinden we hier ook reeds sporen van terug.

In het Voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht wordt bepaald dat een bestuur een aanvraag van een burger tot het bekomen van een individueel besluit *maar geheel of gedeeltelijk kan afwijzen*, na de betrokkene de gelegenheid te hebben gegeven zijn zienswijze naar voor te brengen (1007), behoudens uiteraard indien er sprake zou zijn van één van de uitzonderingsgevallen.

(1004) R.v.St., B.V.B.A. Viverly, nr. 61.709, 12 september 1996; *supra*, nr. 331 e.v.

(1005) R.v.St., Rossenbacker, nr. 31.091, 18 oktober 1988; R.v.St., B.V.B.A. The Box, nr. 47.692, 31 mei 1994 (schorsing); R.v.St., B.V.B.A. The Box, nr. 50.287, 22 november 1994 (vernietiging); R.v.St., Van Trappen, nr. 84.551, 6 januari 2000; R.v.St., D'Haese, nr. 86.128, 21 maart 2000.

(1006) R.v.St., De Langhe, nr. 88.279, 27 juni 2000, *T. Gem.* 2001, 60.

(1007) Art. 4.2.1. Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht.

In vergelijking met de huidige, heersende rechtspraak – die stelt dat bij de weigering van het verlenen van een voordeel niet moet worden gehoord (1008) – betekent dit dus een verruiming van het recht op tegenspraak.

In sommige arresten van bepaalde kamers van de Raad van State is trouwens een evolutie merkbaar tot het verruimen van het toepassingsgebied van de hoorplicht, in die zin dat niet langer een “tekortkoming” vereist is in hoofde van de betrokkene, maar dat een negatieve invloed op zijn situatie volstaat (1009).

Deze verruiming past trouwens in de idee dat de *zorgvuldigheidsplicht* aan de grondslag ligt van de hoorplicht. Aldus lezen we in een arrest van de Franstalige XIIIe kamer dat wanneer een wegvergunning voor het plaatsen van een frietkraam wordt opgeheven, niet wegens een fout van de exploitant, maar ten gevolge van de beslissing om een parkeerterrein aan te leggen op de plaats waar de frietkraam gelegen is, dit een beslissing is die de rechtstoestand van een burger ongunstig wijzigt zodat het bestuur dit alleen mag doen indien het op de hoogte is van de feitelijke en juridische situatie, zodat, in beginsel, met het oog op een vollediger onderzoek, de betrokken partijen normaliter de mogelijkheid hadden moeten krijgen hun standpunt toe te lichten (1010).

Handelingen die de rechtstoestand van de burger negatief beïnvloeden mogen alleen worden gesteld indien het bestuur volledig op de hoogte is van de feitelijke en juridische situatie. En eigenlijk kan het bestuur op voorhand nooit weten of het wel kennis heeft van alle relevante feiten en gegevens. Bijgevolg moet het bestuur, met het oog op een vollediger onderzoek, de burger normaliter de mogelijkheid bieden zijn standpunt toe te lichten (1011).

(1008) *Supra*, nr. 326.

(1009) Zie R.v.St., Caluwaerts, nr. 133.649, 8 juli 2004 en R.v.St., Willems, nr. 133.650, 8 juli 2004.

(1010) R.v.St., B.V.B.A. Chez Munir et Flore, nr. 82.611, 1 oktober 1999.

(1011) R.v.St., B.V.B.A. Chez Munir et Flore, nr. 82.611, 1 oktober 1999.

§ 5. Modaliteiten van de hoorplicht

I. Algemeen

347. Reeds eerder werd erop gewezen dat de hoorplicht niet dezelfde inhoud en draagwijdte heeft en dus niet zo vergaand is als de rechten van de verdediging (1012). De hoorplicht mag dus niet worden verward met de ruimere rechten van de verdediging zoals die gelden in tucht- en strafzaken. Anderzijds eist de Raad van State wel dat de betrokkene *nuttig, d.w.z. met kennis van zaken* moet worden gehoord (1013).

De vraag rijst dan met welke waarborgen dit “horen” moet omgeven zijn opdat de bestuurde “nuttig” zou worden gehoord. Volgens de Raad van State hangt het af van de *feitelijke omstandigheden van de zaak* wat de hoorplicht precies inhoudt, meer bepaald of de belanghebbende formeel moet worden uitgenodigd om zijn standpunt te doen kennen, of hij dat mondeling dan wel schriftelijk moet kunnen doen, voor een orgaan van het bestuur zelf, en of hem inzage moet worden verleend in het dossier van de zaak (1014).

Bij afwezigheid van een specifieke bepaling is bij een beslissing over een georganiseerd bestuurlijk beroep bijvoorbeeld aan de “hoorplicht” voldaan wanneer de indiener van het beroep zijn standpunt heeft kunnen toelichten in het gemotiveerd beroepschrift en eventueel aanvullende nota’s (1015).

348. Wat de precieze draagwijdte is van het recht om gehoord te worden kan dus variëren van geval tot geval en moet dus *in concreto* worden beoordeeld. In het Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht verschillen de modaliteiten van het horen trouwens ook naargelang er “gewoon” wordt gehoord, dan wel in het raam van een bezwaar- of beroepsprocedure tegen een eerder genomen bestuursbeslissing (1016).

(1012) *Supra*, nr. 309 e.v.

(1013) R.v.St., D.A., nr. 39.951, 1 juli 1992, *T. Gem.* 1993, 252; R.v.St., Pardonge, nr. 50.005, 28 oktober 1994; R.v.St., Van Trappen, nr. 84.551, 6 januari 2000. Zie ook art. 4.2.2. Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht.

(1014) R.v.St., Taes, nr. 140.414, 10 februari 2005. Zie ook R.v.St., Verstaen, nr. 31.296, 8 november 1988, *R.W.* 1990-91, noot I. OPDEBEEK.

(1015) R.v.St., Celis, nr. 83.830, 2 december 1999; R.v.St., N.V. Prechamp, nr. 86.717, 6 april 2000; R.v.St., N.V. Rooyen Bree, nr. 89.102, 26 juni 2000.

(1016) Zie enerzijds de artt. 4.2.1. tot en met 4.2.5. en anderzijds de artt. 7.3.7. tot en met 7.3.15. Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht.

349. Toch kunnen o.i. een aantal basisvereisten worden vermeld die vaak vervuld zullen moeten zijn en die veiligheidshalve best worden gerespecteerd door het bestuur. Deze modaliteiten worden hierna besproken. De conclusie van deze bespreking zal zijn dat het onderscheid qua verleende waarborgen tussen de rechten van de verdediging en de hoorplicht vaak *vervaagt of soms zelfs verdwijnt*.

350. Vermeldenswaard is ten slotte dat de modaliteiten die hierna zullen worden besproken ook van toepassing zijn wanneer de hoorplicht voorgeschreven is in een norm – en men bijgevolg geen beroep moet doen op het beginsel van behoorlijk bestuur om de hoorplicht te funderen –, maar de inhoud van de normatieve hoorplicht niet nader bepaald is. In dat geval kan het beginsel van behoorlijk bestuur een aanvullende rol spelen. De Raad van State heeft immers beslist dat, indien de hoorplicht normatief is voorzien, maar de inhoud ervan niet nader is bepaald, de hoorplicht moet worden omgeven met de waarborgen die het bestuur op grond van het beginsel van behoorlijk bestuur van de hoorplicht moet nakomen (1017).

II. Uitnodiging om zijn standpunt naar voor te brengen

351. De bestuurde zal moeten worden uitgenodigd om zijn standpunt naar voor te brengen. Het volstaat niet dat aan de bestuurde een ontwerpbesluit wordt medegedeeld met de vermelding van de ten laste gelegde feiten, de voorgenomen maatregel en de beroepsmogelijkheden: er moet wel degelijk een *uitnodiging* worden gericht aan de betrokkene om zijn visie te geven op de feitelijke gegevens en de voorgenomen maatregel (1018).

Bij een inhouding van wedde als louter administratief gevolg van een onwettige afwezigheid, oordeelde de Raad van State evenwel – o.i. terecht – dat de ambtenaar zijn standpunt op nuttige wijze naar voor had kunnen brengen door op de aanwezigheidslijsten de redenen te noteren die naar zijn oordeel zijn afwezigheid rechtvaardigden, zodat hij niet speciaal moest worden opgeroepen (1019).

352. Wat de *vorm* van de oproeping betreft heeft de Raad van State beslist dat de oproeping niet noodzakelijk per brief hoeft te gebeuren; belangrijker

(1017) R.v.St., N.V. Wings, nr. 113.031, 28 november 2002.

(1018) R.v.St., Van Trappen, nr. 84.551, 6 januari 2000.

(1019) R.v.St., Verstaen, nr. 31.296, 8 november 1988, R.W. 1990-91, noot I. OPDEBEEK.

is dat uit de oproeping het motief blijkt en dat zij een redelijke termijn laat om het verweer voor te bereiden (1020). In de praktijk zal de uitnodiging echter meestal wel per brief gebeuren; het is aan te bevelen dat dit met een aangetekend schrijven gebeurt om bewijsproblemen te vermijden.

353. Ook de *inhoud* van de oproepingsbrief is belangrijk. In deze oproepingsbrief moeten de ten laste gelegde feiten precies worden vermeld, alsook de maatregel die wordt overwogen en de juridische grondslag ervan. In beginsel zal tevens moeten worden gewezen op de mogelijkheid zich te laten bijstaan door een raadsman, het dossier in te kijken en de datum waarop het verhoor zal plaatsvinden. Indien de bestuurde niet mondeling wordt gehoord, moet de overheid de termijn bepalen waarbinnen het verweerschrift aan de overheid moet worden ter kennis gegeven. Deze termijn moet redelijk zijn.

III. Tijdstip van het horen

354. Het horen moet uiteraard plaatsvinden vóór de beslissing wordt genomen (1021). Indien de betrokkene maar daags ná het nemen van de beslissing werd gehoord, zal de beslissing worden vernietigd (1022).

IV. Voorafgaande mededeling van de feiten

355. De bestuurde moet de gelegenheid hebben om *nuttig, d.w.z. met kennis van zaken*, voor zijn belangen op te komen (1023). Het naar voor brengen van zijn standpunt heeft slechts zin wanneer de betrokkene een deugdelijke kennis heeft van de essentiële gegevens die het bestuur in de besluitvorming wil betrekken (1024). Meer bepaald moeten de feitelijke en juridische grondslag van de maatregel die zij in het vooruitzicht stelt worden meegedeeld (1025).

(1020) R.v.St., Zimmer, nr. 41.367, 11 december 1992.

(1021) R.v.St., Baele, nr. 60.224, 18 juni 1996; R.v.St., Jannes, nr. 84.491, 30 december 1999.

(1022) R.v.St., Baele, nr. 63.284, 26 november 1996.

(1023) Zie *supra*, nr. 347.

(1024) R.v.St., N.V. Wings e.a., nr. 113.031, 28 november 2002; R.v.St., N.V. Wim De Brabant, nr. 126.220, 9 december 2003.

(1025) Zie R.v.St., Schotte, nr. 124.404, 20 oktober 2003; *infra*, nr. 356.

De tenlasteleggingen moeten worden medegedeeld (1026), om toe te laten daarover uitleg te geven en om zich, na inzage van het volledige dossier, daarover te rechtvaardigen (1027). Belangrijk in dit verband is dat de feiten niet te algemeen en te vaag mogen worden omschreven: de bestuurde moet precies en volledig weten wat hem wordt verweten (1028). Voldoende kennis is vereist van de aard en de omstandigheden waarin de tenlasteleggingen kaderen (1029).

Uiteraard mag in de bestreden beslissing niet worden verwezen naar nieuwe feiten die niet het voorwerp zijn geweest van tegenspraak (1030).

In het Voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht wordt als beginsel geponeerd dat het bestuur aan de belanghebbende toegang moet verlenen tot de gegevens waarop het zijn beoordeling kan gronden (1031). Een uitzondering wordt voorzien voor stukken die ter bescherming van het privé-leven van derden geheim moeten worden gehouden.

Indien nadat de bestuurde werd gehoord nieuwe feiten aan het licht zijn gekomen die van doorslaggevend belang zijn zal de betrokkene opnieuw moeten worden gehoord. Deze verplichting is opgenomen in het Voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht, althans op het vlak van de behandelingen van bezwaren en beroepen (1032).

(1026) Constante rechtspraak: R.v.St., Rossenbacker, nr. 31.091, 18 oktober 1988; R.v.St., Piquin, nr. 45.220, 10 december 1993; R.v.St., Ghevaert, nr. 53.395, 19 mei 1995, *T. Gem.* 1996, 18; R.v.St., De Ridder, nr. 60.402, 25 juni 1996; R.v.St., De Ridder, nr. 63.286, 26 november 1996; R.v.St., Lambrecht, nr. 69.160, 27 oktober 1997; R.v.St., Verachtert, nr. 69.738, 24 november 1997; R.v.St., Elbouchmidi, nr. 77.709, 17 december 1998; R.v.St., Jannes, nr. 84.491, 30 december 1999; R.v.St., Van Trappen, nr. 84.551, 6 januari 2000; R.v.St., S., nr. 106.969, 24 mei 2002; R.v.St., Debree, nr. 131.175, 10 mei 2004.

(1027) R.v.St., De Nijs, nr. 53.425, 29 mei 1995.

(1028) R.v.St., De Nijs, nr. 53.425, 29 mei 1995; R.v.St., Hahaut, nr. 110.673, 25 september 2002.

(1029) R.v.St., N.V. Wim De Brabant, nr. 126.220, 9 december 2003.

(1030) R.v.St., M., nr. 118.726, 28 april 2003, *R.W.* 2004-05, 860, noot I. OPDEBEEK.

(1031) Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht, *l.c.*, art. 4.2.3.

(1032) Art. 7.3.13. Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht.

V. Voorafgaande mededeling van de voorgenomen beslissing en de juridische grondslag ervan

356. Opdat men op nuttige wijze voor zijn standpunt zou kunnen opkomen is vereist dat aan de betrokkene vooraf wordt medegedeeld welke maatregel tegen hem wordt overwogen (1033).

Bijgevolg moet het bestuur vooraf meedelen dat het van plan is een ambtenaar te ontslaan, een vergunning in te trekken, een dancing te sluiten, enz. Een ambtenaar moet voor het verhoor weten of een tuchtstraf dan wel een preventieve schorsing wordt overwogen (1034).

Een louter gesprek met een ambtenaar, zonder dat deze weet dat het bestuur voornemens is hem de leiding van een district te ontnemen en dat het gesprek kan uitlopen op een beslissing van die aard, voldoet niet (1035). Bij de loutere mededeling van een ongunstig stagerapport dat geen conclusie of voorstel van maatregel bevat is het niet zeker dat de betrokken ambtenaar precies het voorwerp van de oproeping kent (1036). Wanneer de bestuurde slechts bij de aanvang van het verhoor wordt medegedeeld dat een schorsing in het belang van de dienst wordt overwogen, zonder precisering van de duur ervan, is de hoorplicht geschonden (1037).

Wanneer de overheid, in de loop van de procedure van zienswijze verandert in verband met de aard van de maatregel die zij overweegt, moet de betrokkene hiervan vooraf op de hoogte worden gesteld (1038).

(1033) Constante rechtspraak: R.v.St., Ghevaert, nr. 53.395, 19 mei 1995; R.v.St., De Ridder, nr. 60.402, 25 juni 1996; R.v.St., De Ridder, nr. 63.286, 26 november 1996; R.v.St., Lambrecht, nr. 69.160, 27 oktober 1997; R.v.St., Elbouhmidi, nr. 77.709, 17 december 1998; R.v.St., Jannes, nr. 84.491, 30 december 1999; R.v.St., Debree, nr. 131.175, 10 mei 2004. Zie ook R.v.St., Van Trappen, nr. 84.551, 6 januari 2000.

(1034) R.v.St., Matthieu, nr. 30.216, 2 juni 1988.

(1035) R.v.St., Verachtert, nr. 69.738, 24 november 1997.

(1036) R.v.St., Ghevaert, nr. 53.395, 19 mei 1995, *T. Gem.* 1996, 18.

(1037) R.v.St., Jannes, nr. 84.491, 30 december 1999.

(1038) R.v.St., Matthieu, nr. 30.216, 2 juni 1988; R.v.St., Fosse, nr. 39.491, 27 mei 1992.

VI. Bijstand van of vertegenwoordiging door een raadsman naar keuze

357. Wanneer een bestuurde het recht heeft om gehoord te worden, kan hij zich in beginsel tijdens het verhoor laten bijstaan of vertegenwoordigen door een raadsman naar keuze (1039).

Het consulteren van een raadsman en de eventuele agendaproblemen van de raadsman zouden echter voor vertraging en verzoeken tot uitstel kunnen leiden. In het raam van de continuïteit van de dienstverlening en de noodzaak om soms snel op te treden zou dit voor problemen kunnen zorgen. Het is o.i. vermoedelijk in die context – maar het arrest geeft hierover geen toelichting – dat de Raad van State heeft geoordeeld dat de hoorplicht niet zo ver reikt dat de betrokkene het recht kan opeisen om een raadsman te raadplegen en het nemen van het besluit zolang uit te stellen, maar dat hij minstens de tijd moet krijgen om *zelf* een oordeel te vormen over alle gegevens die het bestuur hem ter kennis brengt (1040).

Het Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht bepaalt dat eenieder zich “ter behartiging van zijn belangen in het verkeer met bestuursorganen (kan) laten bijstaan of door een gemachtigde laten vertegenwoordigen (1041).

VII. Redelijke termijn om het verweer voor te bereiden

358. De bestuurde moet over een redelijke termijn beschikken om zijn verweer voor te bereiden zodat de oproeping een redelijke termijn moet laten om zich voor te bereiden (1042). Een minimum aan voorbereidings-tijd is noodzakelijk onder meer om de bestuurde toe te laten eventueel stukken over te leggen die naar zijn oordeel zijn voorstelling van de feiten geloofwaardig maken (1043).

(1039) R.v.St., Noel, nr. 33.289, 25 oktober 1989; zie ook Rb. Kortrijk, Kort Ged., 18 juni 1987, R.W. 1987-88, 402, noot P. LEMMENS.

(1040) R.v.St., Van Trappen, nr. 84.551, 6 januari 2000.

(1041) Art. 2.1.5. Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht.

(1042) R.v.St., Reyniers, nr. 39.156, 3 april 1992; R.v.St., Fosse, nr. 39.491, 27 mei 1992 (preventieve schorsing); R.v.St., Zimmer, nr. 41.367, 11 december 1992 (preventieve schorsing); R.v.St., De Ridder, nr. 60.402, 25 juni 1996 (ontslag van een op proef benoemd personeelslid); R.v.St., De Ridder, nr. 63.286, 26 november 1996 (idem); R.v.St., Jannes, nr. 84.491, 30 december 1999 (preventieve schorsing); R.v.St., Jonas, nr. 101.377, 30 november 2001 (preventieve schorsing).

(1043) R.v.St., Jannes, nr. 84.491, 30 december 1999.

Wat een redelijke termijn is zal afhangen van de concrete gegevens van de zaak, zoals de eenvoud, dan wel de complexiteit van de zaak, de ernst van de overwogen maatregel, het al dan niet dringend karakter van het overheidsoptreden, enz. Het bestuur kan, afhankelijk van de spoed waarmee het een beslissing wil nemen, die redelijke termijn kort houden, maar niet zonder de betrokkene daarvan verwittigd te hebben (1044).

Een mondelinge oproeping van een ambtenaar die op het einde van zijn proeftijd negatief wordt geëvalueerd om *dezelfde dag* nog voor de overheid te verschijnen, geeft de betrokkene niet de kans zijn verweer nuttig naar voor te brengen (1045). Een termijn van 24 uur is onvoldoende om het verweer voor te bereiden voor een zwaarwichtige maatregel zoals een preventieve schorsing met inhouding van wedde (1046). Een termijn van één week werd in dit verband wél redelijk geacht (1047). Er mag geen rekening worden gehouden met de dagen gelegen tussen de verzending en de ontvangst van de uitnodiging (1048).

De bestuurde moet minstens de tijd krijgen om *zelf* een oordeel te vormen over alle gegevens die het bestuur hem ter kennis brengt; de hoorplicht reikt volgens het in het vorige randnummer vermelde arrest van de Raad van State echter niet zover dat de betrokkene het recht kan opeisen om een raadsman te raadplegen en het nemen van het besluit zolang uit te stellen (1049).

VIII. Inzage van het dossier

359. Opdat het horen nuttig zou zijn moet de bestuurde in beginsel (1050) de mogelijkheid hebben kennis te nemen van het volledige dossier dat werd samengesteld met het oog op het nemen van de beslissing (1051). Wanneer na het horen van de bestuurde een voorstel van beslissing wordt opgesteld dat rekening houdt met alle elementen van het samengestelde

(1044) R.v.St., Van Trappen, nr. 84.551, 6 januari 2000.

(1045) R.v.St., Ghevaert, nr. 53.395, 19 mei 1995.

(1046) R.v.St., Fosse, nr. 39.491, 27 mei 1992.

(1047) R.v.St., Bovy, nr. 27.028, 15 oktober 1986.

(1048) R.v.St., Jonas, nr. 101.377, 30 november 2001.

(1049) R.v.St., Van Trappen, nr. 84.551, 6 januari 2000.

(1050) Zie het arrest R.v.St., Taes, nr. 140.414, 10 februari 2005 vermeld in randnummer 347.

(1051) R.v.St., F.J., nr. 31.712, 11 januari 1989, *T. Gem.* 1988, 311; R.v.St., Zimmer, nr. 36.751, 27 maart 1991; R.v.St., D.A., nr. 39.951, 1 juli 1992, *T. Gem.* 1993, 252; R.v.St., Zimmer, nr. 41.367, 11 december 1992; R.v.St., Pardonge, nr. 50.005, 28 oktober 1994.

dossier – ook met het verhoor van betrokkene – hoeft dit stuk niet meer aan de tegenspraak te worden onderworpen (1052).

In het Voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht wordt als beginsel geponeerd dat het bestuur aan de belanghebbende toegang moet verlenen tot de gegevens waarop het zijn beoordeling kan gronden (1053).

IX. Schriftelijk of mondeling verweer

360. De “hoorplicht” is een wat *misleidende* afkorting van het beginsel van behoorlijk bestuur dat de bestuurde in bepaalde omstandigheden het recht heeft om nuttig voor zijn belangen op te komen. De term “hoorplicht” laat immers vermoeden dat de bestuurde daadwerkelijk mondeling moet worden gehoord, terwijl dit niet steeds het geval is.

Wanneer het recht om zijn standpunt naar voor te kunnen brengen van toepassing is moet de betrokkene minstens de gelegenheid krijgen zich schriftelijk te rechtvaardigen (1054), maar de bestuurde moet niet noodzakelijk mondeling worden gehoord (1055). Het “op nuttige wijze” naar voor brengen van zijn standpunt kan dus door een verhoor, maar ook op een andere manier (1056).

Bij een beslissing van een minister over de schorsing van een milieuvergunning, oordeelde de Raad van State dat er *in casu* – bij afwezigheid van een normatieve verplichting tot horen – wel de verplichting bestond om nuttig voor zijn belangen te kunnen opkomen, maar dat de bestuurde dit had kunnen doen via zijn beroepschrift en een brief (1057).

(1052) R.v.St., Hermans, nr. 142.587, 24 maart 2005.

(1053) Art. 4.2.3. Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht. Een uitzondering wordt voorzien voor stukken die ter bescherming van het privé-leven van derden geheim moeten worden gehouden.

(1054) R.v.St., Haeck, nr. 23.555, 14 juni 1983; R.v.st., Ferir, nr. 28.539, 30 september 1987; R.v.St., Geeraerts, nr. 28.986, 9 december 1987; R.v.St., F., nr. 31.712, 11 januari 1989, *T. Gem.* 1989, 311.

(1055) R.v.St., De Wilde, nr. 26.181, 18 februari 1986; R.v.St., gemeente Wingene, nr. 39.922, 29 juni 1992; R.v.St., Boone, nr. 132.280, 10 juni 2004.

(1056) R.v.St., Martens, nr. 67.691, 8 augustus 1997.

(1057) R.v.St., N.V. Nooyen Bree, nr. 89.102, 26 juli 2000.

In het Voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht is het de belanghebbende zelf die kiest of hij zijn zienswijze schriftelijk of mondeling naar voor brengt (1058).

X. Voorwerp van het verhoor

361. De bestuurde moet worden gehoord over de feiten die hem worden verweten én over de maatregel die de overheid van plan is te nemen (1059).

De betrokkene moet echter alleen zijn standpunt kunnen toelichten over feiten die voor betwisting vatbaar zijn (1060). Indien de feiten absoluut vaststaan, kan een verhoor hier niets aan toevoegen en zal de betrokkene bijgevolg enkel moeten worden gehoord over de maatregel die de overheid van plan is te nemen.

XI. Bevoegde instantie voor het verhoor

362. Het is *niet* vereist dat de bestuurde persoonlijk wordt gehoord door de persoon of het orgaan dat de beslissing neemt (1061); het volstaat dat hij zich met kennis van zaken schriftelijk kan uiten en dat het beslissend orgaan op het ogenblik van de beslissing kennis kan nemen van het standpunt van de bestuurde (1062), bijvoorbeeld door inzage van het proces-verbaal van verhoor.

Dit neemt niet weg dat wanneer het een collegiaal orgaan is dat een beslissing moet nemen, dit orgaan best zelf de belanghebbende hoort, ook al kan één van haar leden worden aangewezen om de betrokkene te horen om nadien daarover bij het voltallige orgaan verslag uit te brengen (1063).

(1058) Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht, *l.c.*, art. 4.2.5.

(1059) R.v.St., Pardonge, nr. 50.005, 28 oktober 1994; R.v.St. Ghevaert, nr. 53.395, 19 mei 1995, *T. Gem.* 1996, 18; R.v.St., Elbouhmid, nr. 77.709, 17 december 1998; R.v.St., Schotte, nr. 124.404, 20 oktober 2003.

(1060) R.v.St., Beernaert, nr. 128.184, 16 februari 2004.

(1061) R.v.St., Reyniers, nr. 39.156, 3 april 1992; R.v.St., George, nr. 59.860, 4 juni 1996; R.v.St., D'Haese, nr. 86.128, 21 maart 2000; R.v.St., Sengel, nr. 135.661, 4 oktober 2004.

(1062) R.v.St., Vermeulen, nr. 80.275, 18 mei 1999.

(1063) Zie R.v.St., Feremans, nr. 19.984, 18 december 1979.

XII. Getuigenverhoor

363. In het licht van de zorgvuldigheidsplicht bij de feitenvinding kan de overheid verplicht zijn een getuigenverhoor te organiseren om een zorgvuldig oordeel te kunnen vellen over het al dan niet bestaan van de feiten en/of hun kwalificatie (1064). Zo kan, bij de ontkenning van de feiten door de betrokkene, de overheid zich niet uitsluitend steunen op de klacht van één persoon of op een versie afkomstig van een getuige uit de tweede hand, maar moet zij overgaan tot een onderzoeksmaatregel, zoals het horen van rechtstreekse getuigen (1065).

XIII. Proces-verbaal van verhoor

364. Indien de bestuurde mondeling wordt gehoord is het aangewezen – ter voorkoming van betwistingen achteraf (1066) – dat hiervan een proces-verbaal wordt opgemaakt en dat dit ter goedkeuring aan de bestuurde wordt voorgelegd. Naar dat proces-verbaal kan dan worden verwezen in de motivering van de uiteindelijke beslissing. In het Voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht is de verplichting opgenomen om een verslag te maken van de hoorzitting bij een bezwaar of beroep (1067).

Indien de betrokkene schriftelijk zijn standpunt naar voor heeft gebracht kan men in de uiteindelijke beslissing verwijzen naar het stuk of de stukken waarin dit gebeurde.

XIV. Taalgebruik in overeenstemming met de Bestuurstaalwet

365. Uiteraard zal de procedure moeten verlopen in overeenstemming met de Bestuurstaalwet, wat voor centrale diensten onder meer impliceert dat de zaak moet worden afgedaan in de taal die de bestuurde heeft gebruikt zonder een beroep te doen op een vertaler (1068).

(1064) Zie I. OPDEBEEK, “Het recht van ...”, 77, nr. 38 en de aldaar aangehaalde rechtspraak die weliswaar betrekking heeft op *tuchtzaken* maar die evenzeer geldt voor andere bestuurszaken, daar het zorgvuldigheidsbeginsel een algemene draagwijdte heeft.

(1065) R.v.St., Van Der Flaes, nr. 24.725, 9 oktober 1984; R.v.St., Viroux, nr. 31.671, 23 december 1988.

(1066) R.v.St., Elst, nr. 33.134, 5 oktober 1989.

(1067) Art. 7.3.14. Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht.

(1068) R.v.St., Lambrechts, nr. 35.060, 7 juni 1990.

§ 6. *Gevolgen van de hoorplicht*

I. **Gevolgen voor de overheid**

A. *Gevolgen voor de beslissingsbevoegdheid*

366. De overheid is wel verplicht de betrokkene te horen, maar zij behoudt haar eenzijdige beslissingsbevoegdheid. Zij moet geenszins de “instemming” of het “akkoord” van de betrokkene bekomen. De hoorplicht heeft dus geen rechtstreekse impact op de beslissingsbevoegdheid.

Anderzijds werd er reeds eerder op gewezen dat de hoorplicht haar grondslag ook vindt in de zorgvuldigheidsplicht, in die zin dat de overheid zich zorgvuldig moet informeren alvorens zij met kennis van zaken een beslissing kan nemen. In die zin is er dus uiteraard wel een onrechtstreekse impact op de beslissingsbevoegdheid. Bovendien heeft de hoorplicht gevolgen op het vlak van de motivering.

B. *Gevolgen voor de formele motivering van de beslissing*

367. Besturen zijn verplicht hun beslissingen met individuele draagwijdte formeel te motiveren. Dit wil zeggen dat de motieven in de beslissing zelf moeten worden vermeld en deze motivering moet bovendien afdoende zijn (1069).

Deze verplichting heeft echter niet dezelfde draagwijdte als de verplichting tot motivering in hoofde van een rechter. Terwijl een rechter in beginsel verplicht is ritueel te antwoorden op elk middel dat een rechtzoekende opwerpt is dit niet het geval voor de overheid (1070).

De overheid moet het verweer echter wel in de motivering betrekken. In de formele motivering moet allereerst worden gewezen op het feit dat de betrokkene werd gehoord – het louter feitelijk gegeven – en vervolgens moet, indien de overheid het standpunt van de betrokkene niet volgt – dat verweer in de besluitvorming worden betrokken (1071). De overheid moet

(1069) Artt. 2 en 3 Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

(1070) R.v.St., N.V. Wings, nr. 118.426, 16 april 2003.

(1071) R.v.St., Hermans, nr. 142.587, 24 maart 2005.

m.a.w. uitleggen waarom zij de argumenten van betrokkene niet bijtreedt zonder dat zij *in extenso* op elk argument hoeft in te gaan (1072).

Indien de overheid zich beroept op één van de uitzonderingsgronden om de bestuurd niet te horen, moet dit eveneens worden vermeld en gemotiveerd in de beslissing zelf (1073).

II. Gevolgen voor de bestuurd

A. Gevolgen van het vrijwillig verzoeken aan het recht om gehoord te worden

368. Een burger die correct werd uitgenodigd om zijn standpunt naar voor te brengen, maar zelf met kennis van zaken heeft verzoeken aan dit recht kan uiteraard nadien het bestuur niet verwijten dat hij niet werd gehoord (1074). De overheid is alleen maar verplicht de betrokkene de *mogelijkheid* te geven om gehoord te worden, maar behoudt haar eenzijdige beslissingsmacht indien de betrokkene niet gehoord wil worden.

B. Beginselen van behoorlijk burgerschap

369. In zijn relatie tot het bestuur is de burger gehouden door de beginselen van behoorlijk *burgerschap*. Dit impliceert onder meer dat de miskennis van de hoorplicht tijdig moet worden ingeroepen, nl. voor het bestuur zelf. Zo niet verliest de rechtzoekende de mogelijkheid de miskennis ervan later op te werpen voor de Raad van State (1075).

Een bestuurd die weigert gevolg te geven aan een oproeping om gehoord te worden kan zich uiteraard niet beroepen op een schending van de hoorplicht (1076). Ook het eventuele talmen van de bestuurd bij het formuleren van zijn standpunt zou er uiteraard kunnen toe leiden dat het bestuur

(1072) R.v.St., Leroy, nr. 142.215, 16 maart 2005; R.v.St., Lejeune, nr. 142.216, 16 maart 2005.

(1073) Aldus art. 7.3.13. Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht.

(1074) R.v.St., Fontaine, nr. 46.460, 7 maart 1994.

(1075) R.v.St., B.V.B.A. T., nr. 46.975, 21 april 1994; R.v.St., Aftapolie Maes-Eelen, nr. 64.637, 20 februari 1997; R.v.St., S., nr. 67.631, 5 augustus 1997.

(1076) R.v.St., Verheven, nr. 124.642, 24 oktober 2003.

geen schending van de hoorplicht kan worden aangewreven (1077), op voorwaarde uiteraard dat aan de bestuurde een redelijke termijn werd verleend om zijn verweer te formuleren.

§ 7. Sancties bij schending van de hoorplicht

370. De schending van een beginsel van behoorlijk bestuur, kan, net zoals de schending van een norm, aanleiding geven tot een schorsing of nietigverklaring door de toezichthoudende overheid of de Raad van State, een buiten toepassing verklaring door de burgerlijke rechter op grond van art. 159 van de Grondwet of een aansprakelijkheidsvordering voor de burgerlijke rechter, indien de miskennis van de hoorplicht schade heeft veroorzaakt.

Het is constante rechtspraak dat de hoorplicht een substantiële vormvereiste is. De schending van de hoorplicht heeft dan ook al geleid tot talloze schorsings- en vernietigingsarresten van de Raad van State. In bepaalde gevallen kan het annulatieberoep zelfs *kennelijk* gegrond zijn, met als gevolg dat een “snelrechtprocedure” kan worden toegepast die op een korte termijn leidt tot de vernietiging, zodat een eventueel ingediende vordering tot schorsing geen voorwerp meer heeft (1078).

Een waarschuwing is hier echter op zijn plaats. De vernietiging kan immers mogelijk slechts een pyrrusoverwinning opleveren: na het vernietigingsarrest kan het bestuur immers de zaak hernemen, de betrokkene wél horen, en vervolgens mogelijk *inhoudelijk exact dezelfde beslissing nemen als degene die werd vernietigd*. Dit is eigen aan alle vernietigingsarresten wegens vormgebreken.

(1077) Zie R.v.St., Van Trappen, nr. 84.551, 6 januari 2000.

(1078) R.v.St., Deckers, nr. 47.579, 25 mei 1994 (ambtshalve ontslag wegens beroepsongeschiktheid); R.v.St., Vanhalst, nr. 65.712, 28 maart 1997 (op non-activiteitstelling zonder wedde); R.v.St., Hahaut, nr. 110.673, 25 september 2002; R.v.St., Beernaert, nr. 128.184, 16 februari 2004 (niet-verlenging tijdelijke aanstelling); R.v.St., Chassard, nr. 134.963, 15 september 2004 (preventieve schorsing); R.v.St., Renard, nr. 134.964, 15 september 2004 (preventieve schorsing).

§ 8. *Conclusies*

371. Het beginsel van behoorlijk bestuur van de hoorplicht is reeds jaren een vaste waarde in het Belgische bestuursrecht. Het impliceert dat tegen niemand een ernstige maatregel kan worden genomen die gebaseerd is op een gegeven dat hem als een tekortkoming wordt aangerekend zonder dat de betrokkene vooraf de mogelijkheid werd geboden om nuttig voor zijn standpunt op te komen.

372. De hoorplicht mag er echter niet toe leiden dat de courante gezagsuitoefening onmogelijk wordt of dat er moet worden gehoord wanneer de betrokkene niets meer kan inbrengen tegen de voorgenomen maatregel, hetzij omdat de feiten vaststaan en de overheid verplicht is een welbepaald gevolg hieraan te koppelen, hetzij omdat de bestuurde reeds eerder over dezelfde aangelegenheid werd gehoord.

373. Het feit dat het horen “nuttig” moet zijn impliceert vooral – maar niet uitsluitend – dat de betrokkene vooraf een afdoende kennis moet hebben van de feiten en de maatregel die de overheid van plan is te nemen. Alleen op die manier kan de bestuurde zich met kennis van zaken verdedigen. Deze, en de andere waarborgen die moeten worden vervuld, brengen mee dat het onderscheid tussen de hoorplicht en de rechten van de verdediging zoals die gelden in straf- en tuchtzaken, vervaagt en soms zelfs verdwijnt.

374. Schending van de hoorplicht leidt, net zoals de schending van een geschreven norm, tot sancties zoals de schorsing of vernietiging door de toezichthoudende overheid of de Raad van State. Uit het grote aantal schorsings- en vernietigingsarresten kan men alleen maar afleiden dat de hoorplicht in de praktijk nog vaak onbekend is bij de besturen, in die zin dat men geen oog heeft voor het feit dat de hoorplicht moet worden nageleefd, of, indien men weet dat er moet worden gehoord, dit niet volgens de juiste modaliteiten gebeurt.

375. Ondanks het feit dat de rechtspraak in dit verband reeds jaren quasi gelijkkluidend is, is het opmerkelijk dat heel wat besturen zich blijkbaar niet bewust zijn van de verplichting tot het horen en dan vervolgens worden geconfronteerd met een vernietigingsarrest. Dit duidt op een slechte kennis van de rechtspraak van de Raad van State die vermoedelijk alleen kan worden verholpen door de opname van dit beginsel in een Algemene Wet of Decreet Bestuursrecht.

In het belang van de rechtszekerheid is het dan ook aan te bevelen het toepassingsgebied van de hoorplicht, de uitzonderingen erop en de modaliteiten ervan te codificeren, zij het dat een open en evolutief karakter van de rechtsvinding dan wel het uitgangspunt moet zijn. Naar aanleiding van deze codificatie zou het toepassingsgebied van de hoorplicht dan meteen moeten worden uitgebreid tot alle voor de bestuurde negatieve beslissingen, ongeacht of de beslissing al dan niet gebaseerd is op een tekortkoming van de bestuurde.

376. Ten slotte weze er nogmaals aan herinnerd dat, hoe vaak hier ook werd gewezen op de plichten van het bestuur, dit niet wegneemt dat ook de burger zich in zijn relatie tot de overheid behoorlijk moet gedragen, ook op het vlak van de hoorplicht.

HOOFDSTUK 6. HET ONPARTIJDIGHEIDSBEGINSEL

Ann Coolsaet
Advocaat

§ 1. Inleiding

I. Begrip

377. De begrippen *onafhankelijk* en *onpartijdig* zijn nauw verwant, doch dekken niet dezelfde lading. *Onafhankelijk* betekent “1. van niemand afhankelijk, aan niemand ondergeschikt of onderworpen, in doen en laten door niemand beperkt, vrij, zelfstandig; 2. niet in iemands macht of te zijner beschikking staande; 3. niet door iets bepaald of geregeld worden-de”. *Onpartijdig* kan men omschrijven als “onvooringenomen, niet door persoonlijke belangen, voorkeur of genegenheid zich bij zijn oordeel laten leidende” (1079). Hieronder zal worden onderzocht of en in welke mate de onafhankelijkheidseis en de onpartijdigheidseis van toepassing zijn op de rechtscolleges van de rechterlijke macht, de administratieve rechtscolleges en vooral, op het bestuur (1080).

Onpartijdigheid veronderstelt onafhankelijkheid, doch onafhankelijkheid is geen sluitende waarborg voor onpartijdigheid. Wie afhankelijk is van een bepaalde partij in een geschil, een bepaalde overtuiging, zal vaak partijdig zijn of lijken. De onafhankelijkheid sluit echter niet uit dat men zich door persoonlijke voorkeuren of belangen zal laten leiden. Daar waar de onafhankelijkheidseis eerder een *inrichtingseis* is met betrekking tot de organisatie, de uitwendige tekenen van hoe een ambt functioneert, het statuut van dat ambt, enz., slaat de onpartijdigheidseis *ook* op de (subjectieve) *houding en ingesteldheid* van degene die een beslissing neemt (1081).

(1079) Van Dale, *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*.

(1080) Zie de titels B en C.

(1081) C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, nrs. 512 en 632.

Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter betekenen in wezen dat de beslechting van geschillen over het bestaan en de inhoud van rechtsbetrekkingen moeten toekomen aan overheidsorganen die noch juridisch, noch feitelijk enig belang hebben bij het bepalen ervan (1082).

II. Rechtsbronnen

A. Rechtscolleges

378. De onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter is een fundamentele eis van de rechterlijke organisatie, die wordt beschouwd als een *algemeen rechtsbeginsel* dat op *alle rechtscolleges* van toepassing is (1083). Hoewel het onafhankelijkheidsbeginsel en het onpartijdigheidsbeginsel hier worden besproken als algemene rechtsbeginselen en vooral als beginselen van behoorlijk bestuur, betekent dit niet dat zij geen weerslag kunnen vinden in een norm van positief recht. Deze positiefrechtelijke norm is echter niet steeds van toepassing op het bestuur.

Zo waarborgt art. 6.1. van het E.V.R.M. zowel de onafhankelijkheid als de onpartijdigheid van de rechter: “*Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld. (...)*” (1084). Deze rechtsnorm – die rechtstreekse werking heeft – geldt echter enkel in geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen of bij strafrechtelijke vervolging. Er bestaat eensgezindheid in de rechtspraak en de rechtsleer over het feit dat art. 6.1. E.V.R.M. *niet* van toe-

(1082) K. LOONTJENS, “Het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter: stand van zaken”, *T.B.P.* 1996, nr. 2.

(1083) C. BERX, *o.c.*, nr. 632; J. DUJARDIN, “Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettigheid door het Hof van Cassatie” (rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 2000), *R.W.* 2000-01, 796; K. LEUS, “De plicht tot onpartijdigheid als beginsel van behoorlijk bestuur”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1993, nr. 4; K. LOONTJENS, *l.c.*, nr. 1; P. VANSANT, “Nemo iudex in causa sua of het onpartijdigheidsbeginsel”, in B. HUBEAU en P. POPELIER (ed.), *Behoorlijk ruimtelijk ordenen – Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de ruimtelijke ordening en de stedenbouw*, Brugge, die Keure, 2002, nr. 1. (1084) Art. 14 lid 1 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten bevat een gelijkaardige bepaling.

passing is op de niet-jurisdictionele procedure voor de organen van het actief bestuur (1085). Tuchtprocedures tegen ambtenaren vallen bv. niet onder de toepassing van art. 6.1. E.V.R.M. omdat hun rechten en verplichtingen van publiekrechtelijke aard zijn (1086). De vraag of beslissingen van het bestuur al dan niet onder het toepassingsgebied van art. 6.1. E.V.R.M. vallen wordt door de Raad van State doorgaans uit de weg gegaan, waarbij hij erop wijst dat niet elke beslissing over een geschil in de zin van art. 6.1. E.V.R.M. aan alle vereisten van deze bepaling moet beantwoorden, op voorwaarde dat achteraf een beroep openstaat bij een rechterlijke instantie met volle rechtsmacht die wél voldoet aan alle vereisten van art. 6.1. E.V.R.M. (1087) (1088).

Het onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsbeginsel krijgen bovendien gestalte in Belgische grondwettelijke en wettelijke normen, zoals bv. de artikelen 151, 152, 154 en 155 van de Grondwet wat de rechterlijke macht betreft en de artikelen 70 § 4, 103 en 107 e.v. van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State wat de Raad van State betreft (1089).

B. Besturen

1. Onpartijdigheid opgelegd door een rechtsnorm

379. De toepasselijkheid van het onpartijdigheidsbeginsel op de (administratieve) *rechter* wordt niet in vraag gesteld. Een belangrijke vraag is echter of het onpartijdigheidsbeginsel ook van toepassing is op *besturen*. In

(1085) Constante rechtspraak, zie bv. Cass. 2 oktober 1980, *Pas.* 1980, I, 78; Cass. 14 mei 1987, *Pas.* 1987, I, 538; R.v.St., Hennico, nr. 52.601, 29 maart 1995; R.v.St., Smeets, nr. 54.023, 26 juni 1995; R.v.St., Barviau, nr. 67.601, 25 juli 1997; R.v.St., Philippe, nr. 67.602, 25 juli 1997; R.v.St., Hourman-Doyen, nr. 78.374, 27 januari 1999; R.v.St., Lejeune, nr. 86.566, 4 april 2000; J. DUJARDIN, *l.c.*, 795; K. LEUS, *l.c.*, nr. 7; B. LOMBAERT, “Le rapport disciplinaire du secrétaire communal ou du C.P.A.S.: pour quels agents, quelle portée en quel contenu?”, *Rev. dr. commun.* 2005, 8; P. VANSANT, *l.c.*, nr. 7; L. VERMEIRE, “De oud-politicus als onpartijdige rechter in het Arbitragehof?”, (noot onder Arbitragehof 29 januari 1987), *R.W.* 1986-87, 2450.

(1086) Cass. 2 oktober 1980, *Pas.* 1980, I, 78; Cass. 14 mei 1987, *Pas.* 1987, I, 538.

(1087) Constante rechtspraak, zie bv. R.v.St., Van der Cammen, nr. 66.119, 30 april 1997; R.v.St., Van Trappen, nr. 85.022, 1 februari 2000; R.v.St., Coghe en Denecker, nr. 100.331, 25 oktober 2001; R.v.St., Aerts, nr. 103.495, 12 februari 2002; C. BERX, *o.c.*, nr. 603; I. OPDEBEEK, *Tuchtrecht in de lokale besturen*, Brugge, die Keure, 1992, nr. 74.

(1088) Het Arbitragehof bevestigde vrij recent nog dat de Raad van State beantwoordt aan de vereisten van art 6.1. E.V.R.M.: Arbitragehof nr. 141/2003, 29 oktober 2003.

(1089) Zie C. BERX, *o.c.*, nr. 569 e.v.

België bestaat er geen Algemene Wet Bestuursrecht, die besturen bij wijze van algemene regel verplicht tot onpartijdigheid bij hun besluitvorming (1090). Bijgevolg zal het bestuur steeds moeten nagaan of er een *specifieke norm* bestaat die de onpartijdigheidsplicht oplegt. In een aantal gevallen is dit wel degelijk het geval. Hierna volgen enkele voorbeelden van een dergelijke normatieve toepassing van het onpartijdigheidsbeginsel.

Art. 92, 1° N.Gem.W. bepaalt dat het elk gemeenteraadslid en de burgemeester verboden is tegenwoordig te zijn bij een beraadslaging of besluit over zaken waarbij hij een rechtstreeks belang heeft, hetzij persoonlijk, hetzij als gelastigde, voor of na zijn verkiezing, of waarbij zijn bloed- of aanverwanten tot en met de vierde graad een persoonlijk en rechtstreeks belang hebben. Inzake voordrachten van kandidaten, benoemingen tot bedieningen, en tuchtvervolgingen geldt dit verbod slechts ten aanzien van bloed- of aanverwanten tot en met de tweede graad (1091). Art. 63, 1° Prov.W. en art. 37, 1° O.C.M.W.-Wet bevatten een gelijkaardige bepaling voor de leden van de provincieraad en de raad voor maatschappelijk welzijn. Volgens de Raad van State zijn deze bepalingen overigens de uitdrukking van een algemeen beginsel van provinciaal en gemeentelijk beleid (1092).

Art. 3 *in fine* van het Besluit van de Vlaamse Regering van 19 mei 2000 tot vaststelling van de voorwaarden waaraan personen moeten voldoen om als ambtenaar van ruimtelijke ordening te kunnen worden aangesteld, voorziet in een principiële onverenigbaarheid van de functies van gewestelijke planologische ambtenaar, gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar en gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur, behoudens in hoofde van de Directeur-generaal van AROHM. Alzo wordt het risico op een schending van de structurele onpartijdigheidseis verkleind; de belangen en noodwendigheden van plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid zijn immers niet steeds met elkaar te verzoenen (1093).

(1090) Er bestaat wel een wetsvoorstel: Voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 0496/001.

(1091) Zie voor een recente toepassing bv. R.v.St., Motte en Claessens, nr. 129.888, 30 maart 2004.

(1092) R.v.St., Burllet en Dereppe, nr. 17.435, 11 februari 1976. Zie W. SOMERS, *Gemeenteraad – Samenstelling en werking*, in de reeks *Recht in de gemeente*, Brugge, die Keure, 2002, nrs. 216-231; D. VAN HEUVEN en F. VAN VOLSEM, “De kiesheidsregels voor gemeentemantatarissen”, *T. Gem.* 1991, 139-170.

(1093) P. VANSANT, *l.c.*, nr. 37. Zie voor een voorbeeld *infra*, nr. 402.

Een andere normatieve toepassing van het onpartijdigheidsbeginsel inzake ruimtelijke ordening vinden we in het Besluit van de Vlaamse Regering van 28 april 2000 betreffende de administratieve geldboete voor het overtreeden van een bekrachtigd stakingsbevel. De twee determinerende beslissingen, met name de beslissing tot het *opleggen* van een administratieve geldboete en de beslissing tot *kwijtschelding, vermindering of uitstel*, worden toevertrouwd aan onderscheiden organen, respectievelijk de rekenplichtige van het Grondfonds en de gewestelijk stedenbouwkundige inspecteur (artt. 3 en 4). Verder bepaalt art. 4 van dit besluit dat de stedenbouwkundige inspecteur die kennis neemt van de verzoeken tot kwijtschelding, vermindering of uitstel niet de persoon mag zijn die het stakingsbevel heeft bekrachtigd (1094).

Het onpartijdigheidsbeginsel vinden we ook terug in het voorschrift dat het de leden van de beroepsinstantie inzake de openbaarheid van bestuur verboden is tegenwoordig te zijn bij een beraadslaging over zaken waarbij zij vóór of na hun benoeming, hetzij persoonlijk, hetzij als gelastigde, rechtstreeks belang hebben of waarbij hun bloed- of aanverwanten tot en met de vierde graad rechtstreeks een persoonlijk belang hebben. Het is hen eveneens verboden aanwezig te zijn bij een beraadslaging over zaken wanneer zij rechtstreeks betrokken zijn geweest bij het nemen van de beslissing waartegen het beroep gericht is (1095).

Inzake onderwijsaangelegenheden waarborgt art. 2.8. van het Decreet van 19 maart 2004 betreffende de rechtspositieregeling van de student dat de student zonder vooringenomenheid moet worden behandeld. Daarenboven moet het bestuur voorkomen dat personen die een persoonlijk belang hebben bij een beslissing inzake een bepaalde student de beslissing beïnvloeden.

2. Onpartijdigheid als beginsel van behoorlijk bestuur

380. Wanneer er geen specifieke norm is die het bestuur verplicht tot onpartijdigheid, rijst de vraag of het onpartijdigheidsbeginsel *als beginsel van behoorlijk bestuur* kan worden ingeroepen. SÜETENS is reeds in 1970 de mening toegedaan dat dit – zij het onder een andere noemer – het geval is,

(1094) P. VANSANT, *l.c.*, nr. 51-55.

(1095) Art. 3 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 4 juni 2004 tot oprichting van de beroepsinstantie inzake de openbaarheid van bestuur, *B.S.* 1 juli 2004.

hoewel hij de door hem besproken rechtspraak van de Raad van State als “aanzelend en zelfs wisselvallig” omschrijft. Hij meent dat de Raad van State te veel de nadruk legt op het feit dat de directieraden en de bevorderingscomités die in de arresten ter sprake kwamen organen van het actief bestuur zijn “*en juist daarom aan de toepassing van het beginsel ‘nemo iudex in causa sua’ in zijn volle omvang ontsnappen*”. Hij vervolgt evenwel dat het een vereiste van behoorlijk bestuur is dat het beginsel van fair play, dat op het jurisdictionele vlak uitdrukking vindt in de norm “*nemo iudex in causa sua*”, ook toepassing zou vinden op het vlak van de administratieve procedure (1096).

De meerderheid (1097) van de actuele rechtsleer is geneigd om het onpartijdigheidsbeginsel als *algemeen rechtsbeginsel* in principe ook van toepassing te achten op de beslissingen van de organen van het actief bestuur, zij het onder bepaalde voorwaarden (1098).

381. De rechtspraak van de Raad van State was aanvankelijk – om de woorden van SUTENS te gebruiken – “veeleer aanzelend en zelfs wisselvallig” en weinig veeleisend (1099). Zo oordeelde de Raad van State in 1966 – na in een aantal gevallen een schending van het onpartijdigheidsbeginsel na een onderzoek *in concreto* te hebben afgewezen (1100) – principieel “*dat bewust rechtsbeginsel (1101) toepassing vindt op alle rechtscolleges doch niet, behoudens uitdrukkelijke bepaling, op een orgaan van het actief bestuur, dat, zoals de directieraad, bij wijze van voorstel, benevens zijn andere bevoegdheden ook een bevoegdheid op tuchtgebied uitoefent*” (1102). In dit geval werd een voorstel van tuchtstraf geformuleerd door de directie-

(1096) L.P. SUTENS, “Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht”, *T.B.P.* 1970, nr. 22.

(1097) C. BERTS is veel genuanceerder en stelt voor om te spreken van *objectiviteit of niet-vooringenomenheid* in plaats van onpartijdigheid; zie *o.c.*, o.m. nrs. 649, 655 en 666.

(1098) J. DE STAERCCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap – Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, nr. 99; K. LEUS, *l.c.*, nr. 33-34; B. LOMBAERT, *l.c.*, 8; W. MAHIEU e.a., *De Politie – Het Tuchtstatuut*, Brugge, Vanden Broele, 2003, losbl., 161; I. OPDEBEEK, “Het onpartijdigheidsbeginsel in tuchtzaken”, (noot onder R.v.St., nr. 53.652, 12 juni 1995), *T. Gem.* 1996, 97; I. OPDEBEEK, *o.c.*, nr. 271; A. ROEF, “Het milieuvergunningendecreet, Vlarem I en de procedurele beginselen van behoorlijk bestuur: variaties op eenzelfde thema?”, *R.W.* 1994-95, 280; A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, Gent, Mys en Breesch, 1997, nr. 59; P. VANSANT, *l.c.*, nr. 11; L. VERMEIRE, *l.c.*, 2450.

(1099) Zie L.P. SUTENS, *l.c.*, nrs. 21-22 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

(1100) R. VAN HAECCKE, “Onpartijdigheid en objectiviteit van adviserende organen in tuchtzaken”, *T.B.P.* 1969, 54.

(1101) D.i. *nemo iudex in causa sua* (eigen toevoeging).

(1102) R.v.St., Mertens, nr. 11.633, 8 februari 1966.

raad waarin drie topambtenaren zetelden die tegen de betrokkene een strafklacht hadden neergelegd wegens lasterlijke aantijgingen. In een arrest van enkele dagen later heeft de Raad van State dan weer wél een schending aangenomen van het onpartijdigheidsbeginsel in hoofde van een louter adviserend bestuursorgaan (1103). De leer van het geciteerde arrest Mertens werd in ieder geval scherp veroordeeld door de rechtsleer (1104). De daarop volgende jaren bleken echter niet meteen de grote kentering teweeg te brengen (1105).

De rechtspraak van de Raad van State is sindsdien geëvolueerd in de richting van een ruimere toepassing van het onpartijdigheidsbeginsel op het bestuur, zij het met vallen en opstaan, en mits de omschrijving van heel wat randvoorwaarden (1106). In het arrest Thys oordeelde de Raad van State dat het onpartijdigheidsbeginsel ook in administratieve zaken moet worden toegepast, in zoverre zulks verenigbaar is met de eigen aard, inzonderheid met de structuur van het actief bestuur (1107). In het arrest Micha oordeelde de Raad van State uitdrukkelijk dat wie het voorwerp uitmaakt van een beslissing van een collectief overheidsorgaan, *zelfs buiten iedere wets- of verorderingsbepaling om*, de onafhankelijkheid of de onpartijdigheid van de leden van dat orgaan in vraag kan stellen, daar een algemeen kiesheids- en objectiviteitsbeginsel hen oplegt geen deel te nemen aan beraadslagingen en besluiten, in zulke omstandigheden dat deze hun optreden verdacht kunnen maken. Hiertoe moeten precieze, wettig vastgestelde feiten worden aangevoerd; daarnaast moet uit de omstandigheden kunnen worden afgeleid dat de partijdigheid van één of meer leden het college in zijn geheel heeft kunnen beïnvloeden (1108). Ook wanneer geen enkele regelgeving hierin voorziet, moet het bestuur bijgevolg het onpartijdigheidsbeginsel eerbiedigen (1109).

382. De vraag of men een positiefrechtelijke norm kan inroepen, dan wel “slechts” een beginsel van behoorlijk bestuur is niet zonder belang. De beginselen van behoorlijk bestuur nemen immers een lagere plaats in in de

(1103) R.v.St., Baekeroodt, nr. 11648, 16 februari 1966.

(1104) L.P. SUTENS, *l.c.*, nr. 22; R. VAN HAECKE, *l.c.*, 53-55.

(1105) Zie W. VAN NOTEN, “De onpartijdigheid van de administratie”, (noot onder R.v.St., nr. 20.045, 15 januari 1980), *R.W.* 1979-80, 2583-2585.

(1106) K. LEUS, *l.c.*, nr. 9; I. OPDEBEEK, *l.c.*, 97; *infra*, nr. 395 e.v.

(1107) R.v.St., Thys, nr. 26.116, 28 januari 1986.

(1108) R.v.St., Micha, nr. 27.580, 25 februari 1987, *Adm. Publ.* 1987, 40; K. LEUS, *l.c.*, nr. 28.

(1109) J. DE STAERCKE, *o.c.*, nr. 99; K. LEUS, *l.c.*, nrs. 20-21 en 33; A. ROEF, *l.c.*, nr. 16; A. VAN MENSEL, *o.c.*, nr. 59.

hiërarchie der normen, dan de hierboven vermelde rechtsnormen (1110). De afdwingbaarheid van het onafhankelijkheids- en het onpartijdigheidsbeginsel is hiervan soms afhankelijk (1111).

§ 2. *Onafhankelijkheidsbeginsel*

383. Het staat buiten kijf dat het onafhankelijkheidsbeginsel van toepassing is op alle rechtscolleges behorende tot de rechterlijke macht (I). In dit hoofdstuk wordt verder de toepassing van het onafhankelijkheidsbeginsel op administratieve rechtscolleges onderzocht (II), alsook op beslissingen van het bestuur (III).

I. **Rechtscolleges van de rechterlijke macht**

384. Ten aanzien van de rechtscolleges van de rechterlijke macht geldt de onafhankelijkheidseis ontegensprekelijk. Ze wordt terecht omschreven als een eis die voor enige andere eis ter sprake komt. Het is een inrichtingseis die slaat op de organisatie, de uitwendige tekenen van hoe het ambt functioneert, het statuut en de wijze van besluitvorming door de rechter (1112). De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht wordt gewaarborgd door de Belgische Grondwet: art. 151 § 1 van de Grondwet bepaalt dat de rechters onafhankelijk zijn in de uitoefening van hun rechtsprekende bevoegdheden; deze onafhankelijkheid wordt verder gestalte gegeven door de bepalingen van de Grondwet inzake de benoeming voor het leven (art. 152), de overplaatsing en het tuchttoezicht (art. 152), de vaststelling van de wedde (art. 154) en het verbod om een door de regering bezoldigd ambt te aanvaarden (art. 155). Daarnaast wordt de onafhankelijkheid van de rechter gewaarborgd door art. 6.1. E.V.R.M. De onafhankelijkheid van de rechter werd evenwel reeds langer door de rechtspraak erkend als een algemeen rechtsbeginsel dat van toepassing is op elk rechtsprekend orgaan, m.a.w. ook in de gevallen waarin art. 6.1. E.V.R.M. niet toepasselijk is (1113).

Het onafhankelijkheidsbeginsel betekent hier dat de rechter slechts onderworpen is aan het recht en zijn beslissing moet kunnen nemen op basis van

(1110) Zie A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2002, 16^e uitgave, nrs. 22 e.v.

(1111) Cf. *infra*, nr. 405.

(1112) C. BERTX, *o.c.*, nr. 512.

(1113) C. BERTX, *o.c.*, nr. 514; K. LOONTJENS, *l.c.*, nrs. 1-2.

zijn eigen, vrije oordeel over de feiten en de rechtsgronden, vrij van druk en invloed van buitenaf. De rechter mag geen instructies krijgen van een overheidsorgaan; noch mogen zijn beslissingen onderworpen zijn aan enig hiërarchisch of administratief toezicht. Zijn beslissing mag enkel kunnen worden gewijzigd door een andere onafhankelijke instantie (1114). Het doel van deze onafhankelijkheid is een zo groot mogelijke bescherming van de rechtsorde door een correcte toepassing van het recht, eerlijke en onpartijdige rechtspraak en een optimale vrijheids- en rechtsbescherming van de burger (1115).

In sommige gevallen is een zekere mate van afhankelijkheid of belangenvertegenwoordiging georganiseerd door de wet zelf. We denken bv. aan de rechtbank van koophandel en de arbeidsrechtbank waarin lekenrechters zetelen, voorgedragen door de representatieve organisaties van het sociaal-economische middenveld. Dit vormt geen probleem voor het onafhankelijkheidsbeginsel op voorwaarde dat het rechtscollege paritair is samengesteld en er een evenwicht is tussen de belangen die de verschillende rechters vertegenwoordigen (1116).

II. Administratieve rechtscolleges

385. Het onafhankelijkheidsbeginsel is niet enkel van toepassing op de rechtscolleges van de rechterlijke macht, maar ook op de administratieve rechtscolleges (1117). De bijzondere waarborgen waarin de Grondwet voorziet ten behoeve van de rechterlijke macht, gelden echter niet voor de administratieve rechtscolleges. Voor elk administratief rechtscollege moet in de toepasselijke wettelijke of reglementaire tekst worden nagegaan welke modaliteiten van de organisatie, het statuut, enz. de onafhankelijkheid waarborgen (1118). De mate waarin de onafhankelijkheid wordt gewaarborgd verschilt nogal sterk naargelang het rechtscollege.

De onafhankelijkheid van de leden van de afdeling administratie van de Raad van State is geregeld op een gelijkaardige manier als deze van de leden van de rechterlijke macht. Ook zij worden benoemd voor het leven,

(1114) K. LOONTJENS, *l.c.*, nr. 2-3.

(1115) Zie hierover uitvoerig C. BERX, *o.c.*, nr. 515-524; K. LOONTJENS, *l.c.*, nrs. 4-9.

(1116) C. BERX, *o.c.*, nr. 567-568; K. LOONTJENS, *l.c.*, nr. 33.

(1117) *Supra*, nr. 378.

(1118) C. BERX, *o.c.*, nr. 574.

hun wedde wordt bij wet geregeld, enz. (1119). Het grote verschil is dat hun statuut niet door de Grondwet, maar slechts bij wet is geregeld (1120). Andere rechtscolleges bestaan deels uit magistraten, deels uit ambtenaren van het actief bestuur (1121). Nochtans zou dit laatste geen reden zijn om hun onafhankelijkheid in het gedrang te brengen (1122).

386. Wél problematisch is het toekennen van rechtsprekende bevoegdheid aan een orgaan dat wegens zijn organieke positie en structuur niet te onderscheiden is van een orgaan van het actief bestuur. In een dergelijk geval wordt het onafhankelijkheidsbeginsel geschonden. Dit gold tot voor kort voor de directeur van de belastingen die een uitspraak deed over bepaalde fiscale geschillen (1123). Ook het toekennen van rechtsprekende bevoegdheid aan een politiek samengesteld orgaan dat tevens met beleidstaken belast is, staat op een gespannen voet met de vereiste onafhankelijkheid van de rechter. Zo treedt de bestendige deputatie van de provincieraad in bepaalde gevallen op als administratief rechtscollege (1124). Van enige personele onafhankelijkheid is hier geen sprake meer (1125). De onafhankelijkheid van sommige rechtscolleges van beroepscorporaties (1126), die (bijna) uitsluitend uit collega's en dus concurrenten bestaan, kan eveneens in vraag worden gesteld. Het gebrek aan onafhankelijkheid kan hier evenwel worden verholpen doordat er tegen de beslissingen van deze rechtscolleges doorgaans een beroep openstaat bij een rechtsinstantie die wél aan het onafhankelijkheidsbeginsel voldoet (1127).

III. Organen van het actief bestuur

387. Dat de *rechter* onafhankelijk moet zijn staat buiten kijf; dit wordt als vanzelfsprekend ervaren. Zoals hierboven vermeld, is de onafhankelijk-

(1119) Zie o.m. art. 70 § 4, art. 103 en de artt. 107 e.v. R.v.St.-Wet.

(1120) C. BERX, *o.c.*, nr. 577.

(1121) Zoals bv. de Commissie voor hulp aan slachtoffers van opzettelijke gewelddaden, de Raad voor de scheepvaart.

(1122) Zie C. BERX, *o.c.*, nr. 578.

(1123) Ingevolge de wet van 15 maart 1999 betreffende de beslechting van fiscale geschillen doet de directeur thans uitspraak als een administratieve overheid. Tegen zijn beslissingen staat een beroep open bij de rechtbank van eerste aanleg.

(1124) Voor een overzicht zie A. MAST en J. DUJARDIN, *o.c.*, nr. 489.

(1125) C. BERX, *o.c.*, nrs. 587-594 en 608-609.

(1126) Bv. de Raad van de Orde van Advocaten en de provinciale raad van de Orde van Geneesheren.

(1127) C. BERX, *o.c.*, nrs. 595-598.

heid van de rechter een inrichtingseis die voor alle andere eisen aan bod dient te komen (1128).

De onafhankelijkheid van het *bestuur*, de administratieve overheid als uitvoerende macht, is veel minder vanzelfsprekend. Hoewel sommige rechtsleer en rechtspraak aanvoeren dat ook bepaalde besturen onafhankelijk zijn (1129), wordt dit terecht bekritiseerd. Van een echte onafhankelijkheid van de uitvoerende macht zoals de onafhankelijkheid van de rechter, kan en mag er soms zelfs geen sprake zijn (1130). Dit is een logisch gevolg van de rechtsvorm die aan de Belgische rechtsstaat is gegeven, met name die van de parlementaire democratie. In een parlementaire democratie is de uitvoerende macht steeds verantwoording verschuldigd aan een uit en door het volk verkozen vertegenwoordiging en dit op alle bestuursniveaus. Voor elke beslissing van een overheidsorgaan van het actief bestuur is iemand aanwijsbaar die “politiek”, dit is ten aanzien van de gekozen volksvertegenwoordiging, verantwoordelijk is en ter verantwoording kan worden geroepen. Deze politieke verantwoordelijkheid impliceert dat men over de middelen en de macht moet beschikken om beslissingen van bestuursorganen van het actief bestuur te sturen en te beïnvloeden. Een administratie die volstrekt onafhankelijk van de politieke verantwoordelijke zou optreden is onverenigbaar met de politieke verantwoordelijkheid en dus niet te verantwoorden in een parlementaire democratie (1131).

388. De afhankelijkheid van de organen van het actief bestuur is vaak eenvoudig aan te tonen en soms zelfs wettelijk georganiseerd. Zo zijn de uitvoerende organen van de territoriaal gedecentraliseerde besturen politiek verantwoordelijk ten aanzien van – en dus afhankelijk van – de verkozen regelgevende organen. Daarenboven staan ze onder het bestuurlijk toezicht van de hogere overheid, waar er opnieuw een minister politiek verantwoordelijk is ten aanzien van een verkozen volksvertegenwoordiging voor de wijze waarop het bestuurlijk toezicht wordt uitgeoefend. Ook functioneel gedecentraliseerde diensten zijn aan dit administratief toezicht onderworpen. Leden van het overheidspersoneel van gedeconcentreerde diensten staan onder het hiërarchisch toezicht van de minister en zijn onderworpen aan diens instructies, gelet op zijn politieke verantwoordelijkheid (1132). Zelfs bestuursorganen van de uitvoerende macht die als tuchtcolle-

(1128) *Supra*, nr. 378.

(1129) Zie voor een overzicht C. BERX, *o.c.*, nr. 623.

(1130) C. BERX, *o.c.*, nrs. 624 e.v.; A. VAN MENSEL, *o.c.*, nrs. 61-62.

(1131) C. BERX, *o.c.*, nrs. 624-625.

(1132) C. BERX, *o.c.*, nrs. 626-629.

ges optreden, zijn niet structureel beschermd tegen mogelijke beïnvloeding door bv. hiërarchische en politieke instanties (1133).

Met C. BERX kunnen we besluiten dat er, in tegenstelling tot wat geldt voor de rechter, geen sprake kan en mag zijn van de onafhankelijkheid van de bewindslieden en de administratie (1134).

389. Dit betekent uiteraard niet dat de organen van het actief bestuur beslissingen nemen in volkomen willekeur. Tal van rechtsregels, technieken en beginselen van behoorlijk bestuur proberen de politieke “onafhankelijkheid” van de bestuurlijke besluitvorming te bevorderen. Zo zorgen geobjectiverde benoemingsprocedures voor de depolitisering van het openbaar ambt. Verder zijn alle individuele bestuurshandelingen onderworpen aan de formele motiveringsplicht (1135). Soms moeten bestuursbeslissingen worden voorafgegaan door het inwinnen van adviezen van deskundig geachte organen; afwijken van een dergelijk advies zal uitvoerig moeten worden gemotiveerd. De verplichting om over bepaalde materies geheim te stemmen in een collegiaal orgaan, biedt eveneens bescherming tegen beïnvloeding (1136). Daarnaast zijn er andere beginselen van behoorlijk bestuur zoals de materiële motiveringsplicht, de zorgvuldigheidsplicht, het redelijkheidsbeginsel en uiteraard de onpartijdigheidsplicht die in principe van toepassing is op de organen van het actief bestuur (1137).

In enkele bijzondere gevallen is de onafhankelijkheid uitdrukkelijk door de regelgeving voorzien. Zo bepaalt art. 26 van het Decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur dat de beroepsinstantie – die volledig uit ambtenaren bestaat – haar taak volledig onafhankelijk en neutraal uitoefent. Bij de behandeling van beroepen kan ze geen instructies ontvangen. Haar leden kunnen evenmin geëvalueerd of tuchtrechtelijk vervolgd worden op basis van de motieven die aan de beslissingen ten grondslag liggen in het kader van de taken die hun zijn toegewezen in het decreet. Het was de bedoeling ervoor te zorgen dat de beroepsinstantie volledig neutraal en onafhankelijk van de administratie en de politiek zou kunnen werken (1138).

(1133) A. VAN MENSEL, *o.c.*, nr. 61.

(1134) C. BERX, *o.c.*, nr. 630.

(1135) Wet van 29 juli 1991 op de formele motivering van bestuurshandelingen.

(1136) R.v.St., Pas, nr. 51.711, 21 februari 1995; C. BERX, *o.c.*, nr. 630; A. VAN MENSEL, *o.c.*, nr. 61.

(1137) Cf. *infra*, nrs. 394 e.v.

(1138) F. SCHRAM, *Een nieuw openbaarheidsdecreet voor Vlaanderen*, Brugge, Vanden Broele, 2004, nr. 307.

§ 3. *Onpartijdigheidsbeginsel*

390. Het onpartijdigheidsbeginsel is van oudsher van toepassing op de rechter. Het is vooral de rechtspraak over de toepassing van dit beginsel op de rechter die het onpartijdigheidsbeginsel inhoud en gestalte heeft gegeven. Vandaar dat eerst wordt stilgestaan bij de toepassing ervan op de rechtscolleges, zowel deze van de rechterlijke macht (I), als de administratieve rechtscolleges (II), vooraleer de vraag aan bod komt in hoeverre dit beginsel ook van toepassing is op het bestuur (III).

I. Rechtscolleges van de rechterlijke macht

391. De onpartijdigheid van de rechter is een fundamentele regel van de rechterlijke organisatie (1139). Bij gebrek aan onpartijdigheid is de rechterlijke beslissing nietig (1140).

Sinds 1982 huldigt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de regel dat het onpartijdigheidsvereiste moet worden bekeken vanuit een dubbel oogpunt. Enerzijds is er de *subjectieve* onpartijdigheid, waarbij de subjectieve ingesteldheid van de rechter wordt beoordeeld; anderzijds is er de *objectieve* onpartijdigheid, waarbij men nagaat of de rechter voldoende objectieve waarborgen biedt om elke gewettigde twijfel uit te sluiten (1141). Dit onderscheid wordt ook omschreven als het onderscheid tussen *persoonlijke* en *structurele* onpartijdigheid (1142).

De *subjectieve* onpartijdigheid wordt vermoed tot het bewijs van het tegendeel; men moet m.a.w. steeds *in concreto* aantonen dat de rechter vooringenomen was. De *objectieve* onpartijdigheid kan daarentegen worden aangetaast door de samenstelling van het rechtscollege, het statuut van de rechter of diens functies waardoor hij zich reeds eerder een oordeel heeft kunnen vormen over het geschil. In dit geval moet de rechtsonderhorige niet meer aantonen dat de rechter daadwerkelijk vooringenomen is. De *schijn van partijdigheid* volstaat hier, indien die schijn objectief gerechtvaardigd is. Dit wordt steevast omschreven met het citaat “*Justice must not only be*

(1139) *Supra*, nr. 378.

(1140) K. LOONTJENS, *l.c.*, nr. 35.

(1141) K. LOONTJENS, *l.c.*, nr. 11 en de aldaar geciteerde constante rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

(1142) K. LEUS, *l.c.*, nr. 4; A. ROEF, *l.c.*, 280; P. VANSANT, *l.c.*, nrs. 4-5.

done, but also be seen to be done". Onpartijdigheid vereist dus niet enkel dat de rechter geen enkel vooroordeel mag hebben ("*actual bias*"), maar tevens dat er geen objectief gerechtvaardigde schijn of twijfel terzake mag bestaan ("*likelihood of bias*") (1143).

De *subjectieve onpartijdigheid* komt in het gedrang wanneer de rechter door zijn persoonlijke, subjectieve houding of uitspraken of door zijn betrokkenheid bij het geschil of één van de partijen, gewettigde twijfel doet ontstaan bij zijn onpartijdigheid (1144).

De *objectieve onpartijdigheid* vereist dat geen elementen verbonden met het statuut van de rechter of met de functies die hij uitoefent een gewettigde twijfel zouden kunnen veroorzaken over zijn onpartijdigheid (1145). Het onderscheid met het onafhankelijkheidsbeginsel is niet steeds gemakkelijk te maken. Ze dienen trouwens hetzelfde doel: het vertrouwen waarborgen dat de rechtzoekende in de rechtstaat moet kunnen hebben (1146). De meest extreme vorm van partijdigheid is wanneer de rechter zijn eigen zaak beslecht, wat uiteraard uit den boze is en wordt uitgedrukt in het adagium "*nemo iudex in causa sua*" (1147). De schending van de objectieve onpartijdigheidseis komt vooral ter sprake bij de cumul van functies door éénzelfde persoon in éénzelfde zaak. Luidens de rechtspraak leidt dit enkel tot een schending van het objectieve onpartijdigheidsvereiste indien een rechter, door die cumul, verplicht wordt te beslissen over de juistheid van zijn eigen vroegere beslissing of zijn vroeger oordeel moet overdoen (1148).

Het onderscheid tussen subjectieve en objectieve onpartijdigheid is van belang daar de objectieve onpartijdigheidseis de openbare orde raakt, zodat een schending ervan voor het eerst voor het Hof van Cassatie kan worden opgeworpen, terwijl de subjectieve onpartijdigheidseis *niet* de openbare orde raakt, zodat een schending ervan *niet* voor het eerst in cassatie kan worden opgeworpen (1149).

(1143) C. BERX, *o.c.*, nrs. 635-636; K. LOONTJENS, *l.c.*, nrs. 11, 15 en 18; A. ROEF, *l.c.*, 280; P. VANSANT, *l.c.*, nrs. 1-2.

(1144) C. BERX, *o.c.*, nr. 637; K. LOONTJENS, *l.c.*, nrs. 13-17. Zie tevens de in deze bijdrage aangehaalde voorbeelden uit de rechtspraktijk.

(1145) K. LOONTJENS, *l.c.*, nr. 18.

(1146) C. BERX, *o.c.*, nr. 633.

(1147) K. LOONTJENS, *l.c.*, nr. 12. C. BERX beschouwt dit als een schending van het subjectieve onpartijdigheidsbeginsel (C. BERX, *o.c.*, nr. 638).

(1148) Zie K. LOONTJENS, *l.c.*, nr. 20-29 voor een uitvoerig overzicht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Cassatie.

(1149) K. LOONTJENS, *l.c.*, nr. 11; P. VANSANT, *l.c.*, nr. 3.

II. Administratieve rechtscolleges

392. Het onpartijdigheidsbeginsel zoals het hierboven werd omschreven is eveneens van toepassing op de administratieve rechtscolleges. Dit geldt zowel voor de subjectieve, als voor de objectieve onpartijdigheidseis (1150). Dit is niet louter het gevolg van de kwalificatie van het onpartijdigheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel, doch ook omdat art. 6.1. E.V.R.M. ook van toepassing is op administratieve rechtscolleges (1151). De Raad van State ziet er dan ook – sedert lang (1152) – consequent op toe dat het onpartijdigheidsbeginsel wordt nageleefd door de diverse administratieve rechtscolleges (1153).

393. De objectieve onpartijdigheid van een aantal administratieve rechtscolleges kan in het gedrang komen, wanneer zij naast hun rechtsprekende taak, ook een adviserende of een bestuursfunctie uitoefenen m.b.t. de materies waarvoor zij als rechter bevoegd zijn. Zo zijn de (tuchtrechtelijke) raden van vrije beroepen doorgaans ook belast met administratieve, adviserende en zelfs regelgevende taken. Daar ingevolge art. 159 van de Grondwet de rechter verplicht is om de toepassing te weigeren van de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen wanneer zij strijdig zijn met hogere rechtsnormen (zoals bv. art. 6.1. E.V.R.M.), is de situatie denkbaar waarin deze rechtscolleges de regelmatigheid moeten toetsen van verordeningen die ze zelf hebben aangenomen of waarover ze een voorafgaand advies hebben verstrekt (1154). Tot voor kort moest de bestendige deputatie van de provincieraad zich uitspreken over bezwaren inzake provinciale belastingen. Het Arbitragehof oordeelde dat de bestendige deputatie wanneer ze die rechtsprekende taak vervult, niet beantwoordt aan de vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid, gelet op haar samenstelling, de bevoegdheden die haar zijn toegewezen als uitvoerend orgaan van de provincie, en de verschillende hoedanigheden waarin zijzelf en haar

(1150) J. DE STAERCKE, *o.c.*, nr. 99; K. LEUS, *l.c.*, nr. 4-5; L.P. SUETENS, *l.c.*, nr. 21.

(1151) R.v.St., Van Steenberge, nr. 39.098, 30 maart 1992.

(1152) Zie reeds de lijst van rechtspraak aangehaald door L.P. SUETENS, *l.c.*, nr. 21, voetnoot 80.

(1153) R.v.St., Put, nr. 34.336, 13 maart 1990; R.v.St., Van Steenberge, nr. 39.098, 30 maart 1992; K. LEUS, *l.c.*, nrs. 5-6.

(1154) C. BERX, *o.c.*, nrs. 660-661. Voor een overzicht van de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake het onpartijdigheidsbeginsel toegepast op deze tuchtrechtscolleges zie J. DUJARDIN, *l.c.*, 797-798.

voorzitter ertoe worden gebracht op te treden in het raam van de beslechting van geschillen inzake provinciale belastingen (1155).

Volgens de Raad van State is art. 6.1. E.V.R.M. geschonden wanneer de voorzitter van een commissie gebruik maakt van zijn mogelijkheid om hoger beroep aan te tekenen tegen een beslissing genomen in eerste aanleg en hij vervolgens zelf het beroepsorgaan voorzit. Gelet op het feit dat ook de voorzitter een beslissende stem heeft, kan de onpartijdigheid minstens schijnbaar in twijfel worden getrokken (1156).

De Raad van State oordeelde – met verwijzing naar de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens – dat wanneer een staatsraad deelneemt aan een beslissing alvorens recht te doen en zich dus nog niet over de grond van de zaak uitsprak, er *geen* gewettigde twijfel kan ontstaan over zijn onpartijdigheid en hij dus kan deelnemen aan de behandeling van de zaak ten gronde. Dit is bv. het geval wanneer de staatsraad zich eerder uitsprak over de vordering tot schorsing (1157) of de toewijzing van een zaak aan een Nederlandstalige kamer (1158). In een geval waarin de onpartijdigheid van een staatsraad werd betwist, omdat hij in het raam van het kort geding een middel ernstig had bevonden, sprak de Raad van State zich niet expliciet uit over de vraag, daar *in casu* de bestreden beslissing was ingetrokken (1159). Intussen oordeelde ook het Arbitragehof dat de wettelijke regeling die niet uitsluit dat dezelfde of gedeeltelijk dezelfde staatsraden als degenen die het verzoek tot schorsing hebben behandeld, de zaak ten gronde onderzoeken, niet van aard is hun objectieve onpartijdigheid in het gedrang te brengen (1160).

De Raad van State heeft zich ook reeds uitgesproken over de vraag of één van zijn staatsraden, die zich reeds heeft uitgesproken over de vraag of het beroep tot nietigverklaring via de versnelde rechtspleging van art. 94 van het Algemeen Procedurereglement kan worden afgehandeld, nog voldoet aan het onpartijdigheidsbeginsel, wanneer hij zetelt bij de behandeling ten gronde. De Raad van State oordeelde dat dit niet zonder meer de objectieve

(1155) Arbitragehof nr. 200/2004, 15 december 2004, *R.W.* 2004-05, 1550. Ingevolge de Wet van 15 maart 1999 is deze bevoegdheid aan de bestendige deputatie ontnomen; zie voor de voorgeschiedenis C. BERX, *o.c.*, nr. 588, voetnoot 1288.

(1156) R.v.St., Coomans, nr. 39.719, 12 juni 1992, *J.T.* 1993, 47, noot P. LAMBERT.

(1157) R.v.St., Russel e.a., nr. 75.722, 11 september 1998.

(1158) R.v.St., Miwonougnvie, nr. 92.891, 31 januari 2001.

(1159) R.v.St., Van Espen, nr. 72.865, 31 maart 1998, *T.B.P.* 1998, 837, noot. Volgens de noot heeft de Raad van State in het verleden hier nooit een bezwaar in gezien.

(1160) Arbitragehof nr. 17/99, 10 februari 1999, *T.B.P.* 1999, 433.

onpartijdigheid van de staatsraad in het gedrang brengt, maar dat de specifieke toedracht van de zaak zo moet zijn dat de vrees van partijdigheid objectief gewettigd kan zijn. *In casu* werd vastgesteld dat de staatsraad enkel had geoordeeld dat de zaak niet voor een summiere rechtspleging in aanmerking kwam en niet was vooruitgelopen op de behandeling van de grond van de zaak. Van een schending van het onpartijdigheidsbeginsel was dan ook geen sprake (1161).

Wanneer de wetgever de onpartijdigheid van het administratief rechtscollege heeft willen verzekeren door een paritaire aanwezigheid van de vertegenwoordigers van de partijen wiens belangen bij de zaak betrokken zijn, moet deze pariteit ook strikt worden nageleefd (1162).

Vermeldenswaardig is nog dat de Raad van State het onpartijdigheidsbeginsel ook van toepassing achtte op een tolk aangesteld door een administratief rechtscollege, *in casu* de beroepscommissie in het vreemdelingencontentieux. De Raad van State oordeelde dat een schijn van partijdigheid was gecreëerd door als tolk een ambtenaar op te roepen die had deelgenomen aan het onderzoek van de zaak, met name door feitelijke gegevens te verzamelen, correspondentie te voeren en verslag uit te brengen over deelaspecten van de zaak. De betrokkene kon rechtmatig vrezen – aldus het arrest – dat de tolk op de zitting, om zelf geen gezichtsverlies te lijden, zoveel mogelijk zou trachten te vermijden dat het door hem uitgevoerde onderzoek zou worden tegengesproken (1163).

III. Organen van het actief bestuur

A. Principe

394. Er werd reeds op gewezen dat zowel de rechtsleer en de rechtspraak zijn geëvolueerd tot de principiële toepasselijkheid van het onpartijdigheidsbeginsel op *besturen* (1164). Hierna wordt getracht enkele grote lijnen in de soms casuïstische rechtspraak te ontwaren, naargelang de aard van de genomen beslissing.

(1161) R.v.St., Russel e.a., nr. 75.722, 11 september 1998.

(1162) R.v.St., Goormans, nr. 121.047, 26 juni 2003.

(1163) R.v.St., Musabyimana, nr. 99.989, 22 oktober 2001.

(1164) *Supra*, nrs. 379-382.

B. Toepassingsgebied

1. Tuchtbeslissingen

395. Het onpartijdigheidsbeginsel is in beginsel van toepassing op de tuchtoverheden, ten minste voor zover dit verenigbaar is met de eigen aard, inzonderheid de eigen structuur van de tuchtoverheid (1165).

Zo meent de Raad van State dat het onpartijdigheidsbeginsel is geschon- den, indien een bestuur *tegelijk optreedt als partij en tuchtoverheid (nemo iudex in causa sua)* (1166). Opdat (een lid van) een tuchtorgaan als een “partij” kan worden beschouwd, is vereist dat hij een *rechtstreeks en per- soonlijk belang* heeft bij de zaak, dat hetzij *materieel*, hetzij *moreel* kan zijn (1167). Dit is bv. het geval wanneer de bestendige deputatie zich gevi- seerd voelt door de pejoratieve bewoordingen die de betrokkene worden verweten; in dit geval mocht de bestendige deputatie niet zelf oordelen over de zaak, doch had ze die moeten voorleggen aan de provincieraad met dien verstande dat de leden van de bestendige deputatie zelf niet mochten deelnemen aan de beraadslaging binnen de provincieraad (1168).

(1165) R.v.St., Thys, nr. 26.116, 28 januari 1986; R.v.St., Decraemere, nr. 28.321, 30 juni 1987; R.v.St., Jacquart, nr. 28.448, 15 september 1987, *T.B.P.* 1988, 205; R.v.St., Van Gompel, nr. 34.805, 24 april 1990; R.v.St., Dellaert, nr. 35.714, 23 oktober 1990; R.v.St., Reyniers, nr. 39.156, 3 april 1992; R.v.St., Rampelbergh, nr. 39.569, 2 juni 1992; R.v.St., Thijs, nr. 49.881, 25 oktober 1994; R.v.St., Hauwelaert, nr. 50.081, 8 november 1994; R.v.St., Schur- mans, nr. 53.652, 12 juni 1995, *T. Gem.* 1996, 86; R.v.St., Van Der Cammen, nr. 66.119, 30 april 1997; R.v.St., Claes, nr. 72.980, 3 april 1998; R.v.St., Masset, nr. 87.089, 8 mei 2000; R.v.St., Masset, nr. 87.090, 8 mei 2000; R.v.St., Bouche, nr. 89.745, 22 september 2000; R.v.St., Voue, nr. 94.495, 3 april 2001; R.v.St., Vandevijver, nr. 110.791, 1 oktober 2002; R.v.St., De Volder, nr. 118.574, 24 april 2003; R.v.St., De Volder, nr. 118.575, 24 april 2003; C. BERX, *o.c.*, nr. 667; J. DE STAERCKE, *o.c.*, nr. 99; K. LEUS, *l.c.*, nr. 20; A. LOMBAERT, *l.c.*, 8; W. MAHIEU e.a., *o.c.*, 161; I. OPDEBEEK, *l.c.*, 97; A. ROEF, *l.c.*, 280; A. VAN MENSEL, *o.c.*, nr. 60; P. VANSANT, *l.c.*, nr. 11.

(1166) R.v.St., Soetewey en Bruyninck, nr. 20.494, 8 juli 1980; R.v.St., Van Brussel, nr. 21.433, 6 oktober 1981; R.v.St., Decocq, nr. 22.286, 26 mei 1982; R.v.St., Broeckx, nr. 24.937; R.v.St., De Wiest, nr. 38.412, 23 december 1991; R.v.St., Van den Langenbergh, nr. 42.869, 10 mei 1993; R.v.St., Schouleur, nr. 43.840, 29 juli 1993; R.v.St., Daniel, nr. 85.564, 23 februari 2000; R.v.St., Masset, nr. 87.089, 8 mei 2000; R.v.St., Masset, nr. 87.090, 8 mei 2000; R.v.St., Bouche, nr. 89.745, 22 september 2000; R.v.St., Dehennin, nr. 93.712, 2 maart 2001; R.v.St., Moreels, nr. 120.864, 24 juni 2003. Zie ook K. LEUS, *l.c.*, nr. 10.

(1167) C. BERX, *o.c.*, nr. 651; K. LEUS, *l.c.*, nr. 13; A. VAN MENSEL, *o.c.*, nr. 67.

(1168) R.v.St., Voue, nr. 94.495, 3 april 2001.

Er is evenwel *geen* sprake van een voldoende rechtstreeks en persoonlijk belang in hoofde van:

- een hiërarchische meerdere die een gedraging voldoende laakbaar achtte om aan de tuchtoverheid voor te leggen (1169);
- een lid van de tuchtoverheid in graad van beroep terwijl de tuchtstraf in eerste aanleg mede door diens vader was opgelegd (1170);
- de burgemeester die zijn bevoegdheden als hoofd van de politie of voorzitter van de gemeenteraad uitoefent, zoals bepaalde onderzoeken (laten) verrichten, een dossier naar de gemeenteraad verwijzen, een strafvoorstel formuleren, de betrokkene en de getuigen verhoren (1171);
- een schepen die als diensthoofd de tuchtfacten vaststelt, er een onderzoek over instelt en vervolgens deelneemt aan de beraadslaging (1172);
- de burgemeester die aan de pers meedeelt dat hij in een bepaalde tuchtzaak, niettegenstaande de strafrechtelijke seponering van de feiten, tot het uiterste zal gaan en volledige klaarheid wil brengen (1173);
- de tuchtoverheid wanneer uit het concrete onderzoek van de zaak blijkt dat zij zich niet heeft laten beïnvloeden door de “buitenmatige mediabelangstelling” voor een bepaald dossier (1174);
- de tuchtoverheid die voordien reeds een preventieve schorsing heeft opgelegd, daar dit een louter voorlopige ordemaatregel is (1175);
- de geneesheer die een louter professioneel medisch advies over de betrokkene heeft uitgebracht en vervolgens deelneemt aan de beraadslaging over de preventieve schorsing (1176);
- de tuchtoverheid die als vertegenwoordiger van de gemeente tevens verwickeld is in een rechtsgeding met de echtgenoot van de tuchtrechtelijk vervolgte ambtenaar (1177);
- de leden van de tuchtoverheid waarvan de gewraakte handelingen neerkomen op de uitoefening van door de regelgeving toegekende bevoegdheden (1178);

(1169) R.v.St., Govers, nr. 18.568, 24 november 1977.

(1170) R.v.St., Bertrand, nr. 16.150, 6 december 1973.

(1171) R.v.St., De Boeck, nr. 34.108, 20 februari 1990, *T. Gem.* 1990, 123; R.v.St., Gobert, nr. 45.043, 24 november 1993, *T. Gem.* 1994, 84; R.v.St., Carleer, nr. 55.192, 18 september 1995; R.v.St., Schellens, nr. 82.322, 21 september 1999.

(1172) R.v.St., Hauwelaert, nr. 50.081, 8 november 2004.

(1173) R.v.St., Dormal, nr. 48.501, 6 juli 1994.

(1174) R.v.St., Michaux, nr. 86.728, 7 april 2000.

(1175) R.v.St., Carleer, nr. 55.192, 18 september 1995.

(1176) R.v.St., Fissette, nr. 114.672, 17 januari 2003.

(1177) R.v.St., Vandevijver, nr. 110.791, 1 oktober 2002.

(1178) R.v.St., Van Der Cammen, nr. 66.119, 30 april 1997; R.v.St., Scheerlinck, nr. 120.818, 24 juni 2003.

- de leden van de tuchtoverheid waartegen de betrokkene een strafklacht heeft neergelegd, wanneer geen concrete gegevens worden voorgelegd die een ongehoorde animositeit tegenover zijn persoon aannemelijk maakt (1179);
- de leden van de tuchtoverheid die de tuchtrechtelijk veroordeelde praktijk jarenlang zouden hebben gedoogd, wanneer hiervan niet het minste bewijs wordt geleverd (1180).

In al deze gevallen is er geen *persoonlijke* betrokkenheid van het gewraakte lid van de tuchtoverheid, noch van enig eigen moreel of materieel belang; de gewraakte handelingen of uitspraken kaderen allen binnen de normale uitoefening van het ambt, het mandaat of zijn het gevolg van wettelijke plichten en bevoegdheden. Het volstaat dus geenszins dat men zonder meer aanvoert dat iemand op één of andere manier “betrokken” is bij het tuchtdossier of de tuchtprocedure; vereist is dat men *in concreto* aantoont waarom iemand een dermate *persoonlijk* belang heeft bij de zaak dat hij niet langer onpartijdig kan worden geacht.

Wanneer echter de voorzitter van de raad van bestuur die over de preventieve schorsing beslist in eerste aanleg en de bevoegde minister die over deze maatregel beslist in graad van beroep op voorhand reeds in de pers te kennen hebben gegeven dat de betrokkene uit de dienst moet worden verwijderd of moet worden ontslagen, hebben zij een schijn van partijdigheid gewekt die gewettigde twijfel doet ontstaan over hun geschiktheid de zaak op een onpartijdige wijze te behandelen. Daarbij kwam nog dat de voorzitter van de raad van bestuur eerst de vergadering had verlaten “om elke vorm van vermeende partijdigheid te vermijden”. Wanneer het voorstel tot preventieve schorsing echter werd verworpen bij staking van stemmen, heeft de voorzitter de vergadering toch vervoegd om opnieuw te laten stemmen, waardoor het voorstel met een meerderheid van één stem toch werd aanvaard. Tot slot had de voorzitter nog gepoogd om de notulen te laten “aanpassen” zodat er enkel melding zou worden gemaakt van de tweede stemming (1181). Het hoeft geen betoog dat dit een manifeste schending van het onpartijdigheidsbeginsel is.

(1179) R.v.St., Coppenholle, nr. 68.120, 16 september 1997; R.v.St., Coppenholle, nr. 126.721, 22 december 2003.

(1180) R.v.St., Bourguignon, nr. 143.825, 28 april 2005.

(1181) R.v.St., Michel, nr. 118.726, 28 april 2003, *T. Gem.* 2004, 304 en *R.W.* 2004-05, 860, noot I. OPDEBEEK.

396. Het onpartijdigheidsbeginsel wordt eveneens geschonden wanneer iemand die *als getuige* is opgetreden tegelijk ook deel uitmaakt van de tuchtoverheid, omdat het niet ondenkbeeldig is dat aan die getuigenis een grotere waarde zou kunnen worden toegekend dan normaal (1182).

397. In principe is de *cumul van verschillende functies* binnen een tuchtprocedure, zoals die van aanklager enerzijds en tuchtoverheid anderzijds in strijd met het onpartijdigheidsbeginsel (1183), al is de rechtspraak niet steeds eenduidig. In enkele oudere arresten zag de Raad van State geen beletsel in de cumul van bv. het tuchtrechtelijk onderzoek en de tuchtrechtelijke bestraffing of het formuleren van een strafvoorstel en het tevens deelnemen aan de beraadslaging over de tuchtstraf (1184). Deze rechtspraak is heden ten dage echter niet langer verdedigbaar. Zo is het onpartijdigheidsbeginsel geschonden wanneer leden van de tuchtoverheid die de zaak onderzochten en een voorstel van tuchtstraf formuleerden, deelnemen aan de beraadslaging over de tuchtstraf (1185). De Raad van State achtte het onpartijdigheidsbeginsel eveneens geschonden:

- door de burgemeester-tuchtoverheid die in een brief aan de vader van de betrokkene te kennen geeft dat hij de betrokkene tuchtrechtelijk wil vervolgen en dat zijn mening over de schuldvraag vaststaat (1186);
- door de voorzitter van het O.C.M.W. die in toepassing van art. 29 Sv. beschuldigende verklaringen aflegde aan de gerechtelijke politie op een wijze waarbij zij te kennen gaf dat de tenlasteleggingen zo goed als vaststonden, en die actief deelnam aan het onderzoek à charge van de betrokkene (1187). Het louter neerleggen van een klacht in toepassing

(1182) R.v.St., Baekeroodt, nr. 11.648, 16 februari 1966; R.v.St., Adriaenssen, nr. 20.045, 15 januari 1980; R.v.St., Bertrand, nr. 84.119, 16 december 1999.

(1183) R.v.St., Daniel, nr. 85.564, 23 februari 2000; R.v.St., Masset, nr. 87.089, 8 mei 2000; R.v.St., Masset, nr. 87.090, 8 mei 2000; R.v.St., Bouche, nr. 89.745, 22 september 2000; R.v.St., Dehennin, nr. 93.712, 2 maart 2001; R.v.St., De Volder, nr. 118.574, 24 april 2003; R.v.St., De Volder, nr. 118.575, 24 april 2003; R.v.St., Moreels, nr. 120.864, 24 juni 2003; K. LEUS, *l.c.*, nr. 15; A. LOMBAERT, *l.c.*, 9.

(1184) R.v.St., Meulepas, nr. 14.067, 21 april 1970; R.v.St., Meulepas, nr. 14.832, 22 juni 1971; R.v.St., François, nr. 29.125, 13 januari 1988.

(1185) R.v.St., Loupart, nr. 30.625, 7 september 1988, *J.T.* 1988, 659; R.v.St., Meyers, nr. 33.572, 8 december 1989, *J.L.M.B.* 1990, 786; R.v.St., Van Droost, nr. 36.187, 8 januari 1991; R.v.St., Thijs, nr. 49.881, 25 oktober 1994; R.v.St., Schurmans, nr. 53.652, 12 juni 1995, *T. Gem.* 1996, 96, noot I. OPDEBEEK; R.v.St., Verteneuil, nr. 69.678, 19 november 1997; R.v.St., Hourman-Doyen, nr. 78.374, 27 januari 1999; R.v.St., Daniel, nr. 85.564, 23 februari 2000; R.v.St., Dehennin, nr. 93.712, 2 maart 2001; R.v.St., De Volder, nr. 118.574, 24 april 2003; R.v.St., De Volder, nr. 118.575, 24 april 2003.

(1186) R.v.St., Moreels, nr. 120.864, 24 juni 2003.

(1187) R.v.St., Leonard, nr. 86.077, 17 maart 2000.

van art. 29 Sv. brengt echter niet de partijdigheid van de klager met zich, daar dit een loutere blijk van gehoorzaamheid aan de wet is en er geen vijandigheid vanuit gaat (1188).

Het door het college van burgemeester en schepenen geformuleerde strafvoorstel dat tot niets heeft geleid, daar de gemeenteraad aan dit voorstel geen gevolg heeft gegeven en de tuchtprocedure *ab initio* heeft hernomen, brengt de onpartijdigheid *niet* in het gedrang (1189).

In dit verband rijst de vraag of de secretaris van een gemeente of O.C.M.W., die als wettelijke taak heeft om het tuchtverslag, dit is de inleidende akte in de tuchtprocedure in lokale besturen, op te stellen, nog kan deelnemen aan de raadszitting waarop wordt beraadslaagd over het opleggen van de tuchtstraf. De Raad van State oordeelde terzake dat niets belet dat de secretaris, ook al vervult hij hier de rol van aanklager, aanwezig is bij de beraadslaging en de stemming over de tuchtstraf. Dit volgt uit het feit dat hij enkel de hem door de wet opgelegde taken aldus vervult. De wet duidt hem immers aan als auteur van het tuchtverslag én notulist van de vergaderingen van het college, het vast bureau en de raad. Daarenboven heeft hij geen beraadslagende stem in het dossier (1190). De objectieve onpartijdigheid komt door deze cumul van functies geenszins in het gedrang. Een andere vraag is of de gebeurlijke subjectieve partijdigheid van de secretaris de wettigheid van de tuchtbeslissing in het gedrang kan brengen, ook al neemt hij geen deel aan de beraadslaging en de stemming. Hoewel volgens LOMBAERT hierover geen rechtspraak bestaat, maant hij toch aan tot voorzichtigheid. In een aantal gevallen oordeelde de Raad van State het onpartijdigheidsbeginsel immers geschonden als een gevolg van de manier waarop het tuchtonderzoek was geleid en het tuchtdossier werd samengesteld (1191). Zo bv. wanneer het tuchtonderzoek enkel à charge was gevoerd en met de duidelijke intentie van bij de aanvang om de betrokkene te bestraffen; dit bleek uit de wijze van ondervraging van getuigen en de betrokkene tijdens het onderzoek en de wijze waarop de onderzoeksdaaden waren gesteld (1192). De Raad van State aanvaardde echter geen schen-

(1188) R.v.St., Dechamps, nr. 135.254, 22 september 2004.

(1189) R.v.St., Huyghe, nr. 56.408, 22 november 1995. Zie ook R.v.St., Lecat, nr. 38.303, 11 december 1991.

(1190) R.v.St., Genin, nr. 57.966, 31 januari 1996, *Rev. dr. commun.* 1996, 128 en *J.T.* 1996, 76, noot E. VAN NUFFEL; A. LOMBAERT, *l.c.*, 9-10.

(1191) A. LOMBAERT, *l.c.*, 10.

(1192) R.v.St., Barviau, nr. 67.601, 25 juli 1997; R.v.St., Philippe, nr. 67.602, 25 juli 1997.

ding van het onpartijdigheidsbeginsel in hoofde van de waarnemend secretaris die slagen had toegebracht aan de vervolgde ambtenaar (zijnde de secretaris) (1193).

Meer in het algemeen kan men als regel formuleren dat wie zich tijdens het vooronderzoek *reeds een mening heeft gevormd* over een tuchtzaak, *in die mate dat hij, zonder gezichtsverlies te lijden, hierop niet meer kan terugkomen*, niet mag deelnemen aan de besluitvorming over een tuchtstraf, op straffe het onpartijdigheidsbeginsel te schenden (1194).

398. De toepassing van het onpartijdigheidsbeginsel mag er echter niet toe leiden dat de uitoefening van de tuchtbevoegdheid onmogelijk wordt. Er is daarom geen sprake van een schending van het onpartijdigheidsbeginsel wanneer, na vernietiging van de tuchtstraf door de toezichhoudende overheid of de Raad van State, dezelfde tuchtverheid zich opnieuw buigt over de op te leggen tuchtstraf (1195). Wanneer de inwilliging van een verzoek tot wraking tot gevolg zou hebben dat de tuchtverheid het quorum om geldig te beraadslagen niet meer bereikt, kan geen schending van het onpartijdigheidsbeginsel worden ingeroepen (1196).

Een officieuze bijeenkomst van de gemeenteraadsleden om een toelichting te krijgen over de procedure in tuchtzaken en de betekenis en de gevolgen van de straftoemeting kan onmogelijk tot gevolg hebben dat zij zich moeten wraken en zodoende de uitoefening van de tuchtbevoegdheid onmogelijk maken (1197). Indien een tuchtfout schade heeft berokkend, kan het bestuur zijn rechten uitputten en een schadevergoeding trachten te bekomen via een vordering voor de burgerlijke rechter of via een burgerlijke

(1193) R.v.St., Masset, nr. 87.089, 8 mei 2000; R.v.St., Masset, nr. 87.090, 8 mei 2000. *In casu* stelde de waarnemend secretaris evenwel niet het tuchtverslag op; hij ondertekende enkel de procedurestukken.

(1194) R.v.St., Decraemere, nr. 28.321, 30 juni 1987; R.v.St., De Crom, nr. 33.027, 19 september 1989; R.v.St., D.B.W., nr. 34.108, 20 februari 1990, *T. Gem.* 1990, 123; R.v.St., Buyle, nr. 35.925, 4 december 1990, *T.B.P.* 1992, 208; R.v.St., Thijs, nr. 49.881, 25 oktober 1994; R.v.St., Schurmans, nr. 53.652, 12 juni 1995, *T. Gem.* 1996, 96, noot I. OPDEBEEK; R.v.St., Leonard, nr. 86.077, 17 maart 2000.

(1195) R.v.St., C.J.C., nr. 36.479, 22 februari 1991, *T. Gem.* 1991, 326; R.v.St., Gerard, nr. 53.554, 7 juni 1995, *T. Gem.* 1996, 81-85, noot I. OPDEBEEK; R.v.St., Smeets, nr. 54.023, 26 juni 1995; R.v.St., Claes, nr. 72.980, 3 april 1998; R.v.St., Van Trappen, nr. 85.022, 1 februari 2000.

(1196) R.v.St., Coppenholle, nr. 126.721, 22 december 2003.

(1197) R.v.St., Huyghe, nr. 56.408, 22 november 1995.

partijstelling voor de strafrechter, zonder dat het onpartijdigheidsbeginsel hierdoor wordt geschonden (1198).

399. Wanneer de tuchtverheid een collegiaal orgaan is, kan de betwisting van de onpartijdigheid ervan alleen in aanmerking worden genomen als enerzijds, nauwkeurige, wettelijk vastgestelde feiten worden aangevoerd die doen vermoeden dat een of meer leden van dat orgaan partijdig zijn en anderzijds, als uit de omstandigheden blijkt dat de partijdigheid van dat lid of die leden een invloed kan hebben gehad op het hele tuchtorgaan (1199). Dit is het geval wanneer iemand wordt vervolgd op basis van het verslag van de voorzitter van het O.C.M.W., de voorzitter en een lid van het vast bureau de beschuldigingen hebben aangebracht en de indruk gaven zich persoonlijk aangevallen te voelen en wrok te koesteren tegenover de betrokkene. Zij werden geacht de overige leden van de raad te hebben kunnen beïnvloeden, te meer daar het vermoeden van partijdigheid rustte op de voorzitter van de raad (1200).

2. Andere beslissingen dan tuchtbeslissingen

A. ALGEMEEN

400. Het onpartijdigheidsbeginsel komt in de rechtspraak van de Raad van State vooral ter sprake in tuchtaangelegenheden. Nochtans is er geen reden om aan te nemen dat het onpartijdigheidsbeginsel, in principe, ook niet van toepassing zou zijn op andere bestuursbeslissingen, dan tuchtbeslissingen. In de rechtsleer wordt dit vrij algemeen aanvaard, zij het onder dezelfde voorwaarden als in tuchtaangelegenheden, met name rekening houdende met de eigen aard, inzonderheid de eigen structuur van het bestuur (1201). Het onpartijdigheidsbeginsel werd door de Raad van State dan ook van toepassing geacht op betwistingen over een bevordering (1202), de beoorde-

(1198) R.v.St., Hennico, nr. 47.683, 31 mei 1994; R.v.St., George, nr. 51.525, 3 februari 1995; R.v.St., Brion, nr. 51.526, 3 februari 1995.

(1199) R.v.St., Hourman-Doyen, nr. 78.374, 27 januari 1999; R.v.St., Daniel, nr. 85.564, 23 februari 2000; R.v.St., Masset, nr. 87.089, 8 mei 2000; R.v.St., Masset, nr. 87.090, 8 mei 2000; R.v.St., Bouche, nr. 89.745, 22 september 2000. Al deze arresten zijn van Franstalige kamers.

(1200) R.v.St., Daniel, nr. 85.564, 23 februari 2000.

(1201) J. DE STAERCKE, *o.c.*, nr. 99; K. LEUS, *l.c.*, nrs. 20-21 en 33; A. ROEF, *l.c.*, nr. 16; A. VAN MENSEL, *o.c.*, nr. 59; P. VANSANT, *l.c.*, nr. 11; *supra*, nr. 395.

(1202) R.v.St., Kesteloot, nr. 24.568, 3 juli 1984, *T.B.P.* 1986, 58.

ling van een stage (1203), de beslissing van een examenjury (1204), een beslissing tot indisponibiliteitstelling (1205), benoemingen (1206), een beslissing tot toekenning van subsidies (1207), het ontslag na een onwettige afwezigheid van meer dan tien dagen (1208), ...

B. EXAMENJURY'S

401. Hoewel het onpartijdigheidsbeginsel zoals vermeld ook van toepassing is op beslissingen van examenjury's, is het niet zo eenvoudig om een schending ervan te laten vaststellen. Het feit dat een lid van de examenjury gemeenschappelijke belangen had met of een natuurlijke genegenheid vertoonde voor een kandidaat, impliceert volgens de Raad van State niet automatisch dat het betrokken jurylid partijdig zou geweest zijn (1209). De onpartijdigheidsplicht gaat niet zo ver dat bij de samenstelling van examenjury's in het algemeen die personen moeten worden geweerd, die slechts sporadisch een werkverhouding hebben met de examinandus (1210). De Raad van State zag ook geen bezwaar in het feit dat de examenjury dezelfde samenstelling had als een eerdere jury waardoor de betrokkene reeds niet geslaagd was verklaard (1211). De Raad van State achtte het onpartijdigheidsbeginsel wél geschonden door de samenstelling van een beoordelingscommissie met als taak de vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten voor een benoeming. Van de vier leden van deze beoordelingscommissie, zetelden twee leden samen met de voorgedragen kandidaat in het plaatselijke bestuur van dezelfde politieke partij, waarbij één van die leden de voorzitter was van die partijafdeling en daarenboven samen met de voorgedragen kandidaat in de gemeenteraadsfractie van die partij zetelde (1212).

(1203) R.v.St., Muylaert en Veldman, nr. 25.529, 27 juni 1985, *T.B.P.* 1986, 446; R.v.St., Swalus, nr. 25.530, 27 juni 1985; R.v.St., Vanderstraeten, nr. 28.278, 29 juni 1987, *Adm. Publ.* 1987, 117; R.v.St., Sole, nr. 45.182, 8 december 1993.

(1204) R.v.St., Dellaert, nr. 35.714, 23 oktober 1990, *T.B.P.* 1991, 778.

(1205) R.v.St., Funck, nr. 46.794, 30 maart 1994.

(1206) R.v.St., Guimaud, nr. 87.746, 31 mei 2000; R.v.St., Moreau, nr. 130.664, 27 april 2004.

(1207) R.v.St., vzw I Fiamminghi, nr. 111.063, 7 oktober 2002.

(1208) R.v.St., Van Der Stricht, nr. 143.158, 15 april 2005.

(1209) R.v.St., Jacquemotte, nr. 25.188, 3 april 1985, *T.B.P.* 1986, 334.

(1210) R.v.St., Mbiye, nr. 135.662, 4 oktober 2004.

(1211) R.v.St., Demarteau, nr. 53.927, 21 juni 1995.

(1212) R.v.St., Moreau, nr. 130.664, 27 april 2004.

De Raad van State zag geen graten in de deelname van een zittend departementshoofd van een hogeschool aan de verkiezing van een nieuw mandaat, zelfs als hij kandidaat is. Hij baseerde zich hiervoor op het Hogescholendecreet dat terzake in geen beperking voorziet van het stemrecht van het departementshoofd (1213).

C. RUIMTELIJKE ORDENING

402. Hoewel de Raad van State in 1998 nog oordeelde dat *“het beginsel ‘nemo iudex in causa sua’ geen toepassing vindt wanneer de vergunningverlenende overheid in toepassing van art. 45 van de Stedenbouwwet (thans art. 43 Coördinatiedecreet) een beslissing neemt over een bouw-aanvraag; dat zij bij die beslissing niet optreedt als administratief rechtscollege dat oordeelt over een gerezen geschil, maar als orgaan van het actief bestuur dat oordeelt over de verenigbaarheid van deze aanvraag met de geldende wetten en verordeningen en met de goede plaatselijke ordening”* (1214), werd de gebeurlijke schending van het onpartijdigheidsbeginsel wél onderzocht met betrekking tot een aantal andere beslissingen inzake ruimtelijke ordening (1215). Er is inderdaad geen reden om aan te nemen – in weerwil van het hierboven geciteerde arrest – dat het onpartijdigheidsbeginsel niet van toepassing zou zijn op beslissingen inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw. De Raad van State zag evenwel geen schending van het onpartijdigheidsbeginsel in het feit dat de ingediende bezwaarschriften werden behandeld en besproken in het verslag van een ambtenaar, dat tevens diende voor het formuleren van het advies van de Koninklijke Commissie voor Monumenten en Landschappen, wanneer geen precieze elementen worden aangehaald die op de partijdigheid van die ambtenaar zouden moeten wijzen (1216). In de zaak Gheeraert ontwaarde de verzoeker een schending van het onpartijdigheidsbeginsel in het feit dat wanneer de gemachtigde ambtenaar een beroep instelt tegen een beslissing van de bestendige deputatie bij de minister, hij de hiërarchische ondergeschikte is van de bevoegde minister, waardoor beroeper en beroepsinstantie samenvallen. De Raad van State volgde die redenering *niet* omdat de bevoegdheid van de gemachtigde ambtenaar om een beroep in te

(1213) R.v.St., Meert, nr. 69.085, 23 oktober 1997.

(1214) R.v.St., Stoop e.a., nr. 72.837, 30 maart 1998.

(1215) R.v.St., Gheeraert, nr. 82.952, 19 oktober 1999; R.v.St., De Witte, nr. 113.940, 19 december 2002; R.v.St., B.V.B.A. De Schoorsteenveger, nr. 139.563, 19 januari 2005.

(1216) R.v.St., De Witte, nr. 113.940, 19 december 2002.

stellen tegen de beslissing van de bestendige deputatie *rechtstreeks* aan de gemachtigde ambtenaar toekomt. Door een beroep in te stellen oefent hij een *hem voorbehouden bevoegdheid* uit en handelt hij niet namens de minister. Uit niets blijkt volgens de Raad van State dat de gemachtigde ambtenaar aan zodanige instructies is onderworpen dat hij elke autonomie bij het uitoefenen van deze bevoegdheid heeft verloren (1217). In een geval waar de gemachtigde ambtenaar en het college van burgemeester en schepenen tot tweemaal toe een onwettige stedenbouwkundige vergunning gunstig hadden geadviseerd, respectievelijk verleend, werden zij niet geacht zich nog onpartijdig te kunnen uitspreken over de toe te passen herstelmaatregel. Als verstrekker van een onwettige stedenbouwkundige vergunning stellen zij zich immers bloot aan een schadeclaim, zodat ze er alle belang bij hebben de omvang hiervan te beperken door veel minder dure aanpassingswerken te vorderen in plaats van het herstel in de vorige staat (1218).

3. Adviezen

403. Een laatste vraag die rijst bij het onderzoek naar het toepassingsgebied van het onpartijdigheidsbeginsel, is of ook *adviezen* verstrekt aan de overheid die de beslissing moet nemen hieronder vallen.

De rechtspraak die zich hierover expliciet uitspreekt, is schaars. De VIIIe kamer van de Raad van State heeft zonder omwogen het “algemene beginsel van objectiviteit” van toepassing verklaard op alle organen van het actief bestuur “*même s’il ne s’agit que d’un organe consultatif chargé d’éclairer les autorités compétentes par un simple avis*” (1219). Dit arrest betreft de benoeming van een korpschef bij koninklijk besluit. De politieraad van de betrokken politiezone moet voorafgaand aan de benoeming een gemotiveerd advies uitbrengen op basis van een vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten. Ter gelegenheid van het formuleren van een eerder advies, had een lid van de politieraad, belast met het opstellen van een ontwerp van motivering, zonder enige vorm van tegenspraak stukken die verzoeker in een ongunstig daglicht stelden, bijeengesprokkeld en aan het dossier toegevoegd. De benoeming van een andere kandidaat die

(1217) R.v.St., Gheeraert, nr. 82.952, 19 oktober 1999. Zie ook P. VANSANT, *l.c.*, nr. 28 e.v.

(1218) Cass. 9 januari 2002.

(1219) R.v.St., Lambert, nr. 123.179, 23 september 2003.

daarop volgde, werd door de Raad van State om die reden geschorst (1220). De procedure werd hernomen en de onregelmatig aan het dossier toegevoegde stukken werden eruit verwijderd. Het lid van de politieraad dat in de eerdere procedure deze stukken aan het dossier had toegevoegd nam echter opnieuw deel aan de beraadslaging en de stemming over het nieuwe advies. Volgens de Raad van State was zijn partijdigheid, ingevolge zijn rol in de vorige procedure, evenwel aangetoond, zodat het onpartijdigheidsbeginsel geschonden was.

De IXe kamer van de Raad van State oordeelde evenwel “*dat de regels en algemene beginselen inzake samenstelling, onpartijdigheid, wraking en dergelijke, dan ook niet zonder meer van toepassing zijn op de adviescommissie*” (1221). Het ging om de adviescommissie private arbeidsbemiddeling, waarvan de Raad van State oordeelde dat het geen rechtscollege of tuchtcollege is, maar een adviserend lichaam wiens adviezen gegeven worden, niet ten aanzien van tenlasteleggingen, maar over het voldaan zijn aan erkenningsvoorwaarden en waarvan de adviezen daarenboven niet bindend zijn. In het arrest wordt echter toch een opening gelaten daar niet wordt gezegd dat het onpartijdigheidsbeginsel *niet* van toepassing is, maar wel “*niet zonder meer*”, wat zou kunnen verwijzen naar de beperkingen die de Raad van State oplegt aan de toepassing van het onpartijdigheidsbeginsel op beslissingen van organen van het actief bestuur in het algemeen (1222). Dat dit arrest de toepassing van het onpartijdigheidsbeginsel op adviezen niet geheel afwijst, blijkt tevens uit het feit dat in hetzelfde arrest toch werd onderzocht of de adviescommissie niet vooringenomen was en zich niet reeds een mening had gevormd waarvan zij zich voornam niet meer af te wijken.

In een ander arrest van de IXe kamer kwam de vraag niet uitdrukkelijk aan bod, doch werd een middel houdende de schending van het onpartijdigheidsbeginsel, door o.m. een beoordelingscommissie die een advies verstrekke, onderzocht. De Raad van State kwam tot de conclusie dat de verzoeker geen enkel concreet gegeven voorlegde waaruit de partijdigheid van de beoordelingscommissie zou kunnen worden afgeleid of waardoor zij, wegens bepaalde bindingen, de schijn zou kunnen hebben gewekt de

(1220) R.v.St., Lambert, nr. 108.931, 5 juli 2002. De schorsing is niet gebaseerd op een schending van het onpartijdigheidsbeginsel, doch wel wegens strijdigheid met “de beginselen van behoorlijk bestuur, billijke rechtspleging en administratieve doorzichtigheid” en schending van de materiële motiveringsplicht.

(1221) R.v.St., N.V. Wings en N.V. Assoc Interim, nr. 118.426, 16 april 2003.

(1222) Zie *infra*, nrs. 404-407.

aanvraag van verzoeker met een negatief vooroordeel te hebben onderzocht (1223).

De IXe kamer van de Raad van State oordeelde in de zaak Demaeght e.a. dat “*een niet onpartijdig lijkend doch niet bindend advies de beslissing waaraan het voorafgaat niet noodzakelijk onregelmatig maakt*”. Het betrof een advies van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, wiens zoon kandidaat-notaris zou zijn, over het aantal notarissen in een bepaald arrondissement. Daar het advies niet wettelijk voorzien is, niet bindend is, steunt op gegevens waarvan de juistheid niet wordt betwist en niet zonder meer werd gevolgd, was voor de Raad van State de betichting van partijdigheid minder relevant. De toepasselijkheid van het onpartijdigheidsbeginsel op adviezen wordt in dit arrest o.i. evenmin uitgesloten, doch *in casu* niet relevant geacht.

In een zaak waar de aanstelling van een directeur van een school werd aangevochten, oordeelde de XIIe kamer van de Raad van State het onpartijdigheidsbeginsel geschonden ingevolge de samenstelling van de beoordelingscommissie die de titels en verdiensten van de kandidaten moest vergelijken. De door deze samenstelling gewekte schijn van partijdigheid maakte volgens de Raad van State ook de op de rangschikking van de kandidaten volgende voordracht en benoeming gebrekkig, daar de organen die tot de voordracht en de benoeming overgingen, de door de beoordelingscommissie opgestelde rangschikking *zonder enig eigen onderzoek of bespreking hadden overgenomen* (1224).

In een reeks gelijklopende arresten over de milieuvergunning voor een afvalverbrandingsinstallatie komt de Raad van State, na een onderzoek van de toepasselijke regelgeving, tot de conclusie dat er geen onpartijdigheidsplicht lijkt te bestaan in hoofde van de opstellers van een milieu-effectenrapport en dat verzoekers geen enkel argument aanvoeren ter ondersteuning van de bewering dat het onpartijdigheidsbeginsel *in casu* zou gelden, laat staan geschonden zijn (1225). Ook deze arresten lijken niet totaal

(1223) R.v.St., vzw I. Fiamminghi, nr. 111.063, 7 oktober 2002.

(1224) R.v.St., Moreau, nr. 130.664, 27 april 2004.

(1225) R.v.St., De Braeckelaer, nr. 78.318, 25 januari 1999; R.v.St., gemeente Anderlecht, nr. 78.322, 25 januari 1999; R.v.St., gemeente Schaarbeek, nr. 78.323, 25 januari 1999; R.v.St., Juillard, nr. 78.324, 25 januari 1999; R.v.St., Squilbeck, nr. 78.325, 25 januari 1999; R.v.St., Efratas, nr. 78.326, 25 januari 1999; R.v.St., N.V. Volkswagen Brussel, nr. 78.329, 25 januari 1999; R.v.St., vzw Inter-Environnement Bruxelles, nr. 78.330, 25 januari 1999; R.v.St., N.V.

.../...

onverenigbaar met de hierboven vermelde rechtspraak, daar de Raad van State zich beperkte tot een onderzoek van de toepasselijke regelgeving en de vaststelling dat verzoekers geen verdere argumenten terzake aanvoerden.

Uit deze arresten volgt dat de Raad van State de toepasselijkheid van het onpartijdigheidsbeginsel op adviezen niet per definitie uitsluit; in een aantal gevallen werd de schending ervan onderzocht én zelfs vastgesteld. Wij zijn dan ook geneigd te besluiten dat het onpartijdigheidsbeginsel eveneens in acht moet worden genomen door adviesorganen, zij het binnen dezelfde grenzen als de Raad van State heeft uitgebakend voor beslissingen van het actief bestuur (1226). Een schending van het onpartijdigheidsbeginsel op het niveau van het adviserend orgaan, hoeft echter niet noodzakelijk de onwettigheid van de daaropvolgende beslissing met zich te brengen. Het bestuur dat de beslissing neemt zou immers – vaststellende dat het advies is aangetast door een (schijn van) partijdigheid – dit advies ter zijde kunnen laten of het adviesorgaan om een nieuw advies kunnen vragen waarbij het gebrek aan onpartijdigheid wordt rechtgezet.

C. Uitzonderingen op de principiële toepasbaarheid van het onpartijdigheidsbeginsel op organen van het actief bestuur

404. De Raad van State heeft het onpartijdigheidsbeginsel niet onvoorwaardelijk van toepassing verklaard op de organen van het actief bestuur, doch steeds met die beperking dat dit verenigbaar moet zijn met *de eigen aard, inzonderheid de structuur van het bestuur* (3). Verder wordt in geval van conflict voorrang gegeven aan de wet (1) of de uitoefening van een gebonden bevoegdheid (2).

1. De toepassing van de wet

405. Er wordt niet betwist dat het onpartijdigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur moet wijken voor een uitdrukkelijk wettelijk voor-

.../...

Unilever Belgium, nr. 78.331, 25 januari 1999; R.v.St., gemeente Sint-Pieters-Leeuw, nr. 78.338, 25 januari 1999; R.v.St., gemeente Drogenbos, nr. 78.339, 25 januari 1999; R.v.St., Dekeyser en Mairiaux, nr. 78.340, 25 januari 1999; R.v.St., De Leener en Van Calck, nr. 78.341, 25 januari 1999.

(1226) Zie *infra*, nrs. 404-407.

schrift. Dit is een rechtstreeks gevolg van het feit dat het onpartijdigheidsbeginsel in bestuurszaken “slechts” een ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur is, dat ingevolge de hiërarchie der normen ondergeschikt is aan de wet (1227).

In de rechtspraak van de Raad van State vinden we tal van toepassingen van deze voorrangregel. Zo is er geen sprake van enige partijdigheid wanneer:

- een bestuur louter de hem door de wet of het reglement toegekende bevoegdheden uitoefent en verplichtingen vervult (1228);
- de wet de samenstelling van het beslissend orgaan oplegt (1229);
- de wet uitdrukkelijk in het advies van een “belanghebbende” instantie voorziet (1230);
- het decreet uitdrukkelijk in de mogelijkheid voorziet dat de adviesverlenende overheidsorganen in het raam van het milieuvergunningdecreet zowel een advies kunnen uitbrengen, als een administratief beroep kunnen instellen (1231);
- de wet tegen een beslissing van de bestendige deputatie tot afzetting van een ambtenaar in een beroepsmogelijkheid bij de provincieraad voorziet, ook al maken de leden van de bestendige deputatie ook deel uit van de provincieraad (1232);
- de raad voor maatschappelijk welzijn beslist om een tuchtrechtelijke vervolging te starten, het tuchtonderzoek voert en beslist over de op te leggen tuchtstraf (1233).

(1227) C. BERX, *o.c.*, nr. 666; K. LEUS, *l.c.*, nr. 18; A. LOMBAERT, *l.c.*, 9; A. ROEF, *l.c.*, nr. 15; L. VERMEIRE, *l.c.*, 2450.

(1228) R.v.St., Dormal, nr. 48.501, 6 juli 1994; R.v.St., Van Der Cammen, nr. 66.119, 30 april 1997; R.v.St., Schellens, nr. 82.321, 21 september 1999; R.v.St., Schellens, nr. 82.322, 21 september 1999; R.v.St., Masset, nr. 87.089, 8 mei 2000; R.v.St., Masset, nr. 87.090, 8 mei 2000.

(1229) R.v.St., Cauwet, nr. 36.479, 22 februari 1991, *T. Gem.* 1991, 327.

(1230) R.v.St., De Braekelaer, nr. 78.318, 25 januari 1999; R.v.St., gemeente Anderlecht, nr. 78.322, 25 januari 1999; R.v.St., gemeente Schaarbeek, nr. 78.323, 25 januari 1999; R.v.St., Juillard, nr. 78.324, 25 januari 1999; R.v.St., Squilbeck, nr. 78.325, 25 januari 1999; R.v.St., Efratas, nr. 78.326, 25 januari 1999; R.v.St., N.V. Volkswagen Brussel, nr. 78.329, 25 januari 1999; R.v.St., vzw Inter-Environnement Bruxelles, nr. 78.330, 25 januari 1999; R.v.St., N.V. Unilever Belgium, nr. 78.331, 25 januari 1999; R.v.St., gemeente Sint-Pieters-Leeuw, nr. 78.338, 25 januari 1999; R.v.St., gemeente Drogenbos, nr. 78.339, 25 januari 1999; R.v.St., Dekeyser en Mairiaux, nr. 78.340, 25 januari 1999; R.v.St., De Leener en Van Calck, nr. 78.341, 25 januari 1999.

(1231) R.v.St., Bries, nr. 84.774, 20 januari 2000.

(1232) R.v.St., Feuillien, nr. 57.936, 31 januari 1996.

(1233) R.v.St., Lejeune, nr. 86.566, 4 april 2000.

2. De uitoefening van een gebonden bevoegdheid

406. Bij de uitoefening van een gebonden bevoegdheid beschikt het bestuur, in tegenstelling tot bij de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, niet over enige beoordelingsmarge. Het kan enkel nagaan of de voorwaarden waarin de wet moet worden toegepast, al dan niet vervuld zijn. Indien het bestuur een gebonden bevoegdheid uitoefent, kan er geen sprake zijn van een schending van het onpartijdigheidsbeginsel. Zo berust de beslissing om een ambtenaar, die gedurende twee opeenvolgende jaren de evaluatie “onvoldoende” heeft gekregen, wegens beroepsongeschiktheid af te danken krachtens art. XII.7 van het Vlaams personeelsstatuut, op een gebonden bevoegdheid. Het onpartijdigheidsbeginsel wordt dan ook niet geschonden doordat de secretaris-generaal die de bestreden beslissing heeft genomen, deel uitmaakte van het college van secretarissen-generaal die de evaluatie “onvoldoende” heeft toegekend (1234).

3. De eigen aard, inzonderheid de eigen structuur van het bestuur

407. Het is constante rechtspraak van de Raad van State dat de toepassing van het onpartijdigheidsbeginsel op de organen van het actief bestuur verenigbaar moet zijn met de eigen aard, inzonderheid de eigen structuur van het bestuur (1235). Zo mag de toepassing van het onpartijdigheidsbeginsel er niet toe leiden dat het nemen van een regelmatige beslissing onmogelijk wordt (1236). Dit zou het geval zijn wanneer, indien verzoekers redenering wordt gevolgd, er geen bevoegde tuchtoverheid meer voorhanden is, daar de aangevoerde bezwaren kunnen worden ingeroepen tegen alle tuchtorganen van de gemeente (1237). Om dezelfde reden is er geen sprake van een schending van het onpartijdigheidsbeginsel wanneer, na vernietiging van de tuchtstraf door de toezichthoudende overheid of de Raad van State, de-

(1234) R.v.St., Verdoodt, nr. 68.914, 16 oktober 1997.

(1235) Zie bv. R.v.St., Thys, nr. 26.116, 28 januari 1986; R.v.St., Jacquart, nr. 28.448, 15 september 1987; R.v.St., Decraemere, nr. 28.321, 30 juni 1987; R.v.St., De Boeck, nr. 34.108, 20 februari 1990, *T. Gem.* 1990, 123 en *T.B.P.* 1991, 57; R.v.St., Van Gompel, nr. 34.508, 24 april 1990; R.v.St., Dellaert, nr. 35.714, 23 oktober 1990, *T.B.P.* 1991, 778; R.v.St., Van Der Cammen, nr. 66.119, 30 april 1997; R.v.St., Masset, nr. 87.089, 8 mei 2000; R.v.St., Masset, nr. 87.090, 8 mei 2000; R.v.St., Vandevijver, nr. 110.791, 1 oktober 2002; R.v.St., De Volder, nr. 118.574, 24 april 2003; R.v.St., Wollaert, nr. 118.575, 24 april 2003.

(1236) J. DE STAERCKE, *o.c.*, nr. 104; K. LEUS, *l.c.*, nr. 16; A. VAN MENSEL, *o.c.*, nr. 68.

(1237) R.v.St., Vandevijver, nr. 110.791, 1 oktober 2002.

zelfde tuchtoverheid zich opnieuw buigt over de op te leggen tuchtstraf (1238). Wanneer de inwilliging van een verzoek tot wraking tot gevolg zou hebben dat de tuchtoverheid het quorum om geldig te beraadslagen niet meer bereikt, kan geen schending van het onpartijdigheidsbeginsel worden ingeroepen (1239).

Er is wél sprake van een schending van het onpartijdigheidsbeginsel wanneer de beoordelingscommissie die tot taak had de titels en verdiensten van kandidaten voor een benoeming te vergelijken en waarop een schijn van partijdigheid rustte, op een andere wijze kon worden samengesteld, die wel met de eis van objectieve onpartijdigheid verenigbaar was (1240).

D. Sanctie

408. De schending van het onpartijdigheidsbeginsel leidt tot de *onwettigheid* van de beslissing. De toezichthoudende overheid kan op grond van deze onwettigheid optreden door bv. de beslissing te schorsen en/of te vernietigen in het raam van het algemeen bestuurlijk toezicht. Uiteraard is de schending van het onpartijdigheidsbeginsel ook een grond tot schorsing en nietigverklaring door de Raad van State. Daarnaast kan ook de burgerlijke rechter worden gevat, bv. met een aansprakelijkheidsvordering op basis van de artikelen 1382-1383 B.W., al dan niet na een vernietigingsarrest van de Raad van State.

409. De vraag rijst of het onpartijdigheidsbeginsel de *openbare orde* raakt, zodat een schending ervan in elke stand van het geding en desnoods ambtshalve door de Raad van State kan worden opgeworpen.

In enkele arresten spreekt de Raad van State zich uitdrukkelijk in die zin uit. In het arrest Thys oordeelde de Raad van State principieel “*dat de faam van onpartijdigheid van rechter en bestuur tegenover de gemeenschap als geheel moet worden opgehouden; dat derhalve het middel of het onderdeel van het middel dat gesteund is op een tekortkoming aan die eis, van open-*

(1238) R.v.St., C.J.C., nr. 36.479, 22 februari 1991, *T. Gem.* 1991, 326; R.v.St., Gerard, nr. 53.554, 7 juni 1995, *T. Gem.* 1996, 81-85, noot I. OPDEBEEK; R.v.St., Smeets, nr. 54.023, 26 juni 1995; R.v.St., Claes, nr. 72.980, 3 april 1998; R.v.St., Van Trappen, nr. 85.022, 1 februari 2000.

(1239) R.v.St., Copenholle, nr. 126.721, 22 december 2003.

(1240) R.v.St., Moreau, nr. 130.664, 27 april 2004.

bare orde is” (1241). Dit werd in recentere rechtspraak uitdrukkelijk bevestigd (1242).

In het geciteerde arrest Thys werd echter ook overwogen dat het karakter van openbare orde kan worden “geneutraliseerd” door een ander algemeen rechtsbeginsel dat eveneens van openbare orde is, met name “*fraus omnia corrumpit*”. De Raad van State meent immers dat wanneer de rechtzoekende zich er welbewust of met een verregaande graad van lichtzinnigheid van onthoudt in een administratieve procedure zijn rechten te doen gelden, om dan, als het bestuur een beslissing heeft genomen, zich bij de Raad van State te gaan beklagen over de miskenning van die rechten, als een vorm van bedrog kan worden beschouwd. Wie zich zo gedraagt, maakt zich de toegang tot de rechter onwaardig en kan geen annulatiemiddelen, ook al zijn ze van openbare orde, doen gelden (1243). In de lijn van dit arrest heeft de Raad van State dan ook herhaaldelijk middelen afgewezen, waarbij de schending van het onpartijdigheidsbeginsel werd opgeworpen, na te hebben vastgesteld dat de verzoeker had nagelaten reeds voor het bestuur dit middel op te werpen of de wraking van sommige personen te vragen (1244). De rechtspraak van de Raad van State is evenwel niet eenduidig. Zo oordeelde de Raad van State “*dat de omstandigheid dat verzoeker de leden van de raad die hij van partijdigheid verdacht niet uitdrukkelijk heeft gewraakt, niet kan worden opgevat als een instemming, aangezien het gaat om een kwestie van openbare orde*” (1245).

(1241) R.v.St., Thys, nr. 26.116, 28 januari 1986.

(1242) R.v.St., Daniel, nr. 85.564, 23 februari 2000; R.v.St., De Becker, nr. 110.411, 18 september 2002.

(1243) R.v.St., Thys, nr. 26.116, 28 januari 1986.

(1244) Zie bv. R.v.St., Dellaert, nr. 35.714, 23 oktober 1990; R.v.St., Huyghe, nr. 56.408, 22 november 1995; R.v.St., De Witte, nr. 57.457, 10 januari 1996; R.v.St., Boone, nr. 67.212, 30 juni 1997; R.v.St., Masset, nr. 87.089, 8 mei 2000; R.v.St., Masset, nr. 87.090, 8 mei 2000; R.v.St., B.V.B.A. De Schoorsteenveger, nr. 139.563, 19 januari 2005; R.v.St., De Valck, nr. 143.822, 28 april 2005; R.v.St., Van Dooren, nr. 147.129, 30 juni 2005. Zie ook I. OPDEBEEK, *o.c.*, nr. 211; I. VAN GIEL, “Een eerste erkenning van het beginsel van behoorlijk burgerschap door de Raad van State?”, (noot onder R.v.St., nr. 133.265, 29 juni 2004), *T. Gem.* 2005, nr. 4.

(1245) R.v.St., Daniel, nr. 85.564, 23 februari 2000. Zie voor andere voorbeelden I. OPDEBEEK, *o.c.*, nr. 211.

E. Het voorkomen of verhelpen van een schending van het onpartijdigheidsbeginsel

410. Voorkomen is beter dan genezen. Het bestuur moet een gebeurlijke (schijn van) partijdigheid trachten te voorkomen vooraleer een beslissing wordt genomen. Personen op wie (een schijn van) partijdigheid rust, moeten zich onthouden van deelname aan de beraadslaging en de besluitvorming (1246). Ook leden van administratieve organen kunnen worden gewraakt (1247). Indien een verzoek tot wraking wordt geformuleerd, is het bestuur verplicht hierover een uitspraak te doen en eventueel het gewraakte lid te vragen om de vergadering te verlaten (1248). Desnoods moeten gewraakte personen zich, indien mogelijk, laten vervangen (1249).

411. De schending van het onpartijdigheidsbeginsel wordt echter niet steeds voorkomen. Dit hoeft de genomen beslissing niet per se te hypothekeren. De schending van het onpartijdigheidsbeginsel in hoofde van de tuchtoverheid in eerste aanleg wordt goedge maakt door de devolutieve werking van het administratief beroep dat tegen de in eerste aanleg genomen beslissing open staat. De onwettigheid van de beslissing genomen in eerste aanleg brengt de wettigheid van de beslissing genomen na beroep niet in het gedrang (1250).

Wanneer de schending van het onpartijdigheidsbeginsel is vastgesteld en een beslissing als gevolg daarvan teniet is gedaan, kan deze beslissing in principe worden hernomen. Vereist is dan wel dat bij het nemen van die nieuwe beslissing, de (schijn van) partijdigheid wordt weggenomen. Indien er reeds in hoofde van degene die de tuchtprocedure inleidde en het tuchtonderzoek voerde partijdigheid werd vastgesteld, impliceert dit dat de tuchtprocedure van in het begin wordt hernomen (1251). Het partijdig geachte lid van het orgaan dat een advies over een benoeming moet formuleren, mag niet meer deelnemen aan de beraadslaging van dat orgaan wanneer het zich opnieuw buigt over het uit te brengen advies (1252).

(1246) R.v.St., Bertrand, nr. 84.119, 16 december 1999.

(1247) C. BERTX, *o.c.*, nr. 652.

(1248) I. OPDEBEEK, *o.c.*, nr. 274. Een beslissing over het verzoek tot wraking is een louter voorbereidende handeling en niet vatbaar voor een beroep bij de Raad van State (R.v.St., Benoey, nr. 128.658, 2 maart 2004).

(1249) R.v.St., Daniel, nr. 85.564, 23 februari 2000; R.v.St., De Volder, nr. 118.574, 24 april 2003; B. LOMBAERT, *l.c.*, 9; I. OPDEBEEK, *o.c.*, nr. 274.

(1250) R.v.St., Decoster, nr. 133.161, 28 juni 2004.

(1251) R.v.St., De Becker, nr. 127.388, 23 januari 2004.

(1252) R.v.St., Lambert, nr. 123.179, 23 september 2003.

§ 4. *Besluit*

412. Het onafhankelijkheidsbeginsel en het onpartijdigheidsbeginsel zijn algemene rechtsbeginselen die van oudsher van toepassing zijn op de rechter en bijgevolg stevig verankerd zijn in internationale verdragsteksten en in de Belgische Grondwet. De toepassing van deze algemene rechtsbeginselen op beslissingen van het bestuur was in het verleden geenszins vanzelfsprekend. Voor het onafhankelijkheidsbeginsel geldt dit nog steeds.

Gaandeweg heeft de rechtspraak van de Raad van State zich in die zin ontwikkeld, dat ook organen van het actief bestuur de onpartijdigheidsplicht in acht moeten nemen, en dit niet enkel wanneer ze een beslissing nemen, doch ook wanneer ze een advies verlenen. De onpartijdigheidsplicht geldt voor het bestuur echter niet zo absoluut als voor de rechter. Het bestuur moet immers ingevolge de hiërarchie der normen steeds voorrang geven aan een andersluidend wettelijk voorschrift en kan soms de eigen aard en structuur van het bestuur inroepen om het onpartijdigheidsbeginsel terzijde te schuiven. Dit belet niet dat de rechtspraak van de Raad van State is geëvolueerd naar een steeds verder gaande rechtsbescherming.

Deze rechtsbescherming zet zich ook verder door in de regelgeving. Recente regelgeving legt soms uitdrukkelijk onpartijdigheids- of onafhankelijkheidsvereisten op. Ook in het Voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht krijgt het onpartijdigheidsbeginsel gestalte, zo bv. in de artikelen 2.1.1. en 7.3.12 (1253).

(1253) Voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht, *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 0496/001.

HOOFDSTUK 7. HET RECHTSZEKERHEIDS- EN VERTROUWENSBEGINSEL

Prof. dr. Marnix Van Damme
Kamervoorzitter in de Raad van State
Buitengewoon hoogleraar Vrije Universiteit Brussel

Dr. Aube Wirtgen
Advocaat
Wetenschappelijk medewerker Vrije Universiteit Brussel

§ 1. Inleiding

I. Het rechtszekerheidsbeginsel: begrip en functie

413. Het rechtszekerheidsbeginsel (1254) is een uit de rechtsstaat voortvloeiend beginsel (1255) dat inhoudt dat het recht voorzienbaar en toegankelijk dient te zijn zodat de rechtssubjecten in staat zijn de rechtsgevolgen van hun handelingen op voorhand in te schatten, en dat die rechtssubjecten moeten kunnen vertrouwen op een zekere standvastigheid bij het bestuur (1256). Op die wijze begrepen, houdt het rechtszekerheidsbeginsel in dat bepaalde grenzen worden gesteld aan de bestuurlijke vrijheid (1257).

(1254) De rechtszekerheid is een beginsel van behoorlijk bestuur, maar kan ook worden bekeken vanuit de optiek van de kwaliteit van de regelgeving. Voor de studie van het rechtszekerheidsbeginsel vanuit deze laatste gezichtshoek, zie P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1997, 663 p.

(1255) S. DE TAEYE, "Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel", in B. HUBEAU en P. POPELIER (ed.), *Behoorlijk ruimtelijk ordenen. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de ruimtelijke ordening en de stedenbouw*, Brugge, die Keure, 2002, 95; L.P. SUETENS, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning", in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, p. 24, nr. 28.

(1256) Deze tweeledigheid wordt soms tot uitdrukking gebracht in het onderscheid tussen "formeel" en "materieel" rechtszekerheidsbeginsel, waarbij het eerste begrip refereert aan de toegankelijkheid, de formele duidelijkheid en de kenbaarheid van het objectieve recht, en het tweede begrip aan de mate waarin de burger zijn subjectieve rechtspositie ziet gewaarborgd door het objectieve recht. Waar het formeel begrip uitgaat van de vereiste *duidelijkheid* van het objectieve recht, staat bij het materieel begrip de *duurzaamheid* centraal, in die zin dat de burger erop mag betrouwen dat besluiten niet abrupt of lichtvaardig in zijn nadeel worden gewijzigd of ingetrokken (S. HILLEGERS, "Rechtszekerheid in het ruimtelijk bestuursrecht", in R.J.N.

.../...

Uit het gegeven dat het rechtszekerheidsbeginsel zijn grondslag vindt in het beginsel van de rechtsstaat volgt dat het is gericht op de beslissings- en handelingsvrijheid van de burger (1258) doordat het bestuur wordt verhinderd om op een willekeurige wijze op deze vrijheid in te grijpen. Aldus begrepen heeft het rechtszekerheidsbeginsel duidelijk een waarborgfunctie. Het rechtszekerheidsbeginsel is, zoals het beginsel van de rechtsstaat, geconcipieerd als een dynamisch en rationeel beginsel. Als dynamisch beginsel is het relatief t.o.v. andere beginselen en dwingende eisen van algemeen belang. Als rationeel beginsel neemt het een rationeel plannende persoon als uitgangspunt en wordt het bestuursoptreden volgens de maatstaf van de redelijkheid beoordeeld (1259).

414. In de rechtspraak wordt vrij algemeen aangenomen dat de rechtszekerheid een algemeen rechtsbeginsel is waaraan zowel het regelgevende als het individuele overheidsoptreden kunnen worden getoetst (1260) en aan de hand waarvan bestuursgeschillen kunnen worden beslecht (1261). Als zodanig draagt het rechtszekerheidsbeginsel ertoe bij dat het bestuursoptreden binnen de perken blijft van wat over het algemeen als rechtmatig wordt aangevoeld en kan het beginsel dienstig zijn bij de wetsinterpretatie en het wegwerken van contradicties in het geschreven recht (1262).

.../...

SCHLÖSSELS, A.J. BOK, H.J.A.M. VAN GEEST en S. HILLEGERS (ed.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, 177). Voor een kritische benadering en enigszins andere invulling van het onderscheid tussen "formeel" en "materieel" rechtszekerheidsbeginsel, zie S. DE TAEYE, "Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel", *l.c.*, 97.

(1257) D. D'HOOGHE, "Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid", *R.W.* 1993-94, 1103.

(1258) Vgl. met C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Een analyse van het systeem van administratieve rechtspraak in België*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, p. 334, nr. 749.

(1259) P. POPELIER, *o.c.*, p. 175, nr. 212.

(1260) Zie, benevens de in deze bijdrage aangehaalde rechtspraak, tevens P. POPELIER, "De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel", in M.E. STORME, P. POPELIER en R. VERSTRAETEN, *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in België*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Wilink, 1997, p. 77-79, nrs. 4-8, met verwijzing naar de afwijzende houding van C. PARMEN-TIER, "La sécurité juridique, un principe général du droit?", in *La sécurité juridique. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 14 mai 1993*, Luik, a.s.b.l. Editions du Jeune Barreau de Liège, 1993, 32-33.

(1261) C. BERX, *o.c.*, p. 337, nr. 757.

(1262) F. DEBAEDTS, "De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht", in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen. Referaten van de lezingencyclus georganiseerd door de Interuniversitaire Kontaktgroep Rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 268. Zo bv. schendt de overheid het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod

.../...

II. De gevarieerde toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel

415. Het toenemende aantal beginselen van behoorlijk bestuur heeft het er niet makkelijker op gemaakt om die beginselen inhoudelijk steeds duidelijk van elkaar te onderscheiden. Wat specifiek het rechtszekerheidsbeginsel betreft, stelde WIARDA – niet zonder enige ironie – dat het een beginsel betreft waarvan de naam niet kan wegnemen dat het vooralsnog met veel onzekerheid is omgeven (1263). De meest recente classificaties van beginselen van behoorlijk bestuur tonen aan dat die onzekerheid niet is weggevoerd en dat de concrete invulling van met name het rechtszekerheidsbeginsel kan wisselen (1264). Al bij al heeft het rechtszekerheidsbeginsel een vrij algemene, soms wat vage connotatie die niet bevorderlijk is voor de voorspelbaarheid van het recht (1265).

416. Het rechtszekerheidsbeginsel valt te onderscheiden van de typische beginselen die geschikt zijn om een in bestuurlijke vrijheid genomen beschikking te toetsen zonder dat rechtstreeks aan de beleidsvrijheid zelf wordt getornd, zoals o.m. het geval is voor de vereisten inzake een zorgvuldige besluitvorming. Het rechtszekerheidsbeginsel is immers bij uitstek één van die fundamentele rechtsbeginselen die, zoals het gelijkheidsbeginsel, aan de gehele rechtsorde ten grondslag liggen. De rechtszekerheid vormt om die reden de ratio voor tal van rechtsregels en andere beginselen (1266).

417. Het rechtszekerheidsbeginsel omvat diverse aspecten (1267) die zich moeilijk laten vatten in één algemene omschrijving en waaromtrent de drie hoogste rechtscolleges van het land overigens niet steeds dezelfde

.../...

van willekeur en verleent zij aan het veranderlijkheidsbeginsel een draagwijdte die het niet heeft, wanneer zij eerst een bijzonder plan van aanleg definitief goedkeurt, waarbij de bestemming van het betrokken gebied tot woonuitbreidingsgebied wordt bevestigd, en zij nagenoeg gelijktijdig een gewestplan voorlopig en vervolgens definitief goedkeurt, waarbij datzelfde gebied wordt bestemd tot landbouw-, resp. parkgebied (Antwerpen 23 april 2001, *T.R.O.S.* 2001, 228, noot S. LUST).

(1263) Aangehaald in F. DEBAEDTS, *l.c.*, 253.

(1264) J. DE STAERCKE, "Beginselen van behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen", *NjW* 2004, 1407-1408.

(1265) D. D'HOOOGHE, *l.c.*, 1103.

(1266) I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, p. 113-114, nrs. 222-224.

(1267) Verder in deze bijdrage wordt aandacht besteed aan de aspecten die door het merendeel van de auteurs worden gezien als zijnde aspecten van het rechtszekerheidsbeginsel.

concepten en uitgangspunten hanteren (1268). Het komt derhalve niet als geheel onbegrijpelijk over dat het rechtszekerheidsbeginsel een onvoldoende onderscheidend vermogen is toegeschreven geworden om specifiek als een beginsel van behoorlijk bestuur te fungeren. Veeleer gaat het om een algemeen rechtsbeginsel dat als grondslag dient voor andere beginselen van behoorlijk bestuur.

Toetst men deze stelling aan de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel in de rechtspraak van de Raad van State, dan moet inderdaad worden vastgesteld dat die toepassing betrekking heeft op een waaier van situaties en uiteenlopende doeleinden nastreeft. Die toepassing zal niet zelden gebeuren in samenhang met andere behoorlijkheidsregels, waarbij een schending van het rechtszekerheidsbeginsel evenzeer zal kunnen worden uitgelegd als een schending van andere beginselen van behoorlijk bestuur die betrekking hebben op onder meer de voorbereiding, de vaststelling, de motivering of de kennisgeving van de bestuurlijke beslissing. Het rechtszekerheidsbeginsel zal m.a.w. vaak andere beginselen van behoorlijk bestuur overlappen.

418. De soms onduidelijke of onbepaalde draagwijdte van het rechtszekerheidsbeginsel ligt er wellicht aan ten grondslag van dat de schending van dat beginsel relatief veelvuldig wordt ingeroepen voor de rechter, maar dat zulks niet zelden ten onrechte (1269) of zonder nadere toelichting (1270) gebeurt en zonder dat de rechter zijn uiteindelijke oordeel effectief steunt op dergelijke schending. Voor dat laatste biedt dan niet enkel de complexe inhoud van het rechtszekerheidsbeginsel een verklaring, maar ook de soms bij de rechter levende vrees om, via de toetsing van het rechtszekerheidsbeginsel, veeleer een beleids- dan een wettigheidscontrole te verrichten. Daarnaast is er de vaststelling dat de rechter veelal over meer omliggende alternatieven zal beschikken om onregelmatig bestuursoptreden te sanctioneren, zoals bijvoorbeeld door middel van een controle van de motieven (1271).

(1268) S. DE TAEYE, "Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel", *l.c.*, 95.

(1269) Zie bv. R.v.St., X., nr. 104.270, 4 maart 2002; R.v.St., Scheelen-Nouwen, nr. 105.307, 28 maart 2002; R.v.St., N.V. Rodney's, nr. 108.923, 5 juli 2002; R.v.St., C.V. Intercommunale Haviland, nr. 121.147, 1 juli 2003; R.v.St., N.V. Van Den Plas, nr. 126.345, 12 december 2003; R.v.St., Huybrechts, nr. 130.674, 27 april 2004; voor een voorbeeld in de rechtspraak van de justitiële rechter Gent 17 oktober 2002, *T.M.R.* 2003, 61.

(1270) Zie bv. R.v.St., N.V. Aveve, nr. 132.404, 15 juni 2004.

(1271) S. DE TAEYE, "Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel", *l.c.*, 116-117; zie ook J. CONRATD, "Les principes de bonne administration dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *A.P.T.* 1999, 286. Zie ook verder nr. 422.

III. De plaats van het rechtszekerheidsbeginsel in de hiërarchie der normen

419. Voor een goed begrip van de functie en het belang van het rechtszekerheidsbeginsel is het cruciaal te weten welke plaats dat beginsel als rechtsbron inneemt in de hiërarchie der normen. Het rechtszekerheidsbeginsel is getypeerd geworden als een algemeen rechtsbeginsel met een *grondwettelijke status* (1272), dat prevaleert op de wet en waaraan door het Arbitragehof binnen zijn bevoegdheidssfeer kan worden getoetst (1273). Dit standpunt wordt evenwel niet eensgezind aanvaard (1274) en sommigen pleiten voor het maken van een onderscheid tussen, enerzijds, het rechtszekerheidsbeginsel als beginsel van behoorlijke wetgeving en, anderzijds, het rechtszekerheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur (1275). In dat laatste geval zou het rechtszekerheidsbeginsel geen grondwettelijke waarde worden toegedicht en zou, in principe, dat beginsel niet kunnen opwegen tegen het legaliteitsbeginsel.

Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat de klassieke primauteit van het legaliteitsbeginsel de voorbije jaren soms getemperd, of minstens gerelativeerd, is geworden: het standpunt volgens hetwelk beginselen van behoorlijk bestuur, en met name het rechtszekerheidsbeginsel, niet kunnen primeren boven en ingaan tegen de wet, mag dan nog steeds overwegend zijn in

(1272) Volgens L.P. SUETENS dient aan het rechtszekerheidsbeginsel de waarde van een grondwettelijke regel te worden toegekend omdat het betrokken beginsel zijn grondslag vindt in het beginsel van de rechtsstaat (L.P. SUETENS, *l.c.*, p. 25, nr. 28). Zie ook A. BOSSUYT, "Algemene rechtsbeginselen", *Verslag van het Hof van Cassatie* 2003, 142-144; P. POPELIER, "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel vs het legaliteitsbeginsel voor het Hof van Cassatie", (noot onder Cass. 14 juni 1999), *R. Cass.* 2000, 71-72.

(1273) Het Arbitragehof oefent toezicht uit op de rechtmatigheid van retroactieve wetgeving door die wetgeving te toetsen aan het gelijkheidsbeginsel, gelezen in samenhang met het rechtszekerheidsbeginsel. Voor een bespreking van de rechtspraak van het Hof in bv. fiscale aangelegenheden, zie o.m. P. PEETERS, "De fiscale beginselen van gelijkheid, legaliteit, rechtszekerheid en eenjarigheid in de rechtspraak van het Arbitragehof", *T.B.P.* 2005, 346-350.

(1274) Het toekennen van grondwettelijke waarde aan beginselen van behoorlijk bestuur wordt door sommige auteurs beschouwd als zijnde in tegenspraak met de filosofie die aan het ontstaan van dergelijke beginselen ten grondslag ligt, zijnde het bieden van een tegengewicht voor de toegenomen bewegingsvrijheid van het bestuur als gevolg van de "terugtrek van de wetgever". Zie over deze zogeheten "compensatietheorie", J. DE STAERCCKE, *l.c.*, 1406 en 1415.

(1275) S. DE TAEYE, "Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel", *l.c.*, 101; vgl. met J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, "Enkele knelpunten in de hiërarchie van de rechtsnormen", in X. (ed.), *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 73-74.

de rechtspraak (1276), het is niet langer het enige en onbetwiste standpunt (1277).

IV. Rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel

420. De burger moet kunnen vertrouwen op toezeggingen of beloften die het bestuur in een concreet geval heeft gedaan of op wat door hem niet anders kan worden opgevat dan als een vaste gedrags- of beleidsregel van het bestuur op grond waarvan dat bestuur de door hem opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen niet mag beschamen. Het aldus omschreven vertrouwensbeginsel vormt een aspect (1278) van het ruimere beginsel van de rechtszekerheid en geniet als zodanig erkenning in de rechtspraak van het Hof van Cassatie (1279) en de Raad van State (1280), maar ook in die van het Arbitragehof (1281). Het onmiskenbaar verband dat bestaat tussen het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel (1282) impliceert evenwel niet dat het vertrouwensbeginsel steeds en uitsluitend als een zaak van rechtszekerheid wordt gezien: het vertrouwensbeginsel wordt soms in verband gebracht met andere beginselen, zoals die inzake de zorgvuldigheid (1283), de redelijkheid (1284) en de gelijkheid (1285).

(1276) Zie o.m. Cass. 23 juni 1980, *T.B.P.* 1980, 501-506, concl. LENAERTS; Cass. 14 juni 1999, *R. Cass.* 2000, 73-76, noot P. POPELIER; Cass. 30 oktober 2000, *R.W.* 2001-02, 58. Zie bv. ook *R.v.St.*, Jassogne, nr. 17.713, 16 juni 1976.

(1277) Zie verder in deze bijdrage, de nrs. 421, 468 en 469.

(1278) Het vertrouwensbeginsel wordt soms als een "afgeleide" van het rechtszekerheidsbeginsel gezien (M. FROMONT, "Le principe de sécurité juridique", *A.J.D.A.* 1996, 179).

(1279) Zie o.m. Cass. 10 juni 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1313; Cass. 27 maart 1992, *R.W.* 1991-92, 1466; Cass. 3 november 2000, *Arr. Cass.* 2000-01, 1710; Cass. 3 juni 2002, *R.W.* 2003-04, 1062.

(1280) *R.v.St.*, v.z.w. Vlaams Centrum voor Levensvorming, nr. 129.541, 22 maart 2004, waarin zowel een omschrijving wordt gegeven van het rechtszekerheids- als van het vertrouwensbeginsel.

(1281) P. POPELIER, "De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel", *l.c.*, p. 104 e.v., nrs. 44 e.v.

(1282) De plicht van het bestuur om bij de burger gewekte verwachtingen in de mate van het mogelijke te honoreren, wordt door sommige auteurs zelfs het "subjectief rechtszekerheidsbeginsel" genoemd (zie bv. W. DUK, "De zachte kern van het bestuursrecht", *R.M.Themis* 1978, 577).

(1283) Uit zowel de rechtspraak van de Raad van State (zie bv. *R.v.St.*, Bracke, nr. 20.324, 13 mei 1980; *R.v.St.*, Brauers, nr. 41.504, 28 december 1992), als uit de rechtsleer (zie o.m. I. OPDEBEEK, *o.c.*, p. 39, nr. 75, met verwijzing naar *R.v.St.*, Tibax, nr. 20.599, 30 september 1980 en *R.v.St.*, V., nr. 27.685, 17 maart 1987, *T. Gem.* 1988, 117; A. ROEVENS, "De rechtszekerheid, de billijkheid en de goede trouw, grondpijlers van het recht", in X. (ed.), *Liber*

.../...

Dat overlappingsen tussen beginselen van behoorlijk bestuur voorkomen, hoeft geen verwondering te wekken: het is nu eenmaal eigen aan dergelijke beginselen dat de praktische invulling ervan op een gevarieerde en niet steeds even nauwkeurig af te bakenen wijze gebeurt. Wat specifiek het vertrouwensbeginsel betreft, kan niettemin worden gewezen op een aantal recente evoluties die van aard zijn om dat beginsel wat duidelijker te onderscheiden van het rechtszekerheidsbeginsel (1286).

421. Het vertrouwensbeginsel mag, in vergelijking met het rechtszekerheidsbeginsel, relatief recent worden genoemd. De reden daarvoor dient gezocht bij de wetsgebondenheid van het bestuur of, anders uitgedrukt, bij de traditioneel ruime doorwerking van het legaliteitsbeginsel in het bestuursrecht. Het vertrouwensbeginsel ligt in het bestuursrecht veelal problematischer dan in het privaatrecht al was het maar omdat, anders dan wat voor de deelnemers in het privaatrechtelijke rechtsverkeer het geval is, bestuursorganen niet vrijelijk over hun rechtspositie kunnen beschikken, maar gebonden zijn door de bevoegdheidsuitoefening die het objectieve recht hen met het oog op het verwezenlijken van een bepaalde taak van algemeen belang oplegt (1287). Dat betekent dat, in principe, bestuursorganen slechts kunnen worden geacht om door hen bij de burger opgewekte verwachtingen te honoreren, binnen de contouren van de hen door het objectieve recht verleende – wettelijke – bevoegdheidsopdracht.

.../...

Amicorum Josse Mertens de Wilmars, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 248), volgt dat de vertrouwensleer niet zelden op zowel het rechtszekerheids- als het zorgvuldigheidsbeginsel wordt gesteund.

(1284) Het bestuur dat bij de uitoefening van zijn bevoegdheden de beginselen van de redelijkheid en de zorgvuldigheid in acht neemt, zal doorgaans minder snel de indruk wekken een bepaalde situatie te gedogen en aldus een bepaald vertrouwen in het leven te roepen (G. MAES, "Aan wie heeft, wordt gegeven. Over het vertrouwensbeginsel bij gedogend bestuursoptreden", *A.J.T.* 1999-2000, 710).

(1285) Het bestuur dient bij het nemen van een besluit verwachtingen te honoreren die in *eenzelfde situatie* omtrent dat besluit zijn gewekt.

(1286) Wat niet wegneemt dat het inhoudelijke verband tussen rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel blijft bestaan: kan dit laatste nog als een "verbijzondering" van het rechtszekerheidsbeginsel worden gezien, dan lijkt toch bezwaarlijk te kunnen worden gesproken van het vertrouwensbeginsel als een "verzelfstandigd" beginsel van behoorlijk bestuur dat volledig losstaat van het rechtszekerheidsbeginsel: aard en origine van het vertrouwensbeginsel verzetten zich daartegen (voor een aantal argumenten die pleiten in de richting van "verzelfstandiging", zie S. DE TAEYE, "Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel", *l.c.*, 98-100).

(1287) A.J. BOK, "Het vertrouwensbeginsel, een beginsel op tegenspraak. Ofwel: botsing van rechtsbeginselen, toegelicht aan de hand van het vertrouwensbeginsel", in R.J.N. SCHLÖSSELS, A.J. BOK, H.J.A.M. VAN GEEST en S. HILLEGERS, (eds.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, 93.

Het vertrouwensbeginsel heeft uit zijn aard derhalve niet de roep om, zoals het klassieke rechtszekerheidsbeginsel, een inherent, natuurlijk uitvloeisel te zijn van de rechtsstaatsgedachte. Dat het vertrouwensbeginsel gedurende de laatste decennia desondanks een eigen plaats heeft verworven in het geheel van de beginselen van behoorlijk bestuur, kent diverse redenen. Zo heeft de toenemende tendens die erin bestaat dat het bestuur gebruik maakt van privaatrechtelijke technieken of publiek-private samenwerkingsvormen een soort van “demystificatie” van het eenzijdige, autoritaire bestuursoptreden in de hand gewerkt, waardoor dat laatste een stuk minder vrijblijvend is geworden naar de rechtsonderhorige toe. Integendeel, het aanzwengelende aantal stemmen dat pleit voor een “wederkerig bestuursrecht” (1288) heeft ertoe geleid dat de bestuurlijke besluitvorming almaar vaker wordt gezien als een proces waarbij het bestuur, maar ook de burger, eigen verantwoordelijkheden hebben te dragen. Vanuit die optiek bekeken, wint de wijze waarop het bestuursoptreden door de rechtsonderhorige wordt geconcipieerd aan relevantie en ontstaat meer ruimte voor de ontwikkeling van het vertrouwensbeginsel.

Daarnaast is er de vaststelling dat de klassieke primauteit van het legaliteitsbeginsel de voorbije jaren getemperd, of minstens gerelativeerd, is geworden (1289). De toepassing van beginselen van behoorlijk bestuur wordt meer dan voorheen gezien als een zaak van belangenafweging die wordt geacht voort te vloeien uit de aard van de beginselen zelf, ook al gaat het daarbij om een traditioneel zwaarwichtig beginsel zoals het legaliteitsbeginsel (1290). Steeds vaker wordt op de relatieve waarde van dat laatste beginsel gewezen en wordt eraan een automatische voorrang boven de overige beginselen ontzegd.

Daarenboven wordt, voor het beoordelen van de rechtszekerheidsproblematiek, naast de klassieke concepten, zoals dat met betrekking tot de “definitief verkregen rechten”, meer en meer ook gebruik gemaakt van meer soepele en makkelijker in te vullen begrippen, zoals dat van de “rechtmati-

(1288) M. VAN DAMME, “Goede trouw van burger en bestuur”, *R.W.* 1989-90, 1107-1119 en de reactie van W. LAMBRECHTS, *R.W.* 1989-90, 1120-1121.

(1289) De onmogelijkheid van “*contra legem*”-werking van het vertrouwensbeginsel – geruime tijd als voor de hand liggend beschouwd – is niet langer meer zo evident. Zie in dat verband nrs. 468-469.

(1290) Het gegeven dat het legaliteitsbeginsel neerslag vindt in o.m. de artikelen 108 en 159 G.W. geeft aan dat beginsel weliswaar een extra gewicht, maar ontoedoet het niet van zijn relatief karakter (P. POPELIER, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel vs. het legaliteitsbeginsel voor het Hof van Cassatie”, (noot onder Cass. 14 juni 1999), *R. Cass.* 2000, 70-73).

ge verwachtingen” (1291), waardoor uiteraard de explicitering van het meer specifieke vertrouwensbeginsel binnen het vizier komt.

422. Waar het rechtszekerheidsbeginsel in hoofdzaak aspecten in zich sluit waarvan de toepassing in hoge mate voor een zekere “objectivering” vatbaar zijn (1292), is dat niet of veel minder het geval bij de toepassing van het vertrouwensbeginsel. Dat laatste beginsel is meer casuïstisch en daardoor “subjectief” van aard. Hierdoor wordt het gekenmerkt door een zekere soepelheid, maar wordt het tegelijk een stuk minder afgebakend en moeilijker om precies in te schatten.

Dit vormt één van de verklaringen waarom het vertrouwensbeginsel weliswaar frequenter dan voorheen wordt ingeroepen voor de rechter, maar dat deze zijn oordeel slechts veeleer uitzonderlijk zal steunen op dat beginsel. De rechter zal immers veelal opteren voor een voor hem meer “rechtszeker” d.w.z. duidelijker, concreter en minder discutabel alternatief om onregelmatig bestuursoptreden te sanctioneren, zoals de schending van een bepaalde rechtsregel of de niet-naleving van de motiveringsplicht, welke alternatieven bovendien voor de rechter minder het risico inhouden dat hem wordt aangewreven dat hij een beleidscontrole verricht (1293).

Evenmin mag uit het oog worden verloren dat de toepassing van het vertrouwensbeginsel in bestuursrechtelijke aangelegenheden een integrale belangenafweging veronderstelt die verder reikt dan de belangen van de tegenpartij in een geding voor de rechter, en die ook belangen van derden en, ruimer nog, het algemeen belang behelst. Dergelijke afweging zal door de rechter niet zelden als moeilijk en delicaat worden ervaren (1294) en dreigt hem verder weg te drijven van de wettigheidscontrole die tot zijn eigenlijke taak behoort. Ook die vaststelling doet eraan twijfelen of het vertrouwensbeginsel in de toekomst zal uitgroeien tot een frequent door de rechters gehanteerde toetsingsgrond.

(1291) P. POPELIER, “De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel”, *l.c.*, p.113, nr. 58.

(1292) Te denken valt hier bv. aan de problematiek van de kenbaarheid en de toegankelijkheid van de bestuurlijke besluitvorming en inzake de terugwerkende kracht.

(1293) S. DE TAEYE, “Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel”, *l.c.*, 115 e.v.

(1294) Dat die belangenafweging gebeurt op grond van uiteenlopende criteria blijkt bv. uit P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd. Vaststelling en beoordeling van temporele functies*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1999, p. 180-196, nrs. 290-321.

§ 2. Kenbaarheid en duidelijkheid van het recht

423. De eerbiediging van het rechtszekerheidsbeginsel impliceert dat de burger zijn rechten en de op hem rustende verplichtingen met de vereiste precisie kan kennen (1295) en dat hij de gevolgen van zijn handelingen kan voorzien.

424. Waar er in beginsel geen verplichting bestaat om vooraf beleidsregels vast te stellen, kan het rechtszekerheidsbeginsel in bepaalde omstandigheden vereisen dat regels en criteria worden vastgesteld m.b.t. de wijze waarop het bestuur van een discretionaire bevoegdheid gebruik zal maken (1296). Beslissingen dienen, ter wille van het rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, op duidelijke wijze te worden geformuleerd (1297). Tevens impliceert het rechtszekerheidsbeginsel dat de burger niet kan worden geacht te zijn gebonden door normen die niet werden bekendgemaakt (1298) of die laattijdig werden bekendgemaakt (1299). Ook de wijze van kennisgeving houdt verband met het rechtszekerheidsbeginsel (1300).

Het rechtszekerheidsbeginsel werd ook betrokken op de verplichting die op het bestuur rust om de rechtmatigheid van genomen beslissingen te be- wijzen (1301).

(1295) R.v.St., v.z.w. Unie van Zelfstandige Ondernemers (UNIZO) en v.z.w. Federatie van Vrije en Intellectuele Beroepen (FVIB), nr. 139.957, 31 januari 2005; zie ook R.v.St., Bogaert, nr. 139.956, 31 januari 2005.

(1296) R.v.St., Combes, nr. 28.276, 29 juni 1987.

(1297) R.v.St., D'Heer, nr. 39.553, 2 juni 1992.

(1298) R.v.St., Van Landeghem, nr. 40.968, 5 november 1992; R.v.St., Polfliet, nr. 46.004, 4 februari 1994; R.v.St., a.s.b.l. Jeunesse et Droit, nr. 72.843, 30 maart 1998; R.v.St., Association hospitalière "Centre hospitalier universitaire Saint-Pierre", nr. 76.651, 26 oktober 1998; zie echter ook R.v.St., N.V. Outdoor Centre en cons., nr. 74.341, 17 juni 1998, *Mensenrechten Jaarboek 1998/2000 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen, Maklu uitgevers, 2002, 313, noot J. DEBIEVRE. Meer in het algemeen werd erop gewezen dat artikel 190 G.W. een vereiste verwoordt dat voortvloeit uit het rechtszekerheidsbeginsel (P. LEFRANC, "De bekendmaking en de betekening van administratieve rechtshandelingen", *T.G.R.* 1995, 78; J. VELAERS, "Artikel 190 van de grondwet: de bekendmaking in de vorm bij wet bepaald als voorwaarde voor de verbindendheid van wetten, besluiten en verordeningen van algemeen, provinciaal of gemeentelijk bestuur", in L. WINTGENS (ed.), *De verplichting tot bekendmaking van de norm*, Brugge, die Keure, 2003, 31).

(1299) R.v.St., Maton, nr. 42.304, 16 maart 1993; R.v.St., Jacobs, nr. 74.846, 30 juni 1998; R.v.St., Luyten, nr. 90.238, 16 oktober 2000; zie ook de noot van P. POPELIER, bij een arrest van de Raad van State van 12 februari 1998, *R.W.* 1997-98, 1474-1476.

(1300) D. D'HOOGHE, *l.c.*, 1097, en de door deze auteur aangehaalde rechtspraak.

(1301) R.v.St., Craps, nr. 12.187, 27 januari 1967.

425. Omwille van de rechtszekerheid kan vereist zijn dat het bestuur geen impliciete, maar een uitdrukkelijke, formele beslissing neemt (1302) of dat het binnen een redelijke termijn beslist. Het redelijketermijnvereiste vormt een aspect van het zorgvuldigheidsbeginsel (1303), maar streeft, als corollarium van de verplichting tot handelen van het bestuur, ongetwijfeld ook een oogmerk van rechtszekerheid na doordat het wil vermijden dat de rechtssubjecten en het bestuur zelf te lange tijd onzeker zouden zijn omtrent de rechtstoestand van de betrokkenen (1304). In de rechtspraak van de Raad van State wordt derhalve regelmatig het verband gelegd tussen het vereiste inzake de redelijke termijn en de rechtszekerheid (1305). Uit die rechtspraak valt af te leiden dat de redelijketermijneis ook t.a.v. de rechtzoekende geldt in de mate dat diens handelwijze tot gevolg heeft dat de gelding van een administratieve beslissing gedurende onbepaalde tijd onzeker blijft (1306).

426. De rechtszekerheid kan in het gedrang komen in geval van het niet-naleven van een vervaltermijn (1307), in die zin dat, louter door het verstrijken van dergelijke termijn, wijzigingen worden aangebracht in de

(1302) Bv. R.v.St., N.V. Eikenaar, nr. 39.715, 12 juni 1992 (i.v.m. een ambtshalve sanering); R.v.St., Druetz, nr. 65.658, 26 maart 1997 (i.v.m. de overgang van de stand van actieve dienst naar de stand van terbeschikkingstelling).

(1303) R.v.St., Herremans, nr. 74.391, 22 juni 1998.

(1304) "... *par l'effet de l'écoulement du temps, une situation juridique individuelle soit est incertaine – et dans ce cas, il s'agit de mettre fin à cette incertitude qui ne peut se prolonger, soit pourrait voir sa certitude remise en cause – et dans ce cas il s'agit d'éviter la contestation de cette servitude acquise. Dans l'un et dans l'autre cas, la sécurité juridique est invoquée dans l'intérêt du droit, assurément, et dans celui du requérant certainement*" (M. HANOTIAU, "La sécurité juridique et la section d'administration du Conseil d'Etat", in *La sécurité juridique. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 14 mai 1993*, Luik, a.s.b.l. Editions du Jeune Barreau de Liège, 1993, 226). Zie ook I. OPDEBEEK, *o.c.*, p. 113-114, nrs. 222-224.

(1305) Zie o.m. R.v.St., gemeente Oudergem, nr. 32.254, 21 maart 1989; R.v.St., Delsa, nr. 41.550, 11 januari 1993; R.v.St., Chaval, nr. 57.130, 20 december 1995; R.v.St., De Brabandere, nr. 67.981, 4 september 1997; *T. Gem.* 1998, 272-273, noot A. COOLSAET; R.v.St., Ligo, nr. 72.215, 4 maart 1998; R.v.St., gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe, nr. 73.632, 13 mei 1998; R.v.St., N.V. Toys "R" US Belgium, nr. 81.447, 29 juni 1999; R.v.St., Swerts, nr. 111.745, 22 oktober 2002.

(1306) Zie bv. R.v.St., Deblaere, nr. 81.450, 29 juni 1999.

(1307) R.v.St., gemeente Deftinge, nr. 11.599, 18 januari 1966; R.v.St., Delisse en Delisse, nr. 58.811, 26 maart 1996; R.v.St., Adams en Adams, nr. 64.263, 30 januari 1997; R.v.St., Bostoen, nr. 78.149, 14 januari 1999; R.v.St., N.V. Reyntiens, nr. 81.399, 28 juni 1999; R.v.St., B.V.B.A. Sonaers, nr. 83.493, 16 november 1999; R.v.St., Swalens, Lemaigre en Croix, nr. 107.821, 13 juni 2002; R.v.St., Goossens, nr. 126.383, 12 december 2003; R.v.St., B.V.B.A. Dirk Van Dessel, nr. 140.131, 3 februari 2005.

rechtsorde of dat juist wordt belet dat alsnog wijzigingen worden doorgevoerd (1308).

Ook de regeling van de beroepstermijn bij de Raad van State belangt – als procedureregeling die de uitvoerbaarheid van administratieve beslissingen betreft – de rechtszekerheid aan (1309).

§ 3. De niet-retroactiviteit van administratieve rechtshandelingen

I. Principe: verbod van retroactiviteit

427. De niet-retroactiviteit van administratieve rechtshandelingen van reglementaire of individuele aard is een algemeen rechtsbeginsel dat ertoe strekt de individuele belangen en de rechtszekerheid veilig te stellen (1310). Er wordt niet langer aangenomen dat het principe van de niet-retroactiviteit in artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek grondslag vindt. Laatstgenoemd wetsartikel bepaalt dat de wet enkel voor het toekomstige beschikt en geen terugwerkende kracht heeft, en maakt in de eerste plaats een interpretatieregel uit (1311), “un précepte de haute déontologie” voor de wetgever (1312), maar geen grondwettelijke regel, en houdt als zodanig evenmin een verplichting in voor deze laatste (1313).

(1308) “*Vervaltermijnen zal men daar vinden waar de rechtszekerheid in het geding is; daar waar het noodzakelijk is dat voor derden komt vast te staan wat hun rechtstoestand is*” (I. OP-DEBEEK, o.c., p. 79-80, nr. 148).

(1309) R.v.St., Krampiltz, nr. 102.951, 28 januari 2002.

(1310) Cass. 22 oktober 1970, *Pas.* 1971, I, 144, concl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, noot A. VANWELKENHUYZEN, *R.C.J.B.* 1972, 283-319, noot M.-Th. CUVEL-LIEZ en *J.T.* 1972, 8; Cass. 15 april 1991, *Pas.* 1991, I, 731; Cass. 9 januari 1995, *Pas.* 1995, I, 27; Cass. 22 januari 1996, concl. M. LECLERCQ, *A.P.T.* 1996, 32-37; Gent 16 januari 1997, *R.W.* 1997-98, 228-229. Zie ook R.v.St., P.V.B.A. Ferronneries Alexandre en cons., nr. 18.308, 9 juni 1977, advies M.-Th. BOURQUIN, *A.P.T.* 1977-78, 73-80; R.v.St., Bodden, nr. 26.872, 10 september 1986; R.v.St., v.z.w. Vereniging van de Nederlandstalige Keurders, nr. 38.737, 13 februari 1992; R.v.St., Goosse, nr. 62.921, 5 november 1996; R.v.St., Orfinger, nr. 62.922, 5 november 1996, noot C. MOLITOR, *A.P.T.* 1997, 199-215 en *C.D.P.K.* 1997, 134-139, advies O. DAURMONT; R.v.St., Dutron, nr. 94.176, 21 maart 2001; R.v.St., Wittevrongel, nr. 134.860, 14 september 2004; R.v.St., v.z.w. Unie van Zelfstandige Ondernemers (UNIZO) en v.z.w. Federatie van Vrije en Intellectuele Beroepen (FVIB), nr. 139.957, 31 januari 2005. (1311) R.v.St., Casaer, nr. 17.412, 3 februari 1976, *R.W.* 1976-77, 1753-1759, noot W. VAN NOTEN.

(1312) Concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH voor Cass. 5 februari 1970, *Pas.* 1970, I, 486 en voor Cass. 22 oktober 1970, *Pas.* 1971, I, 145.

(1313) Voor een recente bevestiging van dat principe in de rechtspraak van de Raad van State, zie o.m. R.v.St., Bogaert, nr. 139.956, 31 januari 2005; R.v.St., v.z.w. Unie van Zelfstandige Ondernemers (UNIZO) en Federatie van Vrije en Intellectuele Beroepen (FVIB), nr. 139.957, 31 januari 2005.

428. De retroactiviteit van administratieve rechtshandelingen staat niet per definitie op gespannen voet met het rechtszekerheidsbeginsel. Er kunnen zich immers gevallen voordoen waarin het verlenen van terugwerkende kracht aan een bestuurshandeling geboden is vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid.

Dat kan bijvoorbeeld zo zijn ingeval een bepaalde regeling te laat in werking trad als gevolg van een onzorgvuldigheid van het bestuur en de retroactiviteit alsdan bijdraagt tot het rechtsherstel van de betrokkenen (1314). De rechtszekerheid kan er evenzeer mee zijn gediend indien retroactief een einde wordt gesteld aan een technische anomalie of materiële vergissing in de regelgeving, er een juridische leemte wordt verholpen of het bestuur een voor de betrokkenen, in het verleden reeds gevolgde gunstige praktijk regulariseert, zodat op die manier een discrepantie tussen norm en praktijk wordt weggewerkt (1315).

Gebeurlijk zal de eerbiediging van bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel tot retroactiviteit nopen (1316), dan wel kan de goede uitvoering van een vernietigingsarrest van de Raad van State zulks vereisen. In voorkomend geval zit retroactiviteit ingebakken in de aard van de maatregel (1317).

(1314) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, p. 43, nr. 110.

(1315) Het procédé van de regularisatie kan nochtans niet ongenueanceerd worden bijgevallen. Zo werd er bv. reeds bij herhaling door de afdeling wetgeving van de Raad van State op gewezen dat de praktijk die er, vooral in onderwijsaangelegenheden, in bestaat om een voorheen bij ministeriële omzendbrief opgelegde bestuurspraktijk retroactief een decretale basis te geven, in beginsel niet toegelaten is. Hierdoor wordt immers afgeweken van de gangbare regels die moeten worden gevolgd bij het totstandkomen van reglementaire bepalingen en waardoor die regels dreigen te worden uitgehold. Voorts dreigt op die manier de beslissingsbevoegdheid van de regering aan banden te worden gelegd en moet worden vastgesteld dat de inhoud van de betrokken omzendbrieven niet is bekendgemaakt op een wijze zoals bedoeld in artikel 190 van de Grondwet. Ten slotte werd er nog op gewezen dat dergelijke handelwijze een bron van rechtsonzekerheid is voor de rechtsonderhorige (J. VAN NIEUWENHOVE, "Behoorlijke wetgeving in de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State (2002)", *T.v.W.* 2003, 210). De retroactiviteit mag evenmin strekken tot het toedekken of regulariseren van een illegale activiteit (zie bv., inzake het verlenen van een retroactieve milieuvergunning, R.v.St., C.V. Igemo, nr. 79.688, 1 april 1999). Een ander aspect van de problematiek inzake regularisatie, dat eveneens met een zekere terughoudendheid moet worden benaderd, is dat m.b.t. de zogeheten "legislatieve validering" van besluiten. Zie daaromtrent A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer uitgevers, 2002, p. 980-985, nr. 1002.

(1316) Zie bv. R.v.St., Colmant, nr. 17.863, 26 oktober 1976; R.v.St., Berge, nr. 21.942, 28 januari 1982.

(1317) Enkele toepassingen: een gemeentebelasting wordt normaliter ingevoerd op 1 januari van het betrokken dienstjaar (zie bv. R.v.St., Blomme, nr. 17.127, 9 juli 1975; R.v.St., P.V.B.A. .../...

429. Het niet-terugwerken van bepalingen die in een (strengere) bestrafing voorzien, is een algemeen rechtsbeginsel dat wordt bevestigd door artikel 2 van het Strafwetboek en door artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (1318). Dit absolute verbod van terugwerking is ook relevant in de context van de administratieve sanctionering (1319). Ook de retroactiviteit van administratieve geldboeten is uit den boze, zelfs wanneer die geldboeten worden ingevoerd ter vervanging van strafrechtelijke sancties en indien ze lichter zijn dan die strafrechtelijke sancties. Het gaat immers om een andere soort van sanctie, waarvoor de mogelijkheid van terugwerking van de lichtere strafmaat niet geldt (1320).

430. Sommige maatregelen zijn materieel niet vatbaar voor retroactieve toepassing. Dat is bijvoorbeeld het geval voor procedureregels of vormvereisten die worden opgelegd of voor louter feitelijke handelingen.

.../...

Les Films du dragon, nr. 24.654, 19 september 1984) en kan handelingen tot voorwerp hebben die tijdens het dienstjaar, doch vóór de goedkeuring van de belastingverordening zijn verricht (Cass. 16 oktober 1997, *R.W.* 1998-99, 464, noot E. VAN DOOREN), de goedkeuring door de toezichhoudende overheid werkt terug tot de dag waarop de goedgekeurde beslissing is genomen (zie bv. *R.v.St.*, Baes en cons., nr. 25.433, 6 juni 1985; *R.v.St.*, Beys en cons., nr. 43.103, 1 juni 1993; *R.v.St.*, a.s.b.l. Jeunesse et Droit, nr. 72.843, 30 maart 1998) en, in het algemeen, (tucht)maatregelen t.a.v. ambtenaren, zoals de afzetting of het ontslag van ambtswege, die worden opgelegd met inachtneming van de datum van preventieve schorsing, het verlaten van of het verwijderen uit de dienst, of de ontzetting uit bepaalde rechten: in dat geval gaat het in essentie om declaratieve beslissingen die de rechtens vereiste kwalificatie hechten aan een bestaande feitelijke toestand of die welke voortvloeit uit een rechterlijke uitspraak (P. POPELIER, “De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel”, *l.c.*, p. 90, nr. 25). Niettemin mag de retroactiviteit van de tuchtsanctie niet tot gevolg hebben dat deze tot bijkomende lasten voor het verleden leidt, zoals een verlies van wedde (zie bv. *R.v.St.*, Verstraete, nr. 57.545, 17 januari 1996). (1318) Zie o.m. Cass. 29 maart 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 914; *R.v.St.*, Braet, nr. 13.325, 15 januari 1969; *R.v.St.*, Henry de Generet, nr. 19.138, 1 september 1978; *R.v.St.*, Wittevrongel, nr. 134.860, 14 september 2004.

(1319) In overeenstemming met de gevestigde rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aanvaardde het Hof van Cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999 dat de administratieve geldboete onder bepaalde omstandigheden wel degelijk kan worden beschouwd als een straf in de zin van de artikelen 6 en 7 E.V.R.M. Dit principe wordt eveneens gehuldigd in de huidige rechtspraak van het Arbitragehof. Voor een bespreking van de bedoelde rechtspraak, zie M. CROMHÉECKE en F. DHONT, “Geen straf zonder wet”, in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (ed.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar, I*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2004, p. 695-697, nrs. 40-43; zie ook I. BOONE en G. VAN HAEGENBORGH, “Administratieve sancties”, *Verslag van het Hof van Cassatie 2004*, 185-255.

(1320) J. VAN NIEUWENHOVE, “Behoorlijke wetgeving in de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State (2003)”, *T.v.W.* 2004, 153.

431. Zelfs indien retroactiviteit toegelaten wordt geacht, kan deze uiteraard niet verder teruggaan in de tijd dan tot op de datum vanaf dewelke het bestuursorgaan bevoegd is gemaakt om de betrokken beslissing te nemen (1321). Er kan niet verder worden teruggedaan dan tot op de datum waarop de desbetreffende beslissing rechtsgeldig tot stand kon komen. Zo kan bijvoorbeeld een benoeming niet terugwerken tot op een ogenblik waarop de betrokken persoon niet aan de benoemings- of toelatingsvoorwaarden voldeed (1322).

432. Het algemeen rechtsbeginsel van de niet-retroactiviteit van de administratieve rechtshandelingen kan worden geacht de openbare orde te betreffen omdat het in essentie strekt tot vrijwaring van de stabiliteit en de zekerheid van bestaande rechtsverhoudingen (1323). Het rechtsmiddel dat is gesteund op de schending van het voornoemde beginsel wordt ook in de rechtspraak van de Raad van State traditioneel (1324) beschouwd als betrekking hebbende op een aangelegenheid die de openbare orde raakt (1325).

De Raad van State heeft bij herhaling het middel ontleend aan de schending van het algemeen rechtsbeginsel van de niet-retroactiviteit van de administratieve rechtshandelingen ambtshalve onderzocht. Tevens heeft de Raad in verscheidene arresten geoordeeld dat het voornoemde middel ontvankelijk is, ook al wordt het aangevoerd na de termijn voor het instellen van het vernietigingsberoep, omdat het is ontleend aan de schending van een regel die de openbare orde betreft (1326).

II. Temperingen van het verbod van retroactiviteit

433. Aangenomen wordt dat weliswaar kan worden afgeweken van het algemeen rechtsbeginsel van de niet-retroactiviteit van administratieve

(1321) De zogeheten “grensdatum” dient te worden geëerbiedigd (vgl. met H. COREMANS en M. VAN DAMME, *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2001, p. 110, nr. 146; zie bv. ook R.v.St., De Plecker, nr. 37.383, 28 juni 1991).

(1322) Zie bv. R.v.St., Tabourdon, nr. 19.614, 11 mei 1979; R.v.St., Lacroix, nr. 21.660, 11 december 1981; R.v.St., Van Begin, nr. 29.262, 2 februari 1988.

(1323) A. WIRTGEN, *Raad van State. Afdeling administratie. Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder*, Brugge, die Keure, 2004, p. 184, nr. 191.

(1324) Er is afwijkende rechtspraak, zoals R.v.St., Van Keer, nr. 132.230, 10 juni 2004.

(1325) Zie bv. R.v.St., Demaegt, nr. 18.930, 26 april 1978; R.v.St., s.a. d’exploitation des sables de Mont-Saint-Guibert, nr. 44.739, 27 oktober 1993.

(1326) A. WIRTGEN, *o.c.*, p. 182, nr. 190 en de door deze auteur aangehaalde rechtspraak.

rechtshandelingen, maar dat dergelijke afwijkingen uitzondering moeten blijven en strikt dienen te worden geïnterpreteerd (1327). De gevallen waarin dergelijke afwijkingen mogelijk worden geacht, worden in de rechtspraak niet steeds op dezelfde wijze verwoord, al valt die gediversifieerde formulering niet echt tot een wezenlijk verschillende benadering terug te leiden.

434. Administratieve rechtshandelingen kunnen terugwerken in de tijd wanneer daarvoor een wettelijke machtiging bestaat (1328), d.w.z. een bij of krachtens de wet, het decreet of de ordonnantie verleende machtiging. De machtiging kan uitdrukkelijk, dan wel impliciet zijn (1329), maar mag in geen geval dubbelzinnig zijn (1330).

435. Indien geen wettelijke machtiging de retroactiviteit toestaat, kan deze slechts ten uitzonderlijke titel worden gebillijkt ter verwezenlijking van een oogmerk van algemeen belang, zoals de goede werking of de continuïteit van de openbare dienst (1331), zij het onder de voorwaarde dat de retroactiviteit het vereiste van de rechtszekerheid eerbiedigt en geen afbreuk doet aan verkregen rechten (1332). Begunstigende maatregelen, die in principe geen afbreuk doen aan verkregen rechten (1333), kunnen retroageren, al mag in dat geval de toepassing van het gelijkheidsbeginsel niet uit het oog worden verloren.

(1327) Zie bv. reeds R.v.St., Lefils, nr. 2016, 5 december 1952. Het beginsel van de niet-retroactiviteit is niet absoluut en kent grenzen en uitzonderingen (R.v.St., Sas, nr. 52.130, 8 maart 1995).

(1328) Zie bv. Cass. 3 juni 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 979.

(1329) Het gegeven dat een wet reeds geruime tijd in werking is getreden, zonder terugwerken de kracht, vormt op zich geen rechtvaardiging voor het uitvoeren van een uitvoeringsbesluit dat terugwerkt tot op de datum van inwerkingtreding van die wet. Alsdan kan niet worden besloten tot het bestaan van een wettelijke machtiging tot terugwerking. Het feit dat de uiterste datum voor het implementeren van een EU-richtlijn is verstreken vormt, zonder wettelijke machtiging, evenmin een verantwoording voor een retroactieve toepassing. Steunt daarentegen wel op een impliciete wettelijke machtiging, het retroactief besluit waarvan de totstandkoming noodzakelijk is om tot de door de wetgever gewilde toepassing van de wet te komen (Cass. 5 mei 1970, *Pas.* 1970, I, 766).

(1330) "... dat een wettelijke machtiging impliciet kan zijn, maar dan wel duidelijk de wil van de wetgever moet vertolken en zij strikt moet worden geïnterpreteerd" (R.v.St., v.z.w. Unie van Zelfstandige Ondernemers (UNIZO) en Federatie van Vrije en Intellectuele Beroepen (FVIB), nr. 139.957, 31 januari 2005).

(1331) Maar bv. ook met het oog op de regularisatie van een feitelijke of rechtstoestand, dat laatste inzonderheid wanneer ter uitvoering van een vernietigingsarrest van de Raad van State de wettigheid moet worden hersteld (zie o.m. het in de vorige voetnoot vermelde arrest).

(1332) Voor een aantal voorbeelden, zie R.v.St., Hinnekens, nr. 13.671, 8 juli 1969; R.v.St., De Smet, nr. 20.295, 25 april 1980; R.v.St., De Weggeheleire en Van Gasse, nr. 64.240, 29 januari 1997.

(1333) R.v.St., Hinnekens, nr. 13.671, 8 juli 1969; R.v.St., Dijnst, nr. 42.965, 17 mei 1993.

Retroactiviteit is in beginsel niet toegelaten wanneer het enige of hoofdzakelijke doel ervan erin bestaat de afloop van hangende juridictionele procedures te beïnvloeden, zonder dat zulks wordt verantwoord door het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden die moeten worden aangetoond (1334). In dat geval gebeurt een afweging met de beginselen die de toegang tot en de onafhankelijkheid van de rechter beschermen (1335). Het enkele feit dat een retroactieve handeling een invloed kan hebben op hangende procedures volstaat evenwel niet om de terugwerking voor onwettig te houden (1336).

III. De terugwerkende kracht van een vernietigingsarrest van de Raad van State

436. Een door de Raad van State in het kader van het objectief contentieux geveld vernietigingsarrest geldt *erga omnes* en werkt terug tot op de dag waarop de nietigverklearde administratieve rechtshandeling in werking is getreden. Deze werking *ex tunc* houdt in beginsel in dat de betrokken handeling *ab initio* uit de rechtsorde wordt weggenomen (1337).

De retroactieve werking van een vernietigingsarrest is evenwel niet absoluut. Niet enkel beschikt de Raad van State over de mogelijkheid om de gevolgen van bepaalde van de door hem nietigverklearde handelingen te handhaven (1338) en wordt de retroactiviteit van de vernietiging geacht

(1334) Het betrokken beoordelingscriterium vinden we ook terug in de rechtspraak van het Arbitragehof i.v.m. retroactieve wetsbepalingen. Zie in dat verband o.m. de jaarlijks weerkerende kronieken van J. THEUNIS, "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Arbitragehof", in *Tijdschrift voor Wetgeving*. Voor een voorbeeld van toepassing door de Raad van State zie o.m. R.v.St., BV Merck, Sharp & Dohme, nr. 145.836, 13 juni 2005.

(1335) P. POPELIER, "De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel", *l.c.*, p. 89, nr. 23.

(1336) R.v.St., Orfinger, nr. 62.922, 5 november 1996.

(1337) R.v.St., Tibax, nr. 20.599, 30 september 1980.

(1338) Art. 14ter R.v.St.-Wet; zie daaromtrent o.m. D. RENDERS, "Le maintien des effets d'un règlement annulé par le Conseil d'Etat et le respect des droits fondamentaux", *J.T.* 2002, 761-765; A. WIRTGEN, "Bespreking van technieken van pragmatisch en billijk conflictbeheer door de Raad van State", in G. DEBERSAQUES, M. VAN DAMME, S. DE CLERCQ en G. LAENEN (ed.), *Rechtsbescherming door de Raad van State. 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, die Keure, 2004, 283-298 en de aldaar geciteerde rechtspraak; *adde* R.v.St., N.V. 3 DDD, nr. 133.275, 29 juni 2004; R.v.St., v.z.w. Unie van Zelfstandige Ondernemers (UNIZO) en v.z.w. Federatie van Vrije en Intellectuele Beroepen (FVIB), nr. 139.957, 31 januari 2005; .../...

om diverse redenen te kunnen worden getemperd, er is ook de vaststelling dat de nietigverklearde handeling gebeurlijk rechtsgevolgen met zich heeft gebracht die impliceren dat het bestuur dient op te treden om die gevolgen effectief te doen verdwijnen uit de rechtsorde en om aldus de rechtstoestand die bestond voordat de nietigverklearde handeling werd tot stand gebracht, in de mate van het mogelijke te herstellen (1339).

437. De terugwerkende kracht van een vernietigingsarrest maakt geen algemeen rechtsbeginsel uit (1340). In de rechtspraak en de rechtsleer wordt de retroactieve werking van een vernietiging gemilderd en worden in de billijkheid, de continuïteit van de openbare dienst en de rechtszekerheid redenen gevonden om bepaalde gevolgen van de vernietigde handeling toch in stand te houden (1341).

Zo wordt om billijkheidsredenen aangenomen dat een ambtenaar wiens benoeming wordt nietig verklaard zijn wedde behoudt voor de periode waarin hij zijn ambt effectief heeft waargenomen (1342). De rechtsgeldigheid van handelingen van ambtenaren wier benoeming wordt vernietigd, kan niet in vraag worden gesteld op grond van het onrechtmatige karakter van de benoeming van de betrokkenen omwille van de continuïteit van de openbare dienst en van de goede trouw van de belanghebbende derde (1343). De leer van de rechtsschijn, toegepast op de handelingen verricht door personen die met een openbaar ambt zijn bekleed als gevolg van een beslissing die, op het ogenblik dat ze genomen werd, regelmatig scheen maar die nadien onrechtmatig werd verklaard, brengt mede dat, tot vrijwaring van de rechtszekerheid, de handelingen verricht door de schijnbaar

.../...

R.v.St., Herman en Scheirlinck, nr. 142.753, 1 april 2005. Vóór de inwerkingtreding van art. 14ter R.v.St.-Wet, op 1 oktober 1996, beschikte de Raad van State niet over dergelijke bevoegdheid (zie nochtans R.v.St., Heyndels, nr. 25.424, 31 mei 1985).

(1339) S. LUST, *Raad van State. Afdeling administratie. Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, p. 236-237, nr. 128.

(1340) Cass. 8 juni 1984, *Pas.* 1984, I, 1235, *R.W.* 1984-85, 2056 en *J.T.* 1985, 39; Cass. 4 april 2002, gecit. in A. BOSSUYT, "Algemene rechtsbeginselen", *Verslag van het Hof van Cassatie*, 2003, 136.

(1341) A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, p. 974, nr. 999.

(1342) Zie bv. R.v.St., Van Poucke, nr. 60.320, 19 juni 1996; zie ook D. LAGASSE, "Responsabilité de l'administration à l'occasion de l'exécution des décisions des juridictions administratives", in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 201.

(1343) Zie bv. R.v.St., Institut supérieur d'architecture de l'Etat "La Cambre", nr. 29.030, 16 december 1987.

regelmatig aangestelde ambtenaar worden geacht geldig te zijn tot stand gekomen vanuit het oogpunt van bevoegdheid (1344).

438. Vragen omtrent de terugwerkende kracht van een vernietigingsarrest van de Raad van State duiken vooral op n.a.v. het rechtsherstel waartoe dat arrest noopt en dat afhangt van een aantal factoren zoals de aard van de vernietigde handeling, de feitelijke en de juridische omstandigheden van het geval en de op het bestuur rustende rechtsplicht die werd geschonden (1345).

439. In sommige gevallen zal het bestuur na een vernietigingsarrest ertoe gehouden zijn om opnieuw op te treden en beschikt het over een discretionaire bevoegdheid om de inhoud van zijn handelen te bepalen. Wanneer de initiële beslissing door een onbevoegde overheid werd genomen, belet niets de bevoegde overheid om dezelfde beslissing opnieuw te nemen. Werd de initiële beslissing vernietigd omwille van een vormgebrek, dan kan dezelfde beslissing opnieuw worden genomen, ditmaal echter met naleving van het betrokken vormvereiste. Werd vernietigd op grond van een interne onwettigheid, dan is het nemen van een nieuwe, gelijkkluidende beslissing minder voor de hand liggend, maar is zulks niet ondenkbaar (1346).

440. Na de vernietiging van een administratieve rechtshandeling kan het bestuur de procedure hervatten vanaf het ogenblik dat deze is verkeerd gelopen. Werden de procedureregels ondertussen gewijzigd, dan dient terza-

(1344) R.v.St., Dierick, nr. 15.744, 6 maart 1973; R.v.St., Tedesco en cons., nr. 17.024, 20 mei 1975, R.W. 1975-76, 423, noot L.P. SUETENS. De Raad van State heeft geoordeeld dat de leer van de "feitelijke ambtenaar" verder kan worden ingeroepen en de werking van de rechtsschijn zelfs dient te worden verlengd na de vernietiging van een benoeming van een docent, wegens het onaanvaardbaar storende effect dat de vernietiging zou hebben op het afnemen van de sinds de uitspraak nog niet afgelegde examens van het lopende academiejaar (R.v.St., Heyndels, nr. 25.424, 31 mei 1985 en de bespreking van dit arrest in P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, p. 949, nr. 522).

(1345) I.v.m. het rechtsherstel na een vernietigingsarrest van de Raad van State, raadplege men, benevens het reeds vermelde werk van S. LUST, o.m. ook nog M. LEROY, *Contentieux administratif*, Brussel, Bruylant, 2004, 722 e.v.; P. LEWALLE, o.c., p. 985 e.v., nrs. 536 e.v. J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", in I. OPDEBEEK (ed.), *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 1997, 107-151; D. MAREEN, *Rechtsherstel door de Raad van State bij weigering van benoeming in overheidsdienst*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2004 en het Belgische rapport voor de Vereniging van Europese Raden van State en hoge administratieve rechtscolleges van P. DE SOMERE, "L'exécution des décisions du juge administratif" (nog te publiceren).

(1346) S. LUST, o.c., p. 297-302, nrs. 158-159.

ke toepassing te worden gemaakt van de nieuwe regels, hetgeen tot gevolg kan hebben dat sommige voorbereidende handelingen moeten worden overgedaan alhoewel deze niet door de Raad van State onwettig werden bevonden. In beginsel kunnen voorbereidende handelingen waarvan in het vernietigingsarrest niet de onwettigheid is vastgesteld, echter behouden blijven. Het bestuur kan niettemin toch oordelen dat de procedure volledig wordt overgedaan, in welk geval daarvoor echter wel toereikende redenen moeten bestaan (1347).

441. Is het bestuur verplicht om rechtsherstellend op te treden na een vernietigingsarrest, dan dient het in beginsel rekening te houden met de ondertussen gewijzigde omstandigheden en moet toepassing worden gemaakt van het recht zoals het geldt op het ogenblik dat de handeling wordt overgedaan (*tempus regit actum*) (1348). In beginsel moet het bestuur ook het verbod van retroactiviteit in acht nemen (1349), tenzij de retroactiviteit kan worden ingepast in één van de gevallen waarin zij traditioneel kan worden gebillijkt (1350).

Afgezien daarvan zijn er gevallen mogelijk waarin het rechtsherstel wel degelijk retroactief dient te zijn, namelijk indien de rechtsonderhorige er een recht kon laten op gelden dat op een bepaald ogenblik een welbepaalde beslissing werd genomen. In dat geval is het bestuur na het vernietigingsarrest verplicht om een welbepaalde beslissing te nemen en om daarbij toepassing te maken van de reglementering die gold ten tijde van het tot stand komen van de nietigverklarde handeling, zonder dat rekening wordt gehouden met de eventueel gewijzigde omstandigheden van het geval (1351).

(1347) Zoals bv. de verstreken tijdspanne en de gewijzigde omstandigheden (J. LUST, *l.c.*, 139-141; S. LUST, *o.c.*, p. 297-302, nrs. 158-159).

(1348) D.w.z. dat bij het nemen van een beslissing in principe wordt geoordeeld volgens de juridische en feitelijke gegevens van dat ogenblik, ook wanneer men aan de beslissing retroactieve werking zou wensen te geven (J. LUST, Verslag en advies bij R.v.St., nr. 72.660, 24 maart 1998, *T. Gem.* 1999, 26; in dezelfde zin R.v.St., Jassogne, nr. 97.847, 13 juli 2001; zie ook R.v.St., Versyp, nr. 99.304, 1 oktober 2001; R.v.St., Van Den Borne, nr. 121.007, 26 juni 2003; R.v.St., Matthyssen, nr. 138.520, 16 december 2004).

(1349) Zie bv. R.v.St., Van Lantschoot, nr. 11.533, 1 december 1965.

(1350) De betrokken toelatingsvoorwaarden zijn des te dwingender wanneer het om een rechtshandeling met algemene strekking gaat (R.v.St., De Rijck, nr. 28.466, 17 september 1987).

(1351) R.v.St., Van Lantschoot, nr. 11.533, 1 december 1965; R.v.St., Godaert, nr. 14.112, 29 april 1970; R.v.St., Op De Beeck, nr. 19.500, 7 maart 1979; voor kritiek op deze rechtspraak, zie M. LEROY, *o.c.*, 728-729; zie voorts ook J. LUST, *l.c.*, 132; S. LUST, *o.c.*, p. 303-307, nrs. 160-162; I. OPDEBEEK, "De rechtsplicht tot retroactief rechtsherstel na de vernietiging van de uitslag van een vergelijkend wervingsexamen", (noot onder R.v.St., V. t./gemeente Schoten en Vlaamse Gewest, nr. 118.823, 29 april 2003), *T. Gem.* 2004, 66.

442. In veel gevallen is het bestuur niet verplicht om de door de Raad van State nietigverklaarde handeling te vervangen en kan het passief blijven. Beslist het bestuur desondanks om opnieuw op te treden, dan dient uiteraard het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest te worden geëerbiedigd. Het bestuur moet bij het nemen van de nieuwe beslissing in beginsel ook rekening houden met de gewijzigde omstandigheden en dient toepassing te maken van het recht zoals het geldt op het ogenblik dat de handeling wordt overgedaan. Bovendien mag de nieuwe handeling in beginsel geen retroactieve werking hebben (1352). De Raad aanvaardt evenwel ook hier retroactiviteit, op voorwaarde dat hiermee geen verworven rechten worden geschonden (1353).

443. Zoals vermeld kan, wanneer ter uitvoering van een annulatiearrest van de Raad van State, de wettigheid moet worden hersteld, in bepaalde gevallen worden afgeweken van het algemeen principe dat administratieve rechtshandelingen niet mogen terugwerken, op voorwaarde dat de terugwerking het vereiste van de rechtszekerheid eerbiedigt en geen afbreuk doet aan verkregen rechten. De rechtszekerheid verzet er zich immers tegen dat, zelfs om rechtsherstel te verwezenlijken, voorbij en daarom definitief geworden situaties en rechtsverhoudingen op losse schroeven worden gezet t.a.v. personen aan wie geen verantwoordelijkheid kan worden toegerekend i.v.m. de handeling of het verzuim dat het rechtsherstel nodig maakt of rechtvaardigt (1354). Om die reden werd, in ambtenarenzaken, een onderscheid gemaakt tussen, aan de ene kant, de rechtsverhouding van ambtenaren tot het bestuur en, aan de andere kant, de rechtsverhouding van de ambtenaar tot de andere personeelsleden, wat de vereiste draagwijdte van de rechtsherstellende beslissing betreft (1355).

(1352) R.v.St., Van Speybroeck, nr. 77.981, 6 januari 1999; R.v.St., Bouche, nr. 89.745, 22 september 2000.

(1353) S. LUST, *o.c.*, p. 307-309, nrs. 163-164. Zo kan de overheid, nadat de Raad van State een maatregel van preventieve schorsing met verlies van wedde vernietigde, niet met terugwerkende kracht beslissen om aan de betrokkene nogmaals eenzelfde maatregel op te leggen. Door de vernietiging moet de eerste preventieve schorsing immers geacht worden niet te hebben bestaan, zodat de betrokkene tijdens de periode tussen de handeling en haar vernietiging geacht moet worden in actieve dienst te zijn gebleven, wat hem toelaat aanspraak te maken op een wedde. Een preventieve schorsing met verlies van wedde die terugwerkende kracht heeft, doet afbreuk aan deze verworven rechten (R.v.St., Fervail, nr. 37.796, 2 oktober 1991).

(1354) R.v.St., Van Hole, nr. 18.385, 13 juli 1977.

(1355) Een rechtsherstellende beslissing moet hoe dan ook volledige uitwerking hebben wat betreft de rechtsverhouding tot het bestuur. Dit is niet noodzakelijk zo t.a.v. de rechtsverhouding tot de andere personeelsleden. Met name heeft de rechtsherstellende beslissing niet zonder meer tot gevolg dat te hunnen opzichte die rechtsverhouding moet worden herzien voor een
.../...

444. De problematiek van de terugwerkende kracht van een vernietigingsarrest is eveneens aan de orde ingeval in wets- of reglementsbepalingen gevolgen worden gehecht aan het verstrijken van een termijn. Meer bepaald rijst de vraag of, in geval van vernietiging van een binnen een dergelijke termijn gestelde handeling, nog een nieuwe handeling kan worden verricht, dan wel ervan moet worden uitgegaan dat er geen beslissing werd genomen binnen de ondertussen verstreken, dwingende termijn, zodat het stellen van een nieuwe handeling niet meer mogelijk is.

In de rechtspraak van de Raad van State wordt wat dat betreft een onderscheid gemaakt tussen beslissingen van louter administratief toezicht en beslissingen die zijn genomen in het raam van een georganiseerde beroepsprocedure (1356). In het eerste geval kan bij het verstrijken van de termijn geen nieuwe beslissing meer worden genomen, terwijl in het tweede geval het bestuur wordt geacht om opnieuw over een volledige termijn te beschikken om een nieuw onderzoek te verrichten en een nieuwe beslissing te nemen (1357).

445. De rechtszekerheid, begrepen in de zin van duidelijkheid in het rechtsverkeer, brengt er de Raad van State toe rechtshandelingen die elke materiële rechtskracht missen ook het formele bestaan te ontnemen en deze handelingen derhalve te vernietigen (1358). De Raad is ook van oordeel

.../...

periode die teruggaat tot op het tijdstip dat de terugwerkende kracht werkt. Hun rechtszekerheid duldt niet dat de situatie waarin zij ondertussen zijn komen te staan ongedaan zou worden gemaakt om het rechtsherstel volledig mogelijk te maken. Het zou anders zijn wanneer zij zelf schuld dragen aan de toestand waartegen de rechtsherstellende beslissing is gericht (R.v.St., Clarijs, nr. 28.547, 6 oktober 1987).

(1356) Met dat onderscheid heeft de Raad de leer van het arrest P.V.B.A. Gifar van 7 december 1979 verlaten: in dat arrest werd geoordeeld dat, wanneer de vernietigde handeling een handeling betreft die de toezichthoudende overheid binnen een bepaalde termijn diende te verrichten, die overheid voor een nieuwe beslissing beschikte over dat gedeelte van de termijn dat nog overbleef toen de door de Raad van State vernietigde handeling werd verricht (R.v.St., P.V.B.A. Gifar, nr. 19.964, 7 december 1979, *J.T.* 1980, 455, noot J. FALYS). Deze rechtspraak is in ruime mate verlaten (zie nochtans R.v.St., Godefroid, nr. 70.394, 17 december 1997).

(1357) Zie o.m. R.v.St., Van Den Brande, nr. 25.250, 18 april 1985; R.v.St., Botquin, nr. 26.738, 26 juni 1986; R.v.St., Delwaide, nr. 26.910, 23 september 1986; R.v.St., Boogaerts, nr. 63.557, 12 december 1996; R.v.St., Taveirne en Vancauwenberghe, nr. 69.471, 5 november 1997; R.v.St., Claessens, nr. 71.396, 29 januari 1998; zie voorts ook reeds R.v.St., Van Bever, nr. 23.870, 10 januari 1984.

(1358) R.v.St., Lombaert, nr. 13.030, 19 juni 1968; R.v.St., Beirens en Vandenauweele, nr. 30.158, 26 mei 1988; R.v.St., gemeente Oudergem, nr. 32.254, 21 maart 1989; R.v.St., s.a. Deom en Deom, nr. 39.301, 5 mei 1992; R.v.St., Gryson en cons., nr. 74.704, 29 juni 1998; R.v.St., Claus, nr. 79.013, 1 maart 1999; R.v.St., Derese en Louis, nr. 87.282, 16 mei 2000; R.v.St., Dambly, nr. 90.693, 8 november 2000; R.v.St., De Vries en Pana, nr. 115.569, 7 februari 2003; R.v.St., Verbrugge en Clercq, nr. 122.876, 16 september 2003.

dat, zoals hij om redenen van rechtszekerheid handelingen vernietigt die geen enkel rechtsgevolg hebben, hij ook de tenuitvoerlegging mag schorsen van een handeling zonder executoriala kracht (1359). Eenzelfde bezorgdheid voor de rechtszekerheid kan er de Raad toe brengen om het voorwerp van het vernietigingsberoep, zoals het formeel is uitgedrukt, uit te breiden en om rechtshandelingen te betrekken bij de vernietiging zonder dat daarom uitdrukkelijk werd verzocht (1360).

§ 4. De intrekking van administratieve rechtshandelingen

I. Begrip

446. De intrekking van een bestuurshandeling is de rechtshandeling waarbij een bestuur de handeling die het heeft verricht, *ab initio*, met terugwerkende kracht tot op het ogenblik waarop de handeling werd in het leven geroepen, teniet doet (1361). Evenals de vernietiging van een bestuurshandeling werkt de intrekking terug *ex tunc* en wordt de betrokken handeling geacht niet te hebben bestaan. Het onderscheid tussen de vernietiging en de intrekking ligt evenwel bij het orgaan dat vernietigt, resp. intrekt. De intrekking gebeurt immers niet door de rechter (1362) of de toezichthoudende overheid, maar wel door het bestuur dat de in te trekken handeling heeft verricht (1363).

(1359) R.v.St., Botton, nr. 88.579, 30 juni 2000.

(1360) R.v.St., De Weireld en cons., nr. 30.159, 26 mei 1988; R.v.St., C.V. Architecte-Coopérative Architecten-Coöperatief "AR-CO" en Hemeleers, nr. 84.150, 16 december 1999.

(1361) Voor een meer uitgebreide bespreking van de figuur van de intrekking van administratieve rechtshandelingen, zie M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Brugge, die Keure, 1994.

(1362) De intrekking van een administratieve rechtshandeling moet worden onderscheiden van de intrekking van een rechterlijke beslissing. Wat dat laatste betreft, kan o.m. worden gerefereerd aan artikel 17 § 2 derde lid van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State, luidens hetwelk de arresten van de Raad van State waarbij de schorsing is bevolen, kunnen worden "ingetrokken" of gewijzigd op verzoek van de partijen. In menig arrest van de Raad van State is erop gewezen dat de term "intrekking" in deze context een "niet erg geschikte benaming" is, gelet op de beoogde gevolgen ervan, en dat beter de term "opheffing" wordt gebruikt (zie o.m. R.v.St., Vlaamse Gewest, nr. 40.372, 17 september 1992; R.v.St., N.V. Utxebel, nr. 54.026, 26 juni 1995; R.v.St., v.z.w. Milieuvereniging Hofkwartier Kouter en v.z.w. De Wielewaal, nr. 66.403, 27 mei 1997; R.v.St., N.V. Ruys & Wildiers en Bestendige deputatie van de provincieraad van Antwerpen, nr. 77.484, 8 december 1998; R.v.St., Hannon, nr. 82.607, 30 september 1999). Voor een ander voorbeeld inzake intrekking van een rechterlijke beslissing, zie de artikelen 16 en 17 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof.

(1363) Voor het onderscheid tussen deze begrippen, zie o.m. A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, p. 771-772, nr. 860.

De intrekking van een bestuurshandeling kan uitdrukkelijk of op een impliciete wijze gebeuren (1364). Zij kan op de gehele bestuurshandeling slaan, dan wel op slechts een gedeelte ervan (1365). Een ingetrokken bestuurshandeling wordt geacht nooit te zijn tot stand gekomen zodat het bestaan van een eventuele impliciete weigeringsbeslissing eraan niet kan worden ontleend (1366) en een annulatieberoep tegen een ingetrokken bestuurshandeling hoe dan ook geen voorwerp meer heeft (1367).

Het typeren van een handeling als een beslissing tot intrekking impliceert een inhoudelijk onderzoek van de betrokken handeling, ook al vermeldt de handeling niet met zoveel woorden dat het om een intrekking gaat. Zo kan als een intrekking worden beschouwd de beslissing die bepaalt op welke datum een ambtenaar een bepaalde rang inneemt en waarbij een eerder vastgestelde anciënniteit naar beneden toe wordt gecorrigeerd (1368) of de beslissing waarbij een voltijdse opdracht als docent voor het verleden opnieuw wordt bepaald ten belope van een deeltijdse opdracht (1369).

(1364) Nochtans vereist de rechtszekerheid in beginsel dat de intrekking schriftelijk gebeurt omdat er geen onduidelijkheid mag bestaan omtrent de intenties van het bestuur m.b.t. de intrekking en bij een impliciete intrekking van een handeling weliswaar de materiële rechtskracht daarvan wordt ongedaan gemaakt, maar de betrokken handeling niettemin formeel blijft bestaan (R.v.St., Carron en Callewaert, nr. 139.434, 18 januari 2005). Ter wille van de rechtszekerheid en de duidelijkheid in de rechtsverhoudingen wordt ook aan dat formeel bestaan best een einde gemaakt (R.v.St., De Grendel, nr. 18.049, 18 januari 1977). Een intrekking zal in voorkomend geval van rechtswege gebeuren (R.v.St., Soroge, nr. 82.778, 8 oktober 1999).

(1365) De intrekking van de erkenning van een aantal ziekenhuisbedden kan neerkomen op een gedeeltelijke intrekking van de erkenning van een ziekenhuisdienst (R.v.St., O.C.M.W. Boom, nr. 83.349, 8 november 1999); voor de gedeeltelijke intrekking van een bijzonder plan van aanleg, zie bv. R.v.St., Vansuyt, nr. 118.029, 4 april 2003.

(1366) R.v.St., Tück, nr. 140.646, 15 februari 2005; de onthouding van het bestuur om een zelfs onwettige beslissing in te trekken vormt geen impliciet afwijzende beslissing in de zin van artikel 14 § 3 R.v.St.-Wet (R.v.St., Vlaeminck, nr. 68.244, 23 september 1997).

(1367) Zie o.m. R.v.St., Borremans, nr. 47.504, 19 mei 1994; R.v.St., Vos, nr. 64.771, 25 februari 1997; R.v.St., Mortier, nr. 68.242, 23 september 1997; R.v.St., Metdepenningen, nr. 92.471, 22 januari 2001; R.v.St., Amelinckx, nr. 107.001, 27 mei 2002. Verzoeker heeft geen belang bij een annulatieberoep dat is gericht tegen een bestuurshandeling die wordt ingetrokken (R.v.St., Keustermans, nr. 63.628, 17 december 1996), noch bij een annulatieberoep dat de intrekking van een louter voorbereidende handeling tot voorwerp heeft (R.v.St., Vandevelde, nr. 116.017, 17 februari 2003). Wanneer echter de oorspronkelijk bestreden, maar ingetrokken beslissing wordt vervangen door een nieuwe beslissing die inhoudelijk niet wezenlijk van de eerste verschilt derwijze dat het materieel voorwerp van het annulatieberoep eigenlijk ongewijzigd is gebleven, kan het annulatieberoep tegen de vervangen beslissing door de Raad van State worden geacht ook betrekking te hebben op de vervangende beslissing en kan a.h.w. van een "substitutie" van voorwerp worden gewaagd (R.v.St., Mortier, nr. 68.242, 23 september 1997; R.v.St., Van Maldegem, nr. 82.915, 18 oktober 1999; zie nochtans ook R.v.St., v.z.w. Nouvelle Clinique de la Basilique, nr. 102.421, 8 januari 2002).

(1368) R.v.St., Verset, nr. 75.577, 10 augustus 1998.

(1369) R.v.St., De Mets, nr. 112.635, 19 november 2002.

Aan de andere kant betekent het gebruik van de term “intrekking” niet dat de betrokken handeling effectief beantwoordt aan wat, juridisch gesproken, als een intrekking valt te omschrijven. Zo vallen duidelijk te onderscheiden van beslissingen tot intrekking, een beslissing tot terugvordering van ten onrechte uitgekeerde toelagen of verleende waarborgen (1370), een eenzijdige herroeping van een akkoord bij een overeenkomst (1371), een beslissing waarbij de teruggave wordt geëist van documenten die per vergissing aan de burger werden afgegeven (1372), een beslissing waarbij voor het eerst uitspraak wordt gedaan over een administratief beroep (1373), een beslissing waarbij het bestuur niet méér doet dan de gevolgen trekken uit het verstrijken van de termijn waarvoor een vergunning is verleend of uit het gegeven dat zich een stilzwijgende ontbindende voorwaarde voordoet (1374). Evenmin is het ontslag van ambtswege en zonder vooropzeg van een op onregelmatige wijze benoemd personeelslid, dat niet terugwerkt, gelijk te schakelen met de intrekking van de benoeming (1375).

447. Het is een wezenlijk kenmerk van de intrekking dat deze gebeurt door het orgaan dat de in te trekken handeling heeft verricht. In navolging van de Franse rechtspraak kan worden aangenomen dat ook de hiërarchische overste van het orgaan dat de initiële beslissing heeft genomen of het bestuursorgaan dat bevoegd was geweest om die beslissing te nemen, tot intrekking kan overgaan. De intrekking dient niet noodzakelijk dezelfde vorm aan te nemen als die van de in te trekken beslissing, voor zover de intrekking gebeurt door de bevoegde overheid (1376).

Is de intrekking zaak van het bestuur dat de initiële handeling heeft gesteld, dan mag dit vanzelfsprekend niet zijn bevoegdheid hebben uitgeput. In het

(1370) R.v.St., Meesen, nr. 115.409, 4 februari 2003.

(1371) R.v.St., B.V.B.A. Koralbo, nr. 83.123, 26 oktober 1999.

(1372) R.v.St., Noël, nr. 81.202, 23 juni 1999.

(1373) R.v.St., gemeente Borsbeek, nr. 93.319, 15 februari 2001; R.v.St., Vande Castelee, nr. 139.152, 12 januari 2005.

(1374) Voor een aantal toepassingen i.v.m. indienstnemingen, bevorderingen en veranderingen van graad van ambtenaren, zie bv. R.v.St., Bersez, nr. 20.754, 27 november 1980; R.v.St., Lauwens, nr. 37.216, 18 juni 1991.

(1375) R.v.St., Delsa, nr. 17.276, 13 november 1975; R.v.St., Lerminiaux, nr. 129.837, 30 maart 2004.

(1376) Zo werd bv. in het verleden al aanvaard dat de intrekking van een formeel ministerieel besluit kan gebeuren door middel van een ministeriële beslissing die niet in een formeel ministerieel besluit is gegoten (R.v.St., Joos, nr. 20.080, 29 januari 1980; R.v.St., Haesaerts, nr. 20.081, 29 januari 1980).

verleden riep deze problematiek vooral vragen op m.b.t. de toezichhoudende overheid die alsnog wenste terug te komen op haar beslissing om haar goedkeuring te onthouden aan een beslissing van een onder toezicht staand bestuur (1377).

448. De intrekking moet worden onderscheiden van de *opheffing* van een bestuurshandeling, die de impliciete (1378) of uitdrukkelijke rechtshandeling betreft waarbij het bestuur aan de handeling die het heeft verricht, voor de toekomst haar gelding ontnemt zodat de rechtsgevolgen voor het verleden blijven bestaan (1379). De opheffing heeft met de intrekking gemeen dat zij gebeurt door het orgaan dat de oorspronkelijke handeling heeft gesteld (1380), maar sorteert, omdat zij enkel voor het toekomstige geldt, minder verstrekkende rechtsgevolgen dan de intrekking en wordt om die reden soms als een “zachtere” maatregel dan de intrekking bestempeld (1381).

Zijn de rechtsgevolgen van de opheffing van een bestuurshandeling minder verstrekkend dan bij de intrekking het geval is, dan impliceert dat nochtans niet dat een ongebreidelde mogelijkheid tot opheffing – zij het voor de toekomst – geen afbreuk zou kunnen doen aan de onaantastbaarheid van definitief geworden constitutieve bestuurshandelingen. Voor het beantwoorden van de vraag onder welke voorwaarden tot opheffing kan worden overgegaan, wordt veelal het volgende onderscheid gemaakt.

(1377) Over deze problematiek, waaromtrent in de rechtspraak en de rechtsleer niet steeds een eenduidige benadering kon worden onderkend, zie M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *o.c.*, p. 25-30, nrs. 163-164.

(1378) Van een impliciete opheffing moet worden onderscheiden het geval waarin een reglement gedurende lange tijd niet wordt toegepast of waarin eraan wordt getwijfeld of dat reglement nog is aangepast aan de bestaande situatie (R.v.St., Mortier, nr. 120.799, 23 juni 2003).

(1379) De opheffing van een bestuurshandeling die het voorwerp is van een annulatieberoep bij de Raad van State sluit derhalve niet bij voorbaat uit dat de verzoeker nog een belang heeft bij de nietigverklaring van de bestreden handeling voor de periode waarin ze van kracht was (zie bv. R.v.St., Godard, nr. 82.940, 18 oktober 1999) of dat, bij een beroep tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestuurshandeling in kwestie, voor het onderzoek van het vereiste inzake het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, rekening wordt gehouden met feiten die dateren van vóór de opheffing (R.v.St., Squilbeck en cons., nr. 108.021, 19 juni 2002).

(1380) Of door het hiërarchisch bovengeschiedt orgaan (zie bv. R.v.St., De Geest, nr. 81.419, 29 juni 1999).

(1381) Term gebruikt in R.v.St., Tommelein, nr. 23.281, 24 mei 1983.

Bestuurshandelingen van reglementaire aard kunnen te allen tijde worden opgeheven (1382): er kan geen subjectief recht op het voor de toekomst ongewijzigd blijven van een reglementering worden ingeroepen (1383).

Anders is het gesteld voor wat de opheffing van bestuurshandelingen met een individuele draagwijdte betreft. Wanneer dergelijke handelingen geen rechten verlenen aan derden kunnen deze in beginsel steeds worden opgeheven. Verlenen bestuurshandelingen van die aard wel rechten aan derden en zijn ze op regelmatige wijze tot stand gekomen, dan kunnen zij in beginsel niet worden opgeheven (1384). Onregelmatige bestuurshandelingen met een individuele draagwijdte die rechten toekennen aan derden kunnen worden opgeheven binnen de termijn voor het instellen van een annulatieberoep bij de Raad van State of, wanneer dergelijk beroep op ontvankelijke wijze is ingesteld, tot aan het sluiten van de debatten (1385).

II. Voorwaarden waaronder de intrekking is toegelaten

A. De klassieke leer geënt op een dubbel criterium

449. Administratieve rechtshandelingen kunnen slechts onder bepaalde voorwaarden worden ingetrokken. Gelet op die voorwaarden worden in België twee theorieën gehanteerd, wat erop neerkomt dat noch in de rechtspraak, noch in de rechtsleer eensgezindheid bestaat omtrent de toelaatbaarheid van de intrekking. Dat gebrek aan eensgezindheid valt samen met

(1382) De beslissing om een bestaand reglement niet op te heffen, is een weigeringsbeslissing die met een annulatieberoep bij de Raad van State kan worden bestreden (R.v.St., Jansen, nr. 69.922, 2 december 1997).

(1383) "... *le règlement ne peut créer de droits à son propre maintien: il est essentiellement modifiable et abrogeable*" (P. DELVOLLE, *L'acte administratif*, Parijs, Sirey, 1983, p. 235, nr. 588).

(1384) Een zogeheten "acte contraire" zal wel op een opheffing kunnen neerkomen, mits de daarvoor geldende wettelijke voorschriften en procedures zijn nageleefd. Zie hierover M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *o.c.*, p. 16-17, nr. 26.

(1385) Of nog in gevallen waarin er een uitdrukkelijke wettelijke machtiging tot opheffing bestaat, de handeling door bedrog is uitgelokt of het om een zogeheten "onbestaande" bestuurshandeling gaat. In essentie betreft het hier de voorwaarden waaronder, in de klassieke intrekkingssleer, een onregelmatige rechtsverlenende bestuurshandeling kan worden ingetrokken (zie verder). Het parallelisme dat op dat punt valt waar te nemen tussen de opheffing en de intrekking wordt in sommige arresten van de Raad van State met zoveel woorden vermeld (zie bv. R.v.St., Loos, nr. 82.772, 8 oktober 1999; R.v.St., Van Den Eynde, nr. 83.339, 8 november 1999; R.v.St., Van Geet, nr. 87.749, 5 juni 2000).

de determinerende betekenis die wordt gehecht aan het legaliteitsbeginsel, dan wel aan het rechtszekerheidsbeginsel (1386).

Bij de zogeheten “klassieke” theorie, die is geïnspireerd door de Franse administratieve rechtspraak en die ook door de Belgische Raad van State wordt voorgestaan, wordt uitgegaan van een dubbele vraagstelling, namelijk die betreffende het al dan niet regelmatig karakter van de in te trekken handeling en die betreffende het rechtsverlenend of louter rechtserkendend karakter ervan (1387). Bij de klassieke theorie wordt derhalve niet uitsluitend de wettigheid van de in te trekken bestuurshandeling in ogenschouw genomen, maar wordt mede de klemtoon gelegd op de rechtszekerheid die inhoudt dat het bestuur niet of niet onbeperkt kan terugkomen op bepaalde van zijn beslissingen, met alle nefaste gevolgen die zulks zou kunnen meebrengen voor het minimum aan stabiliteit waarop de burger in zijn rechtsverhouding tot het bestuur moet kunnen aanspraak maken (1388).

450. In essentie kan de klassieke theorie worden weergegeven als volgt.

Een bestuurshandeling die geen rechten heeft doen ontstaan ten voordele van derden kan steeds – ongeacht het regelmatig of onregelmatig karakter ervan – worden ingetrokken wanneer het bestuur oordeelt dat het algemeen belang zulks vereist (1389). Aan de intrekking kunnen dan zowel redenen

(1386) Zie in dat verband ook D. D’HOOGHE, *l.c.*, 1091-1103; P. LEWALLE, “Légalité, sécurité, stabilité en droit administratif. Un équilibre introuvable?”, in X. (ed.), *Liber Amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Diegem, Kluwer Editions Juridiques Belgique en E. Story-Scientia, 1997, 240-243.

(1387) Benevens aan de rechtspraak van de Raad van State waaraan wordt gerefereerd in A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, p. 774, nr. 862, vn. 107, kan worden gewezen op o.m. de volgende, recente rechtspraak: R.v.St., Canvasse, nr. 58.170, 16 februari 1996; R.v.St., N.V. Onveco en N.V. Colruyt, nr. 72.903, 1 april 1998; R.v.St., Simons, nr. 76.128, 6 oktober 1998; R.v.St., Van Geet, nr. 87.749, 5 juni 2000; R.v.St., N.V. DufRASne Métaux, nr. 94.080, 16 maart 2001; R.v.St., Bury, nr. 97.215, 28 juni 2001; R.v.St., Rollewagen, nr. 98.800, 11 september 2001; R.v.St., Masschelein, nr. 110.799, 1 oktober 2002; R.v.St., De Mets, nr. 112.635, 19 november 2002; R.v.St., Lermينياux, nr. 129.837, 30 maart 2004; R.v.St., N.V. Aveve, nr. 132.404, 15 juni 2004; R.v.St., Beerts, nr. 135.663, 4 oktober 2004; R.v.St., Bunnens, nr. 140.643, 15 februari 2005.

(1388) Het is precies omdat de beginselen die de intrekking van bestuurshandelingen beheersen de rechtszekerheid aanbelangen, dat deze worden geacht van openbare orde te zijn en dat een schending van die beginselen in het verleden al ambtshalve werd opgeworpen door de Raad van State (R.v.St., Malpas, nr. 42.603, 19 april 1993; R.v.St., Gashi, nr. 102.842, 23 januari 2002; zie ook A. WIRTGEN, *o.c.*, p. 199, nr. 203).

(1389) De tuchtoverheid kan, rekening houdende met de rechten en belangen van de andere personeelsleden, de opgelegde tuchtstraf intrekken (R.v.St., Dhert, nr. 20.914, 29 januari 1981; R.v.St., De Bondt, nr. 21.024, 13 maart 1981; R.v.St., Lootens, nr. 21.068, 26 maart 1981;

.../...

van wettigheid als van opportuniteit ten grondslag liggen (1390). De beslissing tot intrekking moet ook in dat geval echter gebeuren met inachtneming van de wettelijke bevoegdheidsregels en de rechten van derden (1391).

Het is niet steeds evident om rechtsverlenende van louter rechtserkende bestuurshandelingen te onderscheiden. Veeleer zullen de betrokken handelingen daarom moeten worden getoetst aan de mate waarin het bestuur bij het verrichten van de handeling over een discretionaire, dan wel over een gebonden bevoegdheid beschikt (1392). Worden, benevens de louter rechtserkende handelingen, over het algemeen geacht geen rechten te verlenen, de zogeheten “negatieve” of weigeringsbeslissingen, de handelingen onder opschortende of ontbindende voorwaarde, de tuchtsancties, en handelingen die zonder rechtsgevolgen zijn, zoals maatregelen van intern-bestuurlijke aard of voorbereidende handelingen (1393).

Een regelmatige bestuurshandeling die rechten aan derden heeft verleend, kan niet worden ingetrokken (1394). Er anders over oordelen zou in strijd zijn met de rechtszekerheid (1395). Dergelijke intrekking zou ten andere nooit haar grondslag kunnen vinden in het motief te komen tot een herstel van de wettigheid en aangezien geen andere reden een voldoende grond

.../...

R.v.St., Geury, nr. 38.982, 13 maart 1992). Hetzelfde geldt voor het ambtshalve ontslag (R.v.St., Lauwerijs, nr. 27.861, 5 mei 1987).

(1390) Nochtans is de intrekking van een beslissing die zelf een stedenbouwkundige vergunning intrekt niet wettig gemotiveerd indien zij is gesteund op opportuniteitsredenen en niet op een onwettigheid (R.v.St., Panella en Parent, nr. 58.093, 9 februari 1996).

(1391) De intrekking van een negatieve beslissing, zoals de weigering van een vergunning, kan bv. onrechtmatig zijn indien op die manier de door specifieke procedures gewaarborgde inspraak- en verweermogelijkheden van betrokkene en van derden worden geschonden (zie o.m. R.v.St., Deweer, nr. 38.706, 10 februari 1992; R.v.St., Cailliau en Davidts, nr. 39.268, 30 april 1992). Zie o.m. ook S. DE TAEYE, “Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel”, *l.c.*, 171-172.

(1392) Zie bv. R.v.St., Dusepulchre, nr. 77.051, 19 november 1998.

(1393) M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *o.c.*, p. 50 e.v., nrs. 74 e.v. De intrekking van een vacature kan een door de administratieve rechter toetsbare administratieve rechtshandeling uitmaken (R.v.St., Diels, nr. 67.125, 27 juni 1997, *T.B.P.* 1998, 218-221, noot D. MAREEN).

(1394) De handeling dient regelmatig te zijn op het ogenblik van de intrekking, ook al wordt hetzelfde bestuur uitgenodigd tot het nemen van een beslissing die tot de onregelmatigheid van de in te trekken bestuurshandeling had kunnen leiden. In dat geval is de beslissing tot intrekking onwettig en rijst de vraag of het vertrouwen van de burger er niet was mee gebaat indien zijn verzoek tot intrekking in beraad werd gehouden totdat het bestuur de tweede beslissing zou hebben genomen (R.v.St., Franken, nr. 61.413, 3 september 1996).

(1395) Zie bv. R.v.St., Zwarte Sluis Polder, nr. 63.152, 20 november 1996; R.v.St., Artois en cons., nr. 65.974, 22 april 1997, *A.J.T.* 1997-98, 527, noot J. THEUNIS.

kan bieden om afbreuk te doen aan verworven rechten, is het logisch dat intrekking van dergelijke bestuurshandelingen absoluut is uitgesloten.

Een onregelmatige bestuurshandeling die rechten toekent, kan worden ingetrokken, zij het onder bepaalde voorwaarden (1396). Vooreerst is dergelijke handeling te allen tijde intrekbaar wanneer en voor zover een bepaling van een wet, een decreet of een ordonnantie, de intrekking toelaat of oplegt (1397). Alsdan moet het gaan om een uitdrukkelijke bepaling die een formele, duidelijke en ondubbelzinnige machtiging tot intrekking inhoudt (1398). Dergelijke bestuurshandelingen kunnen eveneens te allen tijde worden ingetrokken wanneer het om een zogeheten “onbestaande” bestuurshandeling gaat, zijnde een handeling die door een zodanig grove en manifeste onregelmatigheid is aangetast dat haar feitelijk bestaan genegeerd mag worden zowel door de burger als door het bestuur (1399). Ook een door bedrog uitgelokte handeling kan te allen tijde worden ingetrokken (1400). Met dat laatste geval is kwade trouw van de burger gemeoid (1401).

(1396) Het moet wel degelijk gaan om een onregelmatige, d.w.z. een onwettige bestuurshandeling: een opportuniteitskwesitie volstaat niet om tot de onregelmatigheid te besluiten (R.v.St., Adam, nr. 57.949, 31 januari 1996).

(1397) Voor een aantal voorbeelden van dergelijke bepalingen, zie M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *o.c.*, p. 74-75, nr. 105. Door in een eigen, van de klassieke beginselen afwijkende regeling inzake de intrekking van bestuurshandelingen m.b.t. een aangelegenheid waarvoor hij bevoegd is, te voorzien, betreedt de decreetgever niet het terrein van de federale wetgever (Arbitragehof nr. 7/96, 18 januari 1996 en de daarop betrekking hebbende commentaar van M. VAN DAMME, “Zijn er nog grenzen aan de intrekbaarheid van bestuurshandelingen?”, *T.B.P.* 1996, 323-326).

(1398) De Raad van State onderzoekt of effectief van dergelijke machtiging kan worden gewaagd. Voor een voorbeeld, wat artikel 199 van het decreet van 31 juli 1990 betreffende het Onderwijs-II betreft, zie o.m. R.v.St., De Smet, nr. 97.213, 28 juni 2001; R.v.St., Bury, nr. 97.215, 28 juni 2001; R.v.St., Roosen, nr. 97.216, 28 juni 2001; R.v.St., Masschelein, nr. 110.799, 1 oktober 2002.

(1399) I.v.m. het onderscheid tussen de begrippen “onbestaande handeling”, “onwettige handeling” en “door een administratieve feitelijkheid aangetaste handeling”, zie M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *o.c.*, p. 78 e.v., nrs. 109 e.v. en van dezelfde auteurs, “De onbestaande bestuurshandeling”, *T.B.P.* 1997, 219-224. Zie ook J. BORRET, verslag bij R.v.St., De Ridder, nr. 20.273, 30 mei 1980, *T.B.P.* 1981, 251-254; P. POPELIER, “De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel”, *l.c.*, p.101, nr. 40. Voor een voorbeeld waarbij de Raad van State overgaat tot een onderzoek van de graad van onregelmatigheid, zie R.v.St., Kegels, nr. 49.041, 13 september 1994.

(1400) Bedrieglijk inzicht wordt niet vermoed (R.v.St., Delilez, nr. 93.205, 12 februari 2001; R.v.St., Delilez, nr. 106.389, 6 mei 2002) en moet worden aangetoond door middel van gewichtige, bepaalde en overeenstemmende gegevens (R.v.St., Paulussen, nr. 28.934, 1 december 1987; R.v.St., Dochez, nr. 29.344, 16 februari 1988).

(1401) Uit menig arrest van de Raad van State valt af te leiden dat de burger de bescherming geboden door het principe dat rechtsverlenende handelingen maar binnen een beperkte termijn kunnen worden ingetrokken, waardig moet zijn, dat hij die bescherming moet verdienen. Dat is

.../...

Buiten de opgesomde gevallen waarin de intrekking van een onregelmatige, rechtsverlenende handeling toegelaten is, is de intrekking van een dergelijke handeling enkel mogelijk op rechtmatigheidsgronden, binnen een termijn van zestig dagen, bepaald voor het instellen van een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State. Ingeval dergelijk beroep is ingesteld (1402), kan de intrekking gebeuren tot aan het sluiten van de debatten (1403).

Aangezien de verplichting tot vermelding van de beroepsmogelijkheid in de beslissing met individuele strekking, bedoeld in artikel 19 tweede lid van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State, uitsluitend ten behoeve van de bestemming van de beslissing dient nageleefd te worden, kan het bestuur zich niet op het niet-naleven van die verplichting beroepen om zichzelf op die wijze een ruimere termijn ter beschikking te stellen om tot de intrekking van de betrokken bestuurshandeling over te gaan (1404).

451. De *ratio legis* van het verband tussen de ontvankelijkheid *ratione temporis* van een annulatieberoep en de toelaatbaarheid van de intrekking wordt als volgt omschreven door de Raad van State (1405): wanneer de wetgever een beroep bij de Raad van State tegen handelingen met een individuele draagwijdte heeft mogelijk gemaakt binnen een gestelde termijn,

.../...

niet het geval indien de betrokken bestuurshandeling in zijn ogen als zo grof onregelmatig of onmiskenbaar onwettig had moeten overkomen dat hij ze onmogelijk voor ernstig kon nemen en zijn houding, door dat te doen, een zweem van kwade trouw verwerft die de gedachte oproept aan bedrog (zie o.m. R.v.St., Diliën, nr. 4.195, 29 maart 1955 en, wat recenter, R.v.St., De Ridder, nr. 23.586, 18 oktober 1983; R.v.St., Kempeneers, nr. 28.761, 20 november 1987; R.v.St., Riga, nr. 33.124, 4 oktober 1989; zie ook het in vn. 1399 vermelde auditoraatsverslag van J. BORRET). In het licht van het voorgaande wordt de scheidingsgrens tussen de figuur van de onbestaande bestuurshandeling en het bedrog alvast minder scherp.

(1402) De intrekking van een bestuurshandeling waarvan de tenuitvoerlegging door de Raad van State reeds is geschorst is mogelijk en schendt niet het gezag van gewijsde van het schorsingsarrest. De intrekking realiseert enkel op snelle wijze wat, bij ontstentenis van dergelijke intrekking, een op het schorsingsarrest volgend eventueel annulatiearrest zou teweegbrengen (R.v.St., Steppe, nr. 69.470, 5 november 1997; R.v.St., v.z.w. Bedevaart naar de Graven van de IJzer, nr. 106.867, 23 mei 2002).

(1403) Het gegeven dat de intrekking door het bestuur gebeurt binnen het raam van een annulatieberoep heeft niet tot gevolg dat de beslissing tot intrekking zelf een jurisdictionele beslissing wordt en dat in dat verband de aan een rechtsprekende procedure verbonden waarborgen moeten worden nagekomen (R.v.St., Beyls en Deblauwe, nr. 75.674, 3 september 1998).

(1404) R.v.St., Dechamp, nr. 90.287, 18 oktober 2000, noot D. LAGASSE, *J.T.* 2001, 333-336.

(1405) Voor een kritische benadering van het verband, zoals omschreven door de Raad van State, zie o.m. D. LAGASSE, "La sécurité juridique doit-elle prévaloir sur la légalité d'un acte administratif? La théorie du retrait d'acte administratif est-elle encore justifiée en droit belge?", *J.T.* 2001, 334-336; P. POPELIER, "De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginself", *l.c.*, p. 97-100, nrs. 33-37.

heeft hij noodzakelijkerwijze het bestuur in staat gesteld zijn beslissing tijdens diezelfde termijn opnieuw te onderzoeken, en dat nieuw onderzoek brengt het recht mee om een onregelmatige en bijgevolg voor nietigverklaring vatbare beslissing in te trekken. Eenmaal die termijn – die door de wetgever is gewild om te vermijden dat burgers onbepaald in de tijd procedures zouden instellen die het functioneren van de overheidsdiensten kunnen bemmeren – is verstreken, staat het niet aan het bestuur te doen wat de Raad van State ten gevolge van het verstrijken van die termijn niet meer kan, namelijk het bij wege van een vernietiging retroactief beëindigen van het bestaan van de betrokken handeling (1406).

B. Jurisprudentiële verfijning van de klassieke leer

452. De Raad van State heeft zijn rechtspraak i.v.m. de intrekking van administratieve rechtshandelingen gaandeweg verfijnd (1407).

Een eerste verfijning bestaat erin dat de Raad van State ervan uitgaat dat, ingeval een annulatieberoep werd ingesteld tegen een bestuurshandeling, de bevoegdheid tot intrekking van die handeling *maar zover reikt als het annulatieberoep onzekerheid heeft doen ontstaan*, wat betekent dat de intrekking maar mogelijk is indien het annulatieberoep op ontvankelijke wijze werd ingesteld en dat de intrekking enkel kan gebeuren binnen de grenzen van de uitvoering van het eventueel annulatiearrest dat zou kunnen worden geveld, hetzij op grond van één of meer deugdelijk te achten rechtmatigheidsbezwaren (1408) die de verzoeker op ontvankelijke wijze voor

(1406) Zie reeds R.v.St., De Zurpele, nr. 2.206, 13 februari 1953; R.v.St., De Lannoy, nr. 13.614, 6 juni 1969; R.v.St., Chamart, nr. 14.445, 14 januari 1971; R.v.St., Benoît, nr. 22.934, 11 februari 1983; R.v.St., Reynaert, nr. 43.256, 9 juni 1993; R.v.St., Grevisse, nr. 49.736, 19 oktober 1994; "... *dans le domaine de la reconstitution de la légalité, il est logique de ne pas accorder à l'autorité d'administration active des pouvoirs plus étendus qu'à la juridiction administrative suprême*" (C. HUBERLANT, *Antinomies et recours aux principes généraux*, Travaux du centre national de recherche de logique juridique de l'U.L.B., Brussel, Bruylant, 1965, 224).

(1407) Slechts uitzonderlijk werd door de Raad van State afgeweken van de klassieke theorie inzake de intrekking (zie bv. R.v.St., N.V. G. Dumont en gebr., nr. 4.199, 31 maart 1955, *T.B.P.* 1955, 251, noot F.E. DE VISSCHERE en *R.J.D.A.* 1955, 210, noot M.A. FLAMME; R.v.St., Steenkiste en cons., nr. 13.658, 2 juli 1969; R.v.St., Gosseye, nr. 23.831, 20 december 1983).

(1408) Het bestuur kan niet worden geacht zijn mogelijkheid tot intrekking van een administratieve rechtshandeling te hebben "verwerkt" door gedurende jaren niet in te gaan op reeds eerder tegen de ingetrokken handeling aangevoerde rechtmatigheidsbezwaren en dat pas te doen n.a.v. het auditorsverslag tijdens een geding voor de Raad van State (R.v.St., N.V. Aveve, nr. 132.404, 15 juni 2004).

de Raad van State heeft doen gelden (1409), hetzij op grond van de overtreding van een regel van openbare orde (1410).

Om een onregelmatige bestuurshandeling te kunnen intrekken, mag de onregelmatigheid aan het bestuur zelf te wijten zijn, eens dat deze onregelmatigheid als een ontvankelijk annulatiemiddel wordt aangevoerd (1411).

Een tweede verfijning die de Raad van State heeft doorgevoerd inzake de beoordeling van de toelaatbaarheid van de intrekking heeft betrekking op het uitgangspunt van de intrekkingstermijn. De Raad neemt immers aan dat de beoordeling van de toelaatbaarheid van een intrekking kan verschillen al naargelang de intrekking de rechtsverhouding betreft die bestaat tussen de ambtenaar en het bestuur, dan wel de rechtsverhouding die bestaat tussen de ambtenaar en de andere personeelsleden (1412).

C. Kritiek op de klassieke leer

453. De door de Raad van State aangehangen, klassieke leer inzake de intrekking van administratieve rechtshandelingen is niet vrij van kritiek en heeft aanleiding gegeven tot een gedivergeerde invulling van de toelaatbaarheid van de intrekking. Volgens deze “afwijkende” theorie kan een regelmatige handeling niet worden ingetrokken, tenzij het om een tuchtsanctie gaat. Een onregelmatige handeling kan enkel worden ingetrokken onder de voorwaarden die ook in de klassieke theorie opgeld doen. Daarbij wordt de vraag omtrent het al dan niet rechtsverlenende karakter van de handeling niet in ogenschouw genomen (1413).

(1409) De intrekking van een bestuurshandeling kan gebeuren n.a.v. een schorsingsarrest van de Raad van State en ongeacht of de Raad in dat arrest alle aangevoerde onregelmatigheden heeft onderzocht of niet (R.v.St., Meert, nr. 127.068, 13 januari 2004).

(1410) R.v.St., Tommelein, nr. 23.281, 24 mei 1983, *T.B.P.* 1983, 405, noot P. BERCKX en R.W. 1983-84, 1220, noot W. LAMBRECHTS; R.v.St., Malta Monika, nr. 23.286, 24 mei 1983; R.v.St., Van Schil en gemeente Aartselaar, nr. 54.129, 29 juni 1995; R.v.St., Roland, nr. 67.676, 5 augustus 1997; R.v.St., Adam, nr. 94.687, 11 april 2001; R.v.St., Lebbe, nr. 123.868, 6 oktober 2003.

(1411) R.v.St., Boodts, nr. 66.641, 9 juni 1997; R.v.St., Boodts, nr. 117.945, 4 april 2003.

(1412) R.v.St., Leuridan, nr. 20.179, 11 maart 1980, *R.W.* 1980-81, 1921-1928, noot W. LAMBRECHTS. Zie ook het praktische voorbeeld in A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, p. 777, nr. 863, vn. 115.

(1413) A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, p. 778, nr. 864.

Bij de kritiek van bepaalde auteurs op de klassieke leer spelen de vaagheid en de onzekerheid van het onderscheid tussen de rechtsverlenende en de rechtserkende bestuurshandelingen, en de toepassingsproblemen waar- toe dat onderscheid aanleiding kan geven, een grote rol (1414).

454. De klassieke leer inzake de intrekking van bestuurshandelingen vindt evenmin bevestiging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie (1415) dat er, door middel van de interpretatie van artikel 159 van de Grondwet, van uitgaat dat geen verworven rechten kunnen worden ge- puurd uit een onwettige bestuurshandeling.

Het Hof wijst erop dat het betrokken grondwetsartikel geen onderscheid maakt al naargelang de handelingen die daarin worden bedoeld, of het nu reglementaire, dan wel individuele handelingen zijn (1416). Artikel 159 van de Grondwet heeft volgens die – reeds eerder door de lagere justitiële rechters voorgestane – visie een absolute gelding die de hoven en de recht- banken ertoe verplicht om zich van de toepassing van onregelmatige be- sluiten te onthouden, op welk ogenblik ook de vraag omtrent die toepas- sing voor de rechter opduikt. Dat kan ertoe leiden dat het bestuur bij wijze van exceptie, op welk ogenblik ook, voor de gewone rechter de onwettig- heid van haar handelingen opwerpt en op die wijze van die rechter een be- slissing kan verkrijgen, met name het niet-toepassen van de handeling, die – in feite – gelijkaardige gevolgen heeft als een intrekking, terwijl overeen- komstig de rechtspraak van de Raad van State het bestuur op dat ogenblik de onwettige handeling niet meer kon intrekken.

Er is op gewezen dat het verschil in benaderingswijze tussen de justitiële en de administratieve rechter op het vlak van de intrekbaarheid van bestuurs-

(1414) Zie hierover, meer uitgebreid, M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *o.c.*, p. 57-60, nrs. 86-87; zie ook o.m. P. POPELIER, “De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel”, *l.c.*, p. 97-100, nrs. 34-37.

(1415) Niettemin werd erop gewezen dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie i.v.m. de on- mogelijkheid tot intrekking van, *in casu*, onregelmatig verleende stedenbouwkundige vergun- ningen, ingeval de onregelmatigheid aan het bestuur zelf is te wijten, erop duidt dat het Hof uit- eindelijk wel tot een afweging komt van de beginselen van wettigheid en rechtszekerheid en derhalve zelfs verder gaat dan de door de Raad van State toegepaste klassieke intrekkingssleer (zie S. DE TAEYE, “Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel”, *l.c.*, 168 en de door deze auteur aangehaalde rechtspraak en rechtsleer). Het vereiste dat de onregelmatigheid aan het bestuur is te wijten, geldt niet langer als absoluut (zie, n.a.v. Cass. 2 december 2002, *Verslag van het Hof van Cassatie* 2003, 47-49).

(1416) Cass. 21 april 1988, *Pas.* 1988, I, 983, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN en *R.C.J.B.* 1990, 402-411, noot P. QUERTAINMONT; Cass. 24 november 1988, *Pas.* 1989, I, 334; Cass. 19 oktober 1989, *R.W.* 1989-90, 1185-1188; Cass. 9 januari 1997, *R.C.J.B.* 2000, 264.

handelingen en de toepassing van artikel 159 van de Grondwet (1417) in essentie te herleiden valt tot een verschil in gehanteerde beginselen, in die zin dat de justitiële rechter blijkbaar een meer centrale plaats toekent aan het legaliteitsbeginsel, terwijl de Raad van State meer de klemtoon legt op het rechtszekerheidsbeginsel en het na verloop van tijd onaantastbaar geworden karakter van bestuurshandelingen. Tevens is gesteld dat ook meespeelt de vaststelling dat de koppeling van de toelaatbaarheid van de intrekking aan de vernietiging t.a.v. de justitiële rechter minder relevant is, in die zin dat, in tegenstelling tot wat voor de Raad van State geldt, de justitiële rechter niet over dergelijke vernietigingsbevoegdheid beschikt (1418).

455. Het Rekenhof is evenmin voorstander van de klassieke intrekkingsleer omdat deze niet of moeilijk te verenigen valt met de wettelijke opdracht van het Hof tot controle van de regelmatigheid van financiële overheidsverrichtingen, waarbij het legaliteitsbeginsel het enige determinerende wordt geacht. Volgens het Hof kan die wettelijk omschreven opdracht niet worden ingeperkt door overwegingen die verband houden met de rechtszekerheid van de burger en diens aanspraken op de onaantastbaarheid van definitief verworven rechtssituaties (1419).

§ 5. *Het vertrouwensbeginsel*

I. Begrip

456. Het vertrouwensbeginsel is een beginsel van behoorlijk bestuur dat inhoudt dat gerechtvaardigde verwachtingen die door het bestuur bij de

(1417) De Raad van State gaat uit van het principe dat de onwettigheid van een definitief geworden individuele bestuurshandeling – op een beperkt aantal uitzonderingsgevallen na – niet meer kan worden ingeroepen n.a.v. een vernietigingsberoep dat is gericht tegen een andere handeling, daarbij een onderscheid makend tussen reglementaire en individuele handelingen (zie bv. R.v.St., Artois en cons., nr. 65.974, 22 april 1997).

(1418) Zie in dat verband M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *o.c.*, p. 70 e.v., nrs. 100 e.v. De Raad van State verbindt soms zijn klassieke benadering van de problematiek van de intrekking aan de vaststelling dat ook in artikel 14 van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State een onderscheid wordt gemaakt tussen individuele (“akten”) en reglementaire (“reglementen”) bestuurshandelingen, en dat de divergentie tussen de gerechtelijke en de bestuurlijke jurisprudentie het gevolg is van de dualiteit van de gerechten, waarvan de onderlinge verhouding niet wordt geregeld in de Grondwet (R.v.St., Dechamp, nr. 90.287, 18 oktober 2000, met de reeds in deze bijdrage vermelde kritische noot van D. LAGASSE).

(1419) Voor het al meermaals uiteengezette standpunt terzake van het Rekenhof, zie o.m. het verslag OLIVIER namens de Commissie voor de Financiën (*Parl. St. Kamer* 1988-89, nr. 892/1, 3-9) en het 149ste Boek van Opmerkingen, 115.

rechtsonderhorigen zijn gewekt, zo enigszins mogelijk moeten worden gehonoreerd, op gevaar af anders het vertrouwen dat de rechtsonderhorigen in het bestuur stellen, te misleiden (1420). Als zodanig vormt het beginsel een tegengewicht voor de geringere voorspelbaarheid van het bestuursoptreden ten gevolge van de aan het bestuur toekomende beleidsvrijheid.

De Raad van State omschrijft het vertrouwensbeginsel als “... *één der beginselen van behoorlijk bestuur krachtens hetwelk de burger moet kunnen betrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid, of op toezeggingen of beloften die de overheid in het concrete geval heeft gedaan*” (1421) en vermeldt traditioneel drie voorwaarden waaraan moet zijn voldaan opdat het beginsel zou kunnen worden ingeroepen (1422). Die voorwaarden zijn het bestaan van een vergissing vanwege het bestuur, het ten gevolge van die vergissing verlenen van een voordeel aan een rechtsonderhorige en de afwezigheid van gewichtige redenen (1423) om de rechtsonderhorige dat voordeel te ontnemen (1424).

457. De praktische toepassing van het vertrouwensbeginsel heeft ertoe genoopt dat in zowel de rechtspraak(1425), als de rechtsleer veelal nog andere componenten dan die welke tot uiting komen in de zo-even vermelde voorwaarden, worden betrokken in het onderzoek van de toepasselijkheid van het betrokken beginsel. Zo wordt courant ook aandacht besteed aan de hoedanigheid van het bestuursorgaan dat de verwachtingen heeft

(1420) M. SCHELTEMA, “Enkele gedachten over het vertrouwensbeginsel in het publiekrecht”, *R.M.Themis* 1984, 538.

(1421) Zie o.m. R.v.St., Eeckhout, nr. 32.893, 28 juni 1989; R.v.St., v.z.w. Vlaams Centrum voor Levensvorming, nr. 129.541, 22 maart 2004. Het vertrouwensbeginsel betreft het optreden van het actief bestuur en niet van een rechtscollege. Het vertrouwensbeginsel kan de Raad van State er dus in geen geval toe brengen zich bevoegd te verklaren in strijd met de grondwettelijke en de wettelijke bepalingen die de bevoegdheid van de rechtscolleges regelen (R.v.St., Missorten, nr. 93.104, 6 februari 2001).

(1422) Voor een kritische bespreking en een onderzoek van de toepasbaarheid van die voorwaarden in andere rechtstakken dan het bestuursrecht, zie N. GEELHAND, “Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal (suite du commentaire de l’arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 1992)”, *R.C.J.B.* 1995, p. 496 e.v., nrs. 195 e.v.

(1423) Een gewichtige reden kan bestaan uit een door de auditeur gegrond bevonden rechtmatigheidsbezwaar n.a.v. een annulatieberoep bij de Raad van State (R.v.St., N.V. Aveve, nr. 132.404, 15 juni 2004).

(1424) Deze voorwaarden werden verwoord in R.v.St., Vermeulen, nr. 27.685, 17 maart 1987, en werden herhaaldelijk overgenomen in de rechtspraak van de Raad van State (zie o.m. R.v.St., Boodts, nr. 66.641, 9 juni 1997; R.v.St., N.V. Roprivest, nr. 98.879, 17 september 2001; R.v.St., Boodts, nr. 117.945, 4 april 2003; R.v.St., N.V. Aveve, nr. 132.404, 15 juni 2004).

(1425) Zie bv. de rechtspraak van het Hof van Cassatie in fiscale zaken, zoals verder in deze bijdrage wordt besproken.

gewekt, aan de manier waarop de verwachtingen zijn gewekt bij de burger, aan het rechtmatige karakter van die verwachtingen, aan de handelingen die de rechtsonderhorige heeft verricht als gevolg van de bij hem gewekte verwachtingen en aan mogelijke factoren die zich tegen het honoreren van die verwachtingen verzetten (1426).

458. Daarnaast is er de vaststelling dat het vertrouwensbeginsel relatief veelvuldig wordt ingeroepen voor de rechter – zij het al dan niet in combinatie met andere beginselen van behoorlijk bestuur (1427) – zonder dat zulks leidt tot de effectieve toepassing van dat beginsel, hetzij omdat niet of onvoldoende wordt aangetoond dat effectief rechtmatige verwachtingen zijn gewekt (1428), hetzij omdat de rechter van oordeel is dat niet is voldaan aan de toelaatbaarheidsvoorwaarden ervan, hetzij omdat ten onrechte beroep wordt gedaan op het vertrouwensbeginsel en de toepassing ervan niet op relevante wijze kan worden ingeroepen.

Zo kan een rechtsonderhorige in beginsel geen vertrouwen puren uit het gegeven dat de minister een eigen vrije beoordelingsbevoegdheid uitoefent op grond van een voor hem niet bindend advies dat afwijkt van de vroegere, gangbare adviespraktijk (1429). Betrouwen op de onaantastbaarheid van een bestuurshandeling kan niet indien tegen die bestuurshandeling nog een annulatieberoep bij de Raad van State openstaat (1430). Een asielaanvrager dient van bij de aanvang van de asielprocedure rekening te houden

(1426) S. DE TAEYE, “Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel”, *l.c.*, 139 e.v.

(1427) Afwijking van beleidsregels door het bestuur kan het vertrouwensbeginsel in het gedrang brengen, maar heeft tegelijk te maken met het gelijkheidsbeginsel en met hetgeen het “consistentiebeginsel” is genoemd, d.w.z. de eis dat het bestuursbeleid een zekere samenhang blijft vertonen (K. LEUS, “Beleidsregelgeving en het rechtsbegrip ‘richtlijn’ in de rechtspraak van de Raad van State: een terreinverkenning”, *T.B.P.* 1987, 404; zie ook, van dezelfde auteur, *Pseudo-wetgeving*, Antwerpen, Maklu uitgevers, 1991). In de rechtspraak is weliswaar de status van algemeen rechtsbeginsel ontzegd aan het consistentiebeginsel (zie bv. Cass. 8 november 2002, *R.W.* 2004-05, 1259). Het rechtszekerheidsbeginsel houdt in “dat het recht voorzienbaar en toegankelijk moet zijn, dat de rechtzoekende moet kunnen uitmaken welke gevolgen een bepaalde handeling naar redelijkheid zal hebben en dat de overheid niet zonder objectieve en redelijke verantwoording mag afwijken van de beleidslijnen die zij bij de toepassing van de reglementering aanhoudt” (R.v.St., Sengel, nr. 135.661, 4 oktober 2004).

(1428) Zie bv. R.v.St., N.V. Euro-Silo, nr. 103.580, 14 februari 2002; R.v.St., Mohammad Ali, nr. 110.450, 18 september 2002; R.v.St., Demaeght en cons., nr. 118.732, 28 april 2003; R.v.St., Hajrizaj, nr. 137.554, 24 november 2004; R.v.St., Ustimenko, nr. 139.322, 14 januari 2005.

(1429) R.v.St., Flamand, nr. 80.312, 19 mei 1999; R.v.St., Willems en Dom, nr. 98.257, 10 augustus 2001.

(1430) R.v.St., Boterbergh, nr. 83.515, 18 november 1999; R.v.St., Boterbergh, nr. 102.524, 15 januari 2002.

met zijn precaire verblijfstoestand, zodat hij er niet op kan vertrouwen permanent op het Belgische grondgebied te kunnen verblijven (1431). De opdrachtgevende overheid kan op grond van deugdelijke motieven afzien van het gunnen van een opdracht of kan de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze, zonder dat zulks van aard is het vertrouwen van één van de betrokken aannemers te beschamen, temeer daar de betrokken overheid de wettelijke procedureregels heeft nageleefd (1432).

Het bestuur kan niet gebonden zijn door een eventuele nalatigheid of onoplettendheid van een controlerende ambtenaar die, zonder een standpunt in te nemen of een interpretatie te geven, bepaalde overtredingen van de wetgeving over het hoofd zou hebben gezien of niet zou hebben bestraft (1433).

De omstandigheid dat voor het uitvoeren van een bepaalde activiteit een in de tijd beperkte vergunning werd verleend, kan niet het rechtmatige vertrouwen wekken dat ook voor de toekomst dergelijke vergunning zal worden toegekend (1434). Dergelijk vertrouwen kan er evenmin in bestaan dat, ingeval een bepaalde activiteit zonder incidenten werd verricht vooraleer een vergunningsplicht werd ingevoerd, de betrokken vergunning zonder meer zal worden toegekend voor het verderzetten van de betrokken activiteit (1435). Een vergunninghouder kan er evenmin op vertrouwen dat het bestuur, wat hem betreft, geen toepassing zal maken van de ondertussen gewijzigde reglementering om hem alsnog met toepassing van de vroegere reglementering een nieuwe vergunning te verlenen (1436).

Het vertrouwensbeginsel impliceert niet dat de bevoegde overheid de statutaire bepalingen die de rechtstoestand van de personeelsleden in overheidsdienst regelen, niet in een minder gunstige zin zou mogen wijzigen wanneer het belang van de dienst daartoe noopt (1437). Uit de aard zelf van

(1431) R.v.St., Amarjit, nr. 112.085, 30 oktober 2002.

(1432) R.v.St., N.V. Algemene Ondernemingen Aerts, nr. 130.776, 29 april 2004.

(1433) Rb. Brugge 2 april 2001, R.W. 2002-03, 509.

(1434) R.v.St., Verdoodt, nr. 48.182, 23 juni 1994; R.v.St., N.V. Vlevy, nr. 105.948, 25 april 2002; R.v.St., Van Looveren, nr. 136.385, 21 oktober 2004.

(1435) R.v.St., Clemens, nr. 59.228, 25 april 1996.

(1436) R.v.St., Vancauwenberghe, nr. 104.503, 7 maart 2002; R.v.St., Huybrechts, nr. 130.674, 27 april 2004; R.v.St., Goetschalckx, nr. 137.958, 2 december 2004; R.v.St., Matthyssen, nr. 138.520, 16 december 2004.

(1437) Het bestuur moet in dat geval nochtans zorgvuldig optreden door, behoudens omwille van ernstige en gewichtige redenen, niet onverhoeds in te grijpen in een bestaande situatie (R.v.St., Vervliet, nr. 94.090, 19 maart 2001).

het ambtenarenstatuut volgt immers dat de rechten die zijn toegekend aan de personeelsleden waarop dat statuut betrekking heeft, om redenen van algemeen belang voor de toekomst kunnen worden gewijzigd bij wege van algemene bepaling (1438).

Het bij de burger gewekte vertrouwen dient eenzelfde bestuurshandeling te betreffen. Dat betekent dat een ambtenaar die niet preventief werd geschorst hieruit niet het vertrouwen mag putten dat hem evenmin een tucht-sancie zal worden opgelegd indien komt vast te staan dat hij zich aan bepaalde feiten heeft schuldig gemaakt (1439). Het verlenen van een stedenbouwkundige vergunning betekent niet dat een exploitant erop mag vertrouwen dat hij ook een milieuvergunning zal verkrijgen (1440).

459. Uit wat voorafgaat volgt dat het vertrouwensbeginsel diverse componenten bevat waaraan niet steeds eenzelfde betekenis wordt gehecht in rechtspraak en rechtsleer. Het vertrouwensbeginsel valt daardoor minder strikt af te bakenen, wat dan weer tot gevolg heeft dat weliswaar vaak, maar niet steeds op relevante wijze een schending van dat beginsel wordt ingeroepen voor de rechter. Ook de veelal casuïstische invulling waartoe dat beginsel noopt, bemoeilijkt een eenduidige classificatie ervan.

II. Hoedanigheid van het optredende bestuur

460. Het vertrouwensbeginsel geldt ten aanzien van het actief bestuur en impliceert een expliciet handelen, dan wel het uitblijven van enige handeling vanwege het bestuur. In dat verband rijst de vraag of rechtmatige verwachtingen kunnen worden gewekt door het optreden van een onbevoegd bestuursorgaan.

Om redenen die verband houden met de publiekrechtelijke verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden is het verdedigbaar te stellen dat het bestuur enkel geroepen is verwachtingen te honoreren voor zover die

(1438) Ambtenaren zijn onderworpen aan het principe van de veranderlijkheid van de openbare dienst waaraan het vertrouwensbeginsel ondergeschikt is (zie o.m. R.v.St., Beke en cons., nr. 81.185, 22 juni 1999; R.v.St., Renquin, nr. 86.787, 14 april 2000; R.v.St., Van Raemdonck, nr. 107.005, 27 mei 2002).

(1439) R.v.St., Decoster, nr. 133.161, 28 juni 2004.

(1440) R.v.St., Gelaude, nr. 96.820, 21 juni 2001; R.v.St., Vissers, nr. 132.986, 24 juni 2004.

door het bestuur zelf zijn gewekt (1441) of alleszins voor zover deze zijn gebaseerd op gedragingen van een orgaan dat gemachtigd is het bestuur te vertegenwoordigen. Niettemin valt niet bij voorbaat uit te sluiten dat ook onbevoegd gewekt vertrouwen, waarin van een “schijn van bevoegdheid” sprake is, in sommige gevallen moet kunnen worden beschermd (1442). Dan is wel vereist dat de rechtsonderhorige er in redelijkheid (1443) is van kunnen uitgaan met het bevoegde bestuursorgaan te maken te hebben (1444).

Wat dat laatste aspect betreft, speelt de aard van de toe te passen reglementering een rol, in die zin dat, naarmate die reglementering technischer of complexer van aard is, de rechtsonderhorige er sneller mag van uitgaan dat het bestuur het beste geplaatst is om die reglementering te begrijpen en toe te passen, en om zich wat dat betreft te betrouwen op het bestuurlijke handelen (1445). Ook moet rekening worden gehouden met de precisie en het al dan niet gepersonaliseerde karakter van het bestuurshandelen naar de rechtsonderhorige toe (1446), maar tevens met de hoedanigheid van de rechtsonderhorige (1447).

(1441) Het bestuur moet dan wel over de bevoegdheid beschikken om zich m.b.t. zijn beleidsvrijheid te kunnen binden. Zo kan bv. een vergunningverlenende overheid niet toezeggen om een stedenbouwkundige vergunning af te geven en daardoor het openbaar onderzoek, dat in het kader van de vergunningsprocedure is voorgeschreven, doelloos te maken (D. D’HOOGHE, *l.c.*, 1094).

(1442) Zie bv. reeds, wat Nederland betreft, P. NICOLAÏ, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Kluwer, 1990, 364, vn. 364-365. Dergelijk standpunt wint aan relevantie doordat in het bestuursrecht almaar meer sprake is van o.m. verzelfstandiging en diverse vormen van publiek-private samenwerking.

(1443) Zie o.m. Cass. 19 december 1991, *J.T.* 1992, 142, concl. VELU.

(1444) Vanuit die optiek, en gelet op de concrete context, lijkt zelfs niet onmogelijk dat vertrouwen wordt gewekt door een lid van een collegiaal orgaan, waarop de rechtsonderhorige zich naderhand eventueel t.a.v. dat orgaan kan beroepen.

(1445) N. GEELHAND, *l.c.*, p. 506-507, nr. 217; zie ook P. POPELIER, “De toepassing van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en de aansprakelijkheid van de overheid voor foutieve informatie”, *A.J.T.* 1998-99, 352, die, met verwijzing naar Cass. 27 maart 1992, vermeldt dat “een persoon kan vertrouwen op de veronderstelde kennis van (de betrokken) regelgeving in de persoon van een bevoegde ambtenaar” en dat dan “het vermoeden van kennis van de wet en de onderzoeksplicht in hoofde van het ‘zorgvuldige rechtssubject’ (worden) gemilderd”. Zie bv. ook Bergen 3 mei 2002, *F.J.F.* 2002, 637.

(1446) Zo is een brief van de bevoegde minister, waarin deze meldt opdracht te hebben gegeven om de bestemming van de brief in het bestuur te reïntegreren (R.v.St., Werquin, nr. 128.425, 23 februari 2004), uiteraard sneller van aard om verwachtingen te scheppen dan bv. een interpretatie die, op algemene wijze, in een ministeriële omzendbrief van een reglementaire bepaling wordt gegeven.

(1447) Zo mag bv. een intercommunale vereniging voor economische expansie en huisvestingsbeleid worden geacht op de hoogte te zijn van de regelgeving die zij moet toepassen, maar ook .../...

III. Vertrouwenwekkend bestuursgedrag

461. Teneinde zich op het vertrouwensbeginsel te kunnen beroepen, zal de rechtsonderhorige moeten kunnen verwijzen naar een bestuursgedrag dat aanleiding heeft gegeven tot het ontluiken van verwachtingen. Het vertrouwenwekkend gedrag van het bestuur kan uit welbepaalde, specifieke beslissingen of handelingen spruiten, maar kan ook voortvloeien uit een geheel van gedragingen (1448). Het kan gaan om een expliciet bestuurs-optreden, dan wel om het gegeven dat het bestuur er zich van onthoudt om bepaalde handelingen te verrichten (1449) of, meer algemeen, dat het kan worden geacht op impliciete wijze te zijn opgetreden (1450). Het is mogelijk dat door het bewust stilzitten van het bestuur het vertrouwen wordt gewekt dat een bestaande toestand wordt gedoogd.

.../...

van sommige aanverwante reglementeringen, en kan zij om die reden minder vlug van bij haar gewekte verwachtingen gewagen (R.v.St., C.V. West-Vlaamse Intercommunale voor economische expansie, huisvestingsbeleid en technische bijstand, nr. 84.964, 27 januari 2000). Ook door de rechtsonderhorige opgedane (beroeps)ervaring, opleidingsniveau, ja zelfs leeftijd, kunnen de beoordeling van het verwachtingspatroon van betrokkene beïnvloeden (N. GEELHAND, *l.c.*, p. 509-510, nr. 221).

(1448) M. VAN DAMME, "Goede trouw van burger en bestuur", *R.W.* 1989-90, 1115.

(1449) Zoals bv. het onredelijk lang wachten om te beslissen over een administratief beroep wanneer dergelijke beslissing hoe dan ook dient tot stand te komen (R.v.St., Van De Velde, nr. 75.666, 3 september 1998; R.v.St., Moerman, nr. 79.868, 22 april 1999; R.v.St., Van Dessel, nr. 140.131, 3 februari 2005), al mag de belanghebbende in dat geval geen gebrek aan alertheid kunnen worden verweten doordat hij heeft nagelaten om gebruik te maken van de mogelijkheid die artikel 14, tweede lid, – nu artikel 14 § 3 –, R.v.St.-Wet, hem biedt (R.v.St., De Brabandere, nr. 67.981, 4 september 1997), het nalaten om bepaalde noodzakelijke informatie te verstrekken aan de rechtsonderhorige (R.v.St., X., nr. 108.385, 25 juni 2002) of het stilzitten van toezicht-houdende diensten tijdens de uitvoering van bouwwerken en het niet-instellen van een administratief beroep tegen een verleende milieuvergunning (Antwerpen 18 oktober 1999, *C.D.P.K.* 2000, 498 en *R.W.* 2000-01, 1087, noot A. CARETTE). Wanneer het bestuur een voldoende gepreciseerde aanvraag ontvangt waarbij een rechtsonderhorige binnen het door hem geschetste reglementaire kader een voordeel wenst te verkrijgen, is het bestuur er krachtens de beginselen van behoorlijk bestuur die zich buiten elke regelgeving om aan hem opdringen – zoals het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel – toe gehouden aan de betrokkene een antwoord te geven op zijn vraag. Het bestaan van die verplichting brengt de aangelegenheid binnen het toepassingsveld van artikel 14 § 3 R.v.St.-Wet (R.v.St., C.V.B.A. Maasmechelen Tourist Outlets, nr. 143.267, 18 april 2005).

(1450) Zie bv., in fiscale aangelegenheden, R. ROSOUX, "De la confiance légitime à l'accord tacite: le chemin le plus court passe par les principes de bonne administration", *R.G.F.* 2002, 92-103.

462. Vertrouwen kan worden gewekt door regelgeving, hieronder mede begrepen de bij de rechtsonderhorige gewekte verwachting (1451) dat een bepaalde regeling tot stand wordt gebracht (1452) of niet (1453). De burger zal er doorgaans nochtans meer behoefte aan gevoelen om zich voor de administratieve rechter te beroepen op het vertrouwensbeginsel inzake verwachtingen die het bestuur bij hem heeft gewekt op een andere manier dan door regelgeving. Daarbij mag als uitgangspunt worden genomen dat bestuurshandelingen eerder tot de toepassing van het vertrouwensbeginsel zullen nopen naarmate zij een specifieke vertrouwensrelatie met de burger creëren, hetgeen bijvoorbeeld inhoudt dat vertrouwen minder vlug zal worden opgewekt door een beleidsregel dan door een individuele toezegging door het bestuur (1454).

463. Vertrouwen kan worden gewekt doordat het bestuur inlichtingen of informatie verstrekt aan de burger. Deze laatste moet kunnen betrouwen op de deskundigheid en de degelijkheid van het bestuur en dient ervan op aan te kunnen dat de door het bestuur verstrekte inlichtingen correct zijn. Daarbij mag de burger zelf niet kunnen worden verweten om onvoorzichtig of nalatig te zijn geweest. De door het bestuur verstrekte informatie zal in principe enkel rechtmatige verwachtingen kunnen wekken indien het gaat om een pertinente, betekenisvolle mededeling die van aard is dat ze de betrokkene in dwaling brengt omtrent zijn recht of die diens rechtstoestand schade toebrengt (1455).

(1451) Bv. door een voordien gevolgde administratieve praktijk. Ook de formele wetgever kan zijn gebonden door verwachtingen die door het bestuur zijn gewekt n.a.v. de discretionaire invulling die door dat laatste wordt gegeven aan een onbepaalde wetgevende norm (P. POPELIER, *l.c.*, 351, met verwijzing naar de rechtspraak van het Arbitragehof).

(1452) Inzake wetgeving, en meer algemeen regelgeving, noopt de toepassing van het vertrouwensbeginsel vooral tot een oordeel omtrent de temporele functie van de betrokken regeling en een afweging van het legitiem vertrouwen en het algemeen belang. Voor de diverse criteria die daarbij een rol kunnen spelen, zie o.m. P. POPELIER, *De wet juridisch bekeken*, Brugge, die Keure, 2004, p. 284 e.v., nrs. 651 e.v.

(1453) In algemene zin mag worden gesteld dat het bij de burger gewekte vertrouwen in het gedrang dreigt te komen indien bv. voor een welbepaalde periode een leerprogramma is vastgesteld of een vergunning is verleend en, zonder dat daarvoor een gewichtige reden bestaat, een wijziging in de reglementering wordt aangebracht die tot gevolg heeft dat nog tijdens de betrokken periode wordt ingegrepen in het lopende leerprogramma of de lopende vergunning (zie o.m. R.v.St., P.V.B.A. Deuragas, nr. 20.491, 1 juli 1980; R.v.St., Verbergh, nr. 22.137, 23 maart 1982).

(1454) M. SCHELTEMA, "Gebondenheid van overheid en burger aan eigen voorafgaand handelen (Rechtsverwerking)", *Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht*, LXXIV, 1975, 13.

(1455) J. GIJSSELS, "De overheidsaansprakelijkheid in verband met informatie", *R.W.* 1980-81, 1216. Terzake zal het vertrouwensbeginsel niet zelden worden ingeroepen in combinatie

.../...

Vertrouwen kan worden ontleend aan een bestendig gevolgde bestuurspraktijk of een vast beleid (1456). Als een praktijk eenmaal vast is geworden, mag de burger er in de regel op vertrouwen dat die ook in zijn geval zal worden gevolgd. Afstappen van een bepaalde beleidslijn bij individuele toepassingen kan in principe enkel op grond van in redelijkheid aanvaardbare en op concrete gegevens steunende motieven (1457).

Het bestuur kan het vertrouwen van de burger eveneens wekken door middel van beloften of individuele toezeggingen, waarvan de specificiteit doorgaans tot een snelle binding van de kant van het bestuur leidt (1458), mits ze op een voldoende ondubbelzinnige wijze geschieden.

IV. Rechtmatige verwachtingen

464. Niet om het even welke verwachting die bij de burger is gewekt door het bestuur kan leiden tot de toepassing van het vertrouwensbeginsel. Het dient immers te gaan om rechtmatige verwachtingen, d.w.z. verwachtingen die de burger in redelijkheid heeft kunnen putten uit het bestuursoptreden (1459). Indien een normaal voorzichtige en oplettende burger had moeten weten dat de gewekte verwachtingen eventueel niet zouden kunnen of mogen worden gehonoreerd (1460), kan de burger zich niet op het vertrouwensbeginsel beroepen (1461).

.../...

met een ander beginsel van behoorlijk bestuur. Zo bv. schendt tevens het zorgvuldigheidsbeginsel het bestuur dat aan een personeelslid foutieve informatie verstrekt die hem in dwaling brengt en bij hem de verwachting wekt dat hij na het slagen in een examen zal worden benoemd tot vastbenoemd klerk en dat hij inmiddels in de wervingsreserve van klerk zal kunnen worden ingeschreven (R.v.St., Lemaitre, nr. 25.355, 23 mei 1985).

(1456) Een bestuurlijk handelen dat op slechts één beweerde toepassing steunt, volstaat niet om van een vaststaande gedragslijn te kunnen gewagen (R.v.St., B.V.B.A. Wivi-games, nr. 138.320, 9 december 2004).

(1457) Zie S. DE TAEYE, "Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel", *l.c.*, 145 en de door deze auteur aangehaalde rechtspraak en rechtsleer.

(1458) Dat is ook het geval wanneer het bestuur een verzoek van de rechtsonderhorige afwijst en tegelijk ongevraagd een advies tot handelen geeft. Alsdan mag de betrokkene erop vertrouwen dat dit advies niet foutief is (Arbrb. Brugge 16 mei 1997, *T.B.P.* 1998, 375-379, noot M. SISCOT).

(1459) Opgewekt vertrouwen kan niet steeds als een rechtmatige verwachting worden aangemerkt (R.v.St., Suenaert, nr. 85.872, 13 maart 2000; R.v.St., Messelis, nr. 86.473, 3 april 2000).

(1460) Dat moet des te duidelijker zijn indien het bestuur zelf enig voorbehoud heeft geformuleerd in verband met de gewekte verwachtingen of zich in voorzichtige bewoordingen, in de voorwaardelijke wijs en in afwachting van bijkomende inlichtingen tot de burger heeft gericht (R.v.St., X., nr. 99.052, 24 september 2001).

(1461) S. DE TAEYE, "Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel", *l.c.*, 157; D. D'HOOOGHE, *l.c.*, 1095; K. LEUS, *o.c.*, p. 166, nr. 171.

Het vertrouwensbeginsel kan niet worden ingeroepen indien de rechtsonderhorige zijn vertrouwen baseert op een rechtshandeling die met een dermate grove onregelmatigheid is behept dat de handeling in de ogen van de betrokkene onmogelijk of niet redelijkerwijze ernstig kon worden genomen (1462) of op een rechtshandeling waaraan een materiële vergissing vanwege het bestuur ten grondslag ligt die door de rechtsonderhorige gemakkelijk kon worden onderkend (1463). Meer in het algemeen mag worden gesteld dat de burger zich niet op het vertrouwensbeginsel kan beroepen indien hijzelf onjuiste of onvolledige informatie aan het bestuur heeft verstrekt of hijzelf mee aan de basis ligt van het niet-inlossen van de verwachtingen (1464).

V. Factoren die zich tegen het honoreren van de verwachtingen verzetten

465. Het vertrouwensbeginsel impliceert een afweging van het belang dat de burger heeft bij honorering van het vertrouwen tegen het algemeen belang (1465) of de belangen van derden die zich in het gegeven geval zouden verzetten tegen die honorering (1466). De toepassing van het vertrouwensbeginsel houdt niet in dat gerechtvaardigde verwachtingen altijd moeten worden gehonoreerd (1467). Het bestuur kan van oordeel zijn dat, mits het voorhanden zijn van een rechtvaardigingsgrond, opgewekte verwachtingen niet hoeven te worden gehonoreerd. Het komt er dan op aan om na te

(1462) Zie bv. R.v.St., Paulussen, nr. 28.934, 1 december 1987.

(1463) Zie bv. R.v.St., B.V.B.A. De Hoeve, nr. 71.813, 12 februari 1998.

(1464) Enkele voorbeelden uit de rechtspraak van de Raad van State: betrokkene heeft verzuimd om de geëigende procedures te volgen (R.v.St., Mariën, nr. 103.702, 18 februari 2002), heeft nagelaten om aan te tonen dat haar afwezigheid op het werk was gewettigd (R.v.St., Van Keer, nr. 132.230, 10 juni 2004), heeft zijn vergunningstoestand verkeerd ingeschat als gevolg van een verkeerde vergunningsaanvraag uitgaande van zijn voorganger (R.v.St., De Keukelaere, nr. 115.909, 13 februari 2003), heeft nagelaten om te voldoen aan de voorwaarde om zich tegen een bepaalde datum in orde te stellen met de wettelijke voorschriften (R.v.St., N.V. Damara, nr. 58.004, 5 februari 1996), of is zelf onvoldoende alert geweest (R.v.St., Vermoesen-Alsteens, nr. 59.915, 6 juni 1996; R.v.St., B.V. Waterboot Amsterdam, nr. 83.833, 2 december 1999).

(1465) Voor een geval waarin het ging om een afweging t.a.v. het vrijwaren van de openbare orde, zie R.v.St., Mahioui, nr. 126.144, 8 december 2003.

(1466) Tempering van rechtmatige verwachtingen is dus ook mogelijk ter bescherming van het belang van één of meer derden (bv. in geval van tegenstrijdige toezeggingen door het bestuur gedaan aan verscheidene personen). Zie bv. ook R.v.St., Hendrickx, nr. 56.412, 22 november 1995; R.v.St., Dumont, nr. 74.396, 23 juni 1998 en de noot van P. POPELIER bij een arrest van de Raad van State van 12 februari 1998, R.W. 1997-98, 1474-1476.

(1467) R.v.St., Boodts, nr. 66.641, 9 juni 1997; R.v.St., Boodts, nr. 117.945, 4 april 2003.

gaan of de ingeroepen rechtvaardigingsgrond (1468) voldoende zwaarwichtig is om aan de bij de burger gewekte verwachtingen voorbij te gaan.

466. Een beroep op het vertrouwensbeginsel impliceert dat de burger handelingen heeft verricht of zich daarvan heeft onthouden, wat niet zou zijn gebeurd indien zijn vertrouwen niet zou zijn gewekt. Indien in de praktijk het gewekte vertrouwen geen enkele invloed blijkt te hebben gehad op het handelen van de burger, valt moeilijk aan te nemen dat het niet-honoreren van gewekte verwachtingen van aard is om nadelig in te werken op de rechtstoestand van de betrokkene en dat met succes een schending van het vertrouwensbeginsel kan worden ingeroepen. Aan dat laatste beginsel ligt m.a.w. ook een dispositievereiste ten grondslag (1469).

467. De toepassing van het vertrouwensbeginsel noodzaakt tevens tot een onderzoek van de gedraging van de burger. Wanneer deze zelf tekortkomingen kunnen worden verweten, kan deze geen beroep doen op de toepassing van het vertrouwensbeginsel (1470).

VI. Vertrouwensbeginsel *contra legem*

468. Het geldt als een vrij verspreid standpunt dat het vertrouwensbeginsel niet kan worden gehanteerd tegen uitdrukkelijke (1471) (andersluidende) wettelijke bepalingen in (1472). Het gegeven dat, in strijd met de

(1468) Dat kunnen bv. nieuwe feitelijke ontwikkelingen zijn, gewijzigde inzichten, overmacht of een ongedaan te maken schending van de wet.

(1469) A.J. BOK, "Het vertrouwensbeginsel, een beginsel op tegenspraak", *l.c.*, 100-101; vgl. met de zogeheten "investeringsschade" die de burger heeft opgelopen n.a.v. retroactieve regelgeving (P. POPELIER, *De wet, juridisch bekeken*, Brugge, die Keure, 2004, p. 285, nr. 653). De als gevolg van de gewekte verwachtingen gewijzigde situatie kan er bv. in bestaan dat een persoon door het bestuur foutief in de waan wordt gelaten een verhoogde kinderbijslag te kunnen blijven ontvangen voor een gehandicapt kind, zodat die persoon de verzorging en de opvoeding van zijn kind daarop heeft afgestemd (Arbh. Gent 26 november 2001, *R.W.* 2003-04, 1347).

(1470) Zie nr. 464. Ook aan het bestuur toegeschreven tekortkomingen (bv. een onzorgvuldig handelen) zullen trouwens de toepassing van het vertrouwensbeginsel kunnen beïnvloeden.

(1471) Indien er geen uitdrukkelijke of slechts een onduidelijke wettelijke bepaling is die voor uiteenlopende interpretaties vatbaar is, valt het moeilijker om de toepassing van het vertrouwensbeginsel te verwerpen: de belangen van de burger die vertrouwen heeft gesteld in een wetsinterpretatie door het bestuur, die niet correct blijkt te zijn geweest, lijken in dat geval te moeten worden afgewogen tegen het legaliteitsbeginsel (S. DE TAEYE, "Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel", *l.c.*, 109-110; vgl. met de in deze bijdrage vermelde rechtspraak in fiscale aangelegenheden).

(1472) M. VAN DAMME, *l.c.*, *R.W.* 1989-90, 1115 en – in dezelfde zin – de reactie hierop van W. LAMBRECHTS, *R.W.* 1989-90, 1122-1123.

wet (1473), aan de burger voordelen werden verleend, is als een gewichtige reden beschouwd geworden om de burger die voordelen te ontnemen en terzake niet de bij hem gewekte verwachtingen te honoreren (1474). Het vertrouwensbeginsel kan in principe niet met zich meebrengen dat, in geval van een gedogend bestuursoptreden, de burger het recht verkrijgt op behoud, voor de toekomst, van de onwettige toestand (1475). Het bestuur kan niet worden geacht om, na een administratieve praktijk van gedogen, het recht te hebben verwerkt om voor de toekomst de hand aan de wet te houden (1476). Dit standpunt heeft ook in de rechtsleer bijval gevonden, zij het niet bij alle auteurs (1477).

Het standpunt volgens hetwelk het vertrouwensbeginsel niet *contra legem* kan werken, wordt vrij algemeen bijgetreden in de rechtspraak van de Raad van State (1478). Het Hof van Cassatie van zijn kant is er in het verleden al een aantal keer toe gekomen om zijn, over het algemeen, legalistische benadering (1479) wat te temperen en het vertrouwensbeginsel daadwerke-

(1473) Hieronder wordt het materieel wetsbegrip begrepen (zie bv. R.v.St., Cadorin, nr. 63.971, 13 januari 1997).

(1474) Zie o.m. P. VAN ORSHOVEN, "Algemene beginselen van behoorlijk fiscaal en ander bestuur", in X. (ed.), *Actuele problemen van fiscaal recht. XVe Postuniversitaire lessencyclus W. Delva*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1989, 26.

(1475) Zie bv. R.v.St., Coussement, nr. 45.979, 3 februari 1994; R.v.St., B.V.B.A. Aftapolie Maes-Eelen, nr. 66.904, 24 juni 1997; R.v.St., Singh, nr. 135.228, 22 september 2004.

(1476) R.v.St., Campens en Asselman, nr. 80.173, 11 mei 1999; R.v.St., Jodinger, nr. 104.270, 4 maart 2002; R.v.St., N.V. Aveve, nr. 132.404, 15 juni 2004. Wat niet belet dat, na een jarenlange gedoogsituatie, het plotse en ontijdige optreden van het bestuur een schending kan inhouden van de zorgvuldigheidsverplichting (F. VAN NUFFEL, "Rechtsbescherming tegen bestuurlijk gedogen in het milieu- en stedenbouwrecht", in D. LINDEMANS (ed.), *Gedogen en bemiddelen in het bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 75-76).

(1477) Volgens D. D'HOOGHE bv. is het mogelijk dat door het bewust stilzitten van het bestuur het vertrouwen wordt gewekt dat een bestaande toestand wordt gedoogd, ook al is die toestand niet conform de van toepassing zijnde wettelijke en reglementaire bepalingen. Dergelijk gedogen impliceert dan wel een "omstandig", d.w.z. wetens en willens, stilzitten van het bestuur (D. D'HOOGHE, *l.c.*, 1093; zie ook G. MAES, *l.c.*, 709; P. POPELIER, *l.c.*, *R. Cass.* 2000, 70 e.v.). In die optiek moet het bestuur, dat door schuldige nalatigheid een weddeschuld onrechtmatig heeft laten aangroeien, worden geacht het recht op terugvordering van het teveel betaalde te hebben verwerkt (Arbh. Brussel 26 april 1996, *R.W.* 1996-97, 749).

(1478) Enkele voorbeelden R.v.St., Tao, nr. 78.179, 19 januari 1999; R.v.St., Lataire, nr. 78.281, 21 januari 1999; R.v.St., B.V.B.A. Onis, nr. 85.640, 28 februari 2000; R.v.St., Kamilu Animashaun, nr. 87.808, 6 juni 2000; R.v.St., N.V. Waste Collection Systems Belgium, nr. 90.160, 10 oktober 2000; R.v.St., Audenaerde, nr. 93.940, 13 maart 2001; R.v.St., Landsbond van de Onafhankelijke Ziekenfondsen en cons., nr. 111.394, 10 oktober 2002; R.v.St., N.V. Decoster, nr. 121.540, 9 juli 2003; R.v.St., N.V. Benoot Hedwig, nr. 130.722, 27 april 2004; R.v.St., N.V. Syncera Belgium, nr. 137.788, 30 november 2004.

(1479) Zie bv. Cass. 14 juni 1999, *R.W.* 1999-2000, 1450 en, inzake de informatieplicht van het bestuur, Cass. 30 oktober 2000, *R.W.* 2001-02, 58; wat de lagere justitiële rechter betreft, zie bv. Gent 27 oktober 1999, *F.J.F.* 2000, 262; Arbh. Antwerpen 2 maart 2001, *Limb. Rechtsl.* 2002, 113.

lijk ook te laten spelen in *contra legem*-situaties (1480). Hierna wordt in dat verband aandacht besteed aan de rechtspraak van het Hof in het fiscaal-rechtelijke contentieux (1481).

469. De toepasselijkheid van het vertrouwensbeginsel in het fiscaal recht werd op principiële wijze verwoord in het arrest van 27 maart 1992 van het Hof van Cassatie (1482), welk arrest naderhand nog werd verrijkt en bevestigd in een aantal andere arresten van dat Hof (1483). Opmerkelijk daarbij is dat het Hof bepaalt dat de gerechtvaardigde verwachtingen die bij de burger zijn opgewekt als gevolg van wat door hem niet anders kan worden opgevat dan als een vaste gedrags- of beleidsregel, in de regel moeten worden gehonoreerd, maar dat het recht op rechtszekerheid van een individuele belastingplichtige toch geen onbeperkt recht is en dat dit onder omstandigheden moet wijken voor het legaliteitsbeginsel van artikel 170 van de Grondwet, dat de rechtszekerheid en de gelijkheid verzekert ten bate van alle belastingplichtigen.

In de rechtsleer werd gewezen op het bijzondere van deze rechtspraak: de formulering die het Hof van Cassatie gebruikt, lijkt er immers op te wijzen dat het vertrouwensbeginsel op de eerste plaats komt, want het is maar “onder omstandigheden” dat het moet wijken voor het legaliteitsbeginsel (1484).

Gebald weergegeven, houdt de afweging van het vertrouwens- en legaliteitsbeginsel in fiscale zaken in dat wordt nagegaan of het gedrag of het beleid van het bestuur door de belastingplichtige niet anders kan worden geïnterpreteerd dan als een vaste regel. Dat impliceert dat het tegenwette-

(1480) Zie bv. ook Arbh. Gent 26 november 2001, *R.W.* 2003-04, 1347.

(1481) Er werd op gewezen dat de toepassing van het vertrouwensbeginsel *contra legem* voornamelijk valt te overwegen bij financiële beschikkingen op het terrein van het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht, waardoor geen derden in hun belangen worden geraakt: de positie van derde-belanghebbende zal zich immers veelal verzetten tegen een *contra legem*-toepassing (A.J. BOK, “Het vertrouwensbeginsel, een beginsel op tegenspraak”, *l.c.*, 102 en 106).

(1482) Cass. 27 maart 1992, *R.W.* 1991-92, 1466; zie o.m. ook Cass. 3 juni 2002, *R.W.* 2003-04, 1062.

(1483) Zie o.m. Cass. 13 februari 1997, *J.L.M.B.* 1998, 102; Cass. 11 mei 1998, *R.W.* 1998-99, 1158; Cass. 3 november 2000, *T.F.R.* 2001, 161-164; Cass. 6 november 2000, *T.F.R.* 2001, 164-166. Voor een meer gedetailleerd overzicht, zie A. BOSSUYT, “Algemene rechtsbeginselen”, *Verlag van het Hof van Cassatie* 2003, 132-133 en H. VANDEBERGH, “Grenzen aan de toepassing van het vertrouwensbeginsel”, *T.F.R.* 2003, 211-221.

(1484) S. VAN CROMBRUGGE, “De recente ontwikkeling van het vertrouwensbeginsel in het Belgisch fiscaal recht”, in X. (ed.), *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 642.

lijke bestuursgedrag zich gedurende een bepaalde tijd of doorheen een aantal controles heeft voorgedaan (1485). Voorts is het zo dat geen gerechtvaardigd vertrouwen kan worden ontleend aan een vaste gedrags- of beleidslijn waarvan de onwettigheid voor eenieder met een normale oplettendheid duidelijk is of moet zijn (1486). Het honoreren van gewekte verwachtingen kan niet in de mate dat wordt ingegaan tegen uitdrukkelijke wetsbepalingen (1487). Daarnaast kunnen nog andere elementen een rol spelen bij de beoordeling (1488), zoals het gegeven dat de belastingplichtige vrijwillig onjuiste of onvolledige gegevens heeft meegedeeld aan het bestuur. Meer dan bij het legaliteitsbeginsel het geval is, dient de toepassing van het vertrouwensbeginsel hoe dan ook te worden gerelateerd met de feitelijke omstandigheden van de zaak (1489).

(1485) F. VANBIERVLIET, "Het vertrouwensbeginsel: de laatste reddingsboei voor een belastingplichtige?", (noot onder Rb. Brussel 12 oktober 2001), *T.F.R.* 2002, 230.

(1486) Hoe meer gebonden de bevoegdheid van de fiscus is, hoe duidelijker het voor de belastingplichtige kan of moet zijn dat bv. een met de fiscus gemaakte afspraak onwettig is en hoe minder ruimte er is voor de toepassing van het vertrouwensbeginsel. Zie ook B. PEETERS, "Het rechtszekerheidsbeginsel in het fiscaal recht: verduidelijking van het begrip gerechtvaardigde verwachting", (noot onder Cass. 6 november 2000), *T.F.R.* 2001, 170.

(1487) Vertrouwen kan niet worden gepuurd uit een met de fiscus gesloten akkoord dat ingaat tegen een uitdrukkelijke wetsbepaling, noch uit de melding door het fiscaal bestuur dat de belastingplichtige beschikt over een langere termijn dan de wettelijke bezwaar- of beroepstermijn (zie o.m. Cass. 29 mei 1992, *F.J.F.* 1992, nr. 92/144; Cass. 8 januari 1993, *F.J.F.* 1993, nr. 93/230; Cass. 4 juni 1998, *F.J.F.* 1998, nr. 98/261; Cass. 18 januari 1999, *Fiskoloog* 1999, nr. 696, p. 12 en *Fisc. Koer.* 1999, 292; Cass. 26 oktober 2001, *T.F.R.* 2002, 421). Het valt eveneens moeilijker om aan te nemen dat de belastingplichtige vertrouwen heeft gehaald uit een akkoord waarin het bestuur een voorbehoud heeft geformuleerd, het akkoord op een dwaling of een ander wilsgebrek beruiste, er na het sluiten van het akkoord nieuwe elementen aan het licht zijn gekomen of het akkoord geen rekening hield met het juiste bedrag van de belastbare inkomsten (Cass. 13 februari 1997, *T.B.P.* 1998, 370).

(1488) In bepaalde gevallen wordt ook uitdrukkelijk rekening gehouden met het al dan niet bestaan van zwaarwichtige redenen om op de eerdere beslissing terug te komen (voor een sociaal-rechtelijke toepassing, zie bv. *Arbrb. Gent* 5 september 2000, *T.G.R.* 2002, 122).

(1489) Bergen 5 december 2003, *F.J.F.* 2004, 395. Zie bv. ook *Gent* 5 oktober 1999, *F.J.F.* 2000, 259.

HOOFDSTUK 8. HET CONTINUÏTEITSBEGINSEL EN HET VERANDERLIJK- HEIDSBEGINSEL

Prof. dr. David D'Hooghe
Deeltijds hoogleraar K.U.Leuven
Advocaat Stibbe

Philip De Keyser
Advocaat Freshfields Bruckhaus Deringer

§ 1. Inleiding

470. Volgens de gangbare opinie maken het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel, samen met het beginsel van de benuttingsgeleijkheid, deel uit van de zogenaamde “*wetten van de openbare dienst*” (“*lois du service public*”) (1490). Zij worden dus niet gerekend tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (ABBB). Wel integendeel, waar de ABBB als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat zij de discretionaire beoordelingsvrijheid van de overheid beperken, vormen het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel veelal een verantwoording voor “exorbitant” overheidsoptreden of voor specifieke overheidsprivileges. Stellen de ABBB een grens aan bestuurlijke vrijheid, dan laten de beginselen van continuïteit en veranderlijkheid precies toe om, in het algemeen belang, bepaalde begrenzingsen te doorbreken.

471. De zgn. “wetten van de openbare dienst” worden gekoppeld aan het openbare dienst-begrip. Het begrip “openbare dienst” is echter nooit op een harmonieuze wijze geïntegreerd geraakt in het Belgisch administratief recht. SUETENS en SWARTENBROUX hebben er, bijna 20 jaar geleden, terecht op gewezen dat het begrip “openbare dienst” een uit het Frans administratief recht gerecipieerd concept is, dat nooit geschikt is gebleken om de periferie van de overheid aan te duiden. In dezelfde lijn worden ook de “wetten van de openbare dienst” door voormelde auteurs beschouwd als veeleer theo-

(1490) Volgens E. VAN HOOYDONK zou een grondwettelijke grondslag voor het continuïteitsbeginsel kunnen worden gevonden in art. 108 Grondwet luidens welk de Koning instaat voor de uitvoering van de wetten “zonder ooit de wetten zelf te mogen schorsen of vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen” (E. VAN HOOYDONK, “Het artikel 130 van de Grondwet als algemene grondslag van het bestendigheidsbeginsel in het administratief recht”, *T.B.P.* 1992, 75-88).

retische beginselen, die niet steeds aan de maatschappelijke werkelijkheid beantwoorden en waarvan de toepassingen niet altijd te rechtvaardigen zijn, of nog, die niet eigen zijn aan publiekrechtelijke lichamen (1491).

De gewrongen positie van de “wetten van de openbare dienst” belet niet dat het Belgisch administratief recht wel degelijk de erkenning inhoudt van het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel, zo niet als een “wet van de openbare dienst”, dan minstens toch als een beginsel van publiek recht.

472. Hierna wordt onderzocht welke betekenis thans (nog) aan deze beginselen toekomt. Daarbij rijst in essentie de vraag in welke mate de behartiging van taken van algemeen belang (nog) een – krachtens de wet niet geregelde – uitzonderingspositie verantwoordt van de personen die daarmee zijn belast. In een ruimere context bekeken zal het onderzoek naar de actuele betekenis van de beginselen van continuïteit en veranderlijkheid meteen ook een licht werpen op de vraag “hoe blauw het bloed van de prins” (1492) vandaag nog is.

§ 2. *Het continuïteitsbeginsel* (1492bis)

I. Algemeen

473. Het continuïteitsbeginsel houdt in dat, wanneer een overheid oordeelt dat een bepaalde taak (“openbare dienst” in functionele zin) beantwoordt aan een behoefte van algemeen belang, die dienst moet blijven bestaan en functioneren (1493). Het continuïteitsbeginsel wordt afgeleid uit de vereiste van de permanentie van de staatsfunctie (1494). In een arrest

(1491) L.-P. SUETENS en S. SWARTENBROUX-VANDERHAEGEN, “Evolutie van het begrip ‘openbare dienst’”, in INTERUNIVERSITAIR CENTRUM VOOR STAATSRECHT (ed.), *De nieuwe vormen van overheidstussenkomst in de onderneming*, Brussel, Bruylant, 1988, 279-302.

(1492) Naar de gelijknamige publicatie van W. VAN GERVEN (*Hoe blauw is het bloed van de prins?*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 89 p.).

(1492bis) Na afwerking en indrukgeving van het manuscript werd nog kennisgenomen van de volgende publicatie die niet meer kon worden verwerkt: D. DE ROY, “Le principe de continuité du service public et la situation de l’usager”, noot onder Cass. 12 februari 2004, *R.C.J.B.* 2005, 207-249.

(1493) A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 2002, nr. 69.

(1494) J. GIJSSELS, “Het stakingsrecht in de overheidsdiensten en het continuïteitsbeginsel”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (297) 300.

van 10 januari 1950 stelt het Hof van Cassatie ter zake: “*De ononderbroken voortzetting van de werking van de staat, hoofdzakelijke voorwaarde tot zijn bestaan, vereist dat de staat zich nooit in de juridische onmogelijkheid zou bevinden om zijn opdracht te vervullen*” (1495).

474. Uit het continuïteitsbeginsel worden een aantal meer concrete beginselen afgeleid, die een veeleer negatieve draagwijdte hebben. Het continuïteitsbeginsel wordt immers meestal ingeroepen om een afwijking van het gemeen recht te verantwoorden, wanneer zulks noodzakelijk is om de continuïteit van de werking van de instellingen en hun activiteiten te verzekeren (1496).

475. Blijft de vraag of het continuïteitsbeginsel ook kan worden geformuleerd als een verplichting voor de overheid om een continue en regelmatige openbare dienstverlening te verzekeren. SUETENS en SWARTENBROUX stellen ter zake: “*vermits een openbare dienst wordt opgericht om te voorzien in een collectieve behoefte, is de overheid verplicht die dienst op een bestendige, regelmatige wijze te doen werken*” (1497).

Dergelijke positieve werking wordt in de praktijk nochtans niet aan het continuïteitsbeginsel toegekend. Zo put de gebruiker van een openbare dienst uit het continuïteitsbeginsel in beginsel geen subjectief recht op het behoud op de permanente werking van een openbare dienst:

“Overwegende dat het algemeen rechtsbeginsel van de continuïteit van de openbare dienst er alleen toe strekt de bestendigheid van de openbare instellingen en van hun werking te verzekeren; Dat dit beginsel niet noodzakelijk inhoudt dat de dienstverlening waarop de burger aanspraak kan maken, ononderbroken of permanent moet zijn, ook al moeten de verplichtingen van de overheid getoetst worden aan de normen van behoorlijk bestuur; Dat dit beginsel de overheid niet verplicht erover te waken dat energie te allen tijde zonder onderbreking wordt geleverd door de marktoperatoren die een concessie voor levering van energie hebben gekregen” (1498).

(1495) Arr. Cass. 1950, 281.

(1496) D. DEOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Brussel, Story-Scientia, 1990, p. 423-424, nr. 280.

(1497) Zie bv. L.-P. SUETENS en S. SWARTENBROUX-VANDERHAEGEN, *l.c.*, nr. 15.

(1498) Cass. 12 februari 2004, concl. G. DUBRULLE, www.cass.be. In dezelfde zin D. DEOM, *o.c.*, p. 423, nr. 80.

Het continuïteitsbeginsel wordt aldus niet beschouwd als een autonome bron van subjectieve rechten, maar wel als een regel van objectief recht waaraan reglementen, beslissingen en feitelijke gedragingen kunnen worden getoetst, al dan niet in samenhang met de beginselen van behoorlijk bestuur.

476. Het continuïteitsbeginsel belet aldus ook niet dat de modaliteiten van de continuïteit van overheidswege worden geregeld. Zo komt het de overheid toe om de dagen en uren te bepalen waarop haar diensten zich ter beschikking van de bevolking moeten houden (1499).

II. Het continuïteitsbeginsel en de voorrechten van de administratieve rechtshandeling

477. Het continuïteitsbeginsel wordt traditioneel aangehaald als verantwoording voor de zogeheten “voorrechten” of privileges van de eenzijdige administratieve rechtshandeling: het “*privilège du préalable*” en het “*privilège d’exécution d’office*” (1500). Uit het “*privilège du préalable*” zou het bestuur de mogelijkheid putten om de rechtsonderhorige eenzijdig te verbinden. Krachtens ditzelfde beginsel zou de administratieve rechtshandeling (weerlegbaar) worden vermoed in overeenstemming te zijn met het recht (1501). Het “*privilège d’exécution d’office*” zou inhouden dat het bestuur tot gedwongen uitvoering zou kunnen overgaan, zonder voorafgaand beroep op de rechter. Een en ander wordt ook wel kortweg uitgedrukt met het adagium “*D’abord obéir, puis réclamer*” (1502).

478. Beide privileges moeten nochtans sterk worden genuanceerd. Zo blijkt dat, in de meeste gevallen, de wet bepaalt in welke omstandigheden en op welke wijze een overheid tot gedwongen uitvoering van een genomen beslissing mag overgaan (bv. techniek van het dwangbevel; vrijheidsberoving). Vaak zal daarin precies de voorafgaandelijke tussenkomst

(1499) R.v.St., De Greef, nr. 12.034, 20 oktober 1966. Vanzelfsprekend strekt het continuïteitsbeginsel er niet toe om in het algemeen de continuïteit van bedrijven te waarborgen: R.v.St., Mouton, nr. 66.410, 27 mei 1997.

(1500) Zie over beide “voorrechten”, m.n. de proefschriften van M. NIHOUL (*Les privilèges du préalable et de l’exécution d’office*, Brugge, die Keure, 2001, 791 p.) en P. GOFFAUX (*L’inexistence des privilèges de l’administration et le pouvoir d’exécution forcée*, Brussel, Bruylant, 2002, 373 p.)

(1501) A. MAST e.a., o.c., nr. 8.

(1502) M. NIHOUL, o.c., 1.

van de rechter vereist zijn (bv. onteigening). Bovendien heeft de wetgever voorzien in een administratief kort geding bij de Raad van State op grond waarvan de onmiddellijke tenuitvoerlegging van administratieve rechtshandelingen kan worden geschorst.

Ook het vermoeden van wettigheid blijkt bij nader inzien niet echt te bestaan. Integendeel rust de bewijslast van de wettigheid in zekere zin zelfs bij de overheid. Uit de materiële motiveringsplicht vloeit immers voort dat het in eerste instantie aan de overheid is om te doen blijken dat de bestuurshandeling wordt gedragen door in feite juiste en in rechte pertinente motieven (1503). Het *privilège du préalable* betekent in de praktijk dan ook vooral dat het aan de particulier is om het initiatief te nemen om de wettigheid van de bestuurshandeling aan te vechten.

III. Het continuïteitsbeginsel en de uitvoeringsimmunititeit

479. Eén van de belangrijkste toepassingen van het continuïteitsbeginsel kan worden gevonden in het – intussen deels achterhaald – beginsel van de uitvoeringsimmunititeit van de overheid. De uitvoeringsimmunititeit houdt met name in dat het niet mogelijk wordt geacht om de uitvoering van verbintenissen in hoofde van de overheid om iets te doen of iets te geven, effectief af te dwingen (1504).

In dat verband wordt een onderscheid gemaakt tussen onrechtstreekse executie en rechtstreekse executie (1505). Bij een onrechtstreekse executie worden gedwongen maatregelen genomen ten aanzien van de goederen van de schuldenaar van de verbintenis (beslag). Die dwang heeft op zich evenwel niet tot gevolg dat aan de verbintenis van de schuldenaar is voldaan. Een tegeldemaking zal immers nog vereist zijn opdat de verbintenis van de schuldenaar (tot betalen) zal zijn voldaan. Bij een rechtstreekse executie wordt meteen gevolg gegeven aan de op de schuldenaar rustende verplichting: “Een executie is met andere woorden rechtstreeks wanneer door het nemen van de toegelaten of bevolen maatregelen meteen is voldaan aan

(1503) Zie over de materiële motiveringsplicht, o.m. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 103 e.v.

(1504) Zie A.-M. STRANART en P. GOFFAUX, “L’immunité d’exécution des personnes publiques et l’article 1412bis du Code Judiciaire”, *J.T.* 1995, 437.

(1505) Zie B. PEETERS, “Dwanguitvoering op overheidsgoederen. Een commentaar op art. 1412bis Ger.W.”, *T.B.P.* 1995, (67) 69.

de verplichting die aan de schuldenaar werd opgelegd, bv. de uitdrijving uit een woning, de afbraak van bouwwerken of de afgifte van een bepaalde zaak” (1506).

480. Wat de *onrechtstreekse executie* betreft, het beslag op overheidsgoederen, werd de werking van het beginsel van de uitvoeringsimmunititeit geleidelijk aan gemilderd, in eerste instantie door de rechtsleer en de lagere rechtspraak, vervolgens door het Hof van Cassatie (1507). Deze jurisprudentiële evoluties hebben mede aanleiding gegeven tot een wettelijke regeling van de (on)beslagbaarheid van overheidsgoederen.

481. Artikel 1412bis Ger. W., ingevoerd bij wet van 30 december 1994 verleent in eerste instantie een wettelijke grondslag aan de principiële onbeslagbaarheid van overheidsgoederen. Tegelijkertijd bepaalt artikel 1412bis Ger. W. onder welke voorwaarden van die principiële onbeslagbaarheid wordt afgeweken. Dit is in de eerste plaats het geval voor goederen die door de betrokken overheid zijn ingeschreven op een lijst als goederen die voor beslag in aanmerking komen. Bij gebrek aan zulke lijst, of in geval de goederen op zulke lijst niet volstaan tot voldoening van de schuldeisers, is beslag alsnog mogelijk op goederen die kennelijk niet nuttig zijn voor de uitoefening van de taak van de betrokken rechtspersoon of voor de continuïteit van de openbare dienst.

Aan de overheid wordt ook een substitutierecht toegekend: in geval van beslag kan hij de schuldeiser andere goederen aanbieden in de plaats van de beslagen goederen en de schuldeiser is principieel verplicht op dit aanbod in te gaan (1508).

Gelet op de invoering van de regeling van artikel 1412bis Ger. W. speelt het continuïteitsbeginsel geen autonome rol meer als rechtsgrondslag voor de uitvoeringsimmunititeit inzake beslagmaatregelen.

(1506) *Ibid.*

(1507) Zie Cass. 30 september 1993, *Arr. Cass.* 1993, 778, *R.W.* 1993-94, 954 en *P. & B.*, 67, noot A. VAREMAN; Cass. 28 januari 1999, *Arr. Cass.* 1999, 49 en *R.W.* 2000-01, 1198.

(1508) Zie meer uitgebreid omtrent artikel 1412bis Ger. W. o.m. K. BAERT, “Art. 1412bis”, in *Comm.Ger.R.*; S. BRIJS, “Nieuwe wetgeving: de absolute uitvoeringsimmunititeit van de overheid doorbroken”, *R.W.* 1994-95, 625-633; B. PEETERS, “Dwanguitvoering op overheidsgoederen. Een commentaar op art. 1412bis Ger.W.”, *T.B.P.* 1995, 67-75; A.M. STRANART en P. GOFFAUX, *l.c.*; H. VUYE, “Overheid en eigendom herbekeken in het licht van art. 1412bis Ger.W.”, in *Eigendom-Propriété*, FUNDP-UFSIA, Brugge, die Keure, 1996, 239 e.v.

482. De immuniteit ten aanzien van andere gedwongen uitvoeringsmaatregelen (dan op het vermogen via beslag), m.n. maatregelen van *rechtstreekse executie*, is echter nog steeds gestoeld op het continuïteitsbeginsel.

Ook hier is de absolute immuniteitsopvatting reeds lang verlaten (1509). Zo verwierp het Hof van Cassatie reeds in 1958 een voorziening in cassatie tegen een arrest waarbij een gemeente werd veroordeeld tot het verlijden van een authentieke akte van verkoop betreffende een onroerend goed van de gemeente binnen de maand, bij gebreke waarvan het arrest als authentieke akte zou gelden (1510).

Maar het arrest van het Hof van Cassatie van 26 juni 1980 bleef een belangrijke mate van immuniteit handhaven. Het Hof bevestigde daarin weliswaar dat de rechter het herstel in natura aan de overheid kan bevelen, maar besliste tevens dat de machtiging aan de benadeelde om die maatregelen zelf te (laten) uitvoeren, op kosten van de overheid, het algemeen beginsel van de continuïteit van de openbare dienst miskende (1511).

In een arrest van het Hof van Cassatie van 24 april 1998 wordt die rechtspraak genuanceerd. Aanleiding tot het arrest was een uitspraak waarbij de rechter de benadeelde had gemachtigd om, bij in gebreke blijven van de overheid, zelf de vereiste werken uit te voeren, op kosten van de overheid. Het Hof van Cassatie overwoog ter zake:

“Attendu qu’en règle, en vertu du principe général de la continuité du service public, les biens d’une personne de droit public ne peuvent faire l’objet de mesures d’exécution forcée;

Attendu que ce principe général tend seulement à assurer la permanence des institutions publiques et de leur fonctionnement;

Attendu qu’à défaut de préciser que les travaux préconisés par l’expert n’étaient pas de nature à entraver la continuité du service public, l’arrêt n’a pu légalement autoriser la défenderesse à les effectuer en lieu et place des demanderesses” (1512).

(1509) Zie S. BRIJS, “De absolute uitvoeringsimmuniteit nu ook doorbroken bij reële executie”, (noot onder Cass. 24 april 1998), *R.W.* 2000-01, (1196) 1197; Ph. COENRAETS en D. DELVAX, “Le privilège d’immunité d’exécution: le colosse aux pieds d’argile ou le dogme trahi par son fondement”, (noot onder Cass. 24 april 1998), *J.L.M.B.* 1999, nrs. 8-9.

(1510) Zie Cass. 24 oktober 1958, *Pas.* 1959, I, 202. Vgl. M. PAQUES, *De l’acte unilatéral au contrat dans l’action administrative*, Brussel, Bruylant, 1991, p. 305, nr. 241.

(1511) Cass. 26 april 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 1365 en *Pas.* 1980, I, 1341, concl. J. VELU.

(1512) Cass. 24 april 1998, *Arr. Cass.* 1998, 210, *R.W.* 2000-01, 1195, noot S. BRIJS en *J.L.M.B.* 1999, 672, noot Ph. COENRAETS en D. DELVAX.

Het continuïteitsbeginsel verantwoordt dus nog steeds dat geen maatregelen worden bevolen of toegelaten die de continue werking van de overheid in het gedrang brengen. Maar anderzijds mag de rechter wel rechtstreekse executiemaatregelen opleggen wanneer hij vaststelt dat die maatregelen de continuïteit van de openbare dienst niet in het gedrang brengen.

IV. Het continuïteitsbeginsel en de mogelijkheid voor overheidsondernemingen om failliet te worden verklaard

483. Verwant met het vraagstuk van de uitvoeringsimmunititeit is de vraag in welke mate het continuïteitsbeginsel eraan in de weg staat dat overheidsondernemingen failliet worden verklaard (1513).

Vast staat dat privaatrechtelijke rechtspersonen, zelfs wanneer zij een taak van algemeen belang uitoefenen, zich niet op het continuïteitsbeginsel kunnen beroepen om de toepassing van de faillissementsregeling te ontlopen (1514).

Voor (organieke) publiekrechtelijke rechtspersonen liggen de zaken anders. Doorgaans wordt aanvaard dat (organieke) overheidsondernemingen niet failliet kunnen worden verklaard. Als grondslag daarvoor wordt dan verwezen naar het continuïteitsbeginsel: "*L'entreprise publique a l'obligation d'assurer ses prestations de manière régulière, dans les limites légalement fixées. Les activités de service public doivent se poursuivre indépendamment des résultats financiers, tant que l'autorité publique compétente n'a pas pris la décision d'y mettre fin*" (1515). Toch rijst de vraag of een dergelijke visie voor alle (organieke) overheidsondernemingen geldt.

PEETERS heeft er op gewezen dat de relativering van de immunititeit de mogelijkheid doet ontstaan om (organieke) overheidsondernemingen failliet te verklaren. Er zou dan wel in de mogelijkheid moeten worden voorzien dat de overheid de nodige maatregelen kan (laten) nemen om de continuïteit te verzekeren (1516). ERGEC en DELWAIDE bepleiten dat finaal de wil van de

(1513) Zie hierover R. ERGEC en H. DELWAIDE, "Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite?", *J.T.* 1995, 713-717; B. PEETERS, *De continuïteit van het overheidsondernemen*, Antwerpen, Maklu, 1989, 322 e.v.

(1514) Zie hierover m.n. B. PEETERS, *o.c.*, 322 e.v.

(1515) R. ERGEC en H. DELWAIDE, *l.c.*, 715.

(1516) B. PEETERS, *De continuïteit van het overheidsondernemen*, Antwerpen, Maklu, 1989, p. 348, nr. 386.

wetgever doorslaggevend moet zijn. Overheidsondernemingen zouden in die opvatting enkel worden onttrokken aan de faillissementsregeling, indien dit de uitdrukkelijke of impliciete wil van de wetgever zou blijken te zijn.

484. Voor de autonome overheidsbedrijven en de N.V.'s van publiekrecht in de zin van de wet van 21 maart 1991 tot hervorming van bepaalde economische overheidsbedrijven kan er hoe dan ook geen discussie bestaan. Zij worden overeenkomstig artikel 8, tweede lid, onttrokken aan de toepasselijkheid van de faillissementsregels.

V. Het continuïteitsbeginsel en de sociale grondrechten van overheidspersoneel

485. In het verleden werd uit het continuïteitsbeginsel een werkstakingsverbod voor ambtenaren afgeleid. Dit werkstakingsverbod werd, samen met de uitvoeringsimmunitet, traditioneel als de belangrijkste toepassing van het continuïteitsbeginsel beschouwd. Waar het beginsel van de uitvoeringsimmunitet (ten dele) overeind is gebleven, is echter niet langer sprake van een stakingsverbod (1517).

Thans wordt integendeel erkend dat ook ambtenaren een principieel stakingsrecht genieten. Het stakingsrecht van ambtenaren vloeit onder meer voort uit een aantal internationaalrechtelijke verdragen waarbij België partij is, m.n. artikel 8.1.d. van het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (ECOSOC) (1518) en artikel 6.4. van het Europees Sociaal Handvest (1519). Impliciet wordt het stakingsrecht bevestigd

(1517) Zie terzake onder meer J. DE STAERCCKE, "Het werkstakingsverbod in de publieke sector en het continuïteitsbeginsel", *C.D.P.K.* 2003, 607-621; J. GIJSSELS, "Het stakingsrecht in de overheidsdiensten en het continuïteitsbeginsel", in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 297-340; R. JANVIER en P. HUMBLET, "Een volgende generatie over staking en opeising in de publieke sector", in *Liber Amicorum Prof. Dr. R. Blanpain*, Brugge, die Keure, 1997, 335-355; A. MAST e.a., *o.c.*, 223-225.

(1518) New York, 19 december 1966, goedgekeurd bij wet van 15 mei 1981.

(1519) Turijn, 18 oktober 1961, goedgekeurd bij wet van 11 juli 1990. Artikel 6.4. erkent het stakingsrecht slechts in het kader van "het recht van werknemers en werkgevers op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen", en dit met het oog op de uitoefening van "het recht op collectief onderhandelen". Een staking die niet gericht is op collectief onderhandelen valt niet onder artikel 6.4. (R.v.St., Soudans, nr. 58.415, 28 februari 1996; A. MAST e.a., *o.c.*, p. 224, nr. 25).

in artikel 18 van het Algemene Principes-K.B. van 22 december 2000 (1520).

486. Het stakingsrecht is echter niet absoluut. Beperkingen zijn mogelijk zowel krachtens het Europees Sociaal Handvest als het ECOSOC. Zo bepaalt artikel 8.2 ECOSOC dat wettelijke beperkingen aan het stakingsrecht kunnen worden gesteld voor leden van de gewapende macht, de politie of van het ambtelijk apparaat van het land. Krachtens artikel 4 ECOSOC is verder vereist dat beperkingen aan het stakingsrecht bij wet worden vastgesteld en alleen voorzover dit niet in strijd is met de aard van deze rechten, en uitsluitend met als doel het algemeen welzijn in een democratische samenleving te bevorderen. Luidens artikel 31 Europees Sociaal Handvest zijn beperkingen mogelijk voorzover zij bij wet worden voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor hetzij de bescherming van rechten en vrijheden van anderen, hetzij de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden. De vrijwaring van de continuïteit van de openbare dienst kan aldus beperkingen aan het stakingsrecht wettigen, voorzover die beperkingen wettelijk worden vastgelegd en evenredig zijn in het licht van de nagestreefde doelstelling.

Verder verhindert het principiële stakingsrecht niet dat een *misbruik* van het stakingsrecht tuchtrechtelijk wordt gesanctioneerd. Er is dan wel vereist dat uit de motivering van de tuchtstraf duidelijk blijkt dat niet de uitoefening van stakingsrecht zelf wordt gesanctioneerd, maar wel het misbruik dat daarbij werd gemaakt (1521).

487. Het verzekeren van de continuïteit van de openbare dienst kan ook beperkingen van andere sociale grondrechten van het overheidspersoneel wettigen. Zo oordeelde het Arbitragehof dat, *“aangezien de opdrachten die aan de rijkswacht worden toevertrouwd bijdragen tot de verwezenlijking van doelstellingen van algemeen belang, te weten de binnenlandse beveiliging en ordehandhaving, [...] de onmisbare continuïteit in die openbare*

(1520) Koninklijk besluit van 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen, *B.S.* 9 januari 2001.

(1521) Zie *R.v.St.*, Henry, nr. 52.424, 22 maart 1995, *A.P.T.* 1995, advies J.M. DAGNELI en *Soc. Kron.* 1996, 442, noot J. JACQMAIN; *R.v.St.*, Dedessus-Le Moutier, nr. 53.113, 3 mei 1995.

dienstverlening [kan] verantwoord worden dat aan de rijkswachters specifieke verplichtingen worden opgelegd waarbij aan de door art. 23 G.W. 1994 gewaarborgde vrije keuze van beroepsarbeid wordt geraakt". Die beperkingen moeten dan wel proportioneel zijn, in het licht van de nagestreefde doelstelling van algemeen belang (1522).

VI. Het continuïteitsbeginsel als verantwoording voor afwijkingen van publiekrechtelijke regels inzake de bevoegdheid en de werking van het bestuur

A. Algemeen

488. Het continuïteitsbeginsel zoals het hiervoor aan bod is gekomen, betreft gevallen waarbij de vrijwaring wordt beoogd van de voor de vervulling van doelstellingen van algemeen belang noodzakelijke materiële goederen (uitvoeringsimmunitet) en personele middelen (beperkingen van het stakingsrecht en andere sociale grondrechten van ambtenaren). Het continuïteitsbeginsel primeert dan, onder omstandigheden, op gemeenrechtelijke regels van privaat of sociaal recht.

Het is echter ook mogelijk dat de naleving van publiekrechtelijke regels of beginselen zelf de continuïteit van de werking van de overheid in het gedrang kan brengen. Zo kunnen publiekrechtelijke regels inzake bevoegdheid tot gevolg hebben dat er, gedurende een bepaalde tijd, geen instantie is die overeenkomstig de ter zake geldende regels gerechtigd is om (overheids)gezag uit te oefenen. Ook de inzet van personele middelen kan in het gedrang komen wanneer het gedurende een bepaalde periode niet mogelijk blijkt om een beroep te doen op mensen die overeenkomstig de daarvoor geldende procedure zijn aangesteld. De vereiste continuïteit van het bestuur komt hier in conflict met het legaliteitsbeginsel, essentieel bestanddeel van de rechtsstaat.

489. Het continuïteitsbeginsel zal toelaten dat, in dergelijke gevallen, toch overheidsgezag zal kunnen worden uitgeoefend en personeel zal kunnen worden ingezet. Hierna worden enkele toepassingsgevallen besproken.

(1522) Arbitragehof nr. 34/96, 15 mei 1996. *In casu* oordeelde het Arbitragehof dat de betrokken maatregel, een regeling houdende bepaalde terugbetalingsverplichtingen bij ontslag uit de dienst, niet proportioneel was.

Vervolgens wordt ingegaan op een aantal algemene beperkingen aan de mogelijkheid om zich op het continuïteitsbeginsel te beroepen.

B. Toepassingsgevallen

490. Een eerste toepassingsgeval is te vinden in het leerstuk van de “lopende zaken”. Een ontslagnemende regering kan grondwettelijk niet meer beschikken over de volheid van bevoegdheid, maar de permanentie van de staatsfunctie vereist dat de regering nog steeds de voor de continuïteit van het bestuur vereiste beslissingen kan nemen (1523).

491. De leer van de “fonctionnaire de fait” (de feitelijke ambtenaar of de noodambtenaar) is eveneens een gekende toepassing van het continuïteitsbeginsel. Daarmee wordt de hypothese beoogd dat er geen openbare functionaris voorhanden is, maar dat zijn taken in feite worden uitgeoefend door een persoon die zich in feite in zijn plaats stelt. In uitzonderlijke omstandigheden zal een dergelijke persoon als openbare functionaris kunnen worden beschouwd.

De leer van de “fonctionnaire de fait” werd voor het eerst ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Cassatie in de nasleep van de Tweede Wereldoorlog, bij de beoordeling van gevallen waarbij leden van het verzet tijdens WO II voorlopig het bestuur van een gemeente op zich namen (1524).

492. Het continuïteitsbeginsel ligt – samen met het rechtszekerheidsbeginsel – ook aan de basis van de milderende werking ten aanzien van de retroactiviteit van de vernietigingsarresten van de Raad van State. De retroactieve werking van de vernietiging van een benoeming of bevordering door de Raad van State, zou normaal immers tot gevolg hebben dat de handelingen gesteld door betrokkene als onbestaande moeten worden beschouwd. Op grond van de vereisten inzake continuïteit en rechtszekerheid blijven de handelingen gesteld vóór de vernietiging evenwel niettemin hun gelding behouden (1525).

(1523) Daarover in het bijzonder o.m. S. WEERTS, “La notion d'affaires courantes dans la jurisprudence du Conseil d'Etat”, *A.P.T.* 2001, 111-118.

(1524) Cass. 11 juni 1953, *Pas.* 1953, I, 787; A. MAST e.a., *o.c.*, p. 88, nr. 70.

(1525) Zie bv. R.v.St., Darcis, nr. 3.592, 14 juli 1954; R.v.St., Tedesco, nr. 17.024, 20 mei 1975, *R.W.* 1975-76, 423-424, noot L.-P. SUTENS; R.v.St., La Cambre, nr. 29.030, 16 december 1987. O. DAURMONT en D. BATSELE, “1985-1989: cinq années de jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux principes généraux du droit administratif”, *A.P.T.* 1995, (262) 264; A. MAST e.a., *o.c.*, p. 89, nr. 71.

493. Er wordt ook aangenomen dat de overheid die bevoegd is voor de regelmatige werking van een dienst aan haar personeelsleden de opdracht kan geven om tijdelijk bevorderingsambten waar te nemen, zolang de nood daartoe zich laat voelen (1526).

494. In dezelfde zin wordt aangenomen dat, indien een functie vacant is, de continuïteit wordt verzekerd doordat de ambtenaren van onmiddellijke lagere rang de uitoefening van die functie kunnen waarnemen (1527). Een en ander geldt uiteraard slechts voorzover geen bijzondere regeling voorhanden is (1528).

Bij een tijdelijke onbeschikbaarheid van personeelsleden voor een niet-vacante betrekking kan ook een beroep gedaan worden op minder logge procedures dan aanwerving of bevordering (1529). Het continuïteitsbeginsel kan echter niet worden ingeroepen om een betrekking vroeger vacant te verklaren dan uitdrukkelijk bepaald (1530).

Indien de organieke regelgeving de vaststelling van een personeelsstatuut oplegt, dan kan de benoemende overheid, zolang het personeelsstatuut niet is vastgesteld, zelf de benoemingsvoorwaarden vaststellen, “*in zoverre het normale carrièreverloop van de ambtenaren en de continuïteit van de openbare dienst het toewijzen van betrekkingen wettigen, en dan nog maar binnen de tijdsduur die in redelijkheid is vereist voor het vaststellen van het statuut*” (1531).

Indien een functie voor een bepaalde termijn wordt toegekend, dan behoudt de titularis zijn bevoegdheden ook na het verstrijken van de termijn,

(1526) A. MAST e.a., *o.c.*, p. 88, nr. 70 en de verwijzingen naar de rechtspraak van de Raad van State aldaar.

(1527) R.v.St., Van Maele, nr. 7.430, 25 november 1959; R.v.St., nr. 122.608, 9 september 2003, *Rev. dr. étr.* 2003, 428.

(1528) Zie bv. R.v.St., Buelens, nr. 91.255, 30 november 2000. *In casu* werd in een besluit van de Brusselse Gewestregering *nominatim* aangegeven wie de aangewezen gemachtigde ambtenaar, in de zin van de Stedenbouwordonnantie, vervangt in geval van diens afwezigheid, verhindering of verlof. Een advies dat namens de gemachtigde ambtenaar door een andere dan de uitdrukkelijk aangewezen vervanger is ondertekend is niet geldig. Een retroactieve wijziging van het betrokken regeringsbesluit, kan niet tot gevolg hebben dat ze een beslissing regulariseert die onwettig is op grond dat de steller ervan destijds daartoe niet bevoegd was.

(1529) R.v.St., Jassogne, nr. 89.432, 31 augustus 2000. De ter zake geldende specifieke bepalingen uit het toepasselijke statuut zullen uiteraard wel moeten worden geëerbiedigd.

(1530) R.v.St., Van Den Steen, nr. 66.520, 7 juni 1997.

(1531) R.v.St., Peeters, nr. 78.747, 16 februari 1999.

totdat zijn opvolger is benoemd (1532). Het continuïteitsbeginsel kan een onvolledige of onwettige samenstelling of beraadslaging van een orgaan evenwel slechts wettigen, wanneer voor die onvolledige samenstelling een rechtsgeldig excuus bestaat (1533). Het continuïteitsbeginsel stelt de overheid immers niet vrij van de verplichting om de continue werking op een regelmatige wijze te verzekeren (1534).

495. Uit het continuïteitsbeginsel wordt verder afgeleid dat een (lid van een) bestuursorgaan waaraan een bepaalde bevoegdheid is toegewezen kan worden vervangen, indien het verhinderd of afwezig is of niet tijdig kan optreden. Zo impliceert het continuïteitsbeginsel dat een lid van de Vlaamse regering dat afwezig of verhinderd is, steeds kan worden vervangen door een ander lid van de regering (1535). Het continuïteitsbeginsel kan echter ook hier niet worden ingeroepen tegen een uitdrukkelijke regeling in (1536). In bepaalde arresten lijkt de Raad echter toch een beperkte *contra legem* werking te aanvaarden, maar dan enkel voor zover onontbeerlijk:

“Overwegende dat de gemachtigde ambtenaar alleen dan op geldige wijze gemachtigd is zijn taken uit te oefenen als hij daartoe van de

(1532) R.v.St., Verbraeken, nr. 3.263, 26 maart 1954; R.v.St., Marchant, nr. 3.357, 30 april 1954; R.v.St., Paul, nr. 30.059, 18 mei 1988; O. DAURMONT en D. BATSELE, *l.c.*, 264; A. MAST e.a., *o.c.*, p. 88, nr. 70.

(1533) R.v.St., B.V.B.A. Playworld, nr. 127.482, 27 januari 2004 (geen rechtsgeldig excuus, nu de overheid ook na de bestreden beslissing niet de nodige maatregelen nam om de toestand te regulariseren); R.v.St., N.V. Limburgse Reconvertsiemaatschappij, nr. 64.144, 22 januari 1997, overw. 7.1 en nr. 94.985 van 25 april 2001 (het door de Belgische Staat ingeroepen excuus, dat de benoeming van nieuwe leden van het Sociaal-Economisch Comité voor de Distributie vertraging had opgelopen, m.n. gelet op onduidelijkheid omtrent een mogelijke regionalisering van de betrokken aangelegenheid, werd niet aanvaard: “...dat het vermelde excuus zich veeleer tegen de verwerende partij keert daar waar het er blijk van geeft dat zij zich geconfronteerd voelde met een bevoegdheidsprobleem,...; dat dit probleem te belangrijk was om het vier jaar onopgelost te laten en in afwachting van een oplossing de voordien door de nationale ministers aangewezen ambtenaren – die gesteld dat de gewesten bevoegd geworden waren, niets meer vertegenwoordigden – te laten optreden”).

(1534) R.v.St., B.V.B.A. Playworld, nr. 127.482, 27 januari 2004.

(1535) R.v.St., Lambrechts e.a., nr. 38.663, 6 februari 1983; R.v.St., Agten, nr. 79.197, 10 maart 1999.

(1536) R.v.St., Van Durme, nr. 50.362, 24 november 1994 en nr. 56.421, 23 november 1995; R.v.St., S.A. Nabais, nr. 63.579, 13 december 1996; R.v.St. Wagner, nr. 63.580, 13 december 1996; R.v.St., Buelens e.a., nr. 91.255, 30 november 2000. Uit het continuïteitsbeginsel kan ook geen verplichting tot vervanging worden afgeleid als de werkingsregels van het betrokken orgaan dit niet voorschrijven, zie R.v.St., Braeckman, nr. 84.798, 24 januari 2000, overw. 6.3: “Overwegende dat het Vlaams personeelsstatuut niet voorschrijft dat het college van secretarissen-generaal bij het onderzoek van bezwaar tegen een benoemingsvoorstel voltallig moet zijn of dat de afwezige leden zich er moeten laten vervangen;; dat uit die bepalingen blijkt dat geen voltalligheid noch vervanging van de afwezige leden vereist is; dat dergelijke vereiste overigens de continuïteit van de openbare dienst in het gedrang zou brengen”.

Minister een delegatie van bevoegdheid heeft gekregen [gelet op artikel 45 van de Stedenbouwwet]; dat, hoewel kan worden aanvaard dat om een toevallige afwezigheid te ondervangen een personeelslid van een lagere rang voorlopig belast wordt met de uitoefening van de bevoegdheden van een gemachtigde ambtenaar die verhinderd is, zulk een situatie niet kan blijven voortduren zonder de verdeling van de bevoegdheden over de onderscheiden administratieve overheden – welke verdeling van openbare orde is – te ondermijnen” (1537).

496. Het continuïteitsbeginsel kan ook verantwoordelijk dat aan de toepassing van andere – daarmee conflicterende – beginselen moet worden voorbijgegaan. De toepassing van het beginsel van de onpartijdigheid mag dus niet tot gevolg hebben dat het bestuur erdoor zou worden lamgelegd. Als de beslissing in een tuchtzaak moet worden genomen door een bepaald orgaan, en er voor de leden ervan geen plaatsvervangers zijn, mag een mogelijke schijn van gebrek aan onpartijdigheid in hoofd van het ganse orgaan niet leiden tot verlamming van de tuchtbevoegdheid (1538).

497. Eveneens op basis van het continuïteitsbeginsel wordt aangenomen dat het ontslag van een statutair ambtenaar slechts gevolgen heeft, wanneer het door de bevoegde overheid is aanvaard (1539).

498. Soms kan het continuïteitsbeginsel worden ingeroepen om beslissingen te nemen waarvoor geen grondslag in de toepasselijke regelgeving aan te wijzen is. Zo werd bijvoorbeeld aangenomen dat de ontstentenis van het bestaan van een reglement tot uitsluiting van leerlingen om disciplinaire redenen niet belet dat een dergelijke uitsluitingsmaatregel wel degelijk moet kunnen worden genomen wanneer zulks absoluut noodzakelijk is om de openbare dienst te doen functioneren (1540).

C. Beperkingen

499. Zoals uit een aantal toepassingsgevallen is gebleken heeft het continuïteitsbeginsel in beginsel enkel een aanvullende werking ten aanzien van uitdrukkelijke wettelijke of reglementaire bepalingen. Dat geldt zeker

(1537) R.v.St., stad Brussel, nr. 76.755, 29 oktober 1998.

(1538) R.v.St., Smeets, nr. 54.023, 26 juni 1995.

(1539) Zie bv. R.v.St., nr. 122.608, 9 september 2003, *Rev. dr. étr.* 2003, 428.

(1540) R.v.St., Van Eynde, 22 februari 1989, *J.T.* 1989, 675, noot F. RIGAUX.

wanneer een uitdrukkelijke regeling in het bijzonder de vrijwaring van de continuïteit van de dienst beoogt. In dat geval primeert de regeling die specifiek beoogt invulling te geven aan het continuïteitsbeginsel.

500. Het continuïteitsbeginsel zal verder niet kunnen worden ingeroepen tegen specifieke regelingen die van openbare orde zijn of die substantiële vormvoorschriften inhouden. Zo kan het beroep op het continuïteitsbeginsel niet verantwoord worden dat afbreuk wordt gedaan aan de bevoegdheid van de Gemeenschappen en aan de voorafgaande verplichting tot coördinatie (1541).

VII. Het continuïteitsbeginsel bij de toetsing van retroactieve normen

501. Het continuïteitsbeginsel kan ook een verantwoording bieden voor het toekennen van retroactiviteit aan wetgeving (1542).

502. Zo oordeelt het Arbitragehof ten aanzien van wetskrachtige normen dat de toekenning van terugwerkende kracht, hoewel principieel niet in overeenstemming met de eis van rechtszekerheid, kan worden aanvaard “wanneer zij onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang, zoals de goede werking of de continuïteit van de openbare dienst” (1543). Het verzekeren van de continuïteit van de openbare dienst vormt dus een doelstelling van algemeen belang die het verlenen van terugwerkende kracht kan verantwoorden. Het is dan wel vereist dat er bijzondere omstandigheden voorhanden zijn die doen blijken dat de terugwerkende kracht onontbeerlijk is. Dat de terugwerkende kracht *noodzakelijk* of *onontbeerlijk* moet zijn om de betrachte doelstelling te bereiken, verwijst naar de klassieke evenredigheidstoets die het Arbitragehof toepast bij de toetsing van het gelijkheidsbeginsel (al dan niet in samenhang met andere rechtsregels). Daarbij weegt het Hof de voor de terugwerkende kracht aangehaalde redenen van continuïteit van de openbare dienst af te-

(1541) R.v.St., Vlaamse Gemeenschap, nr. 66.078, 25 april 1997 (m.b.t. een besluit van de Franse Gemeenschapsregering houdende voorlopige toewijzing van radiofrequenties).

(1542) Zie over de verschillende invalshoeken ter toetsing van de temporele werking van normen, meer uitgebreid P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, in A.P.R., Brussel, Story, 1999, 112-208 en P. POPELIER, *De wet juridisch bekeken*, Brugge, die Keure, 2004, 279-288. Zie ook, in het bijzonder betreffende de beoordeling van retroactieve validatie door de wetgever van bestuurlijke rechtshandelingen, D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Brussel, Bruylant, 2003, i.h.b. 344 e.v.

(1543) Zie onder meer Arbitragehof nr. 64/97, 6 november 1997; Arbitragehof nr. 3/98, 14 januari 1998; Arbitragehof nr. 49/98, 20 mei 1998; Arbitragehof nr. 97/99, 15 september 1999.

genover een aantal andere criteria, die ertoe strekken de ernst van de aantasting van het rechtszekerheidsbeginsel te toetsen (1544).

Ten einde na te gaan of de vereiste bijzondere omstandigheden voorhanden zijn zal in eerste instantie worden acht geslaan op de parlementaire voorbereiding van de bestreden norm (1545).

503. Voor administratieve rechtshandelingen geldt een algemeen rechtsbeginsel dat administratieve rechtshandelingen van reglementaire of individuele aard in principe niet mogen terugwerken (1546). De Raad van State aanvaardt evenwel, zoals het Arbitragehof, dat in uitzonderlijke gevallen, wanneer zulks noodzakelijk is (1547), van dit verbod kan worden afgeweken (1548).

Ter rechtvaardiging van de retroactiviteit werd doorgaans verwezen naar de vereiste continuïteit van de openbare dienst. In recente rechtspraak wordt echter meer in het algemeen verwezen naar “de goede werking van het bestuur” (1549).

Voorts wordt algemeen aanvaard dat de retroactiviteit geen afbreuk mag doen aan “verkregen rechten” en dient te gebeuren met eerbieding van het vereiste van rechtszekerheid.

(1544) POPELIER leidt uit de rechtspraak, behalve het criterium van de noodzaak voor de goede werking of de continuïteit van de openbare dienst, nog een negental andere criteria af die bij die afweging een rol kunnen spelen (zie P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd, o.c.*, 180-196 en P. POPELIER, *De wet juridisch bekeken, o.c.*, 283-288).

(1545) Zie bv. Arbitragehof nr. 45/2001, 18 april 2001.

(1546) Volgens de Raad van State berust het retroactiviteitsverbod voor administratieve rechtshandelingen inderdaad niet op artikel 2 B.W. Vaste rechtspraak sinds R.v.St., Casaer, nr. 17.412, 3 februari 1976, *R.W.* 1976-77, 1753, noot W. VAN NOTEN; zie o.m. C. MOLITOR, “Le contrôle par le Conseil d’Etat de la rétroactivité de l’arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut de la fonction publique”, (noot onder R.v.St., Orfinger, nr. 62.922, 5 november 1996), *A.P.T.* 1997, (200) 203; M. VAN DAMME, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1993, (117) 125.

(1547) De terminologie varieert. Soms is sprake van “absoluut noodzakelijk” (bv. R.v.St., B.V. Merck Sharp & Dohme, nr. 145.836, 13 juni 2005) of “onontbeerlijk” (R.v.St., Molitor, nr. 62.921, 5 november 1996; R.v.St., Orfinger, nr. 62.922, 5 november 1996, *A.P.T.* 1997, 199, noot C. MOLITOR).

(1548) Zie o.m. R.v.St., Warocquier, nr. 26.107, 22 januari 1986; R.v.St., De Rijck, nr. 28.466, 17 september 1987; R.v.St., Otte, nr. 29.459, 1 maart 1988; R.v.St., Schurmans, nr. 56.775, 11 december 1995; R.v.St., Molitor, nr. 62.921, 5 november 1996; R.v.St., Orfinger, nr. 62.922, 5 november 1996, *A.P.T.* 1997, 199, noot C. MOLITOR; R.v.St., Marson, nr. 95.766, 22 mei 2001; R.v.St., vzw Les Cliniques Saint-Joseph, nr. 108.601, 28 juni 2002.

(1549) R.v.St., Unizo, nr. 139.957, 31 januari 2005; R.v.St., B.V. Merck Sharp & Dohme, nr. 145.836, 13 juni 2005.

Het standpunt van de Raad van State kan bijgevolg als volgt worden samengevat:

“[I]ndien geen wettelijke machtiging voorhanden is, dan [kan] slechts zeer uitzonderlijk van [het principe van niet-retroactiviteit] worden afgeweken, namelijk wanneer dit absoluut noodzakelijk blijkt met het oog op de goede werking van het bestuur of ter regulisatie van een feitelijke of rechtstoestand, dat laatste inzonderheid wanneer ter uitvoering van een annulatiearrest van de Raad van State de wettelijkheid moet worden hersteld, en dan nog op voorwaarde dat de terugwerking het vereiste van de rechtszekerheid eerbiedigt en geen afbreuk doet aan verkregen rechten” (1550).

Bij de toetsing van de ingeroepen *noodzaak* van de terugwerkende kracht hanteert de Raad van State een marginale toetsing: enkel een kennelijk onredelijke beoordeling wordt gesanctioneerd (1551), na toepassing van een evenredigheidstoetsing tussen de ingeroepen doelstelling en de gevolgen ervan (1552).

§ 3. *Het veranderlijkheidsbeginsel*

I. Algemeen

504. Als “wet van de openbare dienst” impliceert het veranderlijkheidsbeginsel dat het statuut, de organisatie en de werking van de openbare

(1550) R.v.St., Unizo, nr. 139.957, 31 januari 2005; R.v.St., B.V. Merck Sharp & Dohme, nr. 145.836, 13 juni 2005.

(1551) Aldus uitdrukkelijk R.v.St., Molitor, nr. 62.921, 5 november 1996; R.v.St. Orfinger, nr. 62.922, 5 november 1996. De aangehaalde arresten hebben alle betrekking op het Koninklijk Besluit van 26 september 1994 “*tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de Executieven en van de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen*” (APKB), dat met retroactieve kracht het eerste APKB van 22 november 1991 hernam, dat door de Raad van State bij arrest nr. 47.689 van 31 mei 1994 werd vernietigd. Volgens Molitor, (*l.c.*, 212) luidt de rechtspraak van de Raad betreffende het APKB een ommekeer in op dit punt, waar de Raad in eerdere rechtspraak de noodzakelijkheid van de terugwerkende kracht strenger of meer doorgedreven zou hebben getoetst. Voor twee recente voorbeelden waar de terugwerkende kracht de toetsing van de Raad niet doorstond: R.v.St., Unizo, nr. 139.957, 31 januari 2005; R.v.St., B.V. Merck Sharp & Dohme, nr. 145.836, 13 juni 2005.

(1552) Zie bv. R.v.St., vzw Les Cliniques Saint-Joseph, nr. 108.601, 28 juni 2002: “*dat de inmenging in de hangende gedingen die het gevolg is van de omstandigheid dat de handeling opnieuw wordt gesteld met terugwerkende kracht in casu geen gevolgen lijkt te hebben die niet in verhouding staan tot het nagestreefde doel*”.

dienst steeds door de openbare macht kunnen worden gewijzigd (1553). Meer algemeen geformuleerd vereist het veranderlijkheidsbeginsel dat de overheid haar beleid – en de uitvoering ervan – steeds moet kunnen aanpassen aan de wisselende eisen van het algemeen belang (1554).

505. De correlatie met het continuïteitsbeginsel is evident. De continuïteit van het bestuur vergt dat het bestuur permanent evolueert in het licht van de steeds wisselende omstandigheden. De veranderlijkheidseis is aldus in wezen een component van het continuïteitsbeginsel.

506. Hierna wordt nader ingegaan op de vraag welke de impact van het veranderlijkheidsbeginsel is op de administratieve rechtshandeling, hetzij de reglementaire handeling, hetzij de individuele rechtshandeling. Verder wordt onderzocht of het veranderlijkheidsbeginsel ook een impact heeft op het contractueel optreden van de overheid.

II. Het veranderlijkheidsbeginsel en de administratieve rechtshandeling

A. Reglementaire handelingen

1. Algemeen

507. Het veranderlijkheidsbeginsel brengt met zich mee dat bestuurshandelingen van reglementaire aard steeds kunnen worden opgeheven of gewijzigd (1555). Er bestaat dan ook geen subjectief recht op het ongewijzigd blijven van een reglementering (1556).

(1553) A. MAST e.a., *o.c.*, nr. 68.

(1554) D. D'HOOGHE, "Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid", *R.W.* 1993-94, 1102.

(1555) D. D'HOOGHE, "Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid", *R.W.* 1993-94, 1102; M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Brussel, Story-Scientia, 1991, p. 221, nr. 164; M. VAN DAMME, "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel", *l.c.*, 143.

(1556) D. D'HOOGHE, *l.c.*, 1102. Dit wordt in de rechtspraak van de Raad van State het meest beklemtoond wat betreft de wijziging van personeelsstatuten (geen verkregen recht op behoud van statutaire voordelen, vaste rechtspraak, zie voor recente voorbeelden: R.v.St., Snauwaert, nr. 71.994, 24 februari 1998; R.v.St., Moreaux, nr. 90.289, 18 oktober 2000; R.v.St., Van Raemdonck, nr. 107.005, 27 mei 2002). Zie inzake de afwijking door een regelgever van een eerdere als algemeen beginsel uitgevaardigde regel: R.v.St., Jadot, nr. 98.735, 7 september 2001 ("dat tot slot het feit dat een regel in het APKB tot een algemeen principe wordt verheven, niet wegneemt dat de Koning achteraf daarvan kan afwijken; dat die werkwijze, hoe verwerpelijk ze
.../...

Zo heeft het Arbitragehof er herhaaldelijk op gewezen dat er geen schending van het gelijkheidsbeginsel voorligt door de loutere omstandigheid dat, ten gevolge van een wetwijziging, situaties verschillend worden behandeld naargelang zij vallen onder het toepassingsgebied van de oude regeling, dan wel onder toepassing van de nieuwe regeling: “*Er kan niet pertinent worden vergeleken tussen situaties die door bepalingen zijn geregeld die op verschillende tijdstippen van toepassing zijn. Het gelijkheidsbeginsel kan immers slechts worden geschonden als een wetgever zonder redelijke verantwoording twee vergelijkbare categorieën van personen ongelijk behandelt, en in beginsel niet als hij eenzelfde categorie van personen verschillend behandelt in twee opeenvolgende wetgevingen*” (1557).

508. De toepassing van het veranderlijkheidsbeginsel ten aanzien van regelgeving is uiteraard niet onbeperkt. Door of krachtens de wet kunnen immers beperkingen worden gesteld aan de veranderlijkheid van regelgeving. Beperkingen aan de wijzigbaarheid van reglementaire besluiten (bv. voorafgaande overleg- of onderhandelingsverplichtingen) worden niettemin beperkend geïnterpreteerd, als uitzondering op de regel van de veranderlijkheid (1558). Dit is onder meer het geval voor de verplichting tot voorafgaande onderhandelingen of overleg met vakbondsorganisaties (1559).

509. Het wijzigen en opheffen van reglementaire besluiten moet bovendien gebeuren in overeenstemming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (1560). Zo kan het veranderlijkheidsbeginsel niet worden ingeroepen ter verantwoording van tegenstrijdig regelgevend optreden (1561). Wijzigingen aan de regelgeving moeten ook voldoen aan het mate-

.../...

uit het oogpunt van de rechtszekerheid ook mag zijn, niettemin in rechte toegestaan is”). Voor een voorbeeld inzake milieurecht: R.v.St., La Rostée, nr. 96.215, 7 juni 2001. Zie ook S. DE TAEYE, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, in B. HUBEAU en P. POPELIER (eds.), *Behoorlijk ruimtelijk ordenen*, Brugge, die Keure, 2002, (91) 135.

(1557) Zie bv. Arbitragehof nr. 5/2005, 12 januari 2005.

(1558) D. D’HOOGHE, “Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid”, *R.W.* 1993-94, 1102.

(1559) R.v.St., Godart, nr. 32.667, 31 mei 1989.

(1560) D. D’HOOGHE, “Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid”, *R.W.* 1993-1994, (1091) 1102.

(1561) Bv. Antwerpen 23 april 2001, *T.R.O.S.* 2001, noot S. LUST. Zie ook S. DE TAEYE, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, in B. HUBEAU en P. POPELIER (ed.), *Behoorlijk ruimtelijk ordenen*, Brugge, die Keure, 2002, (91) 135-136.

riële motiveringsbeginsel, d.w.z. gesteund zijn op draagkrachtige motieven van algemeen belang (1562).

510. De wijziging en opheffing van regelgeving is ook onderworpen aan het rechtszekerheidsbeginsel. Dat geldt ook voor de wetgevende macht, voor wie met name het rechtszekerheidsbeginsel geldt als “beginsel van behoorlijke regelgeving”, met grondwettelijke waarde (1563). Zoals gezegd levert het rechtszekerheidsbeginsel echter geen aanspraken op een *behoud* van de inhoud van een bepaalde regeling voor de toekomst. Rechtszekerheid is met name geen synoniem van bestendigheid (1564). Het rechtszekerheidsbeginsel kan wel vereisen dat een wijziging van regelgeving “omstandig” gebeurt en met de nodige begeleidende maatregelen gepaard gaat, zodat de normadressanten zich aan die wijzigingen kunnen aanpassen (1565).

2. Veranderlijkheid en “standstill”

511. M.b.t. bepaalde grondrechten, m.n. de sociaal-economische grondrechten of het recht op een gezond leefmilieu ex artikel 23 G.W., wordt aangenomen dat zij weliswaar geen directe werking hebben, maar dat zij toch een “standstill”-effect sorteren. Dat houdt in dat de overheid het regelgevend kader niet zo mag wijzigen dat het voorheen in dat kader voor die grondrechten verzekerde beschermingsniveau wordt verminderd (1566). Het *standstill-beginsel* houdt dus een beperking in van het veranderlijkheidsbeginsel, vermits het de wijzigbaarheid van bestaande wetgeving beperkt (1567).

(1562) Bv. inzake de wijziging van personeelsstatuten: R.v.St., Snauwaert, nr. 71.994, 24 februari 1998: “... dat het bestuur dat statuut voor de toekomst kan wijzigen voor zover het daar deugdelijke redenen voor heeft die verband houden met het algemeen belang”.

(1563) Daarover uitgebreid: P. POPELIER, *Het rechtszekerheidsbeginsel als beginsel van behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, XIV + 663 p.

(1564) Zie uitgebreid omtrent de verhouding rechtszekerheid en bestendigheid van regelgeving P. POPELIER, *o.c.*, 115 e.v.

(1565) *Ibidem*. Bijvoorbeeld door het inachtnemen van een voldoende lange termijn tussen publicatie en bekendmaking, het toekennen van een uitgestelde of eerbiedigende werking.

(1566) Zie over het “standstill”-effect in het bijzonder m.n.: I. HACHEZ, “L’effet de standstill: le pari des droits économiques, sociaux et culturels?”, *A.P.T.* 2000, 30-57; S. WYCKAERT, “Het ‘standstill’-effect in de milieurechtspraak van de Raad van State”, *A.J.T.* 1999-2000, 413-419.

(1567) S. WYCKAERT, *l.c.*, 415.

512. Een absolute toepassing van het standstill-effect zou kunnen leiden tot apathie, zelfs verlamming van de regelgever, omdat iedere vooruitgang die wordt gerealiseerd m.b.t. een bepaald grondrecht een definitief karakter zou krijgen (1568). Ook hier vereist een realistische visie dat een afweging kan worden gemaakt tussen het veranderlijke beginsel en de eisen van het standstill-effect. Dit geldt des te meer wanneer verschillende grondrechten met standstill-effect in het geding zijn (1569).

513. De leer van het *standstill-effect* is in de Belgische rechtspraak het meest ontwikkeld in verband met het grondrecht op een gezond leefmilieu, opgenomen in artikel 23, derde lid, 4° G.W. (1570). Het standstill-effect van dit grondrecht werd door de Raad van State voor het eerst erkend in het arrest Jacobs van 29 april 1999. De Raad formuleert de draagwijdte van het standstill effect als volgt: “*dat dit grondrecht onder meer lijkt in te houden dat de versoepeling van de bestaande milieunormen slechts als verenigbaar met de Grondwet kan worden geacht indien daarvoor dwingende redenen voorhanden zijn*” (1571).

514. Het standstill-beginsel werd herhaaldelijk ingeroepen in het kader van de beroepen die omwonenden hebben ingesteld tegen (wijzigingen aan) de schema's inzake baangebruik en de landings- en vertrekroutes op de luchthaven Brussel-Nationaal (probleem van de nachtvluchten) (1572).

B. Veranderlijke beginsel en de opheffing of wijziging van individuele rechtsverlenende bestuurshandelingen

515. Ten aanzien van individuele bestuurshandelingen rijst de vraag in welke mate kan worden overgegaan tot de wijziging of de opheffing van (wettige) individuele bestuurshandelingen die rechten toekennen.

(1568) Zie I. HACHEZ, *l.c.*, 54 en de verwijzingen aldaar.

(1569) *Ibidem*.

(1570) I. HACHEZ, *l.c.*, 44 e.v.

(1571) R.v.St., Jacobs, nr. 80.018, 29 april 1999.

(1572) Zie m.n. R.v.St., Woluwé-Saint-Pierre e.a., nr. 126.669, 19 december 2003 (schending; vgl. met R.v.St., Woluwé-Saint-Pierre e.a., nr. 129.411, 17 maart 2004, waar de schending werd verworpen m.b.t. een inhoudelijk gelijklopende, maar nader gemotiveerde beslissing); R.v.St., Van Doren e.a., nr. 144.320, 11 mei 2005 (schending). Over de overvloed aan rechtspraak van de laatste jaren van zowel burgerlijke rechtbanken, Raad van State, Arbitragehof als Europees Hof van de Rechten van de Mens omtrent geluidshinder door overvliegend luchtverkeer, zie o.m. V. STAELENS, “Geluidshinder door nachtvluchten versus mensenrechten. Analyse van de Belgische situatie in het licht van de Straatsburgse rechtspraak”, *NjW* 2004, 218-227 en *idem*, “Geluidshinder door (nacht)vluchten. Het Belgische luik”, *NjW* 2004, 974-982.

De vraagstelling wijst op het conflict dat kan ontstaan tussen, enerzijds, de behoefte aan verandering, en anderzijds, de noodzaak van rechtszekerheid.

516. De Raad van State heeft willen vermijden dat er een permanente onzekerheid zou bestaan omtrent het al dan niet voortduren van een bepaalde rechtssituatie. Aan de zorg voor rechtszekerheid werd voorrang gegeven, door de aanvaarding van het beginsel van de onaantastbaarheid van verkregen rechten en gevestigde situaties (1573). Dit beginsel houdt in dat administratieve rechtshandelingen met een individuele draagwijdte waardoor rechten zijn verkregen, niet kunnen worden opgeheven of ingetrokken, tenzij dit door de wet of door de onderliggende reglementering wordt toegelaten (1574). De beslissing om een individuele beslissing op te heffen of te wijzigen moet in ieder geval aan dezelfde vorm- en bevoegdheidsvoorwaarden voldoen als de handeling die wordt opgeheven of gewijzigd (1575).

517. De mogelijkheid voor de “wet” om uitzonderingen te voorzien op het beginsel van de onaantastbaarheid van verkregen rechten en gevestigde situaties moet nochtans in ruime zin worden begrepen. Ook algemene beginselen van publiek recht, inzonderheid het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel, kunnen onder omstandigheden de wijziging of opheffing van individuele rechtscheppende rechtshandelingen toelaten (1576).

518. Om aan verkregen rechten en gevestigde situaties afbreuk te doen, zullen echter wel dwingende redenen moeten worden aangetoond. Meer bepaald zal moeten blijken dat de eisen van algemeen belang dwingender zijn dan de eerbiediging van de verkregen rechten en dat de inbreuk op de

(1573) R.v.St., Tommelein, nr. 23.281, 24 mei 1983. Zie ook R.v.St., Vaelen, nr. 19.618, 14 mei 1979.

(1574) M. VAN DAMME, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, *l.c.*, 143.

(1575) Zie o.m. M. BOES, *Preventieve rechtsbescherming bij de bestuurlijke besluitvorming*, proefschrift, KU.Leuven, 1975, 304; M. VAN DAMME, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, *l.c.*, 143-144.

(1576) D. D’HOOGHE, “Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid”, *R.W.* 1993-94, (1091) 1103, nr. 63; M. PAQUES, *De l’acte unilatéral au contrat dans l’action administrative*, Brussel, Story, 1991, 238, nr. 182. Zie b.v. R.v.St., Verhaeren en Cie, nr. 18.632, 13 december 1977; R.v.St., P.V.B.A. Deuragas, nr. 20.491, 1 juli 1980; R.v.St., Van Eynde, nr. 32.054, 22 februari 1989, *J.T.* 1989, 675.

verkregen rechten de enige in redelijkheid aanvaardbare oplossing is om aan de eisen van algemeen belang te voldoen (1577).

519. De opheffing of wijziging zal ook op een zorgvuldige, proportionele wijze moeten gebeuren. Zo zal bij het opzeggen van een begunstigend besluit normaal een redelijke overgangperiode in acht moeten worden genomen (1578). Anders worden de regelmatig gewekte verwachtingen op ongeoorloofde wijze geschonden. Onder omstandigheden zal ook schadevergoeding verschuldigd zijn (1579).

III. Het veranderlijkebeginsel en overheidscontracten (1580)

A. Toepasselijkheid bij de zgn. “administratieve overeenkomsten”?

520. Algemeen wordt aanvaard dat de uitvoering van de overheids-overeenkomsten in beginsel wordt beheerst door de regels van het burgerlijk recht (1581). Aldus zijn ook overheids-overeenkomsten onderworpen aan artikel 1134 B.W. Volgens die wettelijke bepaling strekken alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, diegenen die ze hebben aangegaan

(1577) B. JADOT, “Ordre public écologique et droits acquis”, *A.P.T.* 1983, 22-31; R. LEYSEN, “De vergunning als instrument van machtigend overheidsop treden. Administratiefrechtelijke benadering”, *Jura Falc.* 1981-82, 57 e.v.

(1578) Zie ook R.v.St., Bogaert, nr. 24.210, 3 april 1984; Luik 14 februari 1964, *J.L.* 1963-64, 249.

(1579) Zie D. D’HOOGHE, “Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid”, *R.W.* 1993-94, (1091) 1103, nr. 63.

(1580) De hiernavolgende tekst is in grote mate ontleend aan D. D’HOOGHE en M. GELDERS, “De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten overeenkomsten: overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessies van openbare dienst”, in X (ed.), *De eenzijdige wijziging van contracten*, Brussel, Bruylant, 2003, 95-145.

(1581) R. ANDERSEN, “Autorité et contrat dans l’administration moderne en Belgique”, in *Annuaire européen d’administration publique 1997*, Aix-en-Provence, Presses Univ. d’Aix-Marseille, 1998, (p. 35), p. 37, nr. 4; D. BATSELÉ, Ph. FLAMME en Ph. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, Brussel, Bruylant, 1999, p. 20, nr. 17; C. CAMBIER, *Droit administratif*, Brussel, Larcier, 1968, 274-275; D. D’HOOGHE, “Overeenkomsten met de overheid”, in M. STORME, Y. MERCHIEERS en J. HERBOTS (eds.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, 154; J. MERTENS, “De contractuele verantwoordelijkheid van de Openbare Besturen”, *T.B.P.* 1948, (111) 116; P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Brussel, Larcier, 1961, p. 30, nr. 20; M. PAQUES, *De l’acte unilatéral au contrat dans l’action administrative*, Brussel, Story-Scientia, 1991, p. 284, nr. 222; W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Overeenkomsten met de overheid”, *T.P.R.* 1987, (1709) 1720; L. WAUTIER, “De medewerking van de private bedrijven met de administratie”, *T.B.P.* 1955, 3; X, “De uitvoering van de overeenkomsten voor rekening van de Staat”, *133ste Boek van het Rekenhof*, 1976-77, 221.

tot wet (art. 1134, eerste lid B.W.) en kunnen zij niet worden herroepen dan met hun wederzijdse toestemming of op de gronden door de wet erkend (art. 1134, tweede lid B.W.). Het bestuur zou de overeenkomst aldus enkel op eenzijdige wijze kunnen wijzigen of beëindigen indien het daartoe door de wet is gemachtigd of indien de overeenkomst zelf in die mogelijkheid voorziet.

521. Volgens de theorie van het administratief contract dienen de contracten waarbij de overheid partij is te worden opgesplitst in twee soorten overeenkomsten, enerzijds de “contrats administratifs” (veelal vertaald door *administratieve contracten*), en anderzijds de “contrats de l’administration” (dit zijn de *gewone overeenkomsten met de overheid*). Bij de “gewone” contracten wordt de verhouding tussen het bestuur en de medecontractant beheerst door de regels van het Burgerlijk Wetboek, terwijl voor de administratieve contracten van het burgerlijk recht afwijkende regels gelden (1582). In dit laatste geval hebben de contracten immers betrekking op de behartiging van het algemeen belang.

Administratieve contracten zijn aldus die groep van overeenkomsten waarop, zelfs bij gebreke van enige formele tekst in die zin, bepaalde algemene publiekrechtelijke beginselen toepassing vinden, die de normale burgerrechtelijke regels terzijde kunnen schuiven (1583). In haar hoedanigheid van “puissance publique” heeft de overheid volgens die theorie ook het recht om de administratieve overeenkomst in het algemeen belang eenzijdig te beëindigen of te wijzigen: “*il est certain qu’en contractant, l’Administration ne se dépouille nullement de cet appareil de prérogatives qui caractérisent la “Puisseance publique”; (...) le droit de modification unilatérale des conditions initiales du marché constitue un droit originaire et inaliénable de l’Administration et qui lui appartient ‘en tant que puissance publique’, c’est-à-dire sans qu’il soit besoin de le stipuler dans la convention. (...) il résulte qu’en méconnaissant les clauses et conditions contractuelles, l’Administration, loin de violer son contrat, exerce son droit parce qu’elle demeure dans la limite de ses attributions*” (1584).

(1582) M.A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, I, Brussel, Bruylant, 1969, nrs. 85 e.v.; M.A. FLAMME, “Les contrats administratifs, Esquisse d’une étude comparative”, *R.J.D.A.* 1960, nrs. 65 e.v.

(1583) W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Overeenkomsten met de overheid”, *T.P.R.* 1987, (1709) 1715-1716, met de verwijzingen.

(1584) M.A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, I, Brussel, Bruylant, 1969, p. 165, nr. 120. In dezelfde zin A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*,
.../...

522. Het onderscheid steunt op de opvatting dat bij de gewone overeenkomsten (o.m. huur, pacht, verkoop) het bestuur en de medecontractant *op gelijke voet* staan zodat het gemeen recht onverkort toepassing kan vinden, terwijl bij de administratieve contracten (o.m. de concessie van een openbare dienst, het contract voor aanneming van werken) de *ongelijkheid* de regel is. De overheid treedt daarbij immers op als behoedster van het algemeen belang, als “puissance publique” en kan bij een contract met een particulier daarmee niet op gelijke voet worden gesteld vermits het algemeen belang steeds voorrang dient te verkrijgen op het particulier belang. Deze ongelijkheid, die geldt wanneer het contract de rechtstreekse behartiging van het algemeen belang tot voorwerp heeft, heeft tot gevolg dat die contracten aan rechtsregels zijn onderworpen die van het gemeen recht afwijken en die, voorzover ze niet in de wet zijn bepaald, voortvloeien uit algemene beginselen van publiek recht, inzonderheid de beginselen van de veranderlijkheid en de continuïteit van de openbare dienst.

523. Het onderscheid tussen administratieve en gewone overeenkomsten wordt door de meeste auteurs – zij het vaak zonder veel enthousiasme en met zin voor nuancering – aanvaard (1585). De recente rechtsleer stelt zich niettemin voorzichtig op (1586).

.../...

Brussel, Larcier, 1966, p. 365, nr. 382quinquies; J. MERTENS, “De contractuele verantwoordelijkheid van de Openbare Besturen”, *T.B.P.* 1948, (111), 117; W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Overeenkomsten met de overheid”, *T.P.R.* 1987, (1709) 1736; P. WIGNY, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1962, p. 273, nr. 364. Bosmans meent dat de overheid steeds het recht heeft de overeenkomst in het algemeen belang te wijzigen, te herroepen en te beëindigen. Art. 1134 B.W. zou echter blijven gelden zodat er dan niettemin een contractuele fout bestaat in hoofde van de overheid (M. BOSMANS, “De verhouding tussen het privé-contractenrecht en het publiek recht”, *R.W.* 1985-86, (2102) 2117).

(1585) A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, Brussel, Larcier, 1966, p. 355, nr. 381; F. DE VISSCHERE, “Algemene theorie der rechtshandelingen van het openbaar bestuur”, *R.W.* 1961-62, 2394; J. MERTENS, “De contractuele verantwoordelijkheid van openbare besturen”, *T.B.P.* 1948, 117; P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Brussel, Larcier, 1961, nrs. 15 e.v.; W. VAN GERVEN, *De overheid in het verbintenissenrecht. Hoe blauw is het bloed van de prins?*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 61 e.v.; W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Overeenkomsten met de overheid”, *T.P.R.* 1987, (1709) 1714 (deze laatsten wijzen er op dat het eerder gaat om een verschil in graad dan in aard); P. WIGNY, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1962, p. 247, nr. 335.

(1586) Zie o.m. D. BATSELÉ, Ph. FLAMME en Ph. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, Brussel, Bruylant, 1999, p. 1-2, nr. 2 en p. 19-20, nr. 17; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2002, 138-143.

524. De theorie van het administratief contract stuit evenwel op meerdere bezwaren (1587). Het belangrijkste bezwaar is dat het onderscheid tussen administratieve contracten en civielrechtelijke contracten met de overheid uiteindelijk berust op een onderscheid tussen de Staat als privé-persoon (l'Etat personne civile) en de Staat als openbare macht (l'Etat souverain) (1588). De theorie van het administratief contract lijkt inderdaad van de volgende redenering uit te gaan. Wanneer de overheid als gelijke contractspartij optreedt, gaat het om een wilsuïting van de overheid *als privaatrechtelijk persoon*. Het burgerlijk recht beheerst dan volledig de relaties tussen de contractanten. De overheid als "Etat souverain" komt in dat geval niet tussen omdat de behartiging van het algemeen belang door het contract niet wordt bedreigd. Anders is het wanneer de contracten rechtstreeks de behartiging van het algemeen belang tot voorwerp hebben. In dat geval kan de overheid als "puissance publique" niet, zoals de particulier of de overheid als privaatrechtelijk persoon, in een contractueel keurslijf worden gedrongen en blijft zij de mogelijkheid behouden om – ongeacht het contract, zij het doorgaans mits schadevergoeding – haar openbare macht eenzijdig uit te oefenen (1589). Dit onderscheid tussen de Staat handelend als privé-persoon en de Staat als "Etat souverain" werd door het Hof van Cassatie echter reeds in het Flandria-arrest van 5 november 1920 definitief verlaten.

525. Overeenkomstig de zgn. "tweewegen"-leer staat het de overheid in beginsel vrij om bij de behartiging van het algemeen belang gebruik te maken van haar publiekrechtelijke bevoegdheden, dan wel een beroep te doen op de technieken van het privaatrecht (1590). Indien de overheid voor de contractuele weg kiest, is zij zoals elke particulier onderworpen aan de wet van het contract. Kiezen is verliezen. De overheid kan niet én een be-

(1587) Zie hierover, uitgebreid, D. D'HOOGHE en M. GELDERS, "De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten overeenkomsten: overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingen en concessies van openbare dienst", in X (ed.), *De eenzijdige wijziging van contracten*, Brussel, Bruylant, 2003, p. 105-106, nrs. 9-19.

(1588) In dezelfde zin J. MERTENS, "De contractuele verantwoordelijkheid van de openbare besturen", *T.B.P.* 1948, 116; G. WIARDA, "De overheid als contractante", *W.P.N.R.* 1970, nr. 5067, 24.

(1589) M.A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, I, Brussel, Bruylant, 1969, nr. 106: "Aucun auteur belge ne conteste que l'action administrative s'exerce nécessairement en vue de l'intérêt général, lequel doit toujours l'emporter sur l'intérêt particulier (...) et c'est cette inégalité foncière des parties, caractéristique dominante du droit administratif, qui explique à suffisance pourquoi, sauf d'éventuels dommages-intérêts, les contrats conclus par les autorités administratives n'obligent celles-ci qu'autant que leur permet leur conception du bien public".

(1590) Zie hierover D. D'HOOGHE, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleids-overeenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T. Gem.* 1995, 75-105.

roep doen op het contract én haar eenzijdige reglementerende bevoegdheid betreffende het voorwerp van het contract behouden. De aanvaarding van de “tweewegen”-leer lijkt m.a.w. moeilijk verenigbaar met de aanvaarding van de theorie van het administratief contract.

526. De wetgever kan uiteraard van oordeel zijn dat het, in bepaalde gevallen of ten aanzien van bepaalde contracten, nodig is om ten behoeve van de overheid in afwijkingen van het gemeenrecht te voorzien. Dergelijke wetgeving kan in beginsel worden verantwoord op grond van “de ondergeschiktheid van elk particulier belang – zij het legitiem – aan het algemeen belang waarop elke handeling van de overheid geacht wordt betrekking te hebben” (1591).

B. Overheidsopdrachten

527. Voor overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten heeft de wetgever uitdrukkelijk voorzien in een van het gemene recht afwijkende, publiekrechtelijke regeling.

528. Artikel 7 K.B. 26 september 1996 kent aldus uitdrukkelijk aan de aanbestedende overheid een algemeen eenzijdig wijzigingsrecht toe. Daarenboven bevat artikel 42 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden (AAV) een gedetailleerde regeling van specifieke wijzigingen. Artikel 42 AAV wordt veelal dan ook aanzien als de regeling van de concrete toepassingsmodaliteiten van het algemeen eenzijdig wijzigingsrecht van de overheid dat is vervat in artikel 7 K.B. 26 september 1996 (1592).

(1591) Arbitragehof nr. 32/2003, 12 maart 2003, overw. B.3.

(1592) Zie hierover, uitgebreid D. D’HOOGHE en M. GELDERS, “De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten overeenkomsten: overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingsovereenkomsten en concessies van openbare dienst”, in X. (ed.), *De eenzijdige wijziging van contracten*, Brussel, Bruylant, 2003, nrs. 29 e.v. en M. GELDERS, “Het eenzijdig wijzigingsrecht van de aanbestedende overheid bij overheidsopdrachten voor aanneming van werken en bij concessies van openbare werken”, *R.W.* 2003-04, 521-533.

Commissie voor Overheidsopdrachten, geciteerd in M.A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX en C. DARDENNE, *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, II, Brussel, Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf, 1996-97, p. 774-775, nr. 19; P. LEWALLE, “La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics”, in COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, FACULTÉ DE DROIT DE L’UNIVERSITÉ DE LIÈGE (ed.), *La nouvelle réglementation des marchés publics*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, 120-121; M. MASSARD, “Marchés de l’Etat: du droit de l’administration de modifier unilatéralement les contrats”, *T. Aann.* 1969, 229; L. WESTHOVENS, “Gemeentelijke opdrachten van werken: wijzigingen tijdens de uitvoering”, *T. Gem.* 1993, (p. 191) p. 195, nr. 9.

C. Concessie van openbare dienst en domeinconcessie

529. Bij concessies van openbare dienst (1593) en domeinconcessies (1594) wordt de mogelijkheid tot eenzijdige wijziging en beëindiging algemeen erkend. Terzake van concessies van openbare dienst hangt de mogelijkheid tot eenzijdig optreden van de overheid daarbij niet zozeer samen met de omstandigheid dat de overeenkomst een openbare dienst tot voorwerp heeft en aldus strekt tot de behartiging van het algemeen belang, maar veeleer met het “*gemengd*” karakter van de concessie. De regelen betreffende de inrichting en de werking van de openbare dienst blijven bij een concessie van een openbare dienst immers in beginsel reglementair van aard. De concederende overheid heeft daardoor steeds de mogelijkheid dit “reglement van de openbare dienst” te wijzigen (1595).

530. Ook van domeinconcessies wordt soms aangenomen dat zij een gemengd reglementair-contractueel karakter hebben (1596). De verantwoording voor een eenzijdig wijzigings- en beëindigingsrecht kan bij domeinconcessies echter vooral in het voorwerp zelf van de domeinconcessie worden gezocht, nl. het essentieel precaire karakter van de privatieve gebruiksrechten die op het openbaar domein kunnen worden toegekend. De eenzijdige beëindigingsmogelijkheid maakt dan ook integraal deel uit van de meest gehanteerde definitie van de domeinconcessie als: “*administratieve overeenkomst waarbij de overheid een persoon het recht verleent om een gedeelte van het openbaar domein tijdelijk en op een wijze die het recht van derden uitsluit, in gebruik te nemen en die om redenen ontleend aan het openbaar belang eenzijdig kan worden herroepen*” (1597). Ook een eenzijdige wijzigingsmogelijkheid is inherent aan de domeinconcessie, nu de toegekende gebruiksrechten geen afbreuk mogen doen “*aan het recht*

(1593) Zie Cass. 4 september 1958, *Pas.* 1959, I, 7, bevestiging van Brussel 9 juli 1952, *R.C.J.B.* 1954, 35, noot M. VAUTHIER; Cass. 31 mei 1978, *Arr. Cass.* 1978, 1159; R.v.St., Smets-Usé, nr. 142, 26 oktober 1949; Rb. Antwerpen 9 juli 1947, *R.W.* 1947-48, 608, noot.

(1594) De domeinconcessies zijn volgens het Hof van Cassatie niet van burgerlijk recht (Cass. 27 mei 1983, *Pas.* 1983, I, 1080).

(1595) D. D’HOOGHE, “Overeenkomsten met de overheid”, *l.c.*, 157-158; D. D’HOOGHE en M. GELDERS, *l.c.*, p. 139, nr. 67 en p. 142, nr. 67; M. PAQUES, *o.c.*, p. 310-312, nr. 246; W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Overeenkomsten met de overheid”, *T.P.R.* 1987, 1737-1738.

(1596) Zie bv. R.v.St., gemeente Knesselare, nr. 85.875, 14 maart 2000, overw. 4.9.2: “...een concessie, zijnde een complexe handeling waarin rechten van contractuele aard verstrengeld zijn met een reglementair bestanddeel...”.

(1597) R.v.St., Seaport Terminals, nr. 41.878, 2 januari 1993.

van de openbare overheid om het te allen tijde volgens de behoeften en het belang van alle burgers te regelen en te wijzigen” (1598).

531. Verder zal de overheid in principe verplicht zijn de wederpartij integraal (zowel geleden verlies als gederfde winst) te vergoeden voor de ten gevolge van de beëindiging of wijziging geleden schade, behoudens andersluidende bepaling in de concessie (1599). Over de grondslag van die vergoedingsplicht lopen de meningen uiteen. Er wordt o.m. een beroep gedaan op de billijkheid, het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, het “*équilibre financier*”, de impliciete wil van de partijen en de contractuele aansprakelijkheid (1600). Inzake concessies van openbare dienst en bij gebreke aan bijzondere bepalingen in de overeenkomst, lijkt het Hof van Cassatie de vergoedingsplicht eenvoudig te steunen op de contractuele aansprakelijkheid (1601).

§ 4. Slotbeschouwingen

532. Uit het onderzoek van de betekenis en de draagwijdte van het continuïteits- en het veranderlijkheidsbeginsel, blijkt dat beide beginselen nog steeds actueel zijn. Alleen om die reden kan bezwaarlijk gesteld worden dat deze beginselen “achterhaald” zouden zijn. Wel worden ze niet meer naar voren geschoven als “wetten van openbare dienst”, wel als “algemene beginselen van publiek recht”. Zij worden dus niet langer gekoppeld aan de sowieso al weinig bruikbare notie “openbare dienst”.

533. Er is een algemene tendens vast te stellen tot *nuancering* van beide beginselen. In de rechtspraak worden ze afgewogen met andere rechtsregels en beginselen, en wordt middels een evenredigheidstoets naar een passend evenwicht gezocht.

(1598) Cass. 25 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, 491.

(1599) Zie, inzake domeinconcessies, Brussel 13 februari 1961, *J.C.B.* 1962, 347 en inzake concessies van openbare dienst, Cass. 4 september 1958, *Arr. Verbr.* 1958, 6 en *Pas.* 1959, I, 7, concl. MAHAUX; D. D’HOOGHE, “Overeenkomsten met de overheid”, *l.c.*, 158-159; D. D’HOOGHE en M. GELDERS, *l.c.*, p. 143, nr. 68; M. PAQUES, *o.c.*, nrs. 246-47; W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, *l.c.*, 1739.

(1600) Zie het overzicht in D. D’HOOGHE, “Overeenkomsten met de overheid”, *l.c.*, 158 en D. D’HOOGHE en M. GELDERS, *l.c.*, p. 143, nr. 68.

(1601) Cass. 4 september 1958, *Arr. Verbr.* 1958, 6 en *Pas.* 1959, I, 7, concl. MAHAUX.

Sommige klassieke leerstukken werden daarbij volledig verlaten (bv. het stakingsverbod), andere genuanceerd (bv. de uitvoeringsimmunitieit). In sommige gevallen is er dan weer sprake van een eenvoudige bevestiging. De uitkomst van zulke afweging is ongetwijfeld soms bekritiseerbaar en weinig voorspelbaar. Maar het kader is complex: de bijzondere positie van de overheid als “behoeder” van het algemeen belang, de principiële onderworpenheid van de overheid aan het (gemeen) recht (1602) en de individuele belangen van de rechtzoekenden.

Er is wel gebleken dat de rechtspraak nagenoeg steeds vasthoudt aan het beginsel dat het continuïteits- en veranderlijkheidsbeginsel niet *contra legem* kunnen worden ingeroepen.

534. Als algemene rechtsbeginselen wordt aan beide beginselen een essentieel negatieve betekenis toegekend: zij verantwoordt, ten gunste van de overheid die optreedt ter behartiging van het algemeen belang, uitzonderingen op de toepassing van gemeenrechtelijke regels (van privaats én publiekrecht, met inbegrip van de ABBB). Uit geen van beide beginselen, lijken als zodanig verplichtingen te worden afgeleid voor de overheid, waaruit de burger bepaalde aanspraken zou kunnen putten.

Is het dan echt zo dat de bezorgdheid om een bestendige behartiging van het algemeen belang, die is aangepast aan de wijzigende maatschappelijke noden en opvattingen, alleen de overheid aanspraken kan verlenen om een uitzonderingspositie te verantwoorden?

Allicht niet. Wat de veranderlijkheidsgedachte betreft, kan erop gewezen worden dat de rechtspraak reeds zekere wijzigings

plichten

 van de regelgever erkende. In de rechtspraak van o.m. het Arbitragehof zijn duidelijk gevallen aan te wijzen waarbij het niet-wijzigen van een onaangepast regelgevend kader een schending van grondwettelijke regels kan uitmaken (1603).

535. Zowel de veranderlijkheids- als de continuïteitsgedachte krijgen ook een meer positieve betekenis in het recht en beleid van de Europese Ge-

(1602) Zie over het administratief recht als uitzonderingsrecht en de principiële onderwerping van het bestuur aan het gemeen recht o.m. het recente proefschrift van M. NIHOUL (*o.c.*, 57 e.v.) en vgl. met de tegengestelde visie van P. GOFFAUX (*o.c.*, 137-183 en 345 e.v.).

(1603) Zie terzake P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel van behoorlijke regelgeving*, *o.c.*, 133 e.v. en 295 e.v., die ook verwijst naar de terzake meer ontwikkelde rechtspraak van het Duitse Bundesverfassungsgericht.

meenschap op het vlak van wat de Europese Commissie noemt “*diensten van algemeen belang*”. De Europese Commissie (1604) definieert deze als “*zowel marktgerichte als niet-marktgerichte diensten die de overheid van algemeen belang acht en waarvoor specifieke openbare dienstverplichtingen gelden*”. “*Openbare dienstverplichtingen*” zijn “*door de overheid aan de dienstverlener opgelegde verplichtingen om te waarborgen dat aan bepaalde doelstellingen van algemeen belang kan worden voldaan*”. In een Groenboek uit 2003 poogde de Commissie, op basis van het bestaande gemeenschapsrecht o.m. in de verschillende “*regulated industries*”, een aantal aanzetten te geven tot een communautaire invulling van die begrippen. De Commissie geeft daarbij een aanzet tot definitie van een aantal gemeenschappelijke, sectoroverschrijdende, openbare dienstverplichtingen die gelden voor verleners van diensten van algemeen belang. Zowel veranderlijkheid als continuïteit zijn daarbij prominent aanwezig. Continuïteit verschijnt afzonderlijk, als verplichting tot voorzieningszekerheid (1605) en als element van consumentenbescherming (1606) en universele dienstverlening (1607). Ook de veranderlijkheidsgedachte is aanwezig, o.m. waar wordt beklemtoond dat universele dienstverlening een “*dynamisch concept*” is, waardoor “*wordt gewaarborgd dat bij eisen ten aanzien van het algemeen belang rekening wordt gehouden met politieke, sociale, economische en technologische ontwikkelingen en de mogelijkheid [wordt] geschapen dat deze eisen – voor zover nodig – regelmatig aan de veranderende behoeften van de burger worden aangepast*” (1608). Dat impliceert voor het “*goed beheer*” van diensten van algemeen belang, dat ook wordt voorzien in passende evaluatie (1609).

536. In deze bijdrage werd niet afzonderlijk ingegaan op het personeel toepassingsgebied van het continuïteits- en veranderlijkheidsbeginsel (1610). Een algemeen antwoord lijkt terzake overigens niet mogelijk. Moet het toepassingsgebied beperkt blijven tot publiekrechtelijke rechtspersonen die taken van algemeen belang vervullen (organieke benadering) of

(1604) Zie Groenboek van 21 mei 2003 over diensten van algemeen belang, COM (2003) 270def en Witboek over diensten van algemeen belang d.d. 12 mei 2004, COM (2004) 374def.

(1605) Groenboek, o.c., 18-19.

(1606) *Ibidem*, 20-21.

(1607) *Ibidem*, 17-18. Zie over het begrip “universele dienstverlening”, o.m. W. DEVROE, *Privatisering en verzelfstandiging: een verkenning vanuit nationaal en Europees economisch recht*, proefschrift, K.U.Leuven, 2000, IV-3 e.v.

(1608) *Ibidem*, 17.

(1609) *Ibidem*, 31-33.

(1610) Zie over de toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur de bijdrage van F. VANDENDRIESSCHE in deze bundel.

kunnen ook privaatrechtelijke personen die een taak van algemeen belang vervullen zich daarop beroepen (functionele benadering)? In het algemeen moet worden aangenomen dat het continuïteits- en veranderlijkheidsbeginsel wezenlijk verbonden zijn aan de functionele dimensie, de behartiging van een taak van algemeen belang. De organisatievorm speelt daarbij geen rol. Dit sluit ook aan bij de Europeesrechtelijke benadering aan de hand van concepten als universele dienstverlening en diensten van algemeen belang (cf. supra).

537. De kwalificatie van een rechtsverhouding als reglementair versus contractueel is van groot belang voor de rol van het continuïteitsbeginsel en, vooral, het veranderlijkheidsbeginsel. Het bestaan van een contractuele verhouding heeft immers tot gevolg dat inzonderheid het veranderlijkheidsbeginsel enkel nog de rol kan spelen die er wettelijk of contractueel aan werd voorbehouden.

Zo wordt het veranderlijkheidsbeginsel traditioneel aangehaald als voornaamste argument om de verhouding tussen openbare diensten en hun gebruikers als reglementair te kwalificeren (1611). De reglementaire kwalificatie werd recent nog bevestigd door het Hof van Cassatie in een arrest van 4 december 2000 op grond van volgende – summier – overweging: “*Attendu que les conditions de fourniture d’électricité revêtent un caractère réglementaire en raison de la mission de service public qu’assure le distributeur d’électricité; qu’elles sont dès lors immédiatement opposables au propriétaire d’un immeuble raccordé au réseau de distribution*” (1612). Het Hof van Cassatie sloot zich aldus aan bij de bestaande vaste rechtspraak van de Raad van State en stelde meteen een einde aan de merendeels “contractuele” strekking van de rechtspraak van de burgerlijke rechtbanken (1613).

(1611) R.v.St., De Leener en Ballon, nr. 30.876, 27 september 1989, *Consumentenrecht* 1989, 62-87, noot P. DE VROEDE, *DAOR* 1989, 107-131, weergave verslag auditoraat en noot D. PHILIPPE, *T. Gem.* 1989, 200 en *J.T.* 1989, 716-718; zie de bedenking van A. VAN OEVELEN, “De contractuele versus de reglementaire rechtsverhouding tussen openbare nutsbedrijven en hun gebruikers en de rechterlijke toetsing van de in die rechtsverhouding gehanteerde exoneratieclausules”, (noot onder Cass. 4 december 2000), *R.W.* 2002-03, (1578) 1580; E. DIRIX, “Algemene contractvoorwaarden en monopolies”, (noot onder Antwerpen 20 januari 1987), *R.W.* 1986-87, 2724; B. PEETERS, “De verhouding tussen openbare diensten en hun gebruikers: een contractuele of een reglementaire relatie?”, *R.W.* 1990-91, (137) 144.

(1612) Cass. 4 december 2000, *R.W.* 2002-03, 1578, noot A. VAN OEVELEN.

(1613) Toch zijn er nog een aantal “dissidente” uitspraken aan te wijzen, zo bv. Gent 31 mei 2002, *R.W.* 2002-03, 1589.

De reglementaire kwalificatie blijft niettemin voor kritiek vatbaar. Zij houdt immers de erkenning in van een delegatie van normerende bevoegdheid aan privaatrechtelijke rechtspersonen die niet onder enige vorm van administratief toezicht van de overheid staan. Dit wordt in beginsel echter als ontoelaatbaar beschouwd (1614). Verder impliceert een geliberaliseerde context, waarbij de toegang tot de markt voor het leveren van bepaalde diensten is vrijgemaakt, dat gebruikers de keuze hebben tussen leveranciers van openbare diensten. Een dergelijke keuzevrijheid verdraagt zich moeilijk met een “reglementerende” bevoegdheid in hoofde van de dienstverlener.

538. Het veranderlijkheidsbeginsel wordt traditioneel ook ingeroepen ter verantwoording van de principieel reglementaire of statutaire rechtspositie van het overheidspersoneel (1615). Dat het gemeenrechtelijke arbeidsrecht onvoldoende instrumenten zou bieden om te beantwoorden aan de nood aan veranderlijkheid, wordt door recente rechtsleer evenwel in vraag gesteld (1616).

(1614) Zie J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, Afdeling Wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, 820 en de verwijzigingen naar de adviespraktijk van de Raad van State aldaar.

(1615) Zie o.m. A. MAST e.a., *o.c.*, nr. 203 e.v.

(1616) Rechtspraak in die zin is ons overigens niet bekend. Dat het gemeenrechtelijke arbeidsrecht onvoldoende instrumenten zou bieden om te beantwoorden aan de nood aan veranderlijkheid, wordt door recente rechtsleer overigens in vraag gesteld en sterk gerelativeerd (zie m.n. R. JANVIER en K. JANSSENS, *De mythe van het statuut voorbij? De nieuwe overheidswerker is opgestaan!*, Brugge, die Keure, 2003, XIX + 315 p.).

HOOFDSTUK 9. DE REDELJKETERMIJNEIS

Prof. dr. Ingrid Opdebeek
Hoogleraar Universiteit Antwerpen
Advocaat

§ 1. *Het termijngebonden karakter van het overheidsoptreden*

539. Het overheidshandelen kan op twee manieren termijngebonden zijn: hetzij omdat een *norm* een termijn voorschrijft binnen dewelke de overheid moet handelen (1), hetzij omdat – bij afwezigheid van een normatieve termijnstelling – het *beginsel van behoorlijk bestuur* van toepassing is dat de overheid binnen een redelijke termijn moet handelen (2) (1617).

(1617) Zie hierover M. BOES, “Termijnen in het bestuursrecht”, in M. BOES (ed.), *Postacademische vorming Administratief recht 2004-2005*, Leuven, Themis, 2004, 79-101; A.M.L. JANSEN, *De redelijke termijn met name in het bestuursrecht*, s.l., Boom Juridische uitgevers, s.d., 420 p.; S. LUST, “De aansprakelijkheid van de overheid voor het niet in acht nemen van een beslissingstermijn”, (noot onder Cass. 8 november 2002), *R.A.B.G.* 2003, 856-862; D. MAREEN, “De redelijke termijn in tuchtzaken na advies van de kamer van beroep”, (noot onder R.v.St., Kaluma, nr. 101.371, 30 november 2001), *T. Gem.* 2002, 233-238; I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1991, 109 e.v.; I. OPDEBEEK, “De redelijke termijn in tuchtzaken”, *T. Gem.* 1996, 53-71; I. OPDEBEEK, “De sanctie bij schending van de redelijke termijn in tuchtzaken: Hof van Cassatie versus Raad van State”, (noot onder Cass. 21 juni 2001), *R.W.* 2001-02, 814-815; I. OPDEBEEK, “Redelijke termijn en straftoemeting in het (ambtenaren)tuchtrecht”, (noot onder R.v.St., O., nr. 122.540, 8 september 2003), *R.W.* 2003-04, 1724-1727; I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE, “Over stilzittende besturen ... en stilzittende burgers”, (noot onder R.v.St., nr. 111.845, 24 oktober 2002), *R.W.* 2003-04, 217-221; S. SCHUTZ, “De redelijke termijn. Begrip, oorsprong, gebied, sanctie en illustratie”, *Inf. R.I.Z.I.V.* 2003, afl. 1, 23; I. VAN GIEL, “De rol van de strafprocedure in het tuchtrecht: capita selecta”, *T. Gem.* 2004, 273-280; E. VAN DE VELDE, “De vertraagde doorstorting van de aanvullende gemeentebelasting op de personenbelasting door de Belgische Staat aan de gemeenten: de ‘zaak-Rosoux’”, *T. Gem.* 2004, 106-114; A. VAN OEVELLEN, “Overheidsaansprakelijkheid wegens het verzuim tijdig een beslissing te nemen en het verzuim behoorlijke informatie te verstrekken”, *R.W.* 1998-99, 1491; T. VERMEIR en F. JUDO, “Termijnen in het publiekrecht”, in *Kent u de termijn nog? Termijnregeling in en buiten de procedure*, Brussel, Larcier, 2004, 79-144.

I. Normatieve termijnen

540. Allereerst is het mogelijk dat de toepasselijke norm een termijn voorschrijft waarbinnen de overheid moet handelen. Indien dit niet het geval is, bestaat er in België tot op heden geen Algemene Wet Bestuursrecht, waarin op algemene wijze een (residuaire) termijn zou worden voorgeschreven aan de overheid, die zou gelden bij ontstentenis van andersluidende specifieke regelgeving (1618).

In recente bestuurswetgeving gaat de wetgever echter, in vergelijking met vroeger, steeds meer precieze termijnen voorschrijven aan het bestuur ter voorkoming van het stilzitten van het bestuur.

541. In deze normatieve termijnen moet men het onderscheid maken tussen termijnen van *orde* en termijnen van *verval*. Beide termijnen moeten worden nageleefd door de overheid, maar de sanctie verschilt.

Het verstrijken van een termijn van *verval* brengt *bevoegdheidsverlies* mee: na het verstrijken ervan is de overheid *ratione temporis* onbevoegd om alsnog een beslissing te nemen. De Raad van State vernietigt beslissingen die werden genomen met schending van een termijn van verval dan ook onverbiddeijk (1619).

Een termijn van *orde* is een termijn die ook moet worden nageleefd door de overheid (1620), maar *niet op straffe van bevoegdheidsverlies* (1621). Ook na het verstrijken van deze termijn blijft de overheid bevoegd (en eventueel verplicht) om alsnog een beslissing te nemen. Een termijn van orde kan echter niet onbepert worden overschreden. Subsidiar blijft de overheid immers gebonden door de redelijke termijn (1622). Een overschrijding van

(1618) Er werd wél een voorstel ingediend tot invoering van een algemene wet bestuursrecht: Voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht, *Parl. St. Kamer* 2003-04, 26 november 2003, nr. 51 0496/001.

(1619) R.v.St., Van Dun, nr. 76.752, 29 oktober 1998, *R.W.* 1999-2000, 150, noot; R.v.St., B.V.B.A. Adrimax, nr. 90.571, 26 oktober 2000; I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming ...*, o.c., p. 79, nr. 147.

(1620) I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming ...*, o.c., 79 e.v.

(1621) *Idem*; R.v.St., Helsen, nr. 111.844, 24 oktober 2002; R.v.St., De Bal, nr. 111.845, 24 oktober 2002, *R.W.* 2003-04, 214, noot I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE; R.v.St., OIbrechts, nr. 122.540, 8 september 2003.

(1622) R.v.St., De Bal, nr. 111.845, 24 oktober 2002, *R.W.* 2003-04, 214, noot I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE; R.v.St., Scheerlinck, nr. 120.819, 24 juni 2003; I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming ...*, o.c., p. 90, nr. 170 en p. 131, nr. 265.

een termijn van orde met twee jaar en zeven maanden is onredelijk en tast de eindbeslissing aan door onwettigheid (1623) (1624).

Een termijn van verval wordt dus gekenmerkt door zijn *strakheid*; een termijn van orde door zijn *soepelheid*.

542. Ten onrechte worden de termijnen van orde in de rechtspraak soms gekwalificeerd als “niet bindende” of “niet dwingende termijnen” (1625). Deze terminologie is verwarringstichtend en juridisch niet correct. Het verschil tussen beide soorten termijnen ligt immers niet in het al of niet dwingend karakter ervan, maar wel in de *sanctie* bij het overschrijden van de termijn.

Zoals vermeld leidt het overschrijden van een termijn van orde *niet* tot bevoegdheidsverlies en zal de Raad van State beslissingen genomen met schending van dergelijke termijn in beginsel niet vernietigen, maar het kan wél leiden tot andere sancties, zoals overheidsaansprakelijkheid, indien de fout schade heeft veroorzaakt. Daar een termijn van orde dwingend is, impliceert de overschrijding ervan een inbreuk op een rechtsregel en is er dus automatisch sprake van een fout in de zin van de artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek (1626).

Precies omdat de overheid de rechtsplicht heeft om te handelen binnen de voorgeschreven termijn van orde, kan de bestuurde bij overschrijding van die termijn van orde aan de rechter vragen om de overheid te veroor-

(1623) R.v.St., Kaluma, nr. 101.371, 30 november 2001, *T. Gem.* 2002, 233, noot D. MAREEN.
 (1624) In andere arresten was de Raad van State echter van oordeel dat de overschrijding van de termijn van orde, hoe aanzienlijk ook – het ging telkens om termijnen van vijf jaar of langer – *niet* kon worden beschouwd als een schending van de redelijke termijn (R.v.St., H., nr. 66.562, 4 juni 1997; R.v.St., C., nr. 67.213, 30 juni 1997; R.v.St., C., nr. 113.709, 16 december 2002; R.v.St., De Bal, nr. 111.845, 24 oktober 2002, *R.W.* 2003-04, 214, noot I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE). Het doorslaggevende criterium om al dan niet te besluiten tot een schending van de redelijke termijn, lijkt in deze arresten *het gedrag van de betrokken burger* te zijn: alleen een burger die zélf niet stil zit, die zélf het bestuur aanmaant tot het nemen van een beslissing zal bij de Raad van State kunnen rekenen op een sanctionering van het stilzitten van het bestuur. Zie *infra*, nr. 572 e.v.

(1625) I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming ...*, o.c., 83 e.v.

(1626) I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming ...*, o.c., 80; zie Cass. 8 november 2002, *R.A.B.G.* 2003, 85, noot S. LUST. Tenzij er uiteraard sprake zou zijn van een onoverkomelijke dwaling of enige grond tot ontheffing van aansprakelijkheid. *In casu* oordeelde het Hof dat dit het geval was, daar de termijnoverschrijding bij het behandelen van het bestuurlijk beroep te wijten was aan de onderhandelingen die onmiddellijk na het instellen van het beroep waren begonnen.

delen tot het nemen van een besluit, zo nodig onder verbeurte van een dwangsom (1627).

543. Vaak worden er termijnen voorgeschreven aan de overheid, maar de regelgever zegt meestal niets over de *aard* van de termijn, zodat de vraag rijst hoe men kan weten of een bepaalde termijn een termijn van verval dan wel van orde is? Het kernwoord is hier de *rechtszekerheid*: zodra de wetgever, louter door het verstrijken van een termijn, rechtszekerheid heeft willen verschaffen in deze of gene zin, gaat het om een termijn van verval (1628).

II. Het ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur van de redelijke termijn

544. De redelijketermijneis is in de eerste plaats gekend als een *algemeen rechtsbeginsel* dat geldt voor alle *rechtscolleges*, ook voor de administratieve rechtscolleges (1629). Elke rechterlijke uitspraak moet binnen een redelijke termijn worden geveld; dit is een beginsel van behoorlijke *rechtsbedeling*.

De redelijketermijneis is echter ook een *ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur* en is als zodanig van toepassing op *besturen* (1630). Het is niet omdat een normatieve termijnstelling ontbreekt dat de overheid mag stilzitten of haar beslissing onredelijk lang mag uitstellen. Bij afwezigheid van een normatieve termijn waarbinnen de overheid moet handelen, is zij verplicht om binnen een redelijke termijn te beslissen (1631). De voorbije twintig jaar heeft dit beginsel opgang gemaakt in het Belgische bestuurs-

(1627) Brussel 17 april 1997, *J.T.* 1997, 543.

(1628) I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming ...*, o.c., p. 92, nr. 174.

(1629) R.v.St., Monstrey, nr. 132.001, 3 juni 2004; R.v.St., De Vare, nr. 133.273, 29 juni 2004.

(1630) D. MAREEN, "De redelijke termijn in tuchtzaken na advies van de kamer van beroep", (noot onder R.v.St., Kaluma, nr. 101.371, 30 november 2001), *T. Gem.* 2002, 233-238; I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming ...*, o.c., p. 109 e.v.; I. OPDEBEEK, "Redelijke termijn in tuchtzaken", *T. Gem.* 1996, 53-71; I. OPDEBEEK, "De sanctie bij schending van de redelijke termijn in tuchtzaken: Hof van Cassatie versus Raad van State", (noot onder Cass. 21 juni 2001), *R.W.* 2001-02, 814-815; I. OPDEBEEK, "Redelijke termijn en straftoemeting in het (ambtenaren)tuchtrecht", (noot onder R.v.St., O., nr. 122.540, 8 september 2003), *R.W.* 2003-04, 1724-1727; I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE, "Over stilzittende besturen ... en stilzittende burgers", (noot onder R.v.St., nr. 111.845, 24 oktober 2002), *R.W.* 2003-04, 217-221.

(1631) Constante rechtspraak; zie bv. R.v.St., Herremans, nr. 74.391, 22 juni 1998; R.v.St., Vankrunkelsven, nr. 106.359, 6 mei 2002; R.v.St., Peersmans, nr. 107.874, 17 juni 2002.

recht, zowel bij de Raad van State, als bij de burgerlijke hoven en rechtbanken (1632). Volgens het Hof van Cassatie is de redelijketermijneis een algemeen rechtsbeginsel (1633).

545. Vaak wordt door verzoekers in de procedure voor de Raad van State een beroep gedaan op art. 6 E.V.R.M. als rechtsbron voor de redelijketermijneis in het bestuursrecht. De Raad van State antwoordt hierop dat, los van de vraag of dit artikel wel van toepassing is op bestuursrechtelijke procedures, men dit beginsel *niet nodig* heeft om de redelijketermijneis op te baseren, daar de redelijketermijneis hoe dan ook een beginsel van behoorlijk bestuur is, dat ook bij afwezigheid van een uitdrukkelijke bepaling moet worden nageleefd en ook zonder dat het geschil onder het toepassingsgebied valt van art. 6 E.V.R.M. (1634).

546. Reeds eerder hebben wij erop gewezen dat alle beginselen van behoorlijk bestuur o.i. niets anders zijn dan concretisering van de algemene zorgvuldigheidsplicht die krachtens de artt. 1382 e.v. B.W. rust op eenieder, en dus ook op besturen (1635).

Vervolgens rijst de vraag naar de precieze plaats van de redelijketermijneis in de beginselen van behoorlijk bestuur. Moet de redelijketermijneis worden beschouwd als een onderdeel van het zorgvuldigheidsbeginsel (1636), van het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel (1637), van het redelijkheidsbeginsel, of is het een zelfstandig beginsel van behoorlijk bestuur?

Het redelijkheidsbeginsel wordt gehanteerd voor de *inhoudelijke* controle van de discretionaire bevoegdheid van het bestuur, terwijl de redelijke termijn eerder een *formeel* aspect is van het overheidsoptreden. De redelijke termijn kan o.i. dan ook best worden beschouwd als een specifiek onder-

(1632) Voor toepassingen van de redelijketermijneis door de burgerlijke rechter zie onder meer Cass. 20 juni 1997, *R.W.* 1998-99, 1491, noot A. VAN OEVELEN; Antwerpen 20 november 1995, *R.W.* 1997-78, 1476; Brussel 25 april 2003, *T. Gem.* 2004, 121 (niet tijdig doorstorten van gemeentelijke belastingen); Rb. Brussel 15 april 2005, niet gepubliceerd (schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn bij het nemen van een beslissing over een asielaanvraag).

(1633) Zie *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België* 2002-03, 144.

(1634) R.v.St., De Kesel, nr. 54.431, 10 juli 1995; R.v.St., De Vrieze, nr. 59.099, 17 april 1996; R.v.St., Herremans, nr. 74.391, 22 juni 1998.

(1635) I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming ...*, o.c., p. 31, nr. 60.

(1636) R.v.St., De Vrieze, nr. 59.099, 17 april 1996; R.v.St., Allewaert, nr. 73.717, 18 mei 1998; R.v.St., Herremans, nr. 74.391, 22 juni 1998.

(1637) R.v.St., De Brabandere, nr. 67.981, 4 september 1997.

deel van het (formele) zorgvuldigheidsbeginsel (1638), maar, gelet op het toenemend belang van dit beginsel in de rechtspraktijk, wordt het hier als een afzonderlijk beginsel van behoorlijk bestuur behandeld.

547. Volledigheidshalve wordt erop gewezen dat ook artikel 41 lid 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bevestigt dat eenieder er recht op heeft dat zijn zaken “*binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en bureaus van de Unie worden behandeld*” (1639).

548. Ondanks de algemene erkenning die de redelijketermijneis aldus op allerlei fronten heeft bekomen, wordt de redelijketermijneis blijkbaar vaak geschonden, zoals blijkt uit het jongste verslag van de federale ombudsliden (1640).

§ 2. Toepassingsgebied van de redelijketermijneis

549. Schending van de redelijke termijn kan enkel worden ingeroepen bij afwezigheid van normatieve termijnen (I) of bij de schending van een termijn van orde (II). In die gevallen is de redelijketermijneis echter van toepassing op alle domeinen van het bestuursrecht (III) en alle fasen van het overheidshandelen (IV), zodat niet alleen beslissende, maar ook louter adviserende en uitvoerende instanties de redelijke termijn moeten respecteren (V).

I. Residuaire termijnstelling bij afwezigheid van normatieve termijnen

550. De redelijketermijneis is slechts van toepassing indien het bestuur niet gebonden is door een normatieve termijn (1641). Een wettelijke of re-

(1638) Wel bekleedt de redelijketermijneis een aparte plaats onder de processuele beginselen van behoorlijk bestuur, omdat de schending ervan kan meebrengen dat de overheid haar bevoegdheid verliest om alsnog een beslissing te nemen (infra, nr. 584).

(1639) *PB*. 2000, C. 364/1.

(1640) Volgens het *Jaarverslag van de federale ombudsmannen 2004* (p. 25) is de eventuele schending van de redelijke termijn aan de orde in 40,3% van de in 2004 behandelde dossiers. Aldus spant de redelijketermijneis de kroon als meest gebruikte beoordelingscriterium ter toetsing van het overheidshandelen.

(1641) R.v.St., N.V. Elpee-Gas Belgium, nr. 26.155, 6 februari 1986; R.v.St., Peersmans, nr. 107.874, 17 juni 2002.

lementaire bepaling waarin aan het bestuur een precieze termijn wordt voorgeschreven heeft voorrang op de ongeschreven redelijketermijneis. Wanneer er precieze, normatieve termijnen zijn voorgeschreven, is het uiteraard de wil van de wetgever dat *deze* termijnen worden nageleefd en niet de ongeschreven redelijketermijneis. De redelijketermijneis heeft met andere woorden slechts een *residuaire* toepassingsgebied, bij afwezigheid van normatieve termijnen. Daarnaast speelt de redelijke termijn echter ook een *subsidiare* rol indien een voorgeschreven termijn van orde wordt overschreden.

II. Subsidiare termijnstelling bij de schending van termijnen van orde

551. Reeds eerder werd erop gewezen dat termijnen van orde moeten worden gerespecteerd, maar niet op straffe van nietigheid of bevoegdheidsverlies (1642). De overheid blijft met andere woorden ook na het verstrijken van de termijn van orde bevoegd of zelfs verplicht om alsnog een beslissing te nemen, maar dan wel binnen een redelijke termijn. Indien een termijn van orde wordt overschreden is de overheid *subsidiar* dus ook nog gebonden door de redelijketermijneis. Schending van de voorgeschreven termijn van orde en vervolgens ook van de redelijke termijn, leidt dan ook tot een schorsing of nietigverklaring van de te laat genomen beslissing wegens schending van de redelijke termijn (1643).

III. Alle domeinen van het bestuursrecht

552. Aanvankelijk werd de schending van de redelijke termijn vooral opgeworpen in het (ambtenaren)*tucht*recht. Dit hoeft geen verwondering te wekken, gelet op de nauwe verwevenheid met het *strafrecht*, waarin reeds langer aandacht werd besteed aan de redelijke termijn. Het is een beginsel van behoorlijk bestuur dat de tuchtverheid binnen een redelijke termijn uitspraak moet doen over de tuchtvordering (1644) (1645), zowel in het

(1642) Supra, nr. 541.

(1643) R.v.St., Van Bergen, nr. 30.300, 14 juni 1988; R.v.St., Declève, nr. 34.370, 16 maart 1990; R.v.St., De Letter, nr. 71.626, 5 februari 1998; R.v.St., Swerts, nr. 111.745, 22 oktober 2002; R.v.St., Helsen, nr. 111.844, 24 oktober 2002; R.v.St., Teeuwen, nr. 115.412, 4 februari 2003.

(1644) R.v.St., De Kesel, nr. 58.527, 11 maart 1996; R.v.St., De Vrieze, nr. 59.099, 17 april 1996; R.v.St., Herremans, nr. 74.391, 22 juni 1998; R.v.St., Van de Vijver, nr. 92.771, 29 januari 2001; R.v.St., Peersmans, nr. 107.874, 17 juni 2002.

belang van de betrokkene, als in het belang van het bestuur (1646). De ambtenaar tegen wie een tuchtonderzoek loopt heeft immers een rechtmatig belang om zo spoedig mogelijk te weten of hij al dan niet gestraft wordt, en zo ja, met welke straf (1647). Dit klemmt des te meer wanneer het personeelslid in afwachting van de uitspraak over de tuchtvordering preventief is geschorst met inhouding van wedde (1648). Het bestuur is er dan ook toe gehouden, zowel in het belang van het betrokken personeelslid, als in zijn eigen belang, het nodige te doen om de tuchtprocedure niet te laten aanslepen (1649). De verplichting om een tuchtzaak zonder verwijl af te handelen houdt niet alleen verband met het beëindigen van de onzekerheid waarin een tuchtrechtelijk vervolgd ambtenaar zich bevindt, maar ook met een ordentelijke werking van het bestuur, die vereist dat elke verstoring van de orde zo spoedig mogelijk wordt hersteld (1650).

De redelijketermijneis geldt trouwens niet alleen voor de tuchtoverheid zelf, maar ook voor de toezichthoudende overheid die uitspraak moet doen over een beroep tegen een tuchtstraf (1651).

553. Geleidelijk aan ging de redelijketermijneis echter ook ingang vinden in alle domeinen van het bestuursrecht waar normatieve termijnen ontbraken: vergunningenstelsels, het bestuurlijk toezicht, het vreemdelingenrecht. Thans is de rechtspraak dan ook gevestigd in die zin dat *bestuurlijke rechtshandelingen* moeten worden genomen binnen een redelijke termijn (1652), op straffe van schending van de zorgvuldigheidsplicht (1653). Het is een algemeen rechtsbeginsel dat eenieder recht heeft op een beoordeling van zijn zaak binnen een redelijke termijn (1654).

.../...

(1645) Het Hof van Cassatie heeft – o.i. ten onrechte – geoordeeld dat er geen algemeen rechtsbeginsel bestaat inzake de redelijke termijn in tuchtzaken (Cass. 21 juni 2001, R.W. 2001-02, 814, noot I. OPDEBEEK).

(1646) R.v.St., Maes, nr. 70.617, 12 januari 1998.

(1647) R.v.St., Whitby, nr. 136.606, 25 oktober 2004.

(1648) R.v.St., Whitby, nr. 136.606, 25 oktober 2004.

(1649) R.v.St., Maes, nr. 70.617, 12 januari 1998; R.v.St., Whitby, nr. 136.606, 25 oktober 2004.

(1650) R.v.St., Vankrunkelsven, nr. 106.359, 6 mei 2002.

(1651) R.v.St., De Vrieze, nr. 59.099, 17 april 1996; R.v.St., Herremans, nr. 74.391, 22 juni 1998; R.v.St., Eveillard, nr. 134.775, 9 september 2004.

(1652) R.v.St., X, nr. 58.360, 23 februari 1996; R.v.St., Allewaert, nr. 73.717, 18 mei 1998.

(1653) R.v.St., Allewaert, nr. 73.717, 18 mei 1998.

(1654) R.v.St., Whitby, nr. 136.606, 25 oktober 2004.

Uiteraard moet de redelijke termijn ook worden gerespecteerd bij het stellen van *feitelijke handelingen*, zoals de betaling van subsidies (1655), het doorstorten van gemeentelijke belastingen (1656) of het signaleren van gevaarlijke verkeerstoestanden (1657).

Ook de vertraging bij de publicatie in het Belgisch Staatsblad van bijvoorbeeld een wettekst (1658) of van de statuten van een VZW (1659) werd reeds gesanctioneerd door de rechter.

IV. Alle fasen van het overheidshandelen

554. De redelijketermijneis houdt in dat het bestuur binnen een redelijke termijn een beslissing neemt, wat meteen ook de verplichting impliceert om de zaak binnen een redelijke termijn te onderzoeken. Het doel van de redelijketermijneis zou echter niet worden bereikt indien de overheid alleen maar verplicht zou zijn binnen een redelijke termijn een besluit te nemen, maar vrij de uitvoering ervan zou kunnen uitstellen. De redelijketermijneis is dan ook van toepassing op alle stadia van het overheidshandelen. Men kan de redelijketermijneis dan ook opsplitsen in verschillende rechtmatigheidseisen, naargelang het stadium waarin het overheidshandelen zich bevindt:

- de verplichting om de zaak binnen een redelijke termijn te onderzoeken (*onderzoekstermijn*) (1660);
- de verplichting om binnen een redelijke termijn te beslissen, eenmaal alle noodzakelijke gegevens gekend zijn, en dit zowel voor de overheid die de initiële beslissing neemt als voor de beroepsinstantie die beslist over een georganiseerd bestuurlijk beroep (*beslissingstermijn*);
- de verplichting om het genomen besluit binnen een redelijke termijn bekend te maken of ter kennis te geven, naargelang het geval door

(1655) Rb. Brussel 17 september 1982, *R.W.* 1985-86, 1645; Arbh. Gent 15 mei 1986, *R.G.A.R.* 1987, nr. 11.165.

(1656) Brussel 25 april 2003, *T. Gem.* 2004, 121; E. VAN DE VELDE, “De vertraagde doorstorting van de aanvullende gemeentebelasting op de personenbelasting door de Belgische Staat aan de gemeenten: de ‘zaak-Rosoux’”, *T. Gem.* 2004, 106-114.

(1657) Gent 24 december 1985, *R.W.* 1987-88, 1035.

(1658) Een door de wetgevende kamer aangenomen en door de Koning bekrachtigde wettekst moet binnen een redelijke termijn worden bekendgemaakt, *R.v.St.*, Beerten, nr. 71.761, 12 februari 1998 (schorsing); *R.v.St.*, Beerten, nr. 76.007, 30 september 1998 (vernietiging), *R.W.* 1997-98, 1474, noot P. POPELIER; *R.v.St.*, Luyten, nr. 90.238, 16 oktober 2000.

(1659) Luik 23 oktober 1989, *J.T.* 1990, 23; Rb. Namen 7 oktober 1986, *R.R.D.* 1986, 417.

(1660) *R.v.St.*, Grainson, nr. 31.675, 6 januari 1998, *R.R.D.* 1989, 59, *T. Gem.* 1989, 314 en *J.L.M.B.* 1989, 723, noot P. MARTENS.

- publicatie, kennisgeving of aanplakking (*bekendmakings- of kennisgevingstermijn*) (1661);
- de verplichting om het besluit binnen een redelijke termijn uit te voeren (*uitvoeringstermijn*) (1662).

555. Het onderscheid tussen de onderzoeks- en beslissingstermijn is vooral belangrijk wanneer de onderzoeks- en de beslissingsbevoegdheid niet bij dezelfde instantie liggen. Het tijdsgebruik door beide instanties zal echter redelijk moeten zijn. Bij het beoordelen van het al dan niet redelijk karakter gaat de Raad van State de door de overheid benutte tijd dan ook ontleden in verschillende deeltermijnen en elke termijn apart evalueren (1663).

V. Alle adviserende, beslissende en uitvoerende bestuursinstanties

556. Uit het voorgaande volgt meteen dat de redelijketermijneis niet alleen van toepassing is op het orgaan dat beschikt over de eigenlijke beslissingsbevoegdheid, maar ook op de louter adviserende (1664) of uitvoerende instanties binnen het bestuur.

§ 3. *Beoordeling van het al dan niet redelijk karakter van de termijn*

I. *Beoordeling in concreto*

557. Wat een redelijke termijn is moet *in concreto* worden beoordeeld, in functie van de aard van de zaak en de houding van de partijen (1665). Als een redelijke termijn moet dan ook worden beschouwd de tijd die normaal

(1661) I.v.m. de redelijke termijn voor het ter kennis geven van een besluit van de toezichthoudende overheid zie R.v.St., gemeente Oudergem, nr. 32.254, 23 maart 1989, *T. Gem.* 1989, 370; in verband met de redelijke termijn voor publicatie in het Belgisch Staatsblad, zie supra, nr. 553. (1662) De kennisgeving van een reeds genomen beslissing behoort weliswaar ook tot de “uitvoering” van het besluit, maar voor alle duidelijkheid worden beide hier gescheiden.

(1663) *Infra*, nr. 565.

(1664) Het talmen van de eigen adviserende instanties kan dan ook geen verantwoording zijn voor de onredelijk lange beslissingstermijn; *infra*, nr. 559.

(1665) R.v.St., De Kesel, nr. 54.431, 10 juli 1995 (schorsing); R.v.St., Thunus, nr. 58.984, 3 april 1996; R.v.St., Vlasselaerts, nr. 60.554, 27 juni 1996; R.v.St., Bartel, nr. 63.259, 21 november 1996; R.v.St., Maes, nr. 70.617, 12 januari 1998; R.v.St., Allewaert, nr. 73.717, 18 mei 1998; R.v.St., Van De Vijver, nr. 92.771, 29 januari 2001; R.v.St., Subash, nr. 109.121, 10 juli 2002; R.v.St., Whitby, nr. 136.606, 25 oktober 2004; R.v.St., Roostazadeh, nr. 143.631, 26 april 2005.

nodig is om een zaak, rekening houdend met de specifieke gegevens ervan, haar beslag te geven (1666).

II. In aanmerking te nemen periode (1667)

558. In *tuchtzaken* komt de periode tijdens dewelke de tuchtvoordering is geschorst door de strafvoordering niet in aanmerking voor het bepalen van de redelijke termijn waarbinnen de tuchtoverheid haar beslissing moet nemen (1668) (1669). Het vertrekpunt van de redelijke termijn is – in beginsel – de datum waarop de tuchtoverheid effectief kennis heeft gekregen van het seponeringsbesluit (1670), de strafrechtelijke uitspraak (1671) of de mededeling van het strafrechtelijk dossier (1672).

559. Bij het nemen van een beslissing over een *georganiseerd bestuurlijk beroep* is de termijn die in acht moet worden genomen niet deze tussen het tijdstip van de ontvangst door de beroepsinstantie van de adviezen en het tijdstip van de beslissing, maar wel de tijdspanne verlopen *tussen het instellen van het beroep en het nemen van het besluit*, zeker wanneer de adviesverlenende instanties besturen zijn die bestaan in de schoot van de overheid die het (1673) bestreden besluit neemt (1674). Het talmen van de eigen adviserende instanties kan dan ook geen verantwoording zijn voor de onredelijk lange beslissingstermijn (1675).

(1666) R.v.St., Maes, nr. 70.617, 12 januari 1998; R.v.St., Whitby, nr. 136.606, 25 oktober 2004.

(1667) Voor een uitvoerige bespreking hiervan, zie I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming* ..., o.c., nr. 268 e.v.

(1668) R.v.St., Peeters, nr. 95.814, 28 mei 2001.

(1669) De vraag rijst evenwel of een tuchtoverheid, die statutair niet verplicht is de tuchtvoordering te schorsen in afwachting van het strafrechtelijk onderzoek, de behandeling van de zaak wel steeds zal mogen uitstellen tot het resultaat gekend is van het strafrechtelijk onderzoek, getuigd op de redelijketermijneis. Dit zal afhangen van de concrete omstandigheden van de zaak. Zie hierover I. VAN GIEL, "De rol van de strafprocedure in het tuchtrecht capita selecta", *T. Gem.* 2004, (273), 275-278 en de referenties aldaar.

(1670) R.v.St., Peeters, nr. 95.814, 28 mei 2001.

(1671) R.v.St., D., nr. 59.099, 17 april 1996; R.v.St., Lequi, nr. 112.461, 12 november 2002.

(1672) R.v.St., Derese, nr. 70.066, 8 december 1997.

(1673) E.H.R.M., Kiurkchian/ Bulgarije, nr. 44626/98, 24 juni 2005.

(1674) R.v.St., De Brabandere, nr. 67.981, 4 september 1997.

(1675) R.v.St., De Baere, nr. 103.332, 7 februari 2002.

III. Beoordelingselementen

560. Beoordelingselementen die de Raad van State in dit verband hanteert zijn onder meer: het belang en het dringend karakter van de zaak; de complexiteit van de zaak; het gedrag van het bestuur en de bestuurde (1676). Dit zijn dezelfde criteria die ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hanteert bij het beoordelen van de redelijke termijn voor bestuursrechtelijke geschillen die onder het toepassingsgebied vallen van art. 6 § 1 van het E.V.R.M.

A. Belang en/of dringend karakter van de zaak

561. Niet alle bestuurlijke beslissingen zijn dringend; niet alle beslissingen zijn even belangrijk voor de bestuurde of voor het algemeen belang. Deze gradaties spelen mee een rol bij het beoordelen van het al dan niet redelijk karakter van de termijn.

562. Alhoewel in sommige arresten van de Raad van State wordt gezegd dat tuchtzaken *steeds* spoedeisend zijn, wordt in andere arresten een onderscheid gemaakt naargelang de aard van de zaak. Wanneer een tuchtprocedure gebaseerd is op een voorstel tot afzetting (1677) of een voorstel tot schorsing van zes maanden (1678) moet zij, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, volgens de Raad van State worden beschouwd als een dringende zaak. Dit is zeker het geval wanneer een eerste tuchtstraf door de Raad van State werd vernietigd en de procedure quasi helemaal moet worden overgedaan (1679).

Wanneer de ambtenaar tijdens de duur van de procedure geen inkomensverlies heeft ondergaan, moet de duur van de procedure minder streng worden beoordeeld dan wanneer de verzoeker tijdens de duur van de procedure wél inkomensverlies zou hebben geleden (1680). Dit impliceert echter geenszins dat verzoeker geen belang zou hebben om te laten gelden dat de redelijke termijn geschonden is. Zelfs al heeft verzoeker geen financieel

(1676) R.v.St., Allewaert, nr. 73.717, 18 mei 1998; R.v.St., Peersmans, nr. 107.874, 17 juni 2002; Voor een uitvoerige bespreking van deze criteria, zie I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming* ..., o.c., 137-147; I. OPDEBEEK, "Redelijke termijn in tuchtzaken", *T. Gem.* 1996, (53) 62-68. (1677) R.v.St., Thunus, nr. 58.984, 3 april 1996; R.v.St., Lequi, nr. 112.461, 12 november 2002. (1678) R.v.St., Bartel, nr. 63.259, 21 november 1996. (1679) R.v.St., Thunus, nr. 58.984, 3 april 1996. (1680) R.v.St., Allewaert, nr. 73.717, 18 mei 1998.

nadeel bij de snelheid waarmee de procedure wordt afgewerkt; hij heeft in ieder geval een rechtmatig (moreel) belang om binnen een redelijke termijn te weten of de tuchtoverheid zal beslissen om het voorgestelde ontslag op te leggen (1681).

Wanneer een ambtenaar voorlopig bij ordemaatregel ter beschikking wordt gesteld, d.w.z. in dienst blijft met behoud van zijn volledige wedde, maar dan zonder te moeten werken, oordeelde de Raad van State, in het concrete geval, dat betrokkene geen belang had bij een tijdige beslissing en de redelijke termijn *in casu* niet geschonden was (1682).

563. Wanneer het bestuur na een vernietigingsarrest een nieuw besluit wil nemen zal het tijdsgebruik nog strenger worden beoordeeld (1683).

B. Complexiteit van de zaak

564. Hoe complexer de zaak, hoe milder de door het bestuur benutte termijn zal worden beoordeeld.

De Raad van State houdt bijvoorbeeld rekening met het feit dat het dossier omvangrijk is en met grote omzichtigheid moet worden behandeld gelet op verzoekers hoedanigheid van magistraat en de aard van de hem ten laste gelegde tekortkomingen (1684), of met de toevoeging van nieuwe tuchtfeiten en met de complexiteit in rechte en in feite van de tenlasteleggingen (1685).

Omgekeerd, als het dossier niet doet blijken van een bijzondere complexiteit is een tijdsverloop van 20 maanden tussen de ontvangstmelding van het beroep door het hoofdbestuur en de datum van zijn advies, en van nog eens drie maanden tussen de datum van het advies en de uitspraak in beroep, onredelijk lang (1686). Indien de ambtenaar de feiten heeft bekend, is de zaak niet complex en dringt een snelle afhandeling zich op (1687).

(1681) R.v.St., Allewaert, nr. 73.717, 18 mei 1998.

(1682) R.v.St., Scheerlinck, nr. 120.819, 24 juni 2003.

(1683) R.v.St., Bartel, nr. 63.259, 21 november 1996.

(1684) R.v.St., Maes, nr. 70.617, 12 januari 1998.

(1685) R.v.St., Aquesbi, nr. 72.842, 30 maart 1998.

(1686) R.v.St., Verwimp, nr. 66.519, 3 juni 1997.

(1687) R.v.St., Van De Velde, nr. 97.694, 10 juli 2001.

C. Gedrag van het bestuur

565. Wat wordt gesanctioneerd door de rechter is het stilzitten, het talmen, de besluiteloosheid van het bestuur, terwijl niets die overheid belet om een besluit te nemen (1688). Wat de overheid echter niet ten kwade kan worden geduid is dat zij de tijd neemt die nodig is om de zaak zorgvuldig te onderzoeken en erover te beslissen. *Of een bepaalde termijn al dan niet als redelijk kan worden beschouwd, wordt dan ook voornamelijk bepaald door de mogelijkheid voor de bevoegde overheid om over alle feitelijke gegevens, inlichtingen en adviezen te beschikken die nodig zijn om met kennis van zaken te beslissen* (1689). Er moet m.a.w. veeleer aandacht worden besteed aan de noodwendigheden van het onderzoek dan aan de absolute tijdsduur (1690).

566. Dit verklaart meteen waarom de Raad van State, bij zijn onderzoek naar het al dan niet redelijk karakter van de termijn, niet zozeer de verstreken termijn *in abstracto* bekijkt, maar het tijdsverloop opdeelt in verschillende fasen en vervolgens het tijdsgebruik periode per periode gaat ontleden (1691). De redelijke termijn is dan geschonden *wanneer voor een bewezen vertraging bij een stap in de besluitvorming geen redelijke uitleg kan worden verstrekt* (1692).

Aldus werd de redelijke termijn geschonden geacht wanneer:

- een tuchtdossier in het bezit is van het bestuur en de overheid gedurende twintig maanden geen onderzoeksdaden heeft gesteld (1693);

(1688) Over de vraag of een tuchtoverheid, die op basis van het statuut niet verplicht is de tuchtvoordering te schorsen in afwachting van de strafvoordering, wel *mag* wachten op de uitspraak van de strafrechter, gelet op de redelijketermijneis, zie I. VAN GIEL, “De rol van de strafprocedure in het tuchtrecht: capita selecta”, *T. Gem.* 2004, (273) 275-278 en de referenties aldaar.

(1689) R.v.St., Verbelen, nr. 59.052, 15 april 1996; R.v.St., Verwimp, nr. 66.519, 3 juni 1997; R.v.St., De Brabandere, nr. 67.981, 4 september 1997; R.v.St., De Baere, nr. 103.332, 7 februari 2002; R.v.St., Subash, nr. 109.121, 10 juli 2002; R.v.St., Roostazadeh, nr. 143.631, 26 april 2005.

(1690) I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming ...*, o.c., p. 141, nrs. 285 e.v.

(1691) R.v.St., Amory, nr. 58.728, 20 maart 1996; R.v.St., Thunus, nr. 58.984, 3 april 1996; R.v.St., Verbelen, nr. 59.052, 15 april 1996; R.v.St., Vlasselaerts, nr. 60.554, 27 juni 1996; R.v.St., Bartel, nr. 63.259, 21 november 1996; R.v.St., De Brabandere, nr. 67.981, 4 september 1997; R.v.St., Maes, nr. 70.617, 12 januari 1998.

(1692) R.v.St., Allewaert, nr. 73.717, 18 mei 1998 (*in casu* waren er perioden van tien maanden en zes maanden waarin er niets was gebeurd); R.v.St., Van de Vijver, nr. 92.771, 29 januari 2001.

(1693) R.v.St., Eveillard, nr. 134.775, 9 september 2004.

- een voorlopig tuchtvoorstel acht maanden blijft liggen zonder reden (1694);
- een termijn van drie jaar ligt tussen de kennisname van de strafrechtelijke uitspraak en de oproeping om voor de tuchtoverheid te verschijnen, gelet op het feit dat de tuchtoverheid geen aanvullend onderzoek heeft gedaan en het tuchtdossier derhalve volledig teruggaat naar en beperkt is tot de feiten zoals die door de strafrechter bewezen werden bevonden (1695);
- de tuchtoverheid maar zes maanden na het verhoor van betrokkene de definitieve beslissing neemt zonder enige reden daartoe (1696);
- bijna vier jaar verlopen zijn tussen het instellen van het beroep bij de Raad van Beroep tegen een strafvoorstel en de uitnodiging om voor deze Raad te verschijnen (1697);
- acht maanden verlopen zijn tussen het beëindigen van de onderzoeksverrichtingen en het doorzenden van het voorstel van tuchtstraf aan de tuchtoverheid (1698);
- vier en een half jaar nodig zijn om te beslissen over een beroep ingesteld door derden tegen een in eerste aanleg verleende exploitatievergunning (1699).

Wanneer de beslissingen van de strafrechter om de betrokkene te interneren dateren van september 1991 en januari 1992, de secretaris pas in 1993 een tuchtverslag opstelt en in augustus 1998 aan de procureur des Konings inzage en afschrift vraagt van het strafdossier van betrokkene en het bestuur na vier maanden nog niet heeft gereageerd op een aanmaning van 21 december 1998 van de raadsvrouw van betrokkene, is de redelijke termijn geschonden (1700).

567. Het feit of er al dan niet onderhandelingen plaatsvinden tussen het bestuur en de bestuurde kan tevens een beoordelingselement zijn (1701).

(1694) R.v.St., Van De Velde, nr. 131.174, 10 mei 2004.

(1695) R.v.St., De Vrieze, nr. 59.099, 17 april 1996.

(1696) R.v.St., De Vrieze, nr. 59.099, 17 april 1996.

(1697) R.v.St., Van de Vijver, nr. 92.771, 29 januari 2001.

(1698) R.v.St., Vankrunkelsven, nr. 106.359, 6 mei 2002.

(1699) R.v.St., De Brabandere, nr. 67.981, 4 september 1997.

(1700) R.v.St., Whitby, nr. 136.606, 25 oktober 2004.

(1701) Cass. 8 november 2002, *R.A.B.G.* 2003, 851-862 (*in casu* ging het om het beoordelen van de overschrijding van een termijn van orde).

568. Praktische en organisatorische moeilijkheden binnen het bestuur, veroorzaakt door bijvoorbeeld een overlijden, een ontslag, een afwezigheid van de minister, de jaarlijkse vakantie (1702), de overheveling van diensten (1703) of administratieve vergissingen (1704) kunnen door het bestuur niet worden ingeroepen om een overschrijding van de redelijke termijn te rechtvaardigen (1705). *De overheid heeft de verplichting haar diensten zo te organiseren dat de dossiers binnen een redelijke termijn kunnen worden behandeld* (1706). Het bestuur kan zich dan ook niet beroepen op de lange tijd die de minister heeft nodig gehad om een raad van beroep op te richten om de vertraging te rechtvaardigen. Een ambtenaar mag niet het slachtoffer zijn van moeilijkheden die het bestuur ondervindt bij de organisatie van zijn diensten (1707).

Het feit dat bij een tuchtprocedure diverse diensten van het ministerie betrokken waren en er tussen de verschillende diensten meningsverschillen bestonden, zowel wat de ten laste te leggen feiten betreft, als wat de op te leggen tuchtstraf betreft, kan geen rechtvaardiging zijn voor het overschrijden van de redelijke termijn (1708).

Anderzijds wees de Raad van State in vreemdelingenzaken erop dat, gelet op de grote toevloed van asielzoekers op het tijdstip van de bestreden beslissing én gelet op de verplichting om iedere aanvraag afzonderlijk te onderzoeken, de redelijke termijn niet geschonden was (1709) door een beslissing te nemen na vier jaar (1710) of minder dan twee jaar (1711) na het indienen van de asielaanvraag. Deze toevloed werd blijkbaar zo uitzonderlijk en onvoorzienbaar geacht dat het beginsel dat de overheid zich zo moet organiseren dat zij tijdig een beslissing kan nemen, niet werd doorgetrokken naar deze categorie van dossiers.

(1702) R.v.St., Thunus, nr. 58.984, 3 april 1996.

(1703) R.v.St., Vankrunkelsven, nr. 106.359, 6 mei 2002.

(1704) R.v.St., Colmant, nr. 142.957, 11 april 2005.

(1705) R.v.St., Monstrey, nr. 132.001, 3 juni 2004 (dit arrest heeft betrekking op een schending van de redelijke termijn door een rechtscollege, en niet door een bestuur, maar de inhoud van het arrest geldt o.i. *mutatis mutandis* voor dat geval).

(1706) R.v.St., Thunus, nr. 58.984, 3 april 1996; R.v.St., Lequi, nr. 112.461, 12 november 2002.

(1707) R.v.St., Van De Vijver, nr. 92.771, 19 januari 2001.

(1708) R.v.St., De Kesel, nr. 58.527, 11 maart 1996.

(1709) R.v.St., Subash, nr. 109.121, 10 juli 2002; R.v.St., Roostazadeh, nr. 143.631, 26 april 2005.

(1710) R.v.St., X, nr. 58.360, 23 februari 1996.

(1711) R.v.St., Warosjan, nr. 84.632, 11 januari 2000.

D. Gedrag van de bestuurde

569. Wat het gedrag van de *bestuurde* betreft, is het uiteraard zo dat de rechtzoekende *niet zelf de oorzaak mag zijn* van de vertraging (1712).

Indien het uitblijven van een beslissing te wijten is aan de obstructie, het uitgesproken gebrek aan medewerking of de traagheid van de bestuurde, kan het bestuur hier niet aansprakelijk voor worden gesteld (1713). Vertraging die te wijten is aan een uitstel van verhoor op vraag van de bestuurde zelf (1714) of aan het feit dat de betrokkene geen gevolg gaf aan oproepen van de overheid zodat zij rappelbrieven moest sturen (1715), kan uiteraard niet aan de overheid worden toegerekend. Soms oordeelt de Raad van State dat de bestuurde in dat geval geen wettig belang heeft om de vertraging in te roepen als vernietigingsgrond (1716).

Het loutere feit dat de verzoeker gebruik heeft gemaakt van de door het statuut geboden beroepsmogelijkheid, kan de bestuurde uiteraard niet ten kwade worden geduid (1717).

570. De vraag rijst of, indien de burger wordt geconfronteerd met het stilzitten van het bestuur, er in hoofde van de burger een *rechtsplicht* bestaat om een stilzittend bestuur aan te manen. Deze vraag wordt verder beantwoord (1718).

IV. Marginale controle?

571. In sommige arresten leest men dat de Raad van State bij het beoordelen van de redelijke termijn slechts over een beperkte appreciatiebevoegdheid beschikt en alleen maar een *kennelijke* schending van de redelijke termijn kan sanctioneren (1719). Aldus verwijst de Raad van State naar de

(1712) R.v.St., D., nr. 59.099, 17 april 1996; R.v.St., G., nr. 81.134, 22 juni 1999; R.v.St., M., nr. 86.784, 13 april 2000.

(1713) R.v.St., Allewaert, nr. 73.717, 18 mei 1998.

(1714) R.v.St., De Kesel, nr. 54.431, 10 juli 1995; R.v.St., Maes, nr. 70.617, 12 januari 1998.

(1715) R.v.St., Verheven, nr. 124.642, 24 oktober 2003.

(1716) R.v.St., Allewaert, nr. 73.717, 18 mei 1998.

(1717) R.v.St., Helsen, nr. 111.844, 24 oktober 2002; R.v.St., Clictteur, nr. 113.709, 16 december 2002; R.v.St., Scheerlinck, nr. 120.819, 24 juni 2003.

(1718) *Infra*, § 4.

(1719) R.v.St., Peersmans, nr. 107.874, 17 juni 2002.

leer van de *marginale toetsing* om aldus te ontsnappen aan het eventuele verwijt dat hij zich zou inlaten met een beleidscontrole. Reeds eerder werd er terecht op gewezen dat het begrip marginale toetsing overbodig en ver-warringstichtend is (1720). Het gedrag van de overheid kan immers even-zeer worden getoetst aan dat van een normaal voorzichtig handelende over-heid, geplaatst in dezelfde omstandigheden en rekening houdend met de beleidsvrijheid waarover de overheid beschikt. Ten aanzien van de over-heid is er dus geenszins een specifiek toetsingscriterium vereist.

§ 4. *Bestaat er een rechtsplicht in hoofde van de bestuurde om een stilzit-tend bestuur aan te manen?*

572. In een aantal arresten was de Raad van State van oordeel dat de over-schrijding van een termijn van orde, hoe aanzienlijk ook – het ging telkens om termijnen van vijf jaar of langer – *niet* kon worden beschouwd als een schending van de redelijke termijn (1721). Het doorslaggevende criterium om niet te besluiten tot een schending van de redelijke termijn, lijkt in deze arresten *het gedrag van de betrokken burger* te zijn: alleen een burger die zélf niet stil zit, die zélf het bestuur aanmaant tot het nemen van een beslis-sing kan bij de Raad van State rekenen op een sanctionering van het stilziten van het bestuur.

Bijgevolg rijst de vraag of er in hoofde van de bestuurde een rechtsplicht – een *beginsel van behoorlijk burgerschap* – bestaat tot het aanmanen van een stilzittend bestuur. Deze beginselen zijn normen waaraan de burger moet voldoen in zijn verhouding tot de overheid; zij behoren tot het positief recht. Wegens de ongelijkheid der partijen mag de burger weliswaar niet even streng worden behandeld als het bestuur, maar dit ontslaat de bestuur-de er niet van redelijk, dit is met een minimum aan zorgvuldigheid, te han-delen (1722).

573. Voor het beantwoorden van deze vraag wordt achtereenvolgens de rechtspraak van de Raad van State onderzocht m.b.t. art. 14 § 3 R.v.St.-

(1720) I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming ...*, o.c., nr. 68 e.v. en de referenties aldaar.

(1721) R.v.St., H., nr. 66.562, 4 juni 1997; R.v.St., C., nr. 67.213, 30 juni 1997; R.v.St., De Bal, nr. 111.845, 24 oktober 2002, R.W. 2003-04, 214, noot I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE; R.v.St., Clicteur, nr. 113.709, 16 december 2002. Deze arresten hadden allen betrekking op de terbeschikkingstelling in het onderwijs.

(1722) R.v.St., V., nr. 20.404, 10 juni 1980, R.W. 1980-81, 594.

Wet, m.b.t. vergunningen, m.b.t. tuchtzaken en ten slotte m.b.t. de ordemaatregel van de terbeschikkingstelling. Dit onderscheid wordt gemaakt omdat het gedrag van de burger mogelijk anders wordt beoordeeld naargelang *de materie* waarop het overheidshandelen betrekking heeft. Zo is in tuchtzaken de burger bijvoorbeeld helemaal geen vragende partij voor de tuchtrechtelijke beslissing, terwijl m.b.t. vergunningen hij integendeel wenst dat een beslissing wordt genomen.

I. Algemeen (art. 14 § 3 R.v.St.-Wet)

574. Een burger kan een bestuur dat stilzit op diverse manieren aanmanen: formeel, informeel, via bestuurlijke of jurisdictionele druk (1723).

Een formele mogelijkheid tot het aanmanen van het bestuur ligt besloten in art. 14 § 3 R.v.St.-Wet: “*Wanneer een administratieve overheid verplicht is te beschikken en er bij het verstrijken van een termijn van vier maanden te rekenen vanaf de haar daartoe door een belanghebbende betekende aanmaning geen beslissing is getroffen, wordt het stilzwijgen van de overheid geacht een afwijzende beslissing te zijn waartegen beroep kan worden ingesteld*”.

Dit artikel werd in de Raad van State-Wet ingeschreven om de rechtsbescherming tegen het bestuur te vergroten, door ook in geval van stilzwijgen van het bestuur een (fictieve) rechtshandeling te creëren waartegen een beroep kan worden ingesteld. Dit artikel creëert bijgevolg op zich *geen rechtsplicht* voor de burger om het stilzittende bestuur dat verplicht is een beslissing te nemen, aan te manen: het feit dat de verzoeker geen gebruik heeft gemaakt van *de mogelijkheid* hem geboden door artikel 14 § 3 R.v.St.-Wet, kan er in beginsel dan ook niet toe leiden dat er in hoofde van het bestuur geen sprake zou zijn van een schending van de redelijke termijn (1724).

575. Alhoewel dit artikel in beginsel dus geen *verplichting* bevat tot aanmanen, is het o.i. niet uitgesloten dat de Raad van State in bepaalde omstandigheden toch van de burger zal verwachten dat hij van deze mogelijk-

(1723) I. OPDEBEEK, “Aanmaningen in het bestuursrecht”, (noot onder R.v.St., V., nr. 123.637, 30 september 2003), R.W. 2003-04, 1543-1545 en de referenties aldaar.

(1724) R.v.St., H., nr. 40.375, 18 september 1992; R.v.St., Kaluma, nr. 101.371, 30 november 2001, T. Gem. 2002, 235, noot D. MAREEN.

heid gebruik maakt. Het niet-aandringen op het nemen van een beslissing kan immers vragen doen rijzen naar het *belang* dat de burger heeft bij een tijdige beslissing (1725).

In een geval waar een verzoeker bij de Raad van State een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid aanhangig maakte, aanvaardde de Raad van State het beroep op deze uitzonderingsprocedure niet, onder meer omdat de verzoeker had nagelaten om, voorzichtigheidshalve, het bestuur zo spoedig mogelijk op grond van art. 14 § 3 R.v.St.-Wet aan te manen, teneinde het bestuur te dwingen binnen vier maanden een beslissing te nemen (1726).

II. Vergunningen

576. Wanneer een rechtzoekende iets wil verkrijgen van de overheid (bv. een vergunning) lijkt het logisch dat, bij het uitblijven van een beslissing van het bestuur, van de rechtzoekende mag worden verwacht dat hij het in gebreke blijvende bestuur aanmaant. Zo oordeelde de Raad van State dat men van de *mogelijkheid* een rappelbrief te sturen (art. 123 § 1 Stedenbouwdecreet) gebruik *moet* maken, wil men zich achteraf nog kunnen beroepen op een schending van de redelijke termijn (1727).

M.b.t. het verlenen van een exploitatievergunning voerde de overheid echter tevergeefs aan dat de verzoeker gedurende twee jaar nooit had aangedrongen op een spoedige beslissing. De Raad van State oordeelde dat de redelijke termijn was overschreden, zonder aandacht te besteden aan de houding van de burger (1728). Ook in andere arresten m.b.t. een vergunningaanvraag gaat de Raad van State niet in op het gedrag van verzoeker; hij kijkt enkel naar het gedrag van de overheid, die moet verantwoorden waarom er vertraging was opgelopen (1729).

(1725) R.v.St., De Bal, nr. 111.845, 24 oktober 2002, *R.W.* 2003-04, 214, noot I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE; R.v.St., Clicteur, nr. 113.709, 16 december 2002.

(1726) R.v.St., B.V.B.A. N., nr. 82.102, 16 augustus 1999; zie ook: R.v.St., N.V. B., nr. 84.830, 25 januari 2000.

(1727) R.v.St., Timmerman, nr. 83.765, 1 december 1999.

(1728) R.v.St., Verwimp, nr. 66.519, 3 juni 1997; D. MAREEN, *o.c.*, (noot onder R.v.St., Kaluma, nr. 101.371, 30 november 2001), *T. Gem.* 2002, 237.

(1729) R.v.St., C.V. I., nr. 53.137, 4 mei 1995; R.v.St., N.V. Total Fina en B.V.B.A. De Vylder, nr. 84.669, 13 januari 2000; R.v.St., Van De Keere, nr. 85.865, 9 maart 2000; R.v.St., De Baere, nr. 103.332, 7 februari 2002.

III. Tuchtmaatregelen

577. Tuchtzaken worden door de Raad van State steeds beschouwd als dringende zaken, gelet op het belang ervan voor de rechtzoekende. Bijgevolg heeft de betrokkene volgens de Raad van State in beginsel een *evident belang* om zich te verweren tegen een te late beslissing. De op het bestuur rustende verplichting om een tuchtzaak met bekwame spoed af te handelen is immers een algemene en *op zichzelf staande verplichting*, waarbij het bestuur zich niet mag laten leiden door de ijver waarmee de betrokken ambtenaar zijn zaak benaarstigt (1730). Noch de omstandigheid dat verzoeker bij de verwerende partij niet heeft geïnformeerd naar de stand van de zaak, noch dat hij haar niet heeft aangespoord om een beslissing te nemen, kan een reden zijn om het onverantwoord tijdsverloop te vergoelijken (1731). Ook indien een *ordemaatregel wordt ervaren als een tuchtsanctie* (zoals het geval kan zijn bij een niet-tuchtrechtelijk ontslag), neemt de Raad van State het belang van verzoeker vlugger aan bij het aanvoeren van een schending van de redelijke termijn (1732).

578. Terecht hecht de Raad van State in tuchtzaken dus meer belang aan het stilzitten van het bestuur dan aan dat van de burger: wanneer een ambtenaar weet dat een tuchtonderzoek hangende is, maar de zaak blijft aanslepen, kan men o.i. niet verwachten dat het personeelslid de overheid gaat aanmanen om een tuchtrechtelijke beslissing te nemen. De overheid is trouwens in tuchtzaken *niet verplicht* een beslissing te nemen en een aanmaning op grond van art. 14 § 3 R.v.St.-Wet is enkel mogelijk indien de overheid verplicht is te beschikken.

Toch is ook in tuchtzaken voorzichtigheid geboden.

Zo is er een arrest van de Raad van State waaruit men impliciet kan afleiden dat indien de tuchtprocedure is geschorst in afwachting van de uitspraak van de strafrechter, van de ambtenaar wordt verwacht dat hij de overheid in kennis stelt van de strafrechtelijke uitspraak (1733). Als hij dit niet doet, kan hij zich niet beroepen op een schending van de redelijke termijn, althans niet voor de vertraging die zou ontstaan zijn tussen het vellen

(1730) R.v.St., Van de Vijver, nr. 92.771, 29 januari 2001.

(1731) R.v.St., Vankrunkelsven, nr. 106.359, 6 mei 2002.

(1732) R.v.St., Teeuwen, nr. 115.412, 4 februari 2003.

(1733) R.v.St., Olbrechts, nr. 122.540, 8 september 2003, R.W. 2003-04, 1727, noot I. OPDE-BEEK.

van het arrest enerzijds en de kennis van het arrest door het bestuur anderzijds.

In een recent arrest oordeelde de Raad van State dat de redelijke termijn niet geschonden was onder meer omdat “*niet blijkt dat verzoeker zelf initiatieven zou hebben genomen om aan de onbeslistheid van het bestuur een einde te stellen*” (1734).

IV. Terbeschikkingstelling wegens ambtsontheffing in het belang van de dienst

579. Een aantal arresten hebben betrekking op de voorlopige *terbeschikkingstelling wegens ambtsontheffing in het belang van de dienst bij wijze van ordemaatregel*, waarbij het personeelslid voorlopig in actieve dienst blijft zonder te moeten werken en zijn volledige wedde behoudt in afwachting van een definitieve terbeschikkingstelling. De Raad van State oordeelde dat de vertraging bij het nemen van de definitieve beslissing (een definitieve terbeschikkingstelling met terugwerkende kracht gedurende diverse jaren zodat de te veel ontvangen wedde moest worden terugbetaald) *in casu* geen *evident* nadeel opleverde voor de betrokkene. De perioden van terbeschikkingstelling worden immers beschouwd als diensten voor het berekenen van de dienstanciënniteit en de betrokkene kan, in afwachting van een definitieve beslissing, bij het bestuur een heroverweging van het voorstel en zijn wederopneming vragen (1735).

Daar volgens dit arrest de ordemaatregel op zich geen evident nadeel oplevert bij vertraging, komt het volgens de Raad van State *aan de verzoeker toe zelf zijn nadeel te bewijzen*. Dit nadeel kan *materieel* zijn, wanneer de

(1734) R.v.St., Teuchy, nr. 108.442, 26 juni 2002. Dit arrest is misschien te verklaren door de concrete omstandigheden van de zaak: het ging niet om een tuchtrechtelijk *ontslag*, maar om een inhouding van een deel van de wedde gedurende drie maanden. Een gelijkaardig geval werd trouwens door een andere kamer van de Raad van State in het voordeel van het personeelslid beslecht (R.v.St., Kaluma, nr. 101.371, 30 november 2001, *T. Gem.* 2002, 233-238, noot D. MAREEN).

(1735) R.v.St., De Bal, nr. 111.845, 24 oktober 2002, *R.W.* 2003-04, 214, noot I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE; zie ook R.v.St., Clicteur, nr. 113.709, 16 december 2002. In andere arresten had de Raad van State nochtans gewezen op de ernstige gevolgen van deze ordemaatregel, die een tijdige afhandeling vereisen, namelijk de automatische tijdelijke ontheffing van zijn ambtsbevoegdheid, de blijvende onzekerheid over de afloop van de procedure in afwachting van een definitieve beslissing, de eventueel terugwerkende kracht van de maatregel (R.v.St., Swerts, nr. 111.745, 22 oktober 2002; R.v.St., Helsen, nr. 111.844, 24 oktober 2002).

verzoeker aantoont dat een éérdere uitspraak voor hem mogelijk gunstiger ware geweest of dat de vertraging de rechten van de verdediging zou hebben geschaad. Een burger kan door de vertraging ook een *moreel nadeel* lijden. Wanneer de burger stappen onderneemt om zich te informeren over zijn zaak en de mogelijkheid om haar te bespoedigen, bewijst dit voor de Raad van State dat de verzoeker een gekwalificeerd moreel nadeel heeft geleden door de vertraging, ongeacht het al dan niet “in se” krenkende karakter van de ordemaatregel (1736).

De conclusie is dat bij dergelijke ordemaatregel het doorslaggevende criterium om al dan niet te vernietigen wegens een schending van de redelijke termijn het gedrag van de burger is. De burger moet het stilzittende bestuur aanmanen; doet hij dat niet, verliest hij het recht om de schending van de redelijke termijn door het bestuur in te roepen.

V. Besluit

580. Samenvattend kunnen we stellen dat er in hoofde van de burger *geen algemene* rechtsplicht bestaat om in alle omstandigheden een stilzittend bestuur aan te manen. Zo wordt van een ambtenaar die tuchtrechtelijk wordt vervolgd in het algemeen door de Raad van State niet verwacht dat hij het bestuur aanmaant om een beslissing te nemen. Dergelijke tuchtrechtelijke beslissingen vertonen immers op zich een evident belang voor de betrokkene, zodat zijn nadeel bij stilzitten van het bestuur onmiddellijk vaststaat.

In bepaalde materies verwacht de Raad van State echter wél dat de burger niet passief blijft afwachten. Dit is zo bij bepaalde ordemaatregelen, die op zich niet meteen een evident nadeel doen blijken bij vertraging. In dat geval moet de burger bewijzen dat hij een materieel of moreel nadeel heeft geleden door de vertraging. *Een moreel nadeel wordt bewezen door het aanmanen van het bestuur.* Indien de burger niet aandringt op een beslissing gaat de Raad van State er van uit dat de burger zijn belang verliest om een schending van de redelijketermijneis in te roepen, daar uit dit gedrag wordt afgeleid dat hij de beslissing niet belangrijk genoeg acht. *Voorzichtigheid in hoofde van de rechtzoekende is dus de boodschap.*

(1736) R.v.St., Helsen, nr. 111.844, 24 oktober 2002; R.v.St., Teeuwen, nr. 115.412, 4 februari 2003.

Bij de beoordeling van het gedrag van de burger moet o.i. alleszins rekening worden gehouden met de concrete omstandigheden van de zaak, namelijk of de overheid al dan niet verplicht is een beslissing te nemen, of de maatregel die de overheid van plan is te nemen een maatregel is tegen de wil in van de burger of op verzoek van de burger, het opleidingsniveau en de functie van de betrokken burger, etc. De burger mag in zijn relatie tot de overheid niet overdreven streng worden beoordeeld. Men mag immers niet uit het oog verliezen dat de primaire plicht terzake de plicht is voor het bestuur om de redelijke termijn te respecteren (1737).

§ 5. Sancties bij schending van de redelijke termijn

I. Overzicht van de actiemogelijkheden bij schending van de redelijke termijn

581. Indien een beslissing *uitblijft* kan de rechtzoekende gebruik maken van de algemene of specifieke bestuursrechtelijke mogelijkheden tot het aanmanen van een stilzittend bestuur die in de regelgeving zijn voorzien (1738). Eventueel kan aan de burgerlijke rechter een injunctie tot handelen binnen een bepaalde termijn worden gevraagd (1739). Aldus werd de Belgische Staat recent nog veroordeeld tot het nemen van een beslissing over een asielaanvraag binnen de termijn van één maand na de betekening van het vonnis, op straffe van een dwangsom (1740). Aan de Raad van State kan, na het bestuur te hebben aangemaand, de vernietiging worden gevraagd van de impliciete weigeringsbeslissing die wordt geacht uit het stilzwijgen van de overheid voort te vloeien (1741).

582. Indien een besluit *te laat* wordt genomen, kan dit besluit wegens schending van de redelijke termijn worden geschorst en/of vernietigd door de toezichthoudende overheid of door de Raad van State. Voor de burgerlijke rechter kan de rechtzoekende een vordering tot schadeloosstelling in-

(1737) De rechtbank van Brussel oordeelde onlangs in dat verband dat het gedrag van verzoeker niet ter sprake moet worden gebracht bij het beoordelen van de redelijke termijn. De rechtzoekende moet het bestuur niet systematisch aanmanen om een beslissing te bekomen die de overheid verplicht is te nemen (Rb. Brussel 15 april 2005, onuitg.).

(1738) Zie bijvoorbeeld art. 14 § 3 R.v.St.-Wet; I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming ...*, o.c., nr. 303 e.v.; I. OPDEBEEK, "Aanmaningen in het bestuursrecht", (noot onder R.v.St., V., nr. 123.637, 30 september 2003), *R.W.* 2003-04, 1543-1545.

(1739) I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming ...*, o.c., nr. 453 e.v.

(1740) Rb. Brussel 15 april 2005, onuitg.

(1741) Op grond van art. 14 § 3 R.v.St.-Wet.

dienen of een buiten toepassingverklaring vragen op grond van art. 159 van de Grondwet.

II. Schorsing en/of vernietiging door de Raad van State

583. De Raad van State heeft reeds heel wat beslissingen geschorst en/of vernietigd wegens schending van de redelijke termijn, bijvoorbeeld:

- tuchtstraffen (1742);
- beslissingen van toezichthoudende overheden in het raam van het bestuurlijk toezicht op tuchtzaken (1743);
- beslissingen van beroepsinstanties over georganiseerde bestuurlijke beroepen inzake vergunningen (1744);
- beslissingen over terbeschikkingstellingen in het onderwijs (1745).

584. Na dergelijke vernietiging staat het o.i. in beginsel (1746) dan ook meteen vast dat de overheid geen nieuwe beslissing kan nemen, want deze zou uiteraard behept zijn met dezelfde onwettigheid. De redelijke termijn werkt aldus in beginsel als een *jurisprudentiële vervaltermijn*. Concreet betekent dit dat de vernietiging van een tuchtstraf wegens schending van de redelijke termijn het verlies meebrengt van het recht om alsnog een tuchtstraf op te leggen. De vernietiging van een beslissing van de toezichthou-

(1742) R.v.St., De Kesel, nr. 58.527, 11 maart 1996; R.v.St., Devrieze, nr. 59.099, 17 april 1996; R.v.St., Allewaert, nr. 73.717, 18 mei 1998; R.v.St., Geerinckx, nr. 74.179, 10 juni 1998; R.v.St., V., nr. 92.771, 29 januari 2001; R.v.St., Kaluma, nr. 101.371, 30 november 2001, *T. Gem.* 2002, noot D. MAREEN; R.v.St., Vankrunkelsven, nr. 106.359, 6 mei 2002; R.v.St., Lequi, nr. 112.461, 12 november 2002; R.v.St., Eveillard, nr. 134.775, 9 september 2004.

(1743) R.v.St., H., nr. 40.375, 18 september 1992, *T. Gem.*, 327; R.v.St., De Vrieze, nr. 59.099, 17 april 1996 (termijn van meer dan tien maanden tussen de indiening van het beroep en de beslissing); R.v.St., Herremans, nr. 74.391, 22 juni 1998 (termijn van 23 maanden tussen het inleiden van het beroep en de beslissing); R.v.St., Eveillard, nr. 134.775, 9 september 2004; I. OPDEBEEK, "Redelijke termijn in tuchtzaken", *T. Gem.* 1996, (53) 68.

(1744) R.v.St., N.V. Sidaplast, nr. 48.386, 30 juni 1994; R.v.St., Verwimp, nr. 59.771, 23 mei 1996 en Verwimp, nr. 66.519, 3 juni 1997; R.v.St., De Brabandere, nr. 67.981, 4 september 1997; R.v.St., N.V. Total Fina en B.V.B.A. De Vylder, nr. 84.669, 13 januari 2000; R.v.St., C.V. Flip, nr. 93.152, 8 februari 2001; R.v.St., N.V. Carrières Unies de Pophyre, nr. 103.139, 4 februari 2002; R.v.St., De Baere, nr. 103.332, 7 februari 2002. *In casu* ging het om vergunningen die werden uitgereikt op basis van ondertussen opgeheven wetgeving.

(1745) R.v.St., S., nr. 111.745, 22 oktober 2002; R.v.St., H., nr. 111.844, 24 oktober 2002; R.v.St., T., nr. 115.412, 4 februari 2003.

(1746) Zie evenwel R.v.St., De B., nr. 111.845, 24 oktober 2002, *R.W.* 2003-04, 214, noot I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE. In dit arrest oordeelt de Raad van State dat het *in casu* niet aan hem toekwam om in de plaats van het bestuur te beslissen over de bij overschrijding van de redelijke termijn toe te passen maatregel.

dende overheid wegens de overschrijding van de redelijke termijn brengt het verlies mee van de bevoegdheid alsnog het bestuurlijk toezicht uit te oefenen. Een tuchtstraf die ten gevolge van het verstrijken van de redelijke termijn niet meer kan worden goedgekeurd door de toezichthoudende overheid zal, omwille van de duidelijkheid in het rechtsverkeer, dan ook worden vernietigd (1747). De bestuurlijke beroepsinstantie die niet tijds de beroepen behandelt van belanghebbende derden tegen vergunningen verliest haar bevoegdheid om alsnog uitspraak te doen over het beroep (1748).

585. In een aantal arresten gaat de Raad van State er echter vanuit dat de schending van de redelijke termijn geen bevoegdheidsverlies tot gevolg heeft.

Bij een vernietiging wegens schending van de redelijke termijn van een definitieve terbeschikkingstelling in het onderwijs, stelde de Raad van State “*dat het daarna aan het bestuur zal toekomen bij het hernemen van de zaak om te beoordelen welke nieuwe beslissing in voorkomend geval in de plaats moet komen van de vernietigde beslissing*” en “*dat het de Raad van State niet toekomt in de plaats van het bestuur te beslissen over de bij overschrijding van de redelijke termijn toe te passen maatregel maar dat minstens ook een terbeschikkingstelling zonder terugwerkende kracht tot de mogelijkheden (behoort)*” (1749). In casu had de definitieve terbeschikkingstelling een vermindering van de wedde tot gevolg en dit met terugwerkende kracht. Door het niet meer verlenen van terugwerkende kracht aan de maatregel zou de overheid dus *financieel worden gesanctioneerd* voor haar te laat handelen, in die zin dat zij de wedde niet meer met terugwerkende kracht zou mogen verminderen.

In verband met de termijn voor de behandeling van een aanvraag tot het verkrijgen van het statuut van vluchteling heeft de schending van de redelijke termijn niet tot gevolg dat er enig recht op verblijf ontstaat (1750).

(1747) R.v.St., Herremans, nr. 74.391, 22 juni 1998.

(1748) R.v.St., Demeutter, nr. 66.731, 10 juni 1997; R.v.St., De Brabandere, nr. 67.981, 4 september 1997; R.v.St., Van Gils, nr. 129.415, 18 maart 2004.

(1749) R.v.St., Swerts, nr. 111.745, 22 oktober 2002.

(1750) R.v.St., X, nr. 102.840, 23 januari 2002.

III. Vereiste belang bij het inroepen van het middel van de schending van de redelijke termijn

586. Volgens de Raad van State heeft de verzoeker *geen belang* bij het inroepen van het middel van de schending van de redelijke termijn wanneer hij geen *wettig* belang heeft (A), wanneer hij *niet werd benadeeld* door de schending van de redelijke termijn (B), of nog wanneer de vernietiging van de bestreden beslissing wegens schending van de redelijke termijn voor de verzoeker *geen voordeel* kan opleveren (C).

A. *Wettig belang*

587. Wie zonder de vereiste vergunning – en bijgevolg onwettig – vergunningsplichtige handelingen stelt, heeft er geen wettig belang bij aan te voeren dat de beslissing over zijn beroep tegen een dwangmaatregel niet binnen een redelijke termijn is genomen (1751).

Wanneer de vertraging bij de bestuurlijke besluitvorming te wijten is aan het gedrag van de bestuurde zelf, heeft deze geen wettig belang om de vertraging in te roepen als vernietigingsgrond (1752).

B. *De verzoeker moet benadeeld zijn door de schending van de redelijke termijn*

588. Soms wijst de Raad van State erop dat de rechtzoekende niet werd benadeeld door de schending van de redelijke termijn.

589. Aldus kan een asielzoeker volgens de Raad van State niet beweren te zijn benadeeld door de duur van de asielprocedure, wanneer hij al die tijd in België een veilige beschutting vond tegen de vervolging in zijn thuisland en hij ondertussen de nodige tijd kreeg om de stukken te verzamelen ter staving van de asielaanvraag (1753).

590. Reeds eerder werd vermeld dat volgens de Raad van State de vertraging bij het nemen van een beslissing tot definitieve terbeschikkingstelling

(1751) R.v.St., Claeys, nr. 66.313, 20 mei 1997.

(1752) R.v.St., Allewaert, nr. 73.717, 18 mei 1998.

(1753) R.v.St., X, nr. 58.360, 23 februari 1996.

geen evident nadeel oplevert voor de betrokkene, zodat het volgens de Raad van State *aan de verzoeker zelf toekomt zijn nadeel te bewijzen* (1754). Dit nadeel kan *materieel* zijn, wanneer de verzoeker aantoont dat een éérdere uitspraak voor hem mogelijk gunstiger ware geweest of dat de vertraging de rechten van de verdediging zou hebben geschaad. Een burger kan door de vertraging ook een *moreel nadeel* lijden. Wanneer de burger stappen onderneemt om zich te informeren over zijn zaak en de mogelijkheid om haar te bespoedigen, bewijst dit voor de Raad van State dat de verzoeker een gekwalificeerd moreel nadeel heeft geleden door de vertraging, ongeacht het al dan niet “in se” krenkende karakter van de ordemaatregel.

591. In tuchtzaken wordt meestal niet het bewijs gevraagd van enige benadeling opdat een schending van de redelijke termijn zou worden vastgesteld. Zo is het niet vereist dat de rechten van verdediging gewijzigd of geschaad zijn door het tijdsverloop (1755).

Toch is ook in tuchtzaken voorzichtigheid geboden. In een recent arrest oordeelde de Raad van State dat de redelijke termijn niet geschonden was omdat “*verzoeker er niet toe komt in de concrete omstandigheden van zijn zaak het belang aan te tonen van een spoedige beslissing over de specifieke tuchtstraf (inhouding van wedde gedurende drie maanden) die hem boven het hoofd hing*” (1756).

In een recente zaak kwam de Raad van State tot de conclusie dat de redelijke termijn overschreden was, maar dat de partijen nog geen gelegenheid hadden gehad om zich uit te spreken over de vraag of die overschrijding voor verzoeker persoonlijk, of voor zijn bewijsvoering, of voor de uitoefening van de rechten van de verdediging zo ernstige schade heeft berokkend dat die schade alleen maar zou kunnen worden goedgeemaakt door de loutere vernietiging van de bestreden beslissing, zodat een bijkomend onderzoek werd bevolen (1757).

(1754) Supra, nr. 579.

(1755) R.v.St., Thunus, nr. 58.984, 3 april 1996; R.v.St., Vankrunkelsven, nr. 106.359, 6 mei 2002.

(1756) R.v.St., Teuchy, nr. 108.442, 26 juni 2002.

(1757) R.v.St., Van De Velde, nr. 131.174, 10 mei 2004.

C. De vernietiging wegens schending van de redelijke termijn moet een voordeel opleveren voor de verzoeker

592. Wanneer een vergunning in eerste aanleg werd geweigerd en deze weigering in beroep wordt bevestigd, levert de vernietiging van de tweede weigeringsbeslissing wegens schending van de redelijke termijn voor de verzoeker geen voordeel op. Dit leidt er immers toe dat de *eerste weigeringsbeslissing definitief wordt*, terwijl het juist de weigering van de vergunning is die de verzoeker bestrijdt. Die vaststelling leidt tot de conclusie dat hij geen belang heeft bij het invoeren van het middel (1758).

Ook in verband met de termijn voor de behandeling van een aanvraag tot het verkrijgen van het statuut van vluchteling, wees de Raad van State erop dat de schending van de redelijke termijn niet tot gevolg heeft dat er enig recht op verblijf ontstaat (1759).

§ 6. Conclusies

593. De voorbije tien – twintig jaren heeft de redelijketermijneis een steile opgang gemaakt in het Belgische bestuursrecht. Bij afwezigheid van normatieve termijnstelling aan het bestuur is het immers een *ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur dat de overheid binnen een redelijke termijn moet beslissen*. Deze termijn geldt in alle domeinen van het bestuursrecht en ten aanzien van alle overheden, ongeacht of hun taak adviserend of beslissend is, ongeacht of zij in eerste aanleg een beslissing nemen dan wel na een bestuurlijk beroep.

594. Of een bepaalde termijn redelijk is moet *in concreto* worden beoordeeld, in functie van de concrete omstandigheden van de zaak. Beoordelingselementen in dit verband zijn onder meer: het belang en het al dan niet dringend karakter van de zaak; de complexiteit van de zaak; het gedrag van het bestuur en van de bestuurde. Wat dit laatste betreft, verwacht de Raad van State soms dat de bestuurde, die wordt geconfronteerd met stilzitten van het bestuur, het stilzittend bestuur aanmaant om te handelen, dit in het raam van de beginselen van behoorlijk *burgerschap*. O.i. moet er echter evenzeer worden gewaarschuwd dat de burger, in zijn relatie tot het be-

(1758) R.v.St., Demeutter, nr. 66.731, 10 juni 1997; R.v.St., Van Gils, nr. 129.415, 18 maart 2004.

(1759) R.v.St., X, nr. 102.840, 23 januari 2002.

stuur, niet overdreven streng mag worden beoordeeld. De primaire plicht is ten slotte de plicht voor het bestuur om de redelijke termijn te respecteren.

595. Wat vooral wordt gesanctioneerd door de Raad van State is het stilzitten van de overheid terwijl niets die overheid belet om een beslissing te nemen. De termijn die de overheid daarentegen redelijkerwijze nodig heeft om de zaak zorgvuldig te onderzoeken en de nodige feiten en adviezen te verzamelen kan haar niet ten kwade worden geduid.

596. Schending van de redelijke termijn kan leiden tot een aansprakelijkheidsvordering voor de burgerlijke rechter of een buiten toepassing laten van de te laat genomen beslissing. Wanneer de schending van de redelijke termijn wordt opgeworpen voor de Raad van State zal dit leiden tot de *schorsing en/of de vernietiging* van de te laat genomen beslissing, althans indien de rechtzoekende een *belang* heeft bij deze nietigverklaring. Het vereiste belang zal ontbreken wanneer hij niet werd benadeeld door de overschrijding van de redelijke termijn of hij geen voordeel kan halen uit de vernietiging wegens schending van de redelijke termijn.

597. De vraag rijst ten slotte wat de *gevolgen* zijn van een nietigverklaring door de Raad van State wegens schending van de redelijke termijn. Vaak zal dit een volledig bevoegdheidsverlies meebrengen om alsnog een nieuwe beslissing te nemen (tuchtrecht, toezicht, ...), maar dit kan variëren van geval tot geval. Het is ook mogelijk dat de overheid bijvoorbeeld nog wel een beslissing kan nemen, maar niet met terugwerkende kracht.

598. Gelet op het feit dat het schenden van de redelijke termijn een van de belangrijkste klachten is ten aanzien van het bestuur, is het noodzakelijk dat enerzijds de nodige maatregelen worden getroffen ter voorkoming van dit probleem, maar anderzijds dat het Belgische recht over een efficiënte sanctie beschikt bij schending ervan. Bij stilzitten van de wetgever zal het aan de Raad van State toekomen om, geval per geval, de gepaste sanctie te bepalen.

Alleszins is een vernietiging door de Raad van State geen efficiënte sanctie wanneer de Raad van State zelf de redelijketermijneis schendt De redelijketermijneis is nochtans niet alleen een beginsel van behoorlijk *bestuur*, maar ook van behoorlijke *rechtsbedeling* ...

DEEL III.

TOEKOMSTPERSPECTIEVEN

HOOFDSTUK 1. NAAR EEN CODIFICATIE VAN DE BEGINSSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR?

Elly Van de Velde
Aspirant F.W.O.-Vlaanderen
Universiteit Antwerpen

Inleiding

599. Kenmerkend voor de overgrote meerderheid van de hiervoor besproken algemene beginselen van behoorlijk bestuur is dat het *ongeschreven* (algemene) rechtsbeginselen zijn. De vraag rijst nu bij wijze van conclusie en toekomstperspectief of dit zo zal of moet blijven.

Evolueren we m.a.w. naar een codificatie van deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur, of zal alles bij het oude blijven? Het antwoord op deze vraag zal alleszins blijken uit de volgende editie van dit boek: ofwel zijn de wetsartikelen over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geïntegreerd in de bijdragen zelf, ofwel is er opnieuw sprake van een concluderend hoofdstuk dat een blik op de toekomst werpt.

600. In wat volgt stippen wij alvast kort de verschillende *aandachtspunten* aan, waarbij (vooral) de wetgever, de politiek, de rechtspracticus, de academicus, ... behoren stil te staan bij het nadenken over een codificatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarvoor is het voorerst noodzakelijk om tot een juist *begrip* te komen van de verschillende algemene beginselen van behoorlijk bestuur (§ 2). Alle voorgaande bijdragen uit Deel II zijn hiervoor van enorm groot belang. Vervolgens is de bijdrage van Hoofdstuk I zeer belangrijk om de *hiërarchie* te bepalen van de beginselen en dus o.i. ook van de wettelijke basis waarin de beginselen zullen kunnen/moeten worden ondergebracht (§ 3). Hierbij zal ook aandacht moeten worden besteed aan de *bevoegdheidsverdeling* tussen de verschillende wetgevers in België (§ 4). De *sui generis* staatsstructuur sluit evenwel een blik over de grens niet uit: ideeën kunnen worden gehaald uit de *evaluaties* in bijvoorbeeld Nederland (Algemene wet bestuursrecht) en Duitsland (Verwaltungsverfahrensgesetz). Ten slotte is het dus ook van belang om de *voor- en nadelen* goed voor ogen te houden (§ 5). Enkel na het overlopen van dit lijstje kunnen ooit woorden in daden worden omgezet.

§ 1. De vraagstelling is niet nieuw

601. De vraag die in dit hoofdstuk ter tafel ligt, is alleszins niet nieuw. Reeds in 1993 schreef SUETENS in zijn bijdrage voor de eerste editie van dit boek: “*Algemene beginselen – en dus de a.b.b.b. – kunnen in een wet, een decreet of een ordonnantie, of nog een internationaal verdrag worden opgenomen; zij houden daarmee echter niet op rechtsbeginselen te zijn. Het ongeschreven karakter van een algemeen beginsel is dan ook geen wezens-trek*” (1760). Met deze woorden gooide hij een eerste visje uit omtrent de codificatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bovendien woog hij in diezelfde bijdrage ook kort de voor- en nadelen hiervan af: “*de kenbaarheid van het recht wordt bevorderd. Codificatie zal nadelig zijn, in zoverre zij resulteert in verstarring en de verdere ontwikkeling van het ongeschreven recht afremt. Het komt er dus op aan het open, evolutief karakter van de rechtsvinding te bevestigen en de verworvenheden van de jurisprudentie in de wet neer te leggen vanwege de voordelen die dit heeft uit de gezichtpunten kenbaarheid, eenheid en systematiek van het recht*” (1761). Ook OPDEBEEK schreef destijds in haar bijdrage over het recht van verdediging en het recht om zijn standpunt naar voor te brengen: “*Ten slotte rijst de vraag naar de wenselijkheid van codificatie van regels in verband met het horen*” (1762).

602. Beide auteurs verwijzen in hun bijdrage van 1993 naar het toenmalige wetsvoorstel Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) uit Nederland als voorbeeld voor de Belgische wetgever. Een jaar later, in 1994, was de inwerkingtreding van de Nederlandse Awb een feit. Ondertussen is met groot enthousiasme haar tiende verjaardag gevierd.

In het *Bélgisch Staatsblad* daarentegen is nog steeds niets verschenen. Toch wil dit niet zeggen dat er nog niet is nagedacht over het vraagstuk betreffende de codificatie van het (gedeeltelijk) bestuursrecht, met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder.

(1760) L.P. SUETENS, “Algemene beginselen en behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 17.

(1761) L.P. SUETENS, “Algemene beginselen en behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 18.

(1762) I. OPDEBEEK, “Het recht van verdediging en het recht om zijn standpunt naar voor te brengen”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 83.

Ook bij ons is er immers duidelijk wat aan het bewegen: er is een (verbeterd) voorstel tot een Algemene wet bestuursrecht ingediend in de Kamer (163), er is een rechtsvergelijkend artikel verschenen over de zin of onzin van een dergelijke Algemene wet bestuursrecht (1764), er is een studie over juridisch-technische vereenvoudiging (1765), een boek over de vraag naar een Algemeen decreet bestuursrecht in Vlaanderen (1766) en een preadvies over het harmoniseren van het bestuursrecht (1767). Het is evenwel niet bij schrijfsels gebleven, er is nl. ook reeds gediscussieerd op een rondetafelconferentie door rechtspractici en de Kenniscel Wetsmatiging (1768), op een studiedag door vnl. academici (1769) en door de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland (sectie Publiekrecht) (1770). Tot slot kan melding worden gemaakt van een lopend doctoraatsonderzoek over de wenselijkheid en mogelijkheid van een basisregeling voor het Belgische bestuursrecht aan de hand van zijn algemene beginselen (1771).

Het is dus naar de verwachtingen van velen dat deze editie van het boek *Beginselen van behoorlijk bestuur* een signaal geeft aan de wetgevers in België door een afzonderlijk hoofdstuk – en niet meer slechts een afdeling in een hoofdstuk – te wijden aan de vraag naar de codificatie van deze beginselen. Dit gegeven op zich moet worden beschouwd als een evolutie en

(1763) Voorstel van algemene wet bestuursrecht van 25 mei 2000, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 0679/001 en (het verbeterd) Voorstel van algemene wet bestuursrecht van 26 november 2003, *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 0496/001.

(1764) E. VAN DE VELDE, “De zin of onzin van een Algemene wet bestuursrecht”, *R.W.* 2003-04, 1321-1336.

(1765) G. DE GEEST, B. BOUCKAERT, F. HAEX en D. VAN HEUVEN, “Studie juridisch-technische vereenvoudiging”, *Eindrapport in opdracht van de Kenniscel Wetsmatiging*, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, 15 juni 2003, www.wetsmatiging.be/initiatieven.

Zie ook de vele initiatieven en vormingen van de Kenniscel Wetsmatiging.

(1766) J. DE STAERCKE en J. VAN STEELANDT (ed.), *Een Algemeen Decreet Bestuursrecht in Vlaanderen?*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 140 p.

(1767) G. DEBERSAQUES en S. DE CLERCQ, *Bestuursrecht harmoniseren?*, *Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer, Kluwer, 2004, 79 p.

(1768) Rondetafelgesprek georganiseerd door het Genootschap Advocaten Publiekrecht en de Kenniscel Wetsmatiging, Brussel, Hotel Errera, 17 december 2003.

(1769) Zie voetnoot 1766.

(1770) Zie voetnoot 1767.

(1771) Aan de K.U.Leuven bereidt dhr. J. DE STAERCKE een proefschrift voor met als titel “*Een algemene wet bestuursrecht in Vlaanderen? Over de wenselijkheid en mogelijkheid van een basisregeling voor het Belgische bestuursrecht aan de hand van zijn algemene beginselen*”. Promotor van dit proefschrift is prof. dr. M. Boes.

zelfs als een overwinning voor de voorstanders van een algemene regeling inzake het bestuursrecht.

§ 2. *Het begrip algemeen beginsel van behoorlijk bestuur*

603. Het eerste aandachtspunt op de weg naar een codificatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is uiteraard het kunnen omschrijven van *wat* er juist zal worden gecodificeerd. Maar eenvoudig is dit niet, aldus SÜETENS in 1993: “(...) *En toch bestaat er geen eensgezindheid over de juiste contouren en de draagwijdte van die ‘beginselen van behoorlijk bestuur’*. *Integendeel*” (1772).

Het is niet onze bedoeling om in deze bijdrage hieromtrent klare wijn te schenken (cf. Deel I), maar wél om de aandacht te vestigen op drie vragen die in het achterhoofd van de wetgever aanwezig moeten zijn. Vooreerst rijst de vraag wat algemene beginselen van behoorlijk bestuur *in abstracto* zijn (I), vervolgens welke beginselen er *in concreto* onder vallen (II), en ten slotte of de antwoorden op de eerste twee vragen onveranderd blijven of evolueren naargelang de opvattingen over de verhouding tussen burger en bestuur (III).

I. Wat zijn algemene beginselen van behoorlijk bestuur *in abstracto*?

604. Deze, opnieuw volgens SÜETENS, “*bijzondere categorie van algemene rechtsbeginselen*” is door DE STAERCKE als volgt gedefinieerd: “*het zijn de door de rechtspraak uit het systeem van het recht afgeleide beginselen die gelden als een rechtsregel en die de overheid moet naleven in haar relatie tot de burger bij de uitoefening van haar administratieve functies*” (1773).

(1772) L.P. SÜETENS, “Algemene beginselen en behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 3.

(1773) J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, in *Reeks Advocaten-Praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2004, nrs. 5 en 41.

605. Een belangrijk kenmerk van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is dus dat deze in wezen *algemene rechtsbeginselen* zijn. Verschillende auteurs hebben zich reeds diepgaand gebogen over de vraag of ze behoren tot het bindende positief recht, zoals een wet, of eerder metajuridische ethische waarden zijn (1774). Met de rechtsbeginselen staan we inderdaad voor de grenzen van het recht. Waar begint het recht? Tot waar is een gedragsregel slechts moraal?

606. Ook de rechts- en politiek filosoof Ronald DWORKIN heeft over deze problematiek nagedacht in zijn boek *Taking Rights Seriously* (1975). Hierin verzet hij zich onder meer tegen het rechtspositivisme (1776) dat een strikt conceptuele scheiding tussen recht en moraal (1777) verdedigt. DWORKIN schuift het onderscheid tussen “rules” en “principles” als alternatief naar voren. Volgens hem is er nl. niet alleen gepositiveerd recht (“rules”), maar bestaan er ook beginselen die aan regels expliciet ten grondslag

(1774) Zie o.a. J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, in Reeks *Advocaten Praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 4; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit”, *J.T.* 1970, 581-596; J. GJISSELS, “Algemene rechtsbeginselen zijn nog geen recht”, *R.W.* 1988-89, 1105-1116; L.P. SUE-TENS, “Algemene beginselen en behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 13; P. VAN ORSHOVEN, “Non scripta, sed nata lex”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 73.

(1775) R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977, 295 p. Zie ook M. ADAMS, “Het hemels baldakijn van recht en moraal”, *R.W.* 2000-01, 1401-1416; M. ADAMS, “Vrijheid en gelijkheid bij Ronald Dworkin. Een rechtsfilosofische excursie”, in X, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van de nieuwe anti-discriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 115-146; P.B. CLITEUR en M.A. LOTH, *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 263 p.; R. DWORKIN, “Do Liberty and Equality Conflict?”, in P. BARKER (ed.), *Living as Equals*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 39-57; R. DWORKIN, “De ontrechte angst voor God te spelen”, in P. SLOTERDIJK, *Regels voor het mensenpark*, Amsterdam, Boom, 1999, 125-132; S. GUEST, *Ronald Dworkin*, in W. TWINING en N. MAC CORMICK (ed.), *Jurists: Profiles in Legal Theory*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1992, 320 p.; W. VAN DER BURG en T. VAN WILLIGENBURG, “Pleidooi voor een radicaal-liberale rechtspraak: de rechtstheorie van Ronald Dworkin”, *Recht en Kritiek* 1986, 342-373; G. VAN OENEN, *Conventie en rechtsintrige. Een visie op de rechtstheorie van Ronald Dworkin*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 286 p.; L. WINTGENS, “De rechtsfilosofie van Ronald Dworkin. Een kritische synthese”, *R.W.* 1990-91, 897-904.

(1776) “I want to make a general attack on positivism, and I shall use H.L.A. Hart’s version as a target, when a particular target is needed”: R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977, 22.

(1777) “Moraal” is “het geheel van overwegingen en opvattingen over goed en kwaad, die een richtinggevende functie hebben voor, of een referentiekader bieden voor een discussie over, het menselijk handelen”: M. ADAMS, “Het hemels baldakijn van recht en moraal”, *R.W.* 2000-01, 1401, voetnoot 6.

liggen (“*principles*”). Deze niet-gepositieerde morele beginselen maken volgens de jurist-filosoof eveneens deel uit van het recht (1778). Beginselen hebben volgens hem een dimensie van gewicht of belang, moeten tegen elkaar worden afgewogen en blijven altijd geldig – dit in tegenstelling tot regels die een alles-of-niets-karakter hebben en waarvan er bij een conflict slechts één geldig is (1779).

607. Wij kunnen de redenering van DWORKIN tot op zekere hoogte volgen. O.i. liggen achter ieder rechtssysteem zgn. *grondgedachten* – *morele normen*, waarvan de bijzondere bepalingen en rechterlijke uitspraken *uitwerkingen* zijn. Op die manier dringen morele opvattingen door tot in het recht. Ethische waarden kunnen in normatieve regels door mensen worden verwoord. Een rechtsregel dient dan ook te worden geïnterpreteerd vanuit deze achterliggende basisideeën. Een radicale scheiding tussen recht en moraal is o.i. dus niet vol te houden. Er is a.h.w. sprake van een oorspronkelijke, grondende *communicatie* tussen recht en moraal.

Maar we zijn het niet eens met DWORKIN zodra hij beweert dat deze morele grondgedachten rechtstreeks deel uitmaken van het recht. Want wat betekent een gedachte in het recht zolang deze niet in wetgeving of rechtspraak is bevestigd? Een beginsel is van oorsprong moreel, maar het zijn de wetgever en de rechter die ze vinden en ze in het recht binnenlooden. *Morele beginselen worden zo rechtsbeginselen. Morele beginselen dragen de potentie in zich te worden ontdekt als rechtsbeginselen.* Op dit niveau doet zich dan een scheiding tussen recht en moraal voor, in die zin dat rechtsbeginselen niet meer eenvoudig te vereenzelvigen zijn met morele beginselen. Het is niet omdat morele beginselen mede een rol spelen in rechtsbeginselen dat deze laatste tot de eerste te herleiden zijn. Hogervermelde communicatie is iets anders dan identificatie. Overtreedt men bijvoorbeeld een rechtsbeginsel, dan treedt het sanctie-apparaat van het recht in werking – in tegenstelling tot een moreel beginsel waar het geweten begint te knagen.

608. Een beginsel hoeft m.a.w. o.i. niet per se in een *wet* te zijn erkend om tot het recht te behoren. Of zoals GANSHOF VAN DER MEERSCH het verwoordde: “*Tout le droit n’est pas dans la loi*” (1780). Anderzijds is het o.i. wel zo

(1778) R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977, 31.

(1779) L. WINTGENS, “De rechtsfilosofie van Ronald Dworkin. Een kritische synthese”, *R.W.* 1990-91, 898.

(1780) W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit”, *J.T.* 1970, 558.

dat op zijn minst een minimum aan erkenning in de *rechtspraak* is vereist, opdat er van enig *rechtsbeginsel* sprake kan zijn.

Zo kan men zich momenteel afvragen of zgn. algemene beginselen van behoorlijk *burgerschap* bestaan (cf. Hoofdstuk I) (1781) (zie verder, nr. 623). Ze zijn niet rechtstreeks in een wet terug te vinden – maar wat met de *rechtspraak*? De Raad van State heeft al een aantal keer geoordeeld dat het de rechtsplicht is van de burger om zich zorgvuldig te gedragen tegenover de overheid (1782). Doet de burger dit niet, dan worden er juridische sancties aan gekoppeld. Zo wordt bijvoorbeeld van de burger verwacht dat hij een dralende administratieve beroepsinstantie aanmaant om een beslissing te nemen aangaande zijn zaak. Doet de rechtzoekende dit niet en vecht hij de uiteindelijke beslissing toch nog aan bij de Raad van State, dan is de kans groot dat hij bij de Raad van State wordt afgestraft en in het ongelijk wordt gesteld.

DE STAERCKE is voorstander van een codificatie van deze zgn. algemene beginselen van behoorlijk burgerschap, zijnde als “beginselen van behoorlijk recht zoeken voor de administratieve rechter” (1783). Hij steunt zich hierbij op het overduidelijk aanwezig zijn van de beginselen in de *rechtspraak*. Nochtans heeft de Raad van State amper – vrij recent – één enkele keer het begrip algemene beginselen van behoorlijk burgerschap in de mond genomen (1784). Of hieruit een expliciete erkenning van deze beginselen kan worden afgeleid, is zeer onduidelijk. Bovendien geeft de auteur toe dat deze codificatie niet evident is, omdat het leerstuk nog niet algemeen is aanvaard in de *rechtsleer* (1785) (zie verder, nr. 624).

(1781) M. VAN DAMME, “Goede trouw van burger en bestuur”, *R.W.* 1989-90, 1107 e.v.

(1782) I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE, “Over stilzittende besturen ... en stilzittende burgers”, (noot onder R.v.St., De B., nr. 111.845, 24 oktober 2002), *R.W.* 2003-04, 218, nrs. 6-7.

(1783) J. DE STAERCKE, “Een algemeen decreet bestuursrecht in Vlaanderen? Een terreinverkenning bij wijze van inleiding”, in J. DE STAERCKE en J. VAN STEELANDT (ed.), *Een Algemeen Decreet Bestuursrecht in Vlaanderen?*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 20.

(1784) R.v.St., N.V. Kodeva, nr. 133.265, 29 juni 2004. Zie ook I. VAN GIEL, “Een eerste erkenning van het beginsel van behoorlijk burgerschap door de Raad van State?”, noot onder R.v.St., nr. 133.265, 29 juni 2004, *T. Gem.* 2005, nr. 4, 254-257.

(1785) Zie ook B. HUBEAU en G. CLOOTS, “Een algemeen decreet bestuursrecht in Vlaanderen. Ordening of vernieuwing van de gereedschapskist van de Vlaamse sociale rechtsstaat?”, in J. DE STAERCKE en J. VAN STEELANDT (ed.), *Een Algemeen Decreet Bestuursrecht in Vlaanderen?*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 108-109.

609. Het lijkt er dus op dat er eerst een zuiver *rechterlijke erkenning* is vereist, die door een aanzienlijk deel van de algemene opinie wordt *ondersteund*, alvorens de wetgever zal overgaan tot *codificatie* van algemene *rechtsbeginselen* (van behoorlijk bestuur/burgerschap).

De in Deel II besproken algemene beginselen van behoorlijk bestuur komen bijgevolg alle in aanmerking om te worden opgenomen in een algemene regeling betreffende het bestuursrecht. Laten we ze hieronder even kort aanhalen.

II. Welke zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur *in concreto*?

A. De lege ferenda

610. De beginselen van behoorlijk bestuur die in dit boek in Deel II aan bod komen, zijn: het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het continuïteits- en veranderlijkheidsbeginsel, de hoorplicht, de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en de redelijke termijn.

Zijn het dan deze beginselen waar *in concreto* naar wordt verwezen in de titelvraag “Naar een codificatie van de beginselen van behoorlijk bestuur?” Indien dat zo is, plaatsen wij hieronder toch enkele kanttekeningen bij dit lijstje.

611. Allereerst is het belangrijk dat niet alleen eigen beginselen, maar zeker ook de Europeesrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur in een codificatie worden betrokken (1786) (cf. Hoofdstuk 3). De beginselen die het Hof van Justitie te Luxemburg belangrijk acht, zoals bijvoorbeeld het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel (1787), het evenredigheids- en

(1786) Zie ook de bijdrage van S. DE CLERCQ, “De Europese dimensie in het harmoniseringsdebat”, in G. DEBERSAQUES en S. DE CLERCQ (ed.), *Bestuursrecht harmoniseren?, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer, Kluwer, 2004, 51-62.

(1787) Zie hierover J.A. KAMMINGA, “De rechtszekerheid van de terugwerkende kracht van BTW-anticonstructiewetgeving. Bespreking van de terugwerkende kracht van BTW-anticonstructiewetgeving en het Europees rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, *WFR* 2005, 360-367.

openbaarheidsbeginsel (zie verder, nr. 613) mogen alleszins niet ontbreken. Een algemene Europese regeling is evenwel nog ver weg (1788) – juist daarom dient elke lidstaat afzonderlijk de aandacht erop te vestigen.

612. Vervolgens hebben sommige van de hierboven opgesomde beginselen reeds een wettelijke grondslag, zoals het gelijkheidsbeginsel. De vragen die de wetgever zich o.a. hierbij moet stellen, zijn: dienen zij dan nogmaals te worden neergelegd in een algemene regeling? Zal de huidige regeling worden geschrapt of in werking blijven naast de algemene regeling? Een schrapping van het gelijkheidsbeginsel uit de Grondwet is alleszins “*not done*” (zie verder, nr. 616 en § 3).

613. Anders dan het gelijkheidsbeginsel ten slotte, hebben andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur eveneens een wettelijke grondslag, maar zijn zij nochtans niet besproken in Deel II van dit boek. Denken we bijvoorbeeld aan de openbaarheid van bestuur die is neergeschreven in een heel arsenaal aan wetgeving (1789). De openbaarheid van bestuur kan o.i. als een fundamentele plicht van het bestuur worden beschouwd. Waarom wordt dit beginsel dan niet besproken? Is het omdat hiervan reeds een uitgebreide wettelijke regeling bestaat? Is het dan niet meer te beschouwen als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur? Hoger hebben we evenwel SÜETENS geciteerd, die schreef: “*Algemene beginselen – en dus de a.b.b.b. – kunnen in een wet, een decreet of een ordonnantie, of nog een internationaal verdrag worden opgenomen; zij houden daarmede echter niet op rechtsbeginselen te zijn*” (zie hoger, nr. 601). Ook het hogergenoemde gelijkheidsbeginsel is nooit opgehouden een algemeen rechtsbeginsel van behoorlijk bestuur te zijn. Er wordt hier m.a.w. een ongelukkig signaal de bestuursrechtelijke wereld ingestuurd. In elk geval blijkt hieruit dat het quasi onmogelijk is om een lijst op te stellen van dé beginselen van behoorlijk bestuur die in aanmerking komen voor codificatie...

(1788) M. TJEPKEMA, “Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland”, *R.W.* 2004-05, 1637; M. TJEPKEMA, “Harmonisatie van het bestuursrecht. Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland, afdeling Publiekrecht”, *NJb* 2005, 167.

(1789) Zie hierover F. SCHRAM, *Openbaarheid van bestuur*, in *Administratieve Rechtsbibliotheek – Beknopt*, Brugge, die Keure, 2003, 177 p. Zie ook F. SCHRAM, “Openbaarheid van bestuur in de Vlaamse gemeenten geschoeid op een Vlaamse leest”, *T. Gem.* 2004, 179-214; X., “Themanummer openbaarheid van bestuur”, *T. Gem.* 2003, 7-206.

B. De lege lata

614. In Nederland en Duitsland vermelden de algemene regelingen inzake het bestuursrecht de volgende algemene beginselen van behoorlijk bestuur: de motiveringsplicht (afdeling 3.7 Awb, § 39 VwVfG), het recht te worden gehoord (afdeling 4.1.2 Awb, § 28 VwVfG), het zorgvuldigheidsbeginsel (afdeling 3.2 Awb, o.m. geconcretiseerd in de doorzendplicht (afdeling 2.1, art. 2:3 Awb)), de onpartijdigheid van bestuur (afdeling 2.1, art. 2:4 Awb, § 21 VwVfG), de geheimhoudingsplicht (afdeling 2.1, art. 2:5 Awb), het evenredigheidsbeginsel (afdeling 3.2, art. 3:4 Awb), het vertrouwensbeginsel (§§ 48-49 VwVfG) en de openbaarheid van bestuur (afdeling 3.4 Awb).

Opvallend is dat niet met zoveel woorden wordt verwezen naar hoofdstukken in de wet over “algemene beginselen van behoorlijk bestuur”. Het is op een onrechtstreekse wijze dat duidelijk wordt gemaakt wat de rechtsplicht van het bestuur inhoudt.

615. Ook in het huidige Belgische Voorstel Awb (1790) vinden we inhoudelijk de verschillende algemene beginselen van behoorlijk bestuur terug, zonder dat ze expliciet onder deze noemer staan. O.i. heeft men er goed aan gedaan zoveel mogelijk beginselen hierin op te nemen. Het was werkelijk de bedoeling om de verhouding tussen burger en bestuur in kaart te brengen: het verbod van vooringenomenheid van het bestuur (art. 2.1.1), de zorgvuldigheid als doorzendplicht (art. 2.1.2), de geheimhoudingsplicht (art. 2.1.4), de openbaarheid van bestuur (artt. 2.2.1-2.2.12), het verbod van machtsafwending (art. 3.1.2), de zorgvuldigheidsplicht bij de voorbereiding van besluiten (art. 3.1.3), de belangenafweging en het evenredigheidsvereiste (art. 3.1.4), de niet-terugwerkende kracht (artt. 3.1.5-3.1.6), de rechten van de verdediging en de hoorplicht (artt. 4.2.1-4.2.5), de motiveringsplicht (art. 4.4.1-4.4.4) en het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel (artt. 4.5.1-4.5.2).

616. Opmerkelijk is dat het non-discriminatie- en gelijkheidsbeginsel hierin niet zijn opgenomen. De Raad van State vond deze beginselen overbodig, wegens de grondwettelijke bescherming (1791); om dezelfde reden

(1790) Voorstel van algemene wet bestuursrecht van 26 november 2003, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 0496/001.

(1791) Advies van de Raad van State van 4 april 2003 bij het Voorstel van algemene wet bestuursrecht van 25 mei 2000, *Parl. St. Kamer* 2002-03, nr. 0679/002, 23.

zijn deze beginselen ook in de Nederlandse Awb niet opgenomen (1792) (zie hoger, nr. 612). O.i. heeft dit alles te maken met de verticale bevoegdheidsverdeling, waarover meer in § 3.

617. Vermeldenswaardig is artikel 43 (Hoofdstuk VIII) van het *Handvest van Vlaanderen: een basistekst voor een eigentijds Vlaanderen* (1793). Dit artikel bepaalt: “Iedereen heeft recht op een goed bestuur van de Vlaamse overheid. De Vlaamse overheid past hiervoor haar regelgeving correct toe, verduidelijkt en motiveert op een afdoende manier haar beslissingen en haar optreden, maakt de burger duidelijk wat zijn rechten en plichten zijn en geeft blijk van redelijkheid en evenredigheid”. Hiermee is in een geschreven tekst bevestigd dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – zoals het legaliteitsbeginsel, de motiveringsplicht, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel – door de Vlaamse overheid moeten worden toegepast (1794).

III. Zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur evolutief?

618. Een laatste aandachtspunt bij het vormen van een juist begrip van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is o.i. de vraag naar het *al dan niet evolutief karakter* ervan. Indien hierop een bevestigend antwoord komt, moet men zich afvragen of een wetgevend initiatief hierop behoort in te spelen. Vooreerst denken we aan de definities van algemene beginselen van behoorlijk bestuur die kunnen veranderen (A), en ten tweede aan de onderliggende rechtsopvatting (B).

A. De definities

619. Volgens DE STAERCKE “*mag het evolutief karakter van de beginselen van behoorlijk bestuur anno 2004 niet overroepen worden. Vierendertig jaar na hun introductie in de Belgische rechtsleer door L.P. SUTENS heb-*

(1792) A.W.M. BIJLOOS en Th.J.M. LINDNER, *De Algemene wet bestuursrecht, Eerste tranche*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, 52.

(1793) Zie www.vlaamshandvest.be. Zie ook: K. RIMANQUE, “Voorstel van resolutie van het Vlaams Parlement houdende het handvest van Vlaanderen”, *R.W.* 2003-04, 1001 e.v.

(1794) Zie ook B. HUBEAU en G. CLOOTS, “Een algemeen decreet bestuursrecht in Vlaanderen. Ordening of vernieuwing van de gereedschapskist van de Vlaamse sociale rechtsstaat?”, in J. DE STAERCKE en J. VAN STEELANDT (ed.), *Een Algemeen Decreet Bestuursrecht in Vlaanderen?*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 106-107.

ben deze rechtsbeginselen een vaste stek verworven binnen het Belgische bestuursrecht als toetsingsnorm van bestuurshandelingen en hoeft men nog weinig ingrijpende inhoudelijke veranderingen in deze stof te verwachten” (1795). Zelfs indien dit dan toch zou moeten gebeuren, er is ook ruimte voor: in de toelichting bij de Nederlandse Awb staat uitdrukkelijk dat deze codificatie een verdere ontwikkeling van het ongeschreven recht niet tegenhoudt. O.i. impliceert dit wel degelijk dat er een evolutie kan zitten in de inhoud die wordt gegeven aan een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Deel II van dit boek bewijst dit.

Een vraag die hierbij aansluit, is of de wetgever zélf het initiatief mag nemen tot lichte wijziging van de inhoud van een beginsel van behoorlijk bestuur bij de codificatie ervan. Men balanceert aldus op de grens tussen codificatie en modificatie. Nemen we als voorbeeld artikel 4.4.2 van het laatste Belgische Voorstel Awb (1796), dat de motiveringsplicht betreft: *“De motivering wordt vermeld in het besluit zelf of [en?] in de akte waarmee het besluit ter kennis wordt gebracht (...)”*. Deze zin betekent dat niet alleen individuele eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen, maar élké eenzijdige bestuurlijke rechtshandeling moet worden gemotiveerd. M.a.w. ook een algemeen geldend besluit. Ofwel is dit een vergissing, ofwel een bewuste keuze van de indieners van het voorstel. In het laatste geval is dit in strijd met de rechtspraak van de Raad van State – en wordt zo o.i. de erkenning door de rechtspraak en de algemene opinie (zie hoger, nr. 609) van dit algemeen beginsel van behoorlijk bestuur ontkracht. Er dient o.i. dus zo dicht mogelijk te worden aangesloten bij de gangbare opvattingen.

B. De onderliggende rechtsopvatting

620. De inhoud van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur evolueert o.i. vooral als de basis, de onderliggende rechtsopvatting in beweging komt. Hiermee bedoelen we de opvatting over de verhouding tussen de burger en het bestuur. De vraag die aan de orde is, is of ons bestuursrecht evolueert van een puur eenzijdige gezagsuitoefening naar meer wederke-

(1795) J. DE STAERCKE, “Een algemeen decreet bestuursrecht in Vlaanderen? Een terreinverkenning bij wijze van inleiding”, in J. DE STAERCKE en J. VAN STEELANDT (ed.), *Een Algemeen Decreet Bestuursrecht in Vlaanderen?*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 19.

(1796) Voorstel van algemene wet bestuursrecht van 26 november 2003, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 0496/001.

righeid in de relatie burger-bestuur. Indien ja, moet dit dan ook zichtbaar zijn in een codificatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur?

621. In Duitsland zijn deze beide vragen reeds lang positief beantwoord. De burger is daar nl. een *Beteiligte* (§ 11 VwVfG): een *betrokkene*, maar ook een *deelnemer*. Volgend citaat geeft o.i. perfect weer hoezeer het Duitse bestuursrecht wordt gekenmerkt door wederkerigheid, juist omdat de rol van de burger niet onbelangrijk is: “*Den Beteiligten am Verwaltungsverfahren räumen die Verwaltungsverfahrgesetze eine besondere Stellung ein. So kommt schon im Begriff des ‘Beteiligten’ zum Ausdruck, dass der Bürger vom ‘Untertanen’ und blossen Adressaten einseitiger Regelungen zum mitwirkenden und sogar mitgestaltenden Subject der Behördenentscheidung geworden ist, dass er mit eigenen Pflichten, aber auch eigenen Rechten am Entscheidungsprozess der Verwaltung teilnimmt*” (1797).

622. Ook in Nederland gaat een zorgvuldigheidsplicht voor de burger verscholen achter de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zo is er een informatieverstrekkingsplicht voor de burger bij zijn aanvraag tot een beschikking (artt. 4:2-4:6 Awb) (1798). Wederkerigheid draait inderdaad om én de burger én het bestuur. Zowel de overheid als de burger hebben rechten en verplichtingen. Het is aan het bestuur om rekening te houden met de belangen van de burger en het is aan de burger om te voldoen aan zijn plichten t.o.v. het bestuur. Het mes van de wederkerigheid snijdt m.a.w. steeds aan twee kanten. Dit moet goed voor ogen worden gehouden, om niet uit te monden in een “dienende burger” in de plaats van een “dienende overheid” – zoals de Nederlandse Awb wel eens wordt verweten (1799).

(1797) F. HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, 123, nr. 161.

(1798) Zie ook M. SCHELTEMA, “Wederkerigheid in publiek en privaatrecht”, *NTB* 2004, 349-350; R.J.N. SCHLÖSSELS, “Beginselen van behoorlijk bestuur”, *NTB* 2004, 267-270; N. VERHEIJ, “‘The making of’ de Awb”, *NTB* 2004, 148-154: “*De toelichting bevat reeds de passage over de wederkerige rechtsbetrekking, die later zou zorgen voor een hoeveelheid wetenschappelijke opwinding die omgekeerd evenredig is aan het praktisch belang ervan*”.

(1799) DAMEN verwoordt het op de volgende zeer aanschouwelijke wijze: “*In 1989 nog heeft Scheltema als een van de vier centrale kenmerken van de democratische rechtsstaat het beginsel van de dienende overheid genoemd. Nu, nog maar vijftien jaar later, lijkt het beginsel van de dienende burger te zijn ingevoerd, onder het motto: lang leve de eigen verantwoordelijkheid van de burger en het bedrijf: deze zouden ook voor het publieke belang moeten opkomen. Daarmee kwam opeens de gedachte van de wederkerige rechtsbetrekking weer als een duveltje uit het doosje. Bij deze officieuze ideologie van de Awb heb ik al eens kritische kanttekeningen geplaatst. De ‘Awb-mens’ bleek een aansprekend trefwoord voor deze problematiek te zijn, en ...*”

623. Maar ook in de Belgische rechtsleer komt men auteurs op het spoor die ervan zijn overtuigd dat “*volgens de opvatting van het wederkerig bestuursrecht de burger blijkt moet geven van voldoende zorgvuldigheid, alertheid en coöperatie*” (1800) (zie hoger, nr. 608).

Deze opvatting heeft zijn uitwerking reeds gekregen in *fiscalibus*. In dit rechtsdomein wordt recent de nadruk steeds meer gelegd op een grotere horizontalisering van de relatie burger/belastingplichtige - bestuur/fiscus. Er wordt gestreefd naar meer overleg met de belastingplichtige, waardoor er niet “meer” of “minder”, maar “beter” kan worden belast. Zo is er een nieuw en veralgemeend systeem van voorafgaande beslissingen in fiscale zaken (rulings) in werking sinds 1 januari 2003.

624. De eerste vraag uit randnr. 620 krijgt o.i. alvast een bevestigend antwoord: er is wel degelijk in de praktijk een groei naar wederkerigheid begonnen – al is deze niet officieel bezegeld (zie hoger, nr. 608). Kan deze dan al wel worden weerspiegeld in een algemene regeling betreffende het bestuursrecht? De indieners van het nieuwe Belgische Voorstel Awb

.../...

vormde een leidraad voor de bundel ‘De Awb-mens: boeman of underdog?’ Ook daarbuiten werd over die officieuze ideologie uitvoerig gediscussieerd. (...) In een democratische rechtsstaat is het bestuur er voor de burger, en de burger niet voor het bestuur. Het gaat erom dat de burger recht wordt gedaan, dat wil zeggen dat hij zoveel mogelijk krijgt waar hij recht op heeft, en zo weinig mogelijk nodeloos wordt lastig gevallen. (...) Het is kennelijk niet meer de taak van het openbaar bestuur om alle burgers waar nodig de helpende hand te bieden, hen actief dienstbetoon te verlenen, hen aan hun recht te helpen, maar dat alleen te doen voorzover de burger een Awb-mens is, dat wil zeggen een burger die over de juiste juridische en bureaucratische vaardigheden beschikt, of die voor het bestuur relevante belangen vertegenwoordigt, doorgaans een kapitaalkrachtige rechtspersoon. De niet-Awb-mens, dat wil zeggen die burger die niet over die vaardigheden beschikt, of bestuurlijk niet relevant is, moet op het goede moment de goede aanvraag indienen, de goede argumenten en gronden naar voren brengen, de goede bewijsmiddelen bijbrengen, kortom zich juridisch zo gedragen als we redelijkerwijs juist niet van Jan Splinter mogen verwachten. (...) Jan Splinter moet kennelijk een Juridische Rambo worden die voortdurend all out gaat. Anders zwemt hij in een van de vele fuiken. Dit opvoedingsproces van de burgers is echter gedoemd te mislukken, al was het alleen maar omdat burgers doorgaans in hun leven maar één keer procederen. Nu laten veel burgers zich wel juridisch bijstaan, maar dat is niet verplicht. (...)’. Uit L.J.A. DAMEN, “Is de burger beter af onder het bestuursrecht van 2004 dan onder dat van 1993?”, *NTB* 2004, 161.

(1800) J. DE STAERCKE, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: naar een wederkerig bestuursrecht?”, *Jura Falc.* 2001-02, 505. Zie ook W. LAMBRECHTS, “Goede trouw van burger en bestuur. Een reactie op het rapport van M. Van Damme”, *R.W.* 1989-90, 1120-1121; D. MAREEN, “De redelijke termijn in tuchtzaken na advies van de kamer van beroep”, (noot onder R.v.St., K., nr. 101.371, 30 november 2001), *T. Gem.* 2002, 233-238; L.P. SUETENS, “Vigilantibus, non dormientibus, subveniunt iura”, in *Liber amicorum J. Ronse*, Gent, Story-Scientia, 1986, 91-102; M. VAN DAMME, “Goede trouw van burger en bestuur”, *R.W.* 1989-90, 1107-1119.

meenden van wel. Artikel 2.1.3 bepaalt dat ook *“burgers bijdragen tot de behoorlijke besluitvorming door een zorgvuldige medewerking met en een tijdige en correcte informatieverstrekking aan het bestuursorgaan. Burgers moeten zich in hun verhouding tot het bestuur waakzaam en alert gedragen”* (1801). Zoals we al verduidelijkten is in deze zin ook de rechtspraak van de Raad van State gevestigd – al ziet niet iedereen hierin de erkenning van de algemene beginselen van behoorlijk burgerschap. Toch lijkt het ons niet vreemd dat – naar het voorbeeld van Duitsland en Nederland – uit een wettelijke regeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur alvast de groei naar wederkerigheid blijkt.

§ 3. *De hiërarchische plaats van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

625. De wetgevers in België dienen rekening te houden met twee soorten bevoegdheidsverdeling: de verticale en de horizontale. De verticale bevoegdheidsverdeling is deze van o.a. de Europese regelgeving, via de Grondwet en de wet, tot de besluiten – van boven naar beneden. De horizontale bevoegdheidsverdeling is deze tussen de wet-, decreet- en ordonnantiegever. De eerste soort komt hier aan bod, naar de tweede soort wordt kort verwezen in § 4.

626. Wij willen allerm minst overdoen wat POPELIER grondig heeft geanalyseerd in Hoofdstuk I. Het is hier enkel onze bedoeling om de wetgever er nogmaals bewust van te maken dat hij ook wat de plaats van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de normenhiërarchie betreft een keuze moet maken: hebben deze beginselen nl. een wettelijke waarde of staan ze erboven (Grondwet) of eronder (besluit)? Overeenkomstig het antwoord, zal de regeling o.i. wettelijk, grondwettelijk of reglementair van aard zijn.

627. DE STAERCKE is van mening dat *“teneinde de groeiende macht van het bestuur in goede banen te leiden, de beginselen boven de bestuurshandeling staan. Maar omdat het niet de bedoeling kan zijn dat de rechter de rol van wetgever overneemt (...), blijven de beginselen ondergeschikt aan de*

(1801) Toelichting bij het Voorstel van algemene wet bestuursrecht van 26 november 2003, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 0496/001, 13.

wet (...)” (1802). Enkel het gelijkheidsbeginsel zou volgens de auteur grondwettelijke waarde hebben, omdat het reeds in de Grondwet is opgenomen. Volgens GANSHOF VAN DER MEERSCH hebben ongeschreven beginselen dan weer wel “*kracht van wet, maar vermogen zij niet in te gaan tegen de geschreven wet, m.a.w. de wetgever kan ervan afwijken bij de regeling van een bepaalde aangelegenheid*” (1803).

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen m.a.w. niet *contra legem* werken. Deze auteurs schrijven het legaliteitsbeginsel dus hoog aan.

628. POPELIER evenwel heeft vóór dit boek er reeds op gewezen dat dit (grondwettelijk) legaliteitsbeginsel óók een beginsel is met relatieve, en geen absolute werking (1804). De artikelen 108 en 159 van de Grondwet geven het legaliteitsbeginsel extra gewicht, maar ze doen geen afbreuk aan de relativiteit ervan. Het gevolg hiervan is dat bijvoorbeeld een afweging met andere (grondwettelijke) beginselen, zoals het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, volgens haar mogelijk wordt. De auteur vindt voor deze zienswijze steun in o.m. de rechtspraak van het Arbitragehof, de Raad van State en het Hof van Cassatie.

Dit Hof van Cassatie heeft nl. op 27 maart 1992 een principe-arrest gevelde in fiscale zaken: het rechtszekerheidsbeginsel werd erkend als algemeen beginsel van behoorlijk fiscaal bestuur én er werd zelfs een mogelijke voorrang op de wet aan toegekend (1805). Later werd op deze uitspraak door het Hof van Cassatie teruggekomen (1806), hetgeen resulteerde in de volgende indeling door het Hof: het rechtszekerheidsbeginsel heeft grondwettelijke waarde en het vertrouwensbeginsel wettelijke waarde (1807).

(1802) J. DE STAERCKE, “Beginselen van behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen”, *Njw* 2004, 1415.

(1803) L.P. SUTENS, “Algemene beginselen en behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning”, in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 6 met verwijzing naar: W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit”, *J.T.* 1970, 567.

(1804) P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 9-21; P. POPELIER, “Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel versus het legaliteitsbeginsel voor het Hof van Cassatie”, *Rec. Arr. Cass.* 2000, 71.

(1805) Cass. 27 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 727 en *Pas.* 1992, I, 680.

(1806) Cass. 3 november 2000, www.cass.be; Cass. 6 november 2000, www.cass.be; Cass. 26 oktober 2001, www.cass.be; Cass. 11 juni 2004, *Fisc. Koer.* 2004, 557-560.

(1807) Jaarverslag 2002-2003 van het Hof van Cassatie, www.cass.be, 127-130.

629. Ook de Nederlander SIMONS heeft zich in 1971 afgevraagd welke rangorde de beginselen innemen: “*boven de Grondwet, gelijk aan de Grondwet, gelijk aan de wet, boven de wet, tussen de wet en de voorschriften van lagere orde in, of alleen maar tussen het algemeen verbindende voorschrift en de concrete toepassing in?*” (1808). Een kant-en-klaar antwoord kwam er niet; wel een constatacie en een suggestie: “*de wet als rechtsbron bekleedt een uitermate belangrijke plaats in de Nederlandse rechtsorde*” en “*niettemin kan een wet zó onbillijk werken dat van de rechter menselijkerwijs kan worden verwacht dat hij deze onbillijke werking niet bevordert via de toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur*” (1809).

630. We wilden hier kort aantonen dat het allerminst evident is om te bepalen op welke trede van de normenhiërarchie de algemene beginselen van behoorlijk bestuur staan. We hebben een spectrum ontdekt van een net-niet wettelijke regeling, naar een wettelijke regeling of zelfs een grondwettelijke regeling, tot een wettelijke én grondwettelijke regeling. Het is wel duidelijk geworden dat aan het ongeschreven recht absoluut niet spontaan dezelfde waarde wordt toegekend als aan het geschreven recht. Misschien betekent de codificatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een opwaardering ervan? Het is aan de wetgever om de knoop hierover (misschien zelfs per beginsel) door te hakken.

§ 4. *De bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende wetgevers*

631. Het is niet het opzet van dit artikel om de grondwettelijke horizontale bevoegdheidsverdeling betreffende de algemene beginselen van behoorlijk bestuur uit de doeken te doen. Hiervoor moet er een antwoord komen op de vraag of deze beginselen moeten worden geherbergd in een Algemene *wet* bestuursrecht, in een Algemeen *decreet* bestuursrecht of via een *samenwerkingsverdrag* tussen de deelstaten en de federale overheid. Wij verwijzen voor een uiteenzetting van dit specifieke Belgische aandachtspunt naar de uitgebreide bijdrage van PAS (“Een algemeen decreet

(1808) D. SIMONS, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, in *Serie belastingconsulentendagen*, Deventer, FED, 1971, 26.

(1809) D. SIMONS, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, in *Serie belastingconsulentendagen*, Deventer, FED, 1971, 27.

bestuursrecht voor Vlaanderen? Welke ruimte voor de decreetgever?") (1810) en naar het preadvies van DEBERSAQUES (*Bestuursrecht harmoniseren?*) (1811).

§ 5. *De (on)wenselijkheid van een evolutie naar gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

632. In het voorgaande zijn we in se blijven stilstaan bij de vraag of het bestuursrecht in België wel kán evolueren naar gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In deze laatste paragraaf komt de vraag aan bod of het iets oplevert, nl. of we wel willen evolueren naar een geschreven grondslag van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hiervoor leek het ons interessant een blik te werpen over de grens met Nederland, omdat dit land in 2004 was ondergedompeld in een evaluatieperiode over de Algemene wet bestuursrecht.

Tien jaar na de inwerkingtreding van de Awb (1812), is men in Nederland in het algemeen enorm tevreden over het bestaan van deze algemene wetgeving. Er zijn volgens onze noorderburen grote voordelen (vnl. de doelstelling van eenheid van wetgeving is succesvol bereikt) en maar weinig nadelen (1813).

633. Wat de *voordelen* betreft, wordt in de Nederlandse rechtsleer beaamd dat de Awb voor transparantie in het bestuur zorgt en bestuurders en ambtenaren op scherp houdt. Burgers, bedrijven en maatschappelijke instellingen weten waar ze aan toe zijn. De Algemene wet bestuursrecht draagt bij tot een transparante en betrouwbare overheid en dat wordt aangevoeld als een groot goed (1814). Bovendien is de rechtszekerheid van de

(1810) W. PAS, "Een algemeen decreet bestuursrecht voor Vlaanderen? Welke ruimte voor de decreetgever?", in J. DE STAERCKE en J. VAN STEELANDT (eds.), *Een Algemeen Decreet Bestuursrecht in Vlaanderen?*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 43-67.

(1811) G. DEBERSAQUES, "Een specifiek Belgische dimensie of de weerslag van de bevoegdheidsverdeling op de harmonisatie van het bestuursrecht", in G. DEBERSAQUES en S. DE CLERCQ (ed.), *Bestuursrecht harmoniseren?, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer, Kluwer, 2004, 63-75.

(1812) Zie N. VERHEIJ, "The making of de Awb", *NTB* 2004, 148-154.

(1813) P. VAN BUUREN, "Het succes van de Algemene wet bestuursrecht", *NJb* 2004, 777-778.

(1814) A.H. BROUWER-KORF, "Is het bestuur beter geworden van de Algemene wet bestuursrecht?", *NTB* 2004, 167-168.

burger gerealiseerd via meer eenvoud, en een betere kenbaarheid en toegankelijkheid van het bestuursrecht. Er wordt ook een nadere precisering en een betere toegankelijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bereikt.

M.a.w. de Awb is zélf een toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Aldus wordt er bijgedragen tot een preventieve rechtsbescherming.

634. Toch is ook de volgende *contra*-stelling opgedoken, die van belang is bij het overwegen van een codificatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: “*De Awb leidt op zichzelf niet tot bureaucratie, wel de starre interpretatie ervan*” (1815). Hiermee wordt bedoeld dat begrippen uit de Awb eenduidig (moeten) worden geïnterpreteerd, of zoals DAALDER het stelt: “*Er bestaat – althans in de traditionele doctrine en met name in de kringen van Awb-adepten – de gedachte dat een artikel in de Awb altijd hetzelfde betekent. Daarmee wordt ten onrechte geabstraheerd van de context waarbinnen zich een vraag naar de betekenis van een Awb-bepaling voordoet. Natuurlijk beoogt de Awb ook eenheid, maar de eenheidsgedachte schiet wel eens een keer door en leidt dan tot ongewenste effecten*” (1816). Soms is bijvoorbeeld vooraf horen, niettegenstaande de artikelen 4:7 en 4:8 Awb niet doenlijk. Er zou dus in Nederland moeten worden aangevaard dat afhankelijk van de omstandigheden een bepaling anders kan worden uitgelegd, om aldus bureaucratiesering en verstarring door de codificatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te vermijden.

Regels zijn inderdaad minder flexibel dan beginselen. Reeds de eerste evaluatie liet zien dat al betrekkelijk kort na de inwerkingtreding van de wet de verhouding tussen bestuur en burger in veel gevallen formeler was geworden, doordat schriftelijk gebeurde wat voordien mondeling werd afgedaan (1817). Wat formeler moet worden uitgevoerd, is zelden eenvoudiger geworden. Dit brengt dan weer de rechtszekerheid in gevaar en werkt het risico op een gebrek aan zorgvuldigheid in de hand. DAMEN is zonder meer kritisch: “*Is de rechtszekerheid door de Awb-codificatie verbeterd? Je zou verwachten dat de wettekst van een zo recente wet als de Awb, die ook al een groot aantal keren is verbeterd, in veel gevallen voor een burger klip*

(1815) X., “Stelling”, *NJb* 2004, 797.

(1816) E. DAALDER, “Over starheid, elders geregelde bureaucratiesering en doorgeschoten eenheid”, in X., “Stelling”, *NJb* 2004, 799.

(1817) J.P.H. DONNER, “Naar een slagvaardige bestuursrechtspraak”, *NTB* 2004, 143-145.

en klaar is: hoe zit zijn rechtspositie in elkaar? Eén keer per jaar de Awb-tekst op krantenformaat te verspreiden, en klaar is Kees” (1818). Wat dus niet het geval blijkt te zijn...

Conclusie

635. Laten we de codificatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur beschouwen als een bril ter correctie en hulpmiddel voor de ogen: je kan steeds naar deze “stok achter de deur” grijpen, als het wazig wordt. Maar zolang alles helder blijft, kan de rechter de ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur rustig blijven toepassen.

(1818) L.J.A. DAMEN, “Is de burger beter af onder het bestuursrecht van 2004 dan onder dat van 1993?”, *NTB* 2004, 156.

HOOFDSTUK 2.

DE BEGINSLEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR: EEN TOEKOMSTVISIE VOOR DE 21ste EEUW

Eric Lancksweerd
Eerste Auditeur bij de Raad van State

Inleiding

636. Beeld je even in dat je in het jaar 2040 bent. Zullen openbare besturen nog bestaan in hun huidige vorm? Welke taken zullen ze op zich nemen? Stellen zij zich op als eenzijdige beslisser of als meewerkende partner? Of treden zij gewoon op als organisator van beslissingsprocessen, zonder de inhoud van de beslissingen zelf te bepalen? Zal er nog zoiets bestaan als de beginselen van behoorlijk bestuur (hierna BBB genoemd)? Of zal behoorlijk besturen niet zozeer een juridische kwestie zijn maar een kwestie van rechtsgevoel, wijsheid en ethiek? Hoe zal ons concept van gerechtigheid eruit zien, en hoe zal dit concept de wijze waarop (behoorlijk) bestuurd wordt beïnvloeden? Met zulke vragen kunnen we nog wel even doorgaan, doch één ding is duidelijk: niemand weet het antwoord. Wat hieronder volgt is dan ook geen toekomstvoorspelling, maar een *visie*. Een visie is geen wetenschap, en het is ook geen realiteit. Het is meer een (hopelijk) inspirerend beeld dat aangeeft welke richting we zouden kunnen uitgaan. Een visie is evenwel geen loutere fantasie, want een fantasie mist alle werkelijkheidszin terwijl een visie juist werkelijkheid kan worden *als we daarvoor kiezen*. Bovendien kan het realiteitsgehalte van een visie op de BBB verhoogd worden door die visie te laten aansluiten op bepaalde maatschappelijke en bestuursrechtelijke tendensen.

637. In deze bijdrage zullen wij eerst stilstaan bij de huidige stand van zaken, waarbij wij geen exhaustief overzicht zullen geven van de BBB (dit gebeurt in de rest van dit boek), maar wel enkele specifieke en persoonlijke klemtonen zullen leggen die voor het ontwikkelen van een toekomstvisie van belang kunnen zijn. Daarna besteden wij aandacht aan enkele maatschappelijke, juridische en bestuursrechtelijke evoluties, om ten slotte tot een toekomstvisie te komen. Dat is niet meer dan een persoonlijke visie, die je neemt voor wat je ze waard vindt.

§ 1. *Het heden*

I. Een beweging naar de diepte

638. De maatstaf die thans wordt gebruikt om de behoorlijkheid van het overheidsoptreden juridisch te toetsen is te vinden in de BBB. Dit zijn rechtsregels, algemene rechtsbeginselen die specifiek t.a.v. het bestuur gelden. De meest gangbare stelling luidt dat zij zijn afgeleid uit het geheel van rechtsnormen (1819). Het zijn doorgaans ongeschreven rechtsregels, hoewel zij ook geschreven kunnen zijn, zoals het motiveringsbeginsel. Zelfs al neemt men aan dat de BBB zijn afgeleid uit het geheel van rechtsnormen, dan nog blijft het een pertinente vraag *waarom* advocaten en rechters het op een bepaald moment nodig gingen vinden om, ook al waren handelingen van de overheid volkomen in overeenstemming met het geschreven recht, toch verder te gaan zoeken naar andere toetsingsmaatstaven om de rechtmatigheid van die handelingen te beoordelen. Iets *in hen* zette hen daartoe aan. Wij menen dat, in bepaalde gevallen althans, hun *rechtsgevoel* hen ertoe aanspoorde om dieper te gaan zoeken dan de geschreven rechtsregels wanneer zij het aanvoelen hadden dat het overheidsoptreden niet door de beugel kon, ook al strookte het volkomen met het geschreven recht. En wat zij vonden was ons inziens wellicht een *weerspiegeling van hun rechtsgevoel*, ook al werd dit naderhand voorgesteld als een soort oefening waarbij afleidingen werden gemaakt uit het geheel van rechtsregels.

639. Wanneer de BBB niet in geschreven rechtsregels zijn opgenomen, zijn ze niet direct zichtbaar. Men moet ze afleiden uit iets anders, of in de diepte gaan zoeken. Er wordt met andere woorden een *beweging* gemaakt van de oppervlakte naar de *diepte*, van het zichtbare naar het *onzichtbare*, van de buitenkant naar de *binnenkant*. Wat moet men zich bij deze beweging voorstellen? Gaat het om een denkproces waarbij uit geschreven rechtsregels onderliggende principes worden afgeleid? In bepaalde gevallen is het alleszins mogelijk om tot zulk een afleiding over te gaan. Neem bijvoorbeeld de hoorplicht. Heel wat administratieve procedures voorzien voor diegenen aan wie het bestuur omwille van bepaalde gedragingen een

(1819) Zie o.a. L.P. SUETENS, "Algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht", *T.B.P.* 1970, (379) 393-394; L.P. SUETENS, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning", in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1993, (1) p. 14, nr. 17 en p. 16-17, nr. 22; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Overzicht publiekrecht. Inleiding tot het publiekrecht, deel 2*, Brugge, die Keure, 2003, p. 163, nr. 262.

bezwarende maatregel wil opleggen in een recht om hun standpunt naar voor te brengen. Het ligt voor de hand om hieruit af te leiden dat de hoorplicht in een vergelijkbare situatie ook geldt wanneer geen enkele wettelijke of reglementaire bepaling dit voorschrijft. Zo ook kan de zorgvuldigheidsplicht gemakkelijk vastgeknoopt worden aan artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek (1820). Aan de andere kant moet men echter vaststellen dat van zulk een denkoefening weinig te merken valt in de motivering van vonnissen en arresten. Zo bijvoorbeeld in de eerste arresten van de Raad van State waarin administratieve rechtshandelingen werden vernietigd omdat de bestuursoverheid zich in de uitoefening van haar bevoegdheid niet had gedragen overeenkomstig “de eisen van behoorlijk bestuur” is er alleszins geen sprake van een expliciete speurtocht in het rechtssysteem om die “eisen van behoorlijk bestuur” ergens uit af te leiden (1821). Dat is vreemd, want artikel 149 van de Grondwet vereist dat elke rechterlijke uitspraak met redenen is omkleed. Bovendien, zelfs al kan men aannemen dat bepaalde BBB zijn afgeleid uit het rechtssysteem als zodanig, dan nog rijst de vraag of de *toepassing* van die beginselen, die vrij vaag en algemeen zijn, niet veeleer een kwestie van aanvoelen en afwegen is dan van logisch, stapsgewijs redeneren. Is bijvoorbeeld de vraag of een bestuursorgaan zorgvuldig of evenwichtig handelde een logicavraagstuk of een kwestie van aanvoelen, of van beide? Het antwoord op de vraag of behoorlijk werd bestuurd is ons inziens in vele gevallen geen zwart-wit kwestie, en laat zich moeilijk tot een logicavraagstuk herleiden.

640. De pertinente vraag rijst dus of de vaststelling dat een bestuur onbehoorlijk handelde *in bepaalde gevallen* niet veeleer kan aanzien worden als een ingeving van het *rechtsgevoel*. Ook daarvan is echter niets te lezen in de motivering van rechterlijke uitspraken. Dat is begrijpelijk. De notie “rechtsgevoel” past immers niet in het officieel juridisch discours waarin het recht aanzien wordt als een wetenschap. Dat klopt ook, in zoverre het gaat om het systematiseren en becommentariëren van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer. Maar is *recht spreken* ook een wetenschap? De BBB zijn vooral een creatie van de rechtspraak. Als een rechter een oplossing zoekt voor een zaak, levert hij dan louter wetenschappelijk werk? Rechters zullen er evenwel voor beducht zijn de motivering van hun uitspraken (mede) op het rechtsgevoel te baseren. Zij willen niet van willekeur en subjectiviteit beschuldigd worden. Of misschien zijn zij er zich eenvoudig niet

(1820) Zie bv. R.v.St., Goole, nr. 24.374, 22 mei 1984.

(1821) Zie bv. R.v.St., Lobijn, nr. 16.217, 30 januari 1974; R.v.St., Balliu, nr. 16.364, 17 april 1974.

goed van bewust dat hun rechtsgevoel hun beslissing mee heeft beïnvloed. Hoewel de meesten onder ons erkennen dat er zo iets bestaat als een rechtsgevoel, wordt het in juridische kringen met argwaan bekeken. *Terecht*, want de rechtmatigheid van bestuurlijke beslissingen laten afhangen van het puur subjectief aanvoelen van een persoon houdt gevaren in. Dit alles neemt ons inziens niet weg dat de vaststelling dat een bestuurlijk handelen in strijd is met de BBB niet altijd het gevolg is van een logische, stapsgewijze redenering, maar van een direct aanvoelen. Wat men gezond verstand noemt – "common sense", waarin het woord "sense" zit – is ten dele ook een kwestie van rechtsgevoel. Wij menen dan ook dat *via de BBB het rechtsgevoel tot op zekere hoogte een plaats krijgt in het bestuursrecht*. Anders geformuleerd: men zou de toepassing van de BBB in bepaalde gevallen kunnen zien als een meer concrete vertaling van het rechtsgevoel. De beweging in de diepte waarover wij het zo-even hadden is dus niet alleen een dieper graven in ons rechtssysteem, om bepaalde onderliggende principes boven te halen, maar in bepaalde gevallen ook een beweging in de richting van het rechtsgevoel. Dat rechtsgevoel situeert zich niet in het rechtssysteem als zodanig, maar *in onszelf*. *De beweging naar de diepte, naar het onzichtbare of de binnenkant, is in sommige situaties dus een beweging naar onszelf*. Op zich is dit een verrijking van de manier waarop wij met rechtsvragen omgaan. Een mens is immers een wezen met veel facetten. Voelen, intuïtie en zingeving vormen naast het denken en het doen evenzeer aspecten van ons menszijn. Het zou eigenlijk vreemd zijn moesten eerstgenoemde aspecten in het geheel niet aan bod komen in het recht en inzonderheid bij het oplossen van conflicten, want dan zouden wezenlijke aspecten van ons menszijn worden miskend. Thans krijgt het rechtsgevoel impliciet en doorgaans via de jurisdictionele sanctionering een plaats in het bestuursrecht. De vraag is of het in de toekomst ook op andere, meer constructieve manieren een plaats kan krijgen, *zonder dat er een risico op willekeur bestaat*. Een andere vraag is hoe het rechtsgevoel van *allen* die betrokken zijn bij een bepaalde beslissing, en niet alleen van diegene die sanctioneert, aan bod kan komen. Daarop komen we later terug.

641. De BBB strekken er ook toe dat het bestuur verplicht is *belangen* zorgvuldig en evenwichtig af te wegen. *Ook de zoektocht naar belangen is een zoektocht naar de diepte*. Belangen zijn de diepere funderingen waarop standpunten, argumenten, e.d.m. worden gesteund. Bemiddelaars en goede onderhandelaars zijn ervan doordrongen dat het voor een deugdelijke en duurzame oplossing van allerlei problemen niet volstaat om bij oppervlakkige zienswijzen te blijven steken, maar om door te stoten naar datgene waar het de betrokkenen *eigenlijk* om gaat: hun belangen, behoeften, no-

den en wensen. Deze weg van standpunten naar belangen werd op een sublieme wijze uitgewerkt in het zogenaamde HARVARD-onderhandelingsmodel, dat thans zeer vaak wordt gehanteerd tijdens onderhandelingen en bemiddelingen (1822).

642. De BBB zijn ons inziens ook “ontstaan” of “ontdekt” omdat de loutere toepassing van het systeem van geschreven rechtsregels soms een miskenning zou kunnen inhouden van bepaalde *waarden*. *De beweging naar de diepte is ook een beweging naar waarden*. De centrale waarde waarop de BBB steunen is wellicht *respect*, respect voor de *menselijke waardigheid*. Het getuigt van respect om iemands dossier zorgvuldig te behandelen, om hem of haar te horen, om motieven te hebben voor het nemen van een beslissing en binnen een redelijke termijn en op een redelijke wijze te beslissen. Het naleven van rechtsregels gebeurt niet om het rechtssysteem te dienen, maar uit respect voor de menselijke waardigheid. Dat is misschien wel de kern van ons rechtsgevoel: respect hebben. Naar de toekomst toe is de vraag dan: hoe kunnen de BBB zo evolueren dat nog meer respect wordt opgebracht voor de menselijke waardigheid?

643. *Ook de motiveringsplicht duidt op een beweging van de buitenkant naar de binnenkant*. De overheid dient haar onzichtbare beweegredenen en intenties zichtbaar te maken, en brengt aldus de “binnenkant” in beeld. Overheden dienen het *waarom* van hun beslissing aan te geven. “Waarom”-vragen zijn dikwijls zingevingsvragen. Besturen dienen tot op zekere hoogte dus de zin van hun beslissingen te verantwoorden. Ook het verbod van willekeur brengt mee dat zij niet zinloos mogen handelen. Als er geen “waarom” is voor een beslissing is zij lastig te aanvaarden, en dit wordt als onbehoorlijk ervaren. Het is interessant zich af te vragen hoe zingeving een meer vooraanstaande plaats zou kunnen krijgen in ons bestuursrecht.

II. Tempering van de machtsuitoefening

644. De politieke en bestuurlijke macht dient men enigszins te relativeren. Grote multinationals, media en drukkingsgroepen beschikken vaak over meer macht dan bestuursorganen. De macht van de overheid mag evenwel ook niet onderschat worden, want overheden kunnen eenzijdig de

(1822) Zie hierover R. FISHER, W. URY en B. PATTON, *Excellent onderhandelen*, Antwerpen, Uitgeverij Business Contact, 2002, 230 p.

rechtspositie van particulieren wijzigen. De BBB dienen te worden gezien in een context van *machtsuitoefening*. Macht duidt op *dwang*. Machtsuitoefening betekent dat de ene (rechts)persoon door de andere (rechts)persoon wordt gedwongen om iets te doen of juist niet te doen. Het bestuur zit bij uitstek in een positie waarbij het macht kan uitoefenen, precies omdat het de rechtspositie van de rechtsonderhorigen *eenzijdig* kan wijzigen. Die eenzijdige bestuurlijke beslissingen genieten bovendien van het “*privilège du préalable*”, hetgeen inhoudt dat zij direct uitvoerbaar zijn, zonder dat een tussenkomst van de rechter vereist is indien de rechtsonderhorige er zich niet vrijwillig zou aan conformeren. De reden waarom het bestuur eenzijdig de rechtspositie van de rechtsonderhorige kan wijzigen is gelegen in de finaliteit van het overheidsoptreden, met name het *nastreven van het algemeen belang*.

645. Macht kan op verschillende manieren worden uitgeoefend, bijvoorbeeld in de wijze van beslissen, in de wijze van communiceren, e.d.m. Wie macht uitoefent, stelt zich op als meerdere van diegene die de machtsuitoefening ondergaat. Machtsuitoefening is in wezen een vorm van geweld. Dit gaat doorgaans ten koste van de relatie tussen de betrokkenen. Machtsuitoefening kan worden weergegeven door het M-m-model: het Meerdere-mindere-model. Dit model staat tegenover het G-model, waar de actoren werken op basis van gelijkwaardigheid (1823). In het M-m-model legt de meerdere iets op aan de mindere. Dat kan tot frustratie leiden, zeker als de mindere zich niet kan terugvinden in de beweegredenen van de meerdere, of deze beweegredenen zelfs niet kent. Vandaar dat het zo belangrijk is dat de overheid (de meerdere) goede motieven heeft voor haar beslissingen, en deze motieven ook kenbaar maakt, wat thans is vereist door de motiveringsplicht. Voor het bekomen van vrede in menselijke relaties en meer algemeen op maatschappelijk vlak dient ons inziens evenwel bewust en resoluut in de mate van het mogelijke voor het G-model te worden geopteerd, het enige model dat waarborgen biedt voor een blijvende geweldloosheid. Machtsuitoefening is verticaal: van boven naar beneden, hiërarchisch. Het symbool voor machtsuitoefening is de *driehoek*: een smalle top met daaronder een brede basis.

(1823) Over het M-m-model en het G-model, zie P. PATFOORT, *Ik wil, jij wilt niet. Geweldloos opvoeden*, Brussel, B.D.J. & Vrede V.Z.W. en Bakermat uitgevers, 1995, 175 p.; P. PATFOORT, *Bouwen aan geweldloosheid. Van geweldloos opvoeden naar een geweldloze maatschappij*, Leuven, Infodok, 1989, 120 p.

646. Ons publiek recht organiseert de wijze van machtsuitoefening door overheidsinstanties, en tegelijk spreekt er een zekere argwaan uit omtrent machtsuitoefening. Zo is de uitvoerende macht een toegewezen macht, en zijn er tal van voorschriften om die machtsuitoefening te organiseren, te controleren en te sanctioneren. Bestuursmacht dient bovendien niet alleen op een wettige, maar ook op een behoorlijke wijze te worden uitgeoefend. *BBB fungeren dus als beperkingen op de wijze waarop macht kan worden uitgeoefend*, zij ontstonden met andere woorden vanuit een behoefte om grenzen te stellen aan machtsuitoefening. Meer algemeen zien we dat wie in een positie van bovengeschiktheid zit, op een behoorlijke wijze van zijn macht gebruik dient te maken, ook in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen (1824). Vanuit diezelfde optiek kan men stellen dat de BBB dienen ter *bescherming* van de bestuurde en dat zij aldus kaderen in een *scheidingsdenken*: de burger dient beschermd *tegen* de overheid. Hoe zou deze beschermende functie in de toekomst kunnen worden aangevuld met een bevrijdende en emanciperende functie? En hoe zouden de BBB eruit kunnen zien vanuit een verbindend denken? Dat zullen we later bekijken.

647. Bij de BBB valt inzonderheid te noteren dat zij hun functie van machtstempering en bescherming van de burger vooral vervullen wanneer de overheid over een discretionaire bevoegdheid beschikt, wanneer zij m.a.w. over een *vrije ruimte* beschikt binnen dewelke zij verschillende beslissingen kan nemen die allemaal wettig zijn. De BBB fungeren dan niet zozeer als randvoorwaarden voor bevoegdheidsuitoefening, maar als inhoudelijke normen die aangeven op welke wijze een bevoegdheid dient uitgeoefend. Dat de BBB van belang zijn voor het gebruik van de *vrije ruimte* waarover de overheid beschikt is iets wat we thans graag al willen benadrukken omdat, zoals uit de verdere uiteenzetting zal blijken, de overheid de *vrije ruimte* waarover ze beschikt heel anders kan aanwenden, wat zijn weerslag heeft op de BBB.

648. De behoefte om machtsuitoefening te *controleren* is gebaseerd op *wantrouwen*. Wantrouwen duidt op *angst*. De BBB zijn wellicht ten dele ontsproten uit angst en de vraag is of dit een gezonde voedingsbodem is. Een van de mogelijke toekomstige evoluties van de BBB zou kunnen zijn dat zij een steeds vergaander controle en sanctionering van bestuurlijke machtsuitoefening mogelijk maken. Dit zou echter van de BBB in wezen een repressief instrument maken, hetgeen verlamdend kan werken op het

(1824) Zie hierover W. VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijk handelen", *R.W.* 1982-83, 961-978.

bestuur en voedsel kan geven aan de querulante burger. Men kan zich afvragen of daarom het concept van (sterk gecontroleerde) machtsuitoefening in de toekomst niet dient omgedraaid, in die zin dat het als een vorm van behoorlijk bestuur wordt beschouwd dat de eenzijdige machtsuitoefening tot een minimum wordt herleid, zowel in de wijze van beslissen als in de wijze van communiceren.

649. Samenhangend met hun functie van tempering van macht zijn bepaalde BBB er ook op gericht de zienswijze van de burger te laten meespelen in de besluitvorming van de overheid. Dit komt bijvoorbeeld tot uiting bij de hoorplicht. Hier is de vraag hoe deze (beperkte) inspraak kan evolueren tot dialoog en tot een recht op burgerschap.

III. Een brugfunctie tussen wettigheid en rechtmatigheid

650. De BBB zorgen er voor dat de kloof die kan bestaan tussen wetmatigheid en rechtmatigheid wordt gedicht. In die kloof zit onder meer de behoorlijkheidsnorm. Men kan erover discussiëren of het hier een louter vakkundige behoorlijkheidsnorm betreft – het overheidsoptreden moet gebeuren volgens de regels van de kunst –, of ook een morele behoorlijkheidsnorm, maar de inhoud en de draagwijdte van die behoorlijkheidsnorm staat dus in functie van wat wij als “rechtmatig” beschouwen. Thans verstaat men onder rechtmatigheid: in overeenstemming met het recht, zijnde het geheel van geschreven en ongeschreven rechtsregels. Dat is ons inziens niet hetzelfde als gerechtigheid, en we zullen in § 3 dan ook onderzoeken hoe de BBB een brug zouden kunnen helpen slaan tussen wetmatigheid en gerechtigheid.

IV. Ruimte voor creatieve rechtsvinding

651. Daar waar de wetmatigheid van een beslissing wordt getoetst aan de hand van geschreven rechtsregels, dus met behulp van vaste, formele en voorspelbare criteria, wordt de rechtmatigheid van een beslissing getoetst aan de hand van criteria die minder scherp aan te wijzen zijn en die alleszins in hun toepassing soepeler en minder voorspelbaar zijn. Op die wijze wordt in het recht enige ruimte gecreëerd voor creatieve rechtsvinding, voor het onvoorspelbare, het veranderlijke, het informele, voor billijkheid in het bestuursrecht. Creativiteit is een wezenstrek van de mens. Onvoorspelbaarheid en veranderlijkheid zijn wezenlijke kenmerken van het leven

zelf. Vermits het leven zich niet laat inpassen in een strak systeem van regelgeving, moeten meer informele principes zoals de BBB een antwoord bieden op de bonte verscheidenheid aan situaties die het leven voortbrengt. Naar de toekomst toe stelt zich de vraag hoe de BBB nog meer de mogelijkheid zouden kunnen bieden om op een creatieve manier in te spelen op de rijke schakeringen van elke situatie die het leven aanbrengt, zonder bepaalde fundamentele verworvenheden van onze rechtsstaat te miskennen.

V. Een stapje buiten de piramide

652. Ons bestuursrecht omvat in principe een hiërarchie van rechtsnormen. Het is een piramidaal systeem waarbij hogere regelgevers bevoegdheden toewijzen aan lagere regelgevers en uitvoeringsorganen. BBB passen niet goed binnen dat piramidale systeem, want ze zijn een creatie van de rechtspraak. Ook hun plaats binnen de normenhiërarchie is eerder “atypisch”: ze staan in principe hoger dan reglementaire besluiten, mogen niet van de wet afwijken, maar sommige beginselen hebben dan weer een grondwettelijke waarde (1825). Het rechtszekerheidsbeginsel is een BBB, doch anderzijds kunnen BBB tegen het geschreven recht ingaan, wat de rechtszekerheid niet ten goede komt. Omdat de meeste BBB niet geschreven zijn hebben zij iets informeels en onvatbaars. Met de BBB wordt ons inziens een eerste stap “buiten” de strakke piramide gezet, in de richting van een “vrije ruimte” waar op een andere wijze recht wordt gecreëerd. Daarop komen we later terug.

VI. Rekening houden met het specifieke van de situatie

653. De BBB dragen er toe bij zoveel mogelijk rekening te houden met het *specifieke en unieke van elke situatie*. Op een zorgvuldige wijze dient het bestuur alle relevante elementen in rekening te brengen, daartoe betrokkenen te horen indien nodig, motieven aan te wenden die toegesneden zijn op het specifieke geval. Er geldt echter een belangrijke beperking: enkel die elementen kunnen in rekening worden gebracht die relevant zijn voor de toepassing van de betrokken regelgeving (bv. tuchtfeiten bij het opleggen van een tuchtstraf, de veroorzaakte hinder bij het afleveren van een milieuvergunning, de titels en verdiensten wanneer een bevordering te bege-

(1825) Zie hierover L.P. SUETENS, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenningen”, *l.c.*, 1-26.

ven is). Feiten die door diegenen op wie de regelgeving wordt toegepast als zeer belangrijk worden ervaren, kunnen dus buiten beschouwing blijven, omdat elke regelgeving slechts een bepaalde materie bestrijkt en in principe los staat van de regelgeving in andere materies. Bij het beoordelen van een milieuvergunningsaanvraag is het bv. niet relevant of de aanvrager in een sociaal behartenswaardige situatie verkeert. Deze beperkte en eenzijdige benadering van de werkelijkheid staat op gespannen voet met de beleefde werkelijkheid van de rechtsonderhorige die door hem als één geheel wordt ervaren. Die rechtsonderhorige verlangt in wezen dat met de totaliteit van zijn situatie rekening wordt gehouden. Als dit niet gebeurt kan dit tot een vervreemding tussen het rechtssysteem en het individu leiden. Zouden de BBB zo kunnen evolueren dat zij vereisen dat rekening wordt gehouden met *alle* elementen die in een bepaalde situatie belang vertonen of die door de betrokkenen als belangrijk worden gevoeld?

VII. Het mannelijke verrijken met het vrouwelijke

654. De BBB vormen het vrouwelijk element in een bestuursrecht dat vooral mannelijk van aard is: hiërarchisch, gebaseerd op machtsuitoefening, rechtlijnig, overwegend rationeel. Meer vrouwelijke eigenschappen zijn: rekening houden met de context en sfeer, het verzorgende, oog voor het relationele en het verbindende, luisterbereidheid, het delen van gevoelens, ontvankelijkheid, het tonen van begrip, e.d.m. In tegenstelling tot de geschreven rechtsregels zijn BBB minder scherp afgebakend, minder rechtlijnig, de toepassing ervan levert minder voorspelbare resultaten op. Doordat zij wat vager en onvatbaarder zijn openen zij meer mogelijkheden om rekening te houden met de context van een situatie en met de sfeer waarin de feiten zich situeren. Zij dwingen besturen in de richting van zorgzaamheid en luisterbereidheid. Dank zij de BBB worden er enkele vrouwelijk accenten gelegd in ons bestuursrecht. Zij vormen een aanvulling op een mannelijk paradigma waar machtsuitoefening centraal staat, en in de toekomst kunnen we die aanvulling wellicht nog verder doortrekken.

VIII. Naar meer bewustzijn

655. Behoorlijk besturen betekent heel *bewust* besturen. Door de BBB dienen bestuursorganen heel bewust alle relevante gegevens van de zaak op te sporen, ze heel bewust af te wegen, e.d.m. Dit vraagt meer dan de blinde en louter routinematige toepassing van geschreven rechtsregels. Be-

stuursorganen dienen zich inzonderheid bewust te zijn van alle belangen die zij in het kader van de toepassing van een bepaalde regelgeving in de balans dienen te leggen. BBB kunnen leiden tot meer bewustwording van de bestuurders. Hoe kunnen de BBB in de toekomst tot nog meer bewust-zijn leiden?

§ 2. Evoluties

I. Turbulentie

656. We leven in een complexe, turbulente samenleving, met sterk tegen-gestelde tendensen. Dit uit zich ook op juridisch vlak, waar het klassieke paradigma door elkaar wordt geschud (zie verder, randnr. 659). Deze turbulenties manifesteren zich ook in het bestuursrecht. VANDE LANOTTE schrijft: “*Het bestuursrecht is één van de meest onstabiele rechtstakken geworden*” (1826). Enkele belangrijke tendensen die van belang zouden kunnen zijn voor de evolutie van de BBB stippen we hieronder kort aan.

II. Van machtsverhoudingen naar partnerschap

657. De *verhouding meerdere-mindere wordt aangetast en gecontes-teerd*. Leerkrachten zijn niet langer autoriteiten waar kinderen zich zonder meer moeten naar schikken, leidinggevend op de werkvloer gaan be-suffen dat het uiteindelijk contraproductief is om zich als een echte “baas” op te stellen, de verhouding ouder-kind wordt minder autoritair. Die evolu-tie komt ook tot uiting in de wereld van het recht. OST en VAN HOECKE wij-zen er op dat er een tendens is van hiërarchisch éénrichtingsverkeer naar communicatieve samenwerking. Zij schrijven: “*In het complexe netwerk van de hedendaagse samenleving is het traditionele gezagsmodel voor vele verhoudingen niet meer bruikbaar. Dit geldt zowel voor de rechtsvorming als voor de legitimatie van het recht*” (1827).

(1826) J. VANDE LANOTTE, “Bestuursrecht: de rusteloze zoektocht naar eenvoud, stabiliteit en macht van rechter en bestuur”, in W. DEBEUCKELAERE en D. VOORHOOF (ed.), *En toch beweegt het recht*, Brugge, die Keure, 2003, 143.

(1827) F. OST en M. VAN HOECKE, “Rechtstheorie in de 21ste eeuw: stand van zaken in België en nieuwe trends”, in W. DEBEUCKELAERE en D. VOORHOOF (ed.), *En toch beweegt het recht*, Brugge, die Keure, 2003, 37.

Steeds meer mensen willen aangesproken worden op hun capaciteit, creativiteit en verantwoordelijkheid. Gezagsrelaties maken plaats voor partnerschapsrelaties. Eenzijdigheid wordt tweezijdigheid of meerzijdigheid. De driehoek of de piramide (symbool voor hiërarchie en macht) verandert in een cirkel (symbool voor gelijkwaardigheid en verbondenheid).

658. Ook van overheden wordt niet langer voetstoots aanvaard dat zij zich eenzijdig en autoritair opstellen. Naarmate het bestuur steeds meer bevoegdheden kreeg om in te grijpen in maatschappelijke ontwikkelingen, ontstond er in de samenleving meer behoefte om invloed uit te oefenen op de besluitvorming (1828). Burgers willen participeren, ook al blijft dit voorlopig nog beperkt tot een participatie-elite (1829). Naast indirecte democratie ontstaan er vormen van inspraakdemocratie, interactieve democratie en directe democratie, alsook allerlei vormen van burgerbetrokkenheid en bewonersparticipatie (1830). Het “top down”-model is niet meer vanzelfsprekend. Het wordt steeds minder als behoorlijk ervaren dat de overheid eenzijdig beslissingen oplegt, of dat inspraakprocedures slechts holle formaliteiten zijn die er niet toe leiden dat echt rekening wordt gehouden met de stem van de burger. “Efficiënte samenwerking met de particuliere sector veronderstelt dat (ten minste gedeeltelijk) afstand wordt gedaan van het gezagsoptreden. De relatie wordt dan veeleer gesteund op onderlinge overeenstemming tussen in beginsel gelijkwaardige partners. Mede om die reden ziet de overheid zich genoodzaakt niet langer (enkel) te gebieden maar ook te communiceren, te onderhandelen en te overtuigen” (1831). De verticale gezagsverhouding wordt meer en meer vervangen door een horizontale relatie. “In een moderne samenleving is de rolverdeling tussen burger en overheid meer gelijkwaardig. Het vermogen om te kunnen coproduceren, helder te kunnen aangeven waar de overheid voor staat en in coalities samen te werken, staan hierbij centraal” (1832). In de bestuurskunde en de politicologie worden diverse termen gehanteerd voor deze samenwerking tussen overheid en maatschappelijke organisaties: interactief be-

(1828) G.H. ADDINK, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Kluwer, 1999, 8.

(1829) D. VERLET en H. REYNAERT, “De participerende burger op lokaal vlak in Gent, Brugge en Antwerpen”, *Burger, bestuur en beleid* 2004, 237-256.

(1830) E. KALK en F. DE RYNCK, *Burgerbetrokkenheid en bewonersparticipatie in de Vlaamse steden*, <http://www.thuisindestad.be/html/witboek/downloads>, 42 p.

(1831) G.H. ADDINK, *o.c.*, 49.

(1832) L. RUNIA, R. WARNAR en V. DIRKSEN, “Een oefening in loslaten”, *Openbaar Bestuur* april 2005, (23) 23.

stuur en interactief beleid (1833), co-productie, “governance”, horizontaal bestuur. Met horizontaal bestuur wordt geduid op “het *proces* van samenwerking tussen publieke of tussen publieke en private partijen in de beleidsvoorbereiding en de beleidsuitvoering en op de bekrachtiging daarvan in overeenkomsten” (1834). Bij horizontaal bestuur staan de actoren in een positie van nevenschikking, wordt er onderhandeld, verloopt de communicatie symmetrisch en hebben de actoren een ruime autonomie (1835).

III. Een paradigmawissel in het recht: andere structuren

659. Er is sprake van een paradigmawissel in het recht. De piramidale opvattingen over het rechtssysteem, die vooral onder invloed van H. KELSEN opgang maakten, worden meer en meer verlaten. Men gaat van de “piramide” naar het “*netwerk*”. Het klassieke, positivistische rechtsdenken dat in wezen uitgaat van een piramidaal model wordt in vraag gesteld. OST en VAN HOECKE schrijven: “*Onze hypothese is dat er een geleidelijke verschuiving is van het lineaire en hiërarchische ‘piramideparadigma’ naar het interactieve (communicatieve) en recursieve ‘netwerk-paradigma’, zonder dat het oude model evenwel volledig zal verdwijnen (wat de complexiteit van het geheel nog verhoogt). In dit netwerk heeft de Staat niet langer het monopolie van de soevereiniteit en worden een aantal bevoegdheden gedeeld met, of overgenomen door talrijke andere rechtsordes (internationale; Europese; regionale; niet-statelijke zoals sportbonden) of zelfs private organisaties (multinationale ondernemingen; internationale actiegroepen)*” (1836). “*In meer klassieke bewoordingen kan het ‘netwerk-paradigma’ geassocieerd worden met de begrippen ‘regulering’ (dat vaak ‘reglementering’ vervangt) en ‘governance’ (dat ruimer is dan het klassieke ‘regeren’)*” (1837).

(1833) Zie bv. J. EDELENBOS en G. TEISMAN, “Interactief beleid en besluitvorming”, *Openbaar Bestuur* november 2004, 12-15; M. HAJER, T. AKKERMAN en J. GRIN, “Interactief beleid en deliberatieve democratie. Kansen voor vernieuwing van het democratisch bestuur”, *Openbaar Bestuur* 2001, 7-10.

(1834) C. VAN MONTFORT en A. MICHELS, “Democratie en horizontaal bestuur”, *Bestuurswetenschappen* 2003, 155.

(1835) A. MICHELS en A. MEIJER, “Horizontalisering van bestuur: een vraag om nieuwe vormen van publieke verantwoording”, *Bestuurswetenschappen* 2003, 329-347.

(1836) F. OST en M. VAN HOECKE, *l.c.*, 33.

(1837) *Ibid.*, 36.

OST en VAN HOECKE schrijven ook: “*Het is onze overtuiging dat de rechts-wetenschap in België en Europa thans rijp is voor een paradigmawijziging of, in de woorden van Kuhn, een ‘wetenschappelijke revolutie’. Nieuwe modellen, zoals ‘netwerk’, ‘communicatie’, ‘autoregulering’, ‘juridisch pluralisme’ e.d. zullen, minstens ten dele, klassieke concepten van ‘piramide’; ‘(lineaire) hiërarchie’; ‘(strikte) scheiding der machten’; ‘juridisch monisme’; ‘soevereiniteit’, e.d. moeten vervangen*” (1838). Een paradigma omvat niet enkel een verklaringsmodel, het omvat ook basisprincipes, waarden en een wereldbeeld (1839). “*Wat de waarden betreft hecht het traditionele paradigma een groot belang aan coherentie; zekerheid; stabiliteit en gehoorzaamheid. Het netwerkmodel daarentegen koestert waarden zoals creativiteit; soepelheid; pluralisme en het permanent leren en zich aanpassen*” (1840). Wat betreft het wereldbeeld vertrekt het netwerkmodel van complexe verhoudingen, waarin de intersubjectiviteit en de communicatie centraal staan (1841). Deze paradigmawijziging uit zich ook bij openbare besturen: formele structuren en beslissingslijnen worden aangevuld met *netwerken*. Besturen worden deel van beleidsnetwerken (1842). In § 3 gaan we in op de vraag wat behoorlijk besturen inhoudt in zo’n netwerkmodel.

660. Meer in het algemeen is er een toename van informele persoonlijke netwerken waarneembaar (1843). Er is enerzijds een sterke individualisering, mensen worden meer de architect van hun eigen leven, los van sociale conventies en instituten, maar tegelijk zoeken ze naar nieuwe wegen om samen te zijn, op basis van geestes- en zielsverwantschap.

IV. Voorbij het exclusieve denken en het scheidingsdenken

661. Ons denken wordt nog vaak gekleurd door de behoefte om het “eigen gelijk” te bewijzen. Ook overheden willen de bestuurd nogal eens van het eigen gelijk overtuigen. Een dergelijk denken is in wezen een “of/of”-denken, een exclusief denken: of deze zienswijze is juist of de andere zienswij-

(1838) *Ibid.*, 35.

(1839) *Ibid.*, 35.

(1840) *Ibid.*, 35-36.

(1841) *Ibid.*, 36.

(1842) P. DE GOEDE, H. GOVERDE en N. NELISSEN, “De netwerksamenleving volgens Manuel Castells”, *Bestuurswetenschappen* 2001, (101) 125-128; N. NELISSEN, “Megatrends. Het openbaar bestuur van de 21ste eeuw”, *Openbaar Bestuur* 1998, (17) 19-20.

(1843) L. RUNIA, R. WARNAR en V. DIRKSEN, *l.c.*, (23) 26.

ze is juist. Stilaan treedt evenwel een ander denken op de voorgrond, met name het *inclusieve denken*. Inclusiviteit betekent alle ideeën en denkbeelden welkom heten, en ze proberen samen smeden tot een nieuwe eenheid van een hogere orde. Het inclusieve denken is een “en-en” denken, een “all-win”-denken. Hoe zullen overheden in de toekomst de ommezwaai maken naar dit denken? En is het onbehoorlijk als zij dit niet doen?

662. We leven in een wereld waarin allerlei *grenzen vervagen*. Er is globalisering, de strakke afbakening tussen wetenschappelijke disciplines komt onder druk, e.d.m. Anderzijds wordt onze samenleving ook gekenmerkt door fragmentering en individualisering, onbehagen en wantrouwen. Bij overheden heerst soms een hokjesmentaliteit, waarbij tussen overheden en de samenleving, tussen overheden onderling, en zelfs binnen overheidsdiensten afscheidingen worden geplaatst. Dit gaat ons inziens op een onbehoorlijke wijze voorbij aan de verrijking die anderen zouden kunnen bieden. Openbare besturen staan voor de vraag hoe zij een scheidingsdenken kunnen ombuigen tot een *verbindingsdenken*, hoe zij structuren en processen kunnen creëren die verbondenheid in de hand werken.

V. Een verder gaande belangenafweging

663. Recht is niet langer uitsluitend een kwestie van het louter toepassen van rechtsregels maar ook van *belangenafweging*. OST en VAN HOECKE schrijven: “*toepassing van het recht wordt steeds vaker een kwestie van concrete belangenafweging, eerder dan de deductieve toepassing van één vooraf gegeven waarde die in de wetgeving is neergelegd*” (1844).

Als ook het overheidshandelen de resultante wordt van een belangenafweging is het voor de overheid cruciaal om na te gaan wie de belanghebbenden zijn, hoe belangen aan bod kunnen komen en hoe ze in rekening dienen te worden gebracht. Niet alle belangen werden juridisch vertaald in rechten, hetgeen trouwens vaak onmogelijk is, gelet op het persoonsgebonden karakter ervan (wat de ene belangrijk vindt maakt voor de ander niets uit). Een belangenafweging gaat een stuk verder dan wetstoepassing, en is qua resultaat ook veel onvoorspelbaarder. Zij stelt zowel organisatorisch als inhoudelijk veel hogere eisen aan de overheid. Naar de toekomst toe rijst de vraag aan welke procedurele en inhoudelijke behoorlijkheidsvereisten een belangenafweging moet voldoen.

(1844) F. OST en M. VAN HOECKE, *l.c.*, 33.

VI. Privatiseringstendens bij de overheid

664. Er is een tendens om een deel van de overheidstaken te privatiseren, of toch minstens om deze taken te laten uitvoeren overeenkomstig *principes en vereisten die in de privé-sector worden gehanteerd*, en die grotendeels te herleiden zijn tot effectiviteit en efficiëntie. Een mooi voorbeeld daarvan vormt het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003 (1845), dat een hervorming van de Vlaamse administratie beoogt vanuit een meer bedrijfseconomische invalshoek, en waarbij ervoor wordt geopteerd taken van beleidsuitvoering over te laten aan interne en externe verzelfstandigde agentschappen die vooral worden aangestuurd op grond van doelmatigheid, prestaties en kwaliteit. De burger wordt in zekere zin gezien als een klant van de overheid. Met decreten van 19 maart 2004, 20 april 2004, 30 april 2004 en 7 mei 2004 werden reeds tal van verzelfstandigde agentschappen opgericht. Een belangrijke uitdaging van dit nieuwe bestuursmodel zal erin bestaan eisen van doelmatigheid (effectiviteit en efficiëntie) te verzoenen met de BBB (1846).

665. Niet alle bestuurstaken laten zich op een private leest schoeien, omdat zij beleidsmatig (beleidsondersteunend) en creatief zijn, veeleer dan puur uitvoerend. Men zou dus kunnen stellen dat de overheidstaken zich meer en meer gaan situeren op een continuüm, met aan de ene kant de uitvoerende taken, waar verzelfstandigde entiteiten kunnen voor instaan, en aan de andere kant de meer creatieve, beleidsmatige taken, die een heel andere aanpak vergen. Men mag aannemen dat ook de inhoud en de draagwijdte van de BBB er voor die verschillende soorten taken anders zullen uitzien. Daarop komen we later terug.

VII. Evolutie in de instrumenten van het overheidsoptreden

666. De gewijzigde verhouding tussen overheid en burger kreeg op juridisch vlak verschillende vertalingen. VANDENDRIESSCHE wijst op: [1] een gewijzigde verhouding tussen het algemeen en het particulier belang; [2] de publiek-private samenwerking; [3] het gebruik door de overheid van het

(1845) *B.S.* 22 augustus 2003.

(1846) Zie hierover S. DE GREEF, "Hoe deugdelijk is het nieuwe Vlaamse bestuursmodel?", *T.B.P.* 2005, 3-17.

privaatrecht (1847). Wat dit laatste betreft kan er een verschuiving van *opgelegd* naar *onderhandeld* recht worden vastgesteld.

667. Meer algemeen ziet men dat openbare besturen hun beleidsinstrumenten heroverwegen. Besturen beschikken over ten minste drie soorten beleidsinstrumenten: regulerende (bv. reglementaire besluiten), financiële (bv. belastingen, subsidies) en communicatieve (bv. voorlichting). De traditionele instrumenten van “command and control” zijn aangevuld met financiële en communicatieve instrumenten. Er is een groeiende tendens naar een instrumentenmix, een combinatie van beleidsinstrumenten toegesneden op de specifieke situatie (1848). Dit neemt niet weg dat de verhouding tussen burger en bestuur nog steeds sterk geïnstitutionaliseerd en gejuridiseerd is, d.w.z. beheerst door rechtsnormen, met het risico dat de burger gaat vervreemden van het bestuur en zelfs in een zekere onmacht terecht komt, doordat hij zijn rechtstoestand niet meer kent. Hoe kan aan die vervreemding worden gereduceerd? Welke rol kunnen BBB op dit vlak spelen? Is het denkbaar dat behoorlijk besturen in de toekomst zal impliceren dat meer gebruik wordt gemaakt van een diversiteit aan instrumenten?

VIII. Leren van de expertise in de samenleving

668. We worden afhankelijker van experts, die in alle domeinen van ons leven doordringen. Ook overheden zijn dikwijls aangewezen op expertise die in de maatschappij voorhanden is. Tegelijkertijd is iedereen een beetje expert, expert van het eigen leven. Iedereen heeft een bepaalde expertise en ervaring die tijdens allerlei beslissingsprocedures zinvol kan worden ingebracht, en *besturen kunnen daar de vruchten van plukken*. Vandaar dat een fenomeen als ervaringsdeskundigen opduikt. Burgers kunnen vanuit hun eigen leefwereld en *beleving* deelnemen aan de besluitvorming. Wij menen dat dit de kloof tussen burger en bestuur kan helpen dichten. Naar de toekomst toe rijst de vraag of het geen eis van behoorlijk bestuur is om gebruik te maken van de expertise die in de samenleving aanwezig is.

669. Het nemen van beslissingen en ontwikkelen van visies gebeurt steeds vaker via een *gezamenlijk leerproces*. Niet alleen mensen, maar ook

(1847) F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 32-138.

(1848) N. NELISSEN, *l.c.*, 22.

organisaties zoals overheden kunnen leren, zij het dat dit niet altijd gemakkelijk valt en een cultuurverandering vergt (1849). Het getuigt ons inziens van behoorlijk bestuur om te willen leren, inzonderheid van de expertise van de burger.

670. De overheid dient dus te luisteren naar de samenleving. Prof. C.J. ZWART schrijft “*dat luisteren vooral inhoudt, dat de overheid – politici, bestuurders en ambtenaren – beter gebruik maakt van de schat aan ervaringskennis, die aanwezig is in de samenleving. Alleen, zulke deskundigheid ligt niet als professionele informatie opgeslagen in computers, maar in de harten van de mensen. En zulke deskundigheid uit zich niet in nota’s met rationele redeneringen, maar in kleine verhalen met een emotioneel-intuïtieve lading. Een overheid, die midden in de samenleving wil staan kan zich niet veroorloven om neerbuigend te doen over zulke uitingen*” (1850).

671. Het is dus vooral via verhaalvertelling (narrativiteit) dat de overheid beroep kan doen op de expertise die in de samenleving schuilt. Door het *individuele verhaal* in ere te herstellen wordt de brug gemaakt van het abstracte naar het concrete. Mensen kunnen individuele verhalen delen in verbondenheid. Op die manier kan een *narratieve democratie* ontstaan (1851).

IX. Het materiële overstijgen

672. Niettegenstaande het materialisme zeer heftig is – en misschien juist daarom – ontstaat bij steeds meer mensen aandacht voor de *geestelijke dimensie* van ons bestaan en neemt de zoektocht naar zingeving toe. Een mens leeft niet van brood alleen. Hij is een *zinzoeker*. Mensen verlangen ernaar zin te geven aan hun leven en aan de gebeurtenissen die zich daarin voordoen. Klassieke zingevingsinstituten en -systemen, zoals religies, kennen gaandeweg minder aanhang. Mensen zoeken op een persoonlijke manier naar zingeving. Kaders waarbij ontmoeting en dialoog met de ander

(1849) Zie hierover J. GERRICHHAUZEN, A. KORSTEN en H. FIJEN, “De lerende organisatie in een ambtelijke cultuur”, *Bestuurswetenschappen* 2002, 221-235.

(1850) C.J. ZWART, *De overheid is geen geluksfabriek*, <http://www.raadvenw.nl/medi/pdf/adviestekstessay.pdf>, 63, of ook <http://www.minvenw.nl/extdomein/raadvenw/Images/Adviestekstessay.pdf>, 63.

(1851) K. BREED, *Democratie na 2000: zingeving, vrijheid en politiek in de narratieve maatschappij*, Kampen, Kok Agora, 1996, 141 p.

mogelijk is helpen mensen om zingeving te ontwikkelen. De vraag is dan of besturen – doch niet enkel zij – zulke kaders kunnen bieden. Zingeving is geen volslagen taboe meer in het publieke debat. VAN NESTE schrijft hieromtrent: “(...) *niet alleen het ethische discours wordt opnieuw toegelaten in het publieke debat, stilaan wordt ook de spiritualiteit, al dan niet religieus, herontdekt. Want men gaat inzien dat, wil men de samenleving, de wereld werkelijk vernieuwen of verbeteren, spiritualiteit als zingeving, als bezieling zonder meer nodig is*” (1852). Meer algemeen ziet men dat spiritualiteit een toenemend belang krijgt in sectoren waar dit voordien niet het geval was, zoals de economie. Zo zag het forum “Spiritualiteit in Economie en Samenleving” (SPES) het daglicht. Het forum, dat eind 2000 werd opgericht door het Centrum voor Economie en Ethiek van de K.U.Leuven in samenwerking met het Centrum voor Ethiek van de universiteit van Antwerpen, is een netwerk van personen en organisaties die in de samenleving spiritualiteit als een publiek goed willen bevorderen en toegankelijk maken voor zoveel mogelijk mensen. Het forum beschouwt spiritualiteit als “*de pluriforme zoektocht van mensen naar een levenszin die hen in voeling brengt met God of de ultieme werkelijkheid en hen verbindt met al wat leeft*” (1853). Duidelijkheidshalve willen wij benadrukken dat spiritualiteit in onze optiek geenszins hetzelfde is als religie of new age. Voor ons berust spiritualiteit op drie onderling samenhangende pijlers: zingeving, persoonlijke groei en verbondenheid. Ons inziens zijn dat eigenlijk diepe wensen van iedereen.

673. Maatschappelijke evoluties hebben vanzelfsprekend hun weerslag op het rechtssysteem en de rechtsbeoefenaars. Gelet op de toenemende interesse voor niet-materiële waarden wekt het geen verwondering dat er ook binnen de juridische wereld, zowel in academische kringen als bij rechtspractici, bewegingen ontstaan die hiervoor de aandacht opeisen. In de Verenigde Staten – dikwijls voorlopers op dit vlak – zag bijvoorbeeld een beweging als de “renaissance lawyers” het daglicht (1854). Een klein stukje van hun visie citeren wij hier, omdat het boekdelen spreekt: “*We have a vision of a legal system that is based on problem-solving, healing conflicts, and supporting us all in working and living together in peace (...). What if the legal system is a resource for creating whole, vibrant, loving communities? For healing and transforming? (...)*”. Te vermelden valt ook het “Pro-

(1852) F. VAN NESTE, “Recht, ‘menselijkheid’ en ‘spiritualiteit’”, *T.P.R.* 2004 (*Liber amicorum T.P.R. en Marcel Storme*), (891) 902.

(1853) <http://www.spes-forum.be>.

(1854) <http://www.renaissancelawyer.com>.

ject on integrating law, politics and spirituality” (1855), een netwerk van rechtsgeleerden, professoren in de rechten, rechtenstudenten en anderen die geïnteresseerd zijn in de verandering van het recht en als doel heeft: “*We seek to transform legal culture, within the Unites States and internationally, so that law can become a vehicle for creating a loving and caring world*”. Tal van andere groeperingen en projecten die een nieuwe en meer humane kijk op het recht bepleiten zagen ondertussen het daglicht. Centrale waarden zijn integriteit, waardigheid van het individu, verbondenheid, vrede, liefde, mededogen, e.d.m. In de Verenigde Staten zien publicaties het daglicht om het juridisch beroep een andere inslag te geven: meer menselijk, met meer oog voor zingeving, persoonlijke groei, heling, e.d.m. (1856). Ook ons land zal wellicht niet immuun blijven voor dergelijke evoluties. *Is het denkbaar dat in de toekomst behoorlijkheid mede wordt afgemeten aan de waarden die wij zopas opsomden?*

674. Naarmate materiële behoeften beter bevredigd geraken ontstaat meer ruimte voor *persoonlijke groei* en *zelfverwezenlijking*. Zijn besturen er klaar voor om deze behoefte aan persoonlijke groei een plek te geven? Is dit wel een taak voor besturen?

X. Het rationele aanvullen

675. Naast de rationele pool van de mens, die sedert de verlichting heel sterk werd benadrukt, worden ook de *andere aspecten van ons menszijn meer erkend en gewaardeerd*. Het is geen toeval dat boeken over emotionele intelligentie (1857) en zelfs spirituele intelligentie (1858) bestsellers zijn, en dat het belang van deze vormen van intelligentie ook wordt ingezien voor het leiding geven en management (1859). Zal behoorlijk bestuur impliceren dat in de toekomst aandacht wordt besteed aan alle dimensies van ons menszijn?

(1855) <http://www.spiritlawpolitics.org>.

(1856) Zie bv. S. KEEVA, *Transforming practices*, New York, Contemporary Books, 1999, 234 p.

(1857) D. GOLEMAN, *Emotionele intelligentie: emoties als sleutel tot succes*, Amsterdam, Contact, 1997, 448 p.

(1858) D. ZOHAR en I. MARSHALL, *Spirituele intelligentie: de kwaliteit die grenzen verlegt*, Utrecht, Kosmos-Z&K, 2000, 256 p.

(1859) Zie bv. E. VAN PRAAG, *Spiritueel leiderschap*, Deventer, Kluwer, 2002, 260 p.

§ 3. *De toekomstvisie*

I. Inleiding

676. De BBB hebben betrekking op de wijze van besturen. “Besturen” omvat evenwel een grote diversiteit aan taken en activiteiten. Het gaat zowel om puur reproducerende, repetitieve en uitvoerende taken (bv. een ambtenaar krijgt elke maand zijn wedde uitbetaald), als om meer creatieve taken (bv. de aanleg van een wijk). Bij het eerste soort taken is nauwelijks sprake van een beleidsimpact, belangenafweging, politieke of ethische gevoeligheid. Gelet op die diversiteit aan taken lijkt het wat ongenueanceerd om te spreken over “de” evolutie van het openbaar bestuur en “de” evolutie van de BBB. Wij menen dat de overheidstaken op een *continuüm* kunnen worden geplaatst, met aan de ene kant de louter uitvoerende taken en aan de andere kant de scheppende taken. Beide soorten taken worden ons inziens beheerst door verschillende BBB, of de draagwijdte van die beginselelen verschilt. Wij zullen hieronder de BBB bespreken voor de beide uitersten van het continuum van overheidstaken. Het betreft hier een “ideaaltype” benadering die om duidelijkheidsredenen wordt gehanteerd, doch het spreekt voor zich dat veel overheidstaken zich niet exclusief aan één uiteinde van het continuum situeren. Hieronder geven we eerst een (summiere) toekomstvisie op de BBB die gelden voor de louter uitvoerende taken. Daarna staan we stil bij de BBB die van belang zijn bij de uitoefening van creatieve taken.

II. BBB bij louter uitvoerende taken

677. Voor de uitvoerende taken kan men de bestuurde veeleer zien als een “klant” van de overheid, en klanten mogen aanspraak maken op een goede dienstverlening. Bij § 2 (randnr. 664) schreven we dat er zich een evolutie voordoet waarbij uitvoerende taken aan een privatiseringstendens worden onderworpen, en dat voor deze taken eisen worden gesteld wat betreft doelmatigheid, prestaties en kwaliteit. Deze eisen van effectiviteit en efficiëntie mogen ons inziens niet worden gekwalificeerd als BBB, vermits de BBB vooral in de verhouding bestuur-bestuurde spelen, terwijl de (economische) vereisten inzake effectiviteit en efficiëntie veel meer betrekking hebben op de globale werking van besturen en de zo doelmatig mogelijke aanwending van gemeenschapsmiddelen. Vanuit een economisch oogpunt rationeel besturen is niet identiek aan behoorlijk besturen. Het zorgvuldig voorbereiden van een dossier, het horen van iemand, e.d.m. kan zelfs ten

koste gaan van de efficiëntie. Bij louter uitvoerende taken zien wij de BBB als rechtmatigheidsbuffers die een *tegenwicht* moeten bieden tegen strikt doelmatig besturen.

678. Wat betreft de uitvoerende taken is er wellicht nog een verdere verfijning en uitwerking mogelijk van de BBB die nu reeds bestaan, maar zeer vergaande evoluties of totaal verschillende BBB zien wij niet direct. Ook in de toekomst komt het er wellicht op aan dat het bestuur de routinetaken behoorlijk afhandelt – netjes en vakkundig – en dat is wellicht ook wat de burger vraagt. Wel is het denkbaar dat behoorlijkheidscriteria die in particuliere verhoudingen spelen gaan doorwerken in de verhouding bestuur-bestuurde, omdat deze laatste zich meer positioneert als “klant”, als “economische actor” die beroep doet op de dienstverlening van de overheid, en niet zozeer als een “burger” die wil participeren aan de gemeenschap.

III. De BBB bij creatieve taken

A. Het creëren van een “vrije ruimte”

679. Hieronder zal de aandacht vooral worden toegespitst op de meer creatieve taken van het openbaar bestuur, d.w.z. taken waarbij het bestuur méér doet of kan doen dan louter routineus de wet uitvoeren, maar ook over de ruimte beschikt om *scheppend* bezig te zijn.

Het is vooral bij deze taken dat een andere wijze van besturen en zelfs een ander bestuursmodel ingang kunnen vinden, wat vanzelfsprekend zijn weerslag heeft op de BBB.

Deze bestuurlijke veranderingen kunnen zich ons inziens situeren op het vlak van:

- visie: wordt er een visie ontwikkeld (en hoe ziet die eruit)?;
- waarden: worden materiële waarden aangevuld met andere waarden?;
- structuren: van piramidale naar meer informele, losse structuren en samenwerkingsverbanden (bv. netwerken);
- processen: nieuwe beslissingsprocessen, die veel meer “bottom up” zijn.

680. Voortbouwend op de reeds bestaande functies en kenmerken van de BBB (cf. § 1) en aansluitend op bepaalde evoluties die zich algemeen maatschappelijk en in de wereld van het recht voordoen (§ 2), menen wij

dat het in de toekomst een kwestie van behoorlijkheid zal zijn dat openbare besturen, indien zij voor creatieve taken staan:

- de creativiteit en expertise van de mensen aanspreken;
- het unieke van elk mens een plaats geven, d.w.z. ruimte bieden voor het rijk geschakeerde, unieke verhaal van mensen die zich bij een bepaald project of probleem betrokken voelen;
- gezamenlijke leerprocessen opzetten;
- ruimte maken alsook kaders en voorwaarden scheppen voor persoonlijke groei, zingeving en verbondenheid;
- het vrouwelijke een plaats geven in het recht;
- de beweging van buiten naar binnen, van het uiterlijk naar het innerlijk van de mens helpen maken, waar rechtsgevoel en intuïtie zitten, waar belangen, behoeften en wensen zitten;
- evolueren van machtsuitoefening naar empowerment van de bestuurde;
- opschuiven van normen naar waarden;
- horen/inspraak omzetten in dialoog;
- ruimte maken voor oplossingen waarbij iedereen wint;
- van een scheidingsdenken (de burger *tegen* de overheid) naar een verbindingsdenken gaan.

681. Het laat zich aanzien dat dit alles moeilijk vorm kan krijgen binnen een piramidiaal, verticaal, strak rechtssysteem. Bij § 2 hebben we reeds uiteengezet dat er in het recht een evolutie is van de piramide naar het netwerk, en dat ook het bestuursrecht aan die tendens onderhevig is. Ook voor openbare besturen zal het er wellicht op aankomen om naast het bestaande piramidale systeem een nieuwe ruimte vorm te geven en te gaan exploreren, alsook de verhouding tussen het formele systeem en de informele ruimte nader te bepalen. Wij menen dat er naast het formele systeem een “vrije ruimte” zal groeien waar op een andere, meer informele manier naar rechtvaardige beslissingen wordt *gezocht*. Het institutionele dient m.a.w. te worden aangevuld met een kader waar plaats is voor wat de spontane dynamiek van de samenleving aanbrengt. Naast het mechanisme dient een organisme te groeien.

682. Wat dient men zich dan voor te stellen bij die *vrije ruimte*? Alvorens de processen in die vrije ruimte meer concreet te beschrijven (zie randnr. 686) willen wij nu al aangeven dat wij die vrije ruimte zien als een plek waar maatschappelijke actoren en de overheid samen komen rond bepaalde projecten, plannen of problemen die het individuele overstijgen, en waar zij passende oplossingen voor zoeken. Bijvoorbeeld: hoe dient het openbaar vervoer doorheen een bepaalde wijk georganiseerd? Hoe dient een

vervuild terrein te worden gesaneerd? Hoe moet het cultureel aanbod eruit zien? Hoe kunnen allochtonen en autochtonen in een bepaalde straat beter samenleven? Hoe kan het vandalisme in de buurt worden aangepakt? Hoe kan een open ruimte worden ingericht? Hoe kan de verkeersveiligheid in de buurt worden verbeterd? Burgers en vertegenwoordigers van bedrijven, verenigingen, belangengroepen en de overheid kunnen zich binnen het kader van de vrije ruimte over dergelijke projecten en problemen buigen. *In die vrije ruimte speelt de overheid een andere rol dan in het formele rechtssysteem.* Het komt er voor de overheid niet zozeer op aan te denken in termen van recht en procedures, of vanuit een filosofie van “command and control”, maar om meer psychologisch te gaan denken, te helpen zoeken naar menselijke benaderingen, om de actoren uit de samenleving te coachen, te ondersteunen, te stimuleren, hun samenwerking en communicatie te faciliteren, en vooral heel goed naar hen te luisteren. De overheid treedt veeleer op als regisseur. De vrije ruimte is een plek waar iedereen vanuit een persoonlijke betrokkenheid een inbreng kan hebben in de grotere levensgehelen waarvan hij deel uitmaakt. Het is een vrijplaats van informaliteit en creativiteit, waar de burger met zijn unieke inbreng, vanuit zijn unieke beleving en bezieling, mee kan bouwen aan “de polis”. In de vrije ruimte staan algemeen en particulier belang niet (gescheiden) tegenover elkaar, maar krijgt het algemeen belang gestalte als een vervlechting van diverse belangen, door wisselwerking en dialoog, door een communicatieproces waarbij de betrokkenen oog hebben voor elkaars belangen. Zij treden in een gemeenschappelijk *leerproces* waarbij zij hun (levens)verhalen en ervaringen kunnen delen, en zo trachten te komen tot gemeenschappelijke “en-en” oplossingen (win-win oplossingen) van gemeenschappelijke problemen. De vrije ruimte is een plek waar creativiteit, bezieling en levensenergie kunnen vibreren, waar mensen elkaar diepgaand kunnen ontmoeten wanneer zij aan gezamenlijke projecten werken, waarbij niet het eigen gelijk maar het *gemeenschappelijk gevoel* telt. Het is een oord waar orde kan *ontstaan* uit chaos, op basis van gedeelde waarden en inspirerende visies.

In die vrije ruimte kan de overheid voor richting zorgen, niet zozeer door op voorhand scherp afgebakende, materiële doelstellingen voorop te stellen die moeten worden gehaald, maar door inspirerende beelden en belangrijke basiswaarden als richtinggevend elementen te hanteren. Overheden kunnen ervoor zorgen dat binnen de vrije ruimte een andere cultuur ontstaat dan deze die heerst binnen het piramidale rechtssysteem. Zij spelen dan een rol die enigszins te vergelijken is met die van een bemiddelaar, die geen inhoudelijke oplossingen oplegt of zelfs maar aanbrengt, maar die

gericht is op het proces en de communicatie. Op de overheid rusten andere verantwoordelijkheden en verplichtingen dan in het piramidale rechtssysteem, en zij situeren zich vooral op het vlak van *procesbegeleiding*. Dit brengt mee dat de overheid niet kan worden aangesproken op het resultaat van wat in de vrije ruimte tot stand komt, maar wel op de correcte begeleiding van het *proces*, net zoals dat bij bemiddelaars het geval is.

Kortom, wij zien die vrije ruimte in het algemeen als een plaats waar recht wordt gezocht binnen andere structuren (netwerken, cirkels, enz.) en op basis van dialoog, gelijkwaardigheid, pluralisme (meerzijdigheid) en creativiteit. De BBB kunnen dan fungeren als op de overheid rustende verplichtingen om die vrije ruimte zo optimaal mogelijk gestalte te geven en de processen die zich daar voordoen zo goed mogelijk te begeleiden.

Voorals lokale overheden zijn zeer goed geplaatst om vrije ruimtes te creëren. Het is ons inziens belangrijk dat overheden een *visie* ontwikkelen omtrent hoe zij die vrije ruimte zien en hoe zij haar willen (laten) gebruiken. Die vrije ruimte is een gebied dat overheden en maatschappelijke actoren nog grotendeels dienen te ontginnen, en waar ontzettend veel experimenteer mogelijkheden zijn.

683. In die vrije ruimte – maar uiteraard ook elders – kunnen mensen de komende decennia misschien hun verloren spiritualiteit terugvinden. Het laat zich immers aanzien dat dit wellicht zal gebeuren buiten de klassieke religieuze instituten en dogma's. Het is een prikkelende vraag of openbare besturen er zouden kunnen toe bijdragen dat mensen het spirituele gaan herontdekken – zonder dat overheden dit zelf invullen! –, en of het onbehoorlijk is indien zij verzuimen dit te doen. Wij willen dus geenszins beweren dat openbare besturen onze spirituele leermeesters en inspiratoren moeten zijn, maar wel dat zij kaders en voorwaarden kunnen scheppen opdat mensen hun persoonlijke spiritualiteit gaan ontdekken en beleven.

B. De verhouding tussen het formele rechtssysteem en de vrije ruimte

684. Hoewel de “vrije ruimte” zeer aanlokkelijke perspectieven biedt om maatschappelijke actoren te betrekken bij de totstandkoming van bestuurlijke beslissingen, kunnen wij ons moeilijk voorstellen dat het formele, piramidale rechtssysteem zal verdwijnen, en overigens achten wij dit niet wenselijk. Uiteindelijk is er altijd een instantie nodig die moet instaan voor het formeel nemen van beslissingen, en die daarvoor ter verantwoording

moet kunnen worden geroepen. Welke schitterende resultaten het gebruik van de vrije ruimte ook oplevert, steeds zullen bestuursorganen deze resultaten moeten kunnen toetsen aan budgettaire imperatieven, dwingende regelgeving en eventuele andere of hogere belangen die niet aan de orde waren tijdens de dialoog in de vrije ruimte. *Als het formele rechtssysteem en de vrije ruimte naast elkaar bestaan, rijst de vraag door welke BBB de verhouding tussen deze beide wordt beheerst.* Wij menen dat hier vooreerst het *subsidiariteitsbeginsel* aan de orde is, hetgeen inhoudt dat voor wat de creatieve taken betreft de overheid in principe niet eenzijdig en uitsluitend binnen het formele rechtssysteem tot beslissingen mag komen, maar dat zij *voorafgaandelijk*, indien mogelijk, gebruik maakt van de inbreng van de vrije ruimte om *vervolgens* binnen het piramidale rechtssysteem een formele beslissing te nemen. Dit impliceert dat het bestuur bij de totstandkoming van een beslissing in principe moet opteren voor twee- of meerzijdigheid, en niet voor eenzijdigheid. Het lijkt aangewezen dat overheden criteria aanleggen die hen helpen om te bepalen wanneer van de vrije ruimte gebruik dient te worden gemaakt en wanneer niet.

685. Vervolgens rijst de vraag in hoeverre de overheid bij het nemen van de uiteindelijke beslissing rekening moet houden met afspraken die de maatschappelijke actoren in de vrije ruimte hebben gemaakt. Uit de thans reeds bestaande BBB vloeit voort dat overheden de resultaten die tevoorschijn komen uit de vrije ruimte niet zonder meer naast zich neer mogen leggen. Op grond van het *vertrouwensbeginsel* dienen overheden opgewekte verwachtingen te honoreren, en het spreekt voor zich dat als overheden een vrije ruimte creëren en daarin allerlei beslissingsprocessen begeleiden, de maatschappelijke actoren die participeerden in de vrije ruimte in recht en redelijkheid mogen verwachten dat de overheid ook iets doet met de afspraken die werden gemaakt, hetgeen niet betekent dat de overheid volledig gebonden is aan die afspraken. Bovendien noopt het *zorgvuldigheidsbeginsel* ertoe dat besturen rekening dienen te houden met alle elementen die van belang zijn voor het nemen van een besluit, en afspraken die werden gemaakt binnen de vrije ruimte behoren daar ongetwijfeld toe. Ten slotte speelt ook de *motiveringsplicht* een belangrijke rol: als de overheid meent te moeten afwijken van voorstellen en afspraken die uit de vrije ruimte tevoorschijn kwamen, zal zij duidelijk en afdoende moeten motiveren waarom zij dit doet. Omgekeerd lijken zulke voorstellen en afspraken een zeer goed motief om overheidsbeslissingen met dezelfde inhoud te schragen. Kortom, de thans reeds bestaande BBB brengen mee dat de beslissingsmogelijkheden van openbare besturen aanzienlijk inkrimpen ten gevolge van wat in de vrije ruimte tot stand wordt gebracht.

Omdat in die vrije ruimte het *proces* heel belangrijk is willen wij daar eerst nader bij stilstaan.

C. Processen in de vrije ruimte

686. Behoorlijk besturen hangt in ruime mate af van het *proces* dat aan het nemen van een beslissing voorafgaat. Beslissingsprocessen in de vrije ruimte kunnen heel andere vormen aannemen dan deze die thans bij overheden gangbaar zijn. Wij geven een voorbeeld ter illustratie. Stel je even voor dat een gemeentebestuur een industriegebied gevoelig wil uitbreiden, doch dat omwonenden daar nogal wat vraagtekens bij plaatsen. Diegenen die zich het meest betrokken voelen – burgers, vertegenwoordigers van bedrijven en milieugroepen, ... – komen naar een bijeenkomst die is samengeroepen op initiatief van het gemeentebestuur. Eén persoon, die hiertoe een speciale vorming genoot, werd door de gemeente aangesteld om de samenkomst zo optimaal mogelijk te laten verlopen (we zullen hem de procesbewaker noemen). De procesbewaker laat de betrokkenen plaatsnemen in een *cirkel*. Hij zorgt voor een atmosfeer van stilte en rust. De bijeenkomst begint met een klein ritueel dat erop gericht is mensen dicht bij zichzelf en bij de ander te brengen. Het strekt er niet zozeer toe mensen te inspireren bij wat ze in de cirkel moeten doen, maar hoe ze in de cirkel moeten *zijn*. De cirkelvorm is niet toevallig gekozen: iedereen zit even ver van het middelpunt, is *gelijkwaardig*, en de cirkel schept een gevoel van *verbondenheid*. De procesbewaker geeft vervolgens aan wat het doel van de bijeenkomst is en welke spelregels er gelden. Iedereen krijgt de kans om vanuit zijn verstand en zijn hart in het midden te brengen wat hij *belangrijk* vindt: zijn zorgen, wensen, behoeften en verlangens. Er wordt over gewaakt dat wie aan het woord is niet onderbroken wordt en rustig de tijd krijgt om vanuit zijn *beleving* en zijn *bezieling* zijn *verhaal* te doen. De anderen *luisteren actief* en proberen zich in te leven. Dat vraagt een sterke discipline, waarop de procesbewaker toeziet. *Iedereen krijgt de ruimte om zichzelf te zijn*, ieders inbreng is uniek en noodzakelijk (want ieder mens is uniek en noodzakelijk), en de anderen vellen daarover *geen waardeoordeel*. Er ontstaat *machtsvrije* communicatie, waarbij niemand zijn wil probeert op te leggen aan anderen. Ieders zienswijze wordt gerespecteerd, ieder mens wordt gerespecteerd. Door deze *dialogoog* kan er *consensus* ontstaan (letterlijk: samenvloeien). Dit verschilt fundamenteel van een debat, waarbij elke deelnemer de ander van zijn eigen gelijk tracht te overtuigen, of toch minstens gelijk te halen. De betrokkenen gaan ontdekken hoeveel ze gemeenschappelijk hebben, en hoe verrijkend de verschillen kunnen

zijn. Doordat elke inbreng wordt gerespecteerd krijgt *creativiteit* een kans. *Tegenstellingen worden overstegen* en geïntegreerd in een nieuwe eenheid op een hoger niveau waarbij iedereen *wint*. De buurtbewoners, mensen van het bedrijfsleven en vertegenwoordigers van de overheid voelen zich op een *zinnvolle* manier *betrokken* bij een gezamenlijk project. Uiteindelijk komen zij na een aantal vergaderingen tot een gezamenlijk projectvoorstel, dat later door de gemeente formeel wordt goedgekeurd indien er financiële middelen voor zijn en indien het niet strijdig is met de meer algemene visie van de gemeente (die op een vergelijkbare wijze gestalte kreeg) of met dwingende rechtsregels. Er heerst een (rechts)cultuur waarin het als niet meer dan behoorlijk wordt ervaren dat mensen gecoached en ondersteund worden om *bij zichzelf* te komen, bij de klank van hun ziel, waarbij hun creativiteit en wijsheid wordt aangeboord, waarbij zij op hun capaciteit en verantwoordelijkheid worden aangesproken, en waarbij wordt getracht hen op een zinnvolle wijze te betrekken bij projecten of bij de oplossing van problemen die een betekenis kunnen hebben in hun leven. De gemeente heeft omtrent wat zij als haar opdracht beschouwt en omtrent de wijze waarop zij beslissingen tot stand wil laten komen een heldere *visie* ontwikkeld, en ook dat wordt als behoorlijk ervaren.

687. Dit fictief voorbeeld moge dan misschien als fantasie klinken, in de praktijk vinden ontmoetingen die tot op zekere hoogte vergelijkbaar zijn nu al plaats. Een mooi voorbeeld vormen de zogenaamde “peacemaking circles”, die vooral in de Verenigde State en Canada in de lift zitten (1860). Hoewel deze peacemaking circles vooral worden ingezet om een antwoord te bieden op criminaliteit, kan de vorm van de cirkeldialoog ons inziens even goed worden ingezet op andere domeinen. Niet zozeer de context is immers van belang, wel de onderliggende principes en waarden. PRANIS en cons. wijzen er op dat het in *peacemaking circles* de deelnemers niet enkel toegestaan is, maar dat zij worden opgeroepen om oprecht te zijn, om vanuit hun hart te vertellen hoe ze zichzelf en de situatie ervaren. Als ze de fysieke, emotionele, mentale en spirituele dimensies van zichzelf niet aan bod kunnen laten komen, zijn ze niet volledig open en kunnen ze geen oplossingen tot stand brengen die alle aspecten van hun werkelijkheid omvatten (1861). Het essentiële voortbrengsel van zo’n cirkel is eigenlijk het proces. Door deel te nemen aan dit proces vinden en beleven de betrokkenen

(1860) Zie hierover K. PRANIS, B. STUART en M. WEDGE, *Peacemaking circles. From crime to community*, St. Paul (Minnesota), Living justice press, 2003, 273 p.
(1861) *Ibid.*, 17.

gerechtigheid (1862). In *peacemaking circles* kijken de deelnemers in elkaars harten en levens, het proces dat ontstaat laat zien dat ze meer zijn dan hun daden (1863).

688. Met het bovenstaande voorbeeld willen we illustreren hoe belangrijk echte *dialogoog* is. BRETON en LEHMAN schrijven hierover: “*Fortunately, more and more research is proving that one-way, top-down communication simply doesn’t work, and one of the most powerful two-way methods emerging from this research is the art of dialogue. Dialogue shifts the model from a win-lose power struggle to a model in which all parties engage in learning. Dialogue puts us all on the same side, working together to gain better understanding and to create mutual good*” (1864). En verder: “*Through dialogue, we seek to expand our view, assuming that, within the whole, there’s a place, meaning, and value for everyone. By engaging everyone in learning, dialogue grounds change on a shared desire to understand our connectedness and to strengthen it*” (1865).

Na deze meer procesmatige kijk op het toekomstig bestuur, staan we hierna stil bij een aantal meer inhoudelijke kwesties. Pas daarna zullen we trachten tot een soort catalogus van nieuwe BBB te komen, die specifiek gelden in de *vrije ruimte*.

D. De beweging naar de diepte doortrekken

689. In § 1 schreven we dat de BBB een beweging van de buitenkant naar de binnenkant impliceren. Hoe kunnen we die beweging nog verder doortrekken? We geloven erin dat in de (verre?) toekomst steeds meer mensen beroep zullen doen op de eigen capaciteit en verantwoordelijkheid om te doen wat gerechtigheid in een bepaalde situatie vereist, dat zij hun “binnenkant” dus zullen aanspreken. In die optiek lijkt het ons een kwestie van behoorlijkheid dat openbare besturen die capaciteit en verantwoordelijkheid ook *aanspreken* wanneer de situatie zich daartoe leent, en dat zij daartoe kaders en voorwaarden scheppen. Bij § 1 schreven we dat de BBB meebrengen dat het *rechtsgevoel* een plaats krijgt in ons bestuursrecht. Wij

(1862) *Ibid.*, 17-18.

(1863) *Ibid.*, 26.

(1864) D. BRETON en S. LEHMAN, *The mystic heart of justice. Restoring wholeness in a broken world*, West Chester (Pennsylvania), Chrysalis Books, 2001, 159.

(1865) *Ibid.*, 160.

menen dat dit rechtsgevoel een nog veel ruimere – en openlijker! – plaats zou kunnen krijgen in het kader van processen die aan bestuurlijke beslissingen voorafgaan, en dat het zelfs als een kwestie van behoorlijkheid kan worden beschouwd als besturen daartoe in de “vrije ruimte” mogelijkheden creëren. Op die wijze kunnen alle aspecten van het menszijn aan bod komen, zonder in subjectiviteit en willekeur te vervallen, vermits het niet het rechtsgevoel van één of enkele personen is dat een stempel op de eindbeslissing zal drukken. Het komt er veeleer op aan dat mensen via een diepgaande dialoog tot een *gemeenschappelijk gevoel* proberen komen omtrent wat in een bepaalde situatie juist en rechtvaardig is. De resultante van dat gemeenschappelijk gevoel kunnen overheden dan meenemen in later te nemen beslissingen.

690. De beweging van het zichtbare naar het onzichtbare kan zoals reeds aangegeven ook op nog een ander vlak worden doorgetrokken, met name door dieper te gaan dan de standpunten die mensen vaak innemen, en te graven naar de funderingen waarop die standpunten steunen: belangen, behoeften, noden en wensen. In haar rol van procesbegeleider kan de overheid de betrokkenen brengen naar waar het hen *eigenlijk* om te doen is. Daarbij kunnen openbare besturen voor ogen houden wat uiteindelijk *wezenlijk* in het menselijk belang is: datgene wat mensen verder helpt om *volledig mens te worden*, om een klein beetje verder te groeien in de richting van datgene wat zij in essentie zijn, met name schitterende en liefdevolle schepsels. Dit gebeurt doorgaans met kleine stapjes, op een zeer concrete en tastbare wijze, in ontmoeting en dialoog. Het lijkt ons behoorlijk dat openbare besturen hierin een ondersteunende rol spelen, en dat kan het best als ze weten welke richting ze uit willen.

691. De beweging van het zichtbare naar het onzichtbare is ook een beweging in de richting van normen naar *waarden*. Ons inziens dient behoorlijk besturen gebaseerd te zijn op de *waarden* die mensen en samenlevingen doen vooruitgaan: verbondenheid, geweldloosheid, mededogen, integriteit, menselijke waardigheid, openheid, respect, betrokkenheid, kwaliteit, enz.

E. Van tempering machtsuitoefening naar empowerment

692. De BBB zijn thans al temperingen op de eenzijdige machtsuitoefening door de overheid. In de toekomst zou die functie nog radicaler kunnen worden doorgetrokken, in die zin dat het een kwestie van behoorlijkheid

wordt dat de overheid zich op gelijke voet stelt van de maatschappelijke actoren, m.a.w. dat zij kiest voor het G-model (zie randnr. 645) waar het kan. Het betekent dat de overheid slechts van haar eenzijdige beslissingsbevoegdheid gebruik maakt in de gevallen waar het niet anders kan, bijvoorbeeld in noodsituaties, wanneer tweezijdigheid of meerzijdigheid wegens onwil van bepaalde betrokkenen niet werkt, e.d.m. Kortom: tweezijdig of meerzijdig als het kan, eenzijdig als het moet. Wij menen dat, wanneer de overheid voor een scheppende taak staat, machtsuitoefening eigenlijk niet op haar plaats is, vermits machtsuitoefening de creativiteit kan smoren.

693. Een nog radicalere stap is deze van eenzijdige machtsuitoefening naar *anderen in hun kracht brengen: empowerment*. Met *empowerment* bedoelen wij: mensen bij zichzelf brengen zodat ze in staat zijn om op *eigen kracht*, voortgaande op hun capaciteit, verantwoordelijkheid en wijsheid, de juiste keuzes te maken. Kracht is niet hetzelfde als macht. Macht wordt ontleend aan instituties, rechtsposities, bezittingen, relaties, e.d.m., dus aan dingen die buiten jezelf liggen. Innerlijke kracht, en inzonderheid rechtskracht, komt uit jezelf, uit je diepere en unieke bezieling, en staat dus los van het vermogen om anderen tot iets te dwingen. Je bent in je kracht als je vrij genoeg bent om jezelf te durven zijn en te uiten. Iedereen is immers uniek, en mag zijn unieke levensverhaal waarmaken. Empowerment zou je ook kunnen omschrijven als het bieden van stimulansen voor zelfontplooiing, het aanspreken van de capaciteit en scheppingskracht van alle betrokkenen, mensen hun autonomie teruggeven. Dit hoeft geenszins ten koste van de ander te gaan. Juist de verscheidenheid (en het verscheiden durven zijn!) is immers de rijkdom. Empowerment is mensen terug brengen naar de stem die hen vertelt wat goed is voor henzelf én voor de anderen. Empowerment steunt op een mensbeeld waarbij wordt geloofd in het potentieel van de mens. Het is een kwestie van behoorlijkheid als overheden kaders en voorwaarden scheppen die tot empowerment leiden. Een voorbeeld van een dergelijk kader zijn de peacemaking circles (zie randnr. 687), maar er zijn uiteraard nog andere mogelijkheden.

F. Een brug van wettigheid naar gerechtigheid

694. In § 1 schreven wij dat BBB nu al een brug willen slaan van wettigheid naar rechtmatigheid. Kunnen zij een brug slaan van wetmatigheid naar *gerechtigheid*, en wat dienen we onder dit laatste begrip te verstaan?

Het is duidelijk dat het begrip gerechtigheid in de loop der geschiedenis een sterk verschillende invulling heeft gekregen. Bij PLATO, in het werk “De Staat of over de rechtvaardigheid”, vinden we de idee geopperd dat rechtvaardigheid er onder meer in bestaat zijn eigen taak te volbrengen, “het zijne doen” (1866). Een dergelijk kernconcept van gerechtigheid vindt in een meer uitgewerkte vorm ook thans nog aanhangers. In hun boek “The mystic heart of justice” schrijven BRETON en LEHMAN dat “(...) *the core idea that justice is each of us being who we are and doing what’s ours to do*” (1867). Dit is het centrale thema van hun boek. Dit kernconcept van rechtvaardigheid, dat ons inziens zeer bevrijdende en begeesterende toekomstperspectieven biedt, komt er in wezen op neer dat elk van ons mag zijn wie hij is, zijn unieke bijdrage mag leveren aan het grote levensgeheel waarvan hij deel uitmaakt, en daarin ook wordt geaccepteerd. Echte gerechtigheid betekent niet zozeer dat menselijke handelingen dienen te beantwoorden aan standaardnormen die in de wetgeving zijn opgenomen, maar wel dat het unieke van elk mens wordt erkend en zijn plaats kan krijgen. Het komt er dus op aan mensen terug te brengen tot zichzelf, tot hun diepste innerlijke motivatie en bezieling, en hen de ruimte te geven om dit aan bod te laten komen. Ons inziens kunnen overheden daarbij een rol spelen, en is het zelfs een kwestie van behoorlijk bestuur dat zij dit doen.

G. Nog meer rekening houden met het specifieke van elke situatie

695. Op grond van de BBB wordt in de vrije ruimte rekening gehouden met *alle* elementen die de betrokkenen belangrijk achten, ook indien deze in principe niet in het kader van de betrokken regelgeving dienen te worden beoordeeld. In de *vrije ruimte* kunnen diverse elementen uit de leefwereld van de betrokkenen alsdan tot één geheel worden verbonden, in plaats van ze los van elkaar, telkens vanuit de optiek van een bepaalde regelgeving te bekijken. Op grond van de BBB wordt een situatie dan werkelijk op al haar merites beoordeeld. De later te nemen formele bestuurlijke beslissing neemt het resultaat van de vrije ruimte mee, tenzij er dwingende redenen zijn om dit niet te doen.

(1866) PLATO, *Verzameld werk deel III*, Antwerpen/Baarn, De Nederlandse boekhandel en Ambo, 1980, 222.

(1867) D. BRETON en S. LEHMAN, *o.c.*, 45.

H. Zingeving, verbondenheid en persoonlijke groei

696. Onder randnr. 672 schreven wij dat spiritualiteit aan belang wint, ook in het recht en in het publieke debat. Behoorlijk besturen houdt ons inziens in dat openbare besturen in de mate van het mogelijke ruimte scheppen voor zingeving, verbondenheid en persoonlijke groei, de wezenlijke aspecten van spiritualiteit. Meteen rijst de pertinente vraag of het wel de taak is van openbare besturen om zich met dergelijke aangelegenheden in te laten. Het idee dat besturen ons zouden vertellen wat zinvol is, zich rechtstreeks zouden inlaten met onze persoonlijke groei of mensen op een of andere manier dwingen tot verbondenheid (voor zover dat al zou kunnen) vervult ons zonder meer met afschuw. Dit soort akelig totalitarisme staat ons geenszins voor ogen. Wat wij bedoelen is dat besturen *kaders* en *processen* kunnen scheppen waarin ruimte is voor zingeving, persoonlijke groei en verbondenheid. Kaders en processen dus waarin mensen dit soort dingen *zelf* kunnen ontdekken, ervaren en op een *hoogstpersoonlijke* wijze kunnen invullen. De vrije ruimte is zo'n kader.

1. Zingeving

697. De mens is een *zinzoeker*. We mogen het materieel nog zo breed hebben, steeds is er iets diepers in ons dat vraagt wie we zijn en wat we op aarde komen doen. Mensen die de zin van hun leven niet inzien worden nihilistisch, depressief, agressief, ziek, of wat dan ook, maar ze zijn niet diep gelukkig. Mensen willen een *zinvolle inbreng* hebben in het grotere (levens)geheel waarvan ze deel uitmaken. Ze willen op een *zinvolle* manier *betrokken* worden bij allerlei projecten die hun leefwereld raken. “Zin” betekent letterlijk “richting”. Door een kader waarin via dialoog een werkelijke ontmoeting met anderen mogelijk wordt, kunnen mensen gaan aanvoelen welke richting ze eigenlijk uit willen. Zin ontleen je aan iets dat groter is dan jezelf, bijvoorbeeld aan een groots en begeistertend project waar je bij betrokken bent. *Het lijkt ons een kwestie van behoorlijkheid dat openbare besturen ruimte scheppen voor zingeving.*

2. Verbondenheid

698. Wij geloven erin dat alle mensen allen afstammen van één bron (hoe je die ook wilt noemen: God, de ultieme werkelijkheid, de oerknal, ...), en dat wij dan ook op een heel diep, wezenlijk niveau met elkaar *verbonden*

zijn. Marcel MESSING schrijft hieromtrent: “*In alle religies wordt de eenheid van het leven erkend. Mystici hebben de eenheid van het bestaan ervaren en er in beelden, symbolen, poëzie of de taal van de stilte naar verwezen. Theoretici, theologen en exegeten hebben deze eenheid in dogma’s of theorieën trachten vast te leggen*” (1868). Wij mensen zijn allemaal uitdrukkingen van de wonderlijke levenskracht, wij drijven in dezelfde levensstroom, en niettegenstaande al onze verschillen, die een onuitputtelijke bron van rijkdom vormen, hebben we ook iets wezenlijks gemeenschappelijk. Mensen verlangen ook naar verbondenheid. MAYER schrijft: “*The fundamental desire to connect with others is a core continuity across cultures*” (1869).

Er bestaat een soort natuurlijke verbondenheid tussen ons allen, maar we kunnen die verbondenheid miskennen. Door de scheiding van onszelf, van de ander en van de wereld ontstaan allerlei conflicten. Behoorlijk besturen houdt in dat kaders, voorwaarden en processen worden gecreëerd waarin die verbondenheid *bewust* kan worden *ervaren*. Kaders waarin mensen leren luisteren naar elkaar, ontdekken dat verschillen helemaal niet zo bedreigend hoeven te zijn, en voelen hoeveel zij gemeenschappelijk hebben. Kaders waarin mensen op zoek kunnen gaan naar gemeenschappelijke doeleinden en hogere beginselen waarin iedereen zich kan terugvinden en waarop de oplossingen van allerlei kwesties en problemen kunnen worden gebaseerd. Op die manier kunnen de tegenstellingen tot een nieuw geheel van een hogere orde worden samen gesmeed, wat een uiting is van *inclusief denken*. Behoorlijk besturen betekent *verbondenheid stimuleren*.

3. Persoonlijke groei

699. Ten slotte geloven wij erin dat het ieders diepste wens is zichzelf te ontplooiën en te verwezenlijken. Dit kan slechts door een proces van *persoonlijke groei*. Groeien betekent het verleggen van grenzen, het verruimen van het bewustzijn en tot andere bewustzijnsniveaus komen. Mensen trekken grenzen in en rond zichzelf (1870). Twee grenzen trekken zij zeer vaak: een grens in henzelf, waardoor hun bewustzijn afgesneden is van wat

(1868) M. MESSING, *Buigzaam als riet. Beschouwingen over geweldloosheid*, Deventer, Ankh-Hermes, 1994, 53.

(1869) B. MAYER, *The dynamics of conflict resolution*, San Francisco, Jossey-Bass, 2000, 86-87.

(1870) Zie hierover K. WILBER, *Zonder grenzen. Oosterse en westerse benaderingen van persoonlijke groei*, Amsterdam, Karnak, 185 p.

er onbewust allemaal in hen leeft, en een grens om hen heen, een grens tussen henzelf en de ander dus. Mensen kunnen die grenzen verleggen of er openingen in maken, zodat ze enerzijds in contact kunnen komen met wat diep in henzelf leeft, en zij kunnen zich anderzijds openstellen voor wat er in de ander leeft. *Behoorlijk besturen houdt in dat wordt gezocht naar wegen om die grenzen te verleggen.* De vrije ruimte biedt daartoe mogelijkheden. Door het gebruik van geschikte procédés kunnen mensen leren luisteren naar wat er diep in henzelf leeft, wat hun diepste verlangens en verzuchtingen zijn, en kunnen zij ook leren zich te openen voor de ander en de ander te erkennen. Dit is grensverleggend voor de betrokkenen, dit is groei. Zelfverwezenlijking en persoonlijke groei vinden dan niet plaats in isolement, maar in en juist dank zij de gemeenschap of, zo men wil, de “polis”. Zo bezien is behoorlijk besturen *sturen in de richting van meer bewustwording.* Persoonlijke groei is belangrijk, want de wereld waarin wij leven is slechts een afspiegeling van ons innerlijk. Als wij innerlijk kunnen veranderen en evolueren tot meer bewuste, liefdevolle wezens, zal ook de wereld genezen. En is er iets dat meer in het algemeen belang kan zijn? Met dit alles willen wij absoluut niet beweren dat het recht – of het bestuursrecht in het bijzonder – het enige of het belangrijkste instrument is voor persoonlijke groei. Het hele leven nodigt ons daar voortdurend toe uit. Dat alles neemt niet weg dat we ons de vraag mogen stellen hoe we ons rechtssysteem (en ons bestuursrecht in het bijzonder) zo verder kunnen laten evolueren dat het meer ruimte biedt voor persoonlijke groei. In verband met deze persoonlijke groei citeren wij graag de bekende wetenschapper prof. E. LASZLO, voorzitter van de club van Boedapest: *“Veel mensen geloven nog steeds dat er een kloof bestaat tussen pragmatische, beleidsgerichte oplossingen voor wereldproblemen en spirituele, op menselijke groei gerichte oplossingen. Dit is niet zo. De praktische en de spirituele benaderingen – de ‘uiterlijke’ en de ‘innerlijke’ – zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Het veranderen van de wereld is zowel een praktische activiteit die je in de buitenwereld doet, als een spirituele zoektocht die je in jezelf onderneemt. Zowel een actieve betrokkenheid bij hedendaagse problemen, als je innerlijke groei zijn belangrijk; alleen als beide aan bod komen, kun je deelnemen aan de spirituele/praktische revolutie die de menselijke toekomst de meeste kans op overleving biedt”* (1871). Weliswaar heeft dit citaat betrekking op de grote wereldproblemen, maar het gaat even goed op voor problemen en projecten uit de dagelijkse leefwereld van iedereen, en daar krijgen besturen voortdurend mee te maken.

(1871) E. LASZLO, *Je kunt de wereld veranderen. Naar duurzaamheid en vrede in een nieuwe wereld*, Deventer, Ankh-Hermes, 2004, 73.

I. Meer vrouwelijkheid

700. Het resultaat van het gebruik van de vrije ruimte is dat de mannelijke pool van ons bestuursrecht wordt aangevuld met een vrouwelijke pool waar zoals gezegd de nadruk ligt op het delen van gevoelens, het relationele, ontvankelijkheid, luisterbereidheid, enz.

J. Een catalogus van BBB voor de “vrije ruimte”

701. Wij geven hieronder een opsomming van een aantal grotendeels nieuwe BBB die onderling nauw samenhangen en die tot op zekere hoogte ook kunnen worden beschouwd als een radicaal doortrekken van de aard en functie van de thans reeds bestaande BBB.

1. Het inclusiviteitsbeginsel

702. Inclusief betekent ingesloten. Met het inclusiviteitsbeginsel bedoelen wij dat op de overheid de verplichting rust om in de mate van het mogelijke alle relevante gezichtspunten, gegevens, belangen, gevoelens, e.d.m. tijdens de dialoog in de vrije ruimte aan bod te laten komen. Men zou dit kunnen zien als een radicaal doortrekken van het zorgvuldigheidsbeginsel, dat er nu al toe strekt dat alle relevante elementen bij het nemen van een beslissing in rekening worden gebracht. Ingevolge het inclusiviteitsbeginsel wordt er nog meer in rekening gebracht. Het inclusiviteitsbeginsel heeft een persoonlijke en een inhoudelijke dimensie: *wie* dient er bij de totstandkoming van een beslissing betrokken te worden en *wat* dient er aan bod te komen?

703. Het inclusiviteitsbeginsel impliceert allereerst dat de overheid aan iedereen die belang kan hebben bij een te nemen beslissing de kans geeft om bij de besluitvorming hieromtrent betrokken te worden. Dat betekent dat de belanghebbenden individueel of, als dit niet mogelijk is, via vertegenwoordigers en belangengroepen worden uitgenodigd om hun inbreng te hebben. Alle belangen moeten in de vrije ruimte vertegenwoordigd zijn, minstens hiertoe in de gelegenheid zijn gesteld. Gelet op de enorme mogelijkheden van de informatie- en communicatietechnologie – die in de toekomst wellicht nog gigantischer zullen zijn – kan dit wellicht gemakkelijk worden gerealiseerd. Tijdens de bijeenkomst krijgen alle betrokkenen de ruimte om te zijn wie ze zijn en om hun unieke inbreng te hebben. Men zou

ook kunnen spreken van het *meerzijdigheidsbeginsel*: de overheid dient ervoor in te staan dat er een inbreng is van zeer diverse kanten. In een pluralistische samenleving lijkt dit onontbeerlijk.

704. Het inclusiviteitsbeginsel impliceert vervolgens dat de belanghebbenden ertoe uitgenodigd en gestimuleerd worden om daadwerkelijk hun inbreng te hebben. Inclusiviteit betekent ook dat alle facetten van een project of problematiek aan bod kunnen komen. Zakelijke aspecten zijn uiteraard belangrijk, maar het niet-materiële is dat evenzeer. Niet alleen harde feiten verdienen een plek, maar ook de innerlijke kant van de mens. Daar zitten waarden, idealen, zingeving, intenties, diepere belangen, gevoelens en intuïtie. Dit dient de overheid niet zelf in te vullen, maar de betrokkenen des te meer. Wat betreft het *rechtsgevoel* weze hier nog aan toegevoegd dat door het stimuleren van dialoog een *gemeenschappelijk gevoel* kan ontstaan omtrent te nemen beslissingen. Dit staat wel zeer ver af van willekeur.

705. Inclusiviteit betekent ook dat het exclusieve denken (of-of denken) wordt omgebogen tot een inclusief denken (en-en denken, win-win-oplossingen). De kunst bestaat er niet zozeer in te kiezen tussen die of die oplossing, tussen dit of dat voorstel, maar om alles wat naar voor gebracht wordt vanuit de samenleving zoveel mogelijk samen te smeden tot een nieuw geheel. Dit lukt beter als de samenleving geen voorstellen formuleert onder de vorm van onwrikbare standpunten, maar als de betrokkenen een inbreng doen onder de vorm van belangen, wensen, behoeften en noden. Daar is het hen *eigenlijk* om te doen. Op de overheid rust de moeilijke taak om mensen niet te laten praten vanuit standpunten maar ook vanuit hetgeen *onder* die standpunten zit. Het getuigt van behoorlijk bestuur indien de overheid deze *weg naar de diepte* helpt bewandelen. De beweging naar de diepte, waarover we het in § 1 hadden, wordt aldus doorgetrokken.

706. Bij § 2 (evoluties) schreven we reeds dat er een tendens is naar belangenafweging. Tot nu toe is het vooral de overheid die bepaalt wat belangrijk is en hoe deze belangen dienen afgewogen tegenover elkaar. Het lijkt ons een gelukkige evolutie indien de *betrokkenen zelf* in het midden kunnen brengen wat *zij* belangrijk vinden, en *zelf* die belangen kunnen afwegen, d.m.v. een proces van diepgaande communicatie en dialoog.

707. Het inclusiviteitsbeginsel impliceert dat overheden zich *open stellen* voor en *accepteren* wat vanuit de samenleving komt, en dat zij het ook *respecteren*. Bij § 1 gaven we aan dat respect wellicht de centrale waarde is

die ten grondslag ligt aan de BBB, en aan die waarde kan nog verder worden tegemoet gekomen. Men zou ook kunnen stellen dat het inclusiviteitsbeginsel twee afgeleide beginselen kent: het acceptatiebeginsel en het respectbeginsel.

708. Aan het inclusiviteitsbeginsel zou je ook het expertisebeginsel kunnen koppelen: op de overheid rust de plicht de expertise in de samenleving aan te spreken.

709. Het inclusiviteitsbeginsel heeft zijn weerslag op de redelijketermijnvereiste: de overheid dient voldoende tijd te nemen om in de vrije ruimte alles boven water te laten komen, maar ook niet meer dan nodig.

2. Het partnerschapsbeginsel

710. Op grond van dit beginsel stelt de overheid zich in principe op als gelijkwaardige partner die actoren uit de samenleving begeleidt in allerlei zoekprocessen die zich afspelen binnen de vrije ruimte. De overheid treedt op als coach, inspirator en stimulator van maatschappelijke actoren. Het partnerschapsbeginsel impliceert dat openbare besturen in de mate van het mogelijke *samenwerken* met burgers, bedrijven en belangengroepen.

3. Empoweringsbeginsel

711. In het verlengde van het partnerschapsbeginsel ligt het empoweringsbeginsel: openbare besturen dienen burgers, bedrijven en belangengroepen aan te spreken op hun verantwoordelijkheid, capaciteit en probleemoplossend vermogen. Anders geformuleerd: overheden dienen maatschappelijke actoren *in hun kracht* te brengen, hetgeen overigens een stap is in de richting van verdere emancipatie. Dit geldt zowel individueel als collectief. *Individueel*, doordat mensen door een goede coaching op hun probleemoplossend vermogen worden aangesproken. Op die manier kunnen ook de zwaksten aan bod komen. Empoweren op individueel vlak kan tot op zekere hoogte ook als een vorm van persoonlijke groei worden beschouwd, doordat mensen enerzijds bewust worden gemaakt van wat er in henzelf leeft, inzonderheid hun behoeften en belangen, én anderzijds van hun mogelijkheden om die op een gezonde manier te benaarstigen.

712. Het empoweringsbeginsel heeft ook een *collectieve dimensie*, doordat de overheid voorwaarden en mogelijkheden schept opdat allerlei informele belangengroepen op een georganiseerde en gestructureerde manier hun stem kunnen laten horen. Zo bijvoorbeeld kunnen lokale overheden door subsidies, logistieke steun, informatieverstrekking e.d.m. ervoor proberen zorgen dat buurten, belangengroepen, enz. voldoende georganiseerd en gerepresenteerd geraken om een zinvolle inbreng te kunnen hebben bij de uitwerking van projecten of de oplossing van problemen die hen aanbelangen.

4. Het dialoogbeginsel

713. In de vrije ruimte dient het bestuur zich op te stellen als organisator en begeleider van communicatieprocessen, zowel tussen maatschappelijke actoren onderling als tussen deze actoren en vertegenwoordigers van het bestuur. Het tot stand brengen van een geslaagde, diepgaande communicatie is geen sinecure (1872). Essentieel is ons inziens dat die communicatie *machtsvrij* (en dus geweldloos) is. Goede communicatie veronderstelt dat mensen *open* en *eerlijk* verwoorden waar het hen *eigenlijk* om gaat, en dat zij zelf *actief luisteren* en *zich inleven* in wat de ander vertelt. Zo ontstaat *dialoog*, de bakermat van *wederzijds begrip*. Overheden dienen te streven naar een dialoog die kan leiden tot *verbondenheid* en tot *persoonlijke groei*, doordat mensen de grens die ze hebben getrokken tussen henzelf en de ander gaan openstellen. Minstens leidt dialoog tot het verbeteren en zelfs herstellen van relaties. Behoorlijk besturen betekent dat overheden de mogelijkheden tot het creëren van een echte dialoog optimaal gaan aanwenden, hetgeen bijzondere vaardigheden als procesbegeleider vergt. Het dialoogbeginsel is dus een processueel BBB. Dialoog verschilt van inspraak en het horen van iemand in het kader van de hoorplicht, omdat daar de communicatie vooral eenzijdig verloopt: de burger mag zijn zeg doen, het bestuur neemt daar akte van, en betreft dit bij het nemen van de beslissing.

5. Het creativiteitsbeginsel

714. Mensen zijn creatieve wezens. Zij willen elk op hun manier hun scheppingskracht aanwenden, grenzen verleggen, hun stukje van de grote

(1872) Zie hierover K. WIERTZEMA, *Doelmatig communiceren. Basisprincipes*, Bussum, Coutinho, 2000, 120 p.

levenspuzzel leggen. Het is onbehoorlijk indien overheden deze creativiteit van de mens niet zouden aanspreken. Vermits creativiteit bezwaarlijk als een juridische verplichting kan worden opgelegd houdt het creativiteitsbeginsel niet zozeer in dat overheden *zelf* creatief moeten zijn bij het nemen van beslissingen, maar wel dat zij de processen die aan het nemen van een beslissing voorafgaan derwijze dienen te organiseren dat het creatieve potentieel dat aanwezig is in de samenleving maximaal aan bod komt. Een routinematige, bureaucratische aanpak die dodelijk is voor elke vorm van creativiteit, dient plaats te maken voor een aanpak waar verbeelding wordt gekoesterd, brainstorming wordt gestimuleerd, en alle ideeën en voorstellen – hoe gek ook – in een eerste fase worden geaccepteerd en pas later op hun haalbaarheid getoetst. In die optiek is het creativiteitsbeginsel een processueel BBB.

6. Het soepelheidsbeginsel

715. Dit beginsel houdt in dat overheden voor het gebruik van de vrije ruimte niet kiezen voor vaste structuren en procedures, maar naar gelang van de noodwendigheden van het moment en het project, en rekening houdend met de wensen van de maatschappelijke actoren, de meest passende vormen en processen kiezen om de inbreng vanuit de samenleving te laten komen. De overheid dient oog te hebben voor wat er spontaan ontstaat, voor wat er organisch groeit, en zij corrigeert waar nodig (bv. indien niet alle belangen vertegenwoordigd zouden zijn).

7. Het evenwichtsbeginsel

716. Waar het inclusiviteitsbeginsel vereist dat alles een plaats kan krijgen in de vrije ruimte, vergt het evenwichtsbeginsel dat dit bovendien op een evenwichtige wijze gebeurt. Er dient een evenwicht gezocht tussen materiële kwesties en zaken als verbondenheid, persoonlijke groei en zingeving. Diverse aspecten van onze menselijkheid (denken, voelen, doen en intuïtie) dienen in de vrije ruimte in balans te zijn. Er dient een evenwicht te bestaan tussen mannelijke en vrouwelijke accenten, enz. Bij het zoeken naar evenwichten is het goed zich af te vragen wat er gewicht legt in de schaal.

8. Het neutraliteitsbeginsel

717. Als begeleider van processen die zich in de vrije ruimte afspelen dient de overheid zich op te stellen als een onafhankelijke en onpartijdige partner en procesbegeleider. De overheid is neutraal.

9. Het vertrouwensbeginsel

718. In de vrije ruimte dienen overheden er alles aan te doen om het onderling vertrouwen tussen de maatschappelijke actoren onderling en tussen deze actoren en de overheid te herstellen en/of te versterken.

IV. Een kwestie van ingesteldheid

719. Tot slot nog dit. Behoorlijk besturen is geen kwestie van rechtsregels alleen. De vraag is niet zozeer welke de BBB zijn en hoe men ze kan sanctioneren, maar hoe men optimale omstandigheden kan scheppen voor de verwezenlijking ervan. Dat wat mensen doen, en vooral de wijze waarop ze het doen, zoals de wijze waarop zij besturen, is een afspiegeling van hun innerlijk. Om behoorlijk te besturen dient ook aan het innerlijk van de mens te worden gewerkt. Het primordiale beginsel van behoorlijk bestuur zou dus kunnen zijn: ken jezelf en werk aan jezelf. Dat is geen juridisch beginsel, maar het is goed dit inzicht niet uit het oog te verliezen. Behoorlijk besturen is meer een kwestie van *innerlijke motivatie* dan van BBB.

Om het potentieel van de vrije ruimte te kunnen waarmaken moet men als bestuurder heel wat in zijn mars hebben, zijn persoonlijke weg zijn gegaan. Hoe kan men bv. dialoog, persoonlijke groei, verbondenheid en zingeving stimuleren als men zelf op dat vlak nergens staat?

720. Cruciaal is dat bestuurders een hoog bewustzijn hebben bij hun dagelijks werk. Daar zijn tal van oefeningen voor. In bepaalde landen beginnen dergelijke oefeningen en praktijken stilaan ingang te vinden bij rechtsbeoefenaars, zij het voorlopig nog bij een minderheid. Onder de diverse voorbeelden vermelden we “The Law Program” van het “Center for Contemplative Mind and Society”. Het centrum helpt advocaten, rechters, professoren en studenten in verbinding te komen met hun diepste waarden en intenties, door meditatie, yoga, en andere contemplatieve en spirituele

praktijken (1873). Meer algemeen wijst KEEVA op het weldoend effect van meditatie voor rechtsbeoefenaars (1874). Het helpt onder meer om het denken in tegenstellingen te overstijgen en om de creativiteit te bevorderen en om klaarheid te scheppen over wat echt waar is in de meest fundamentele zin van het woord. Ook yoga heeft een weldoende invloed. Aangaande contemplatieve praktijken schrijft KEEVA: “*Another facet of their power, however, is only just starting to be understood and applied in our society: their ability to enrich communication, heal rifts, and unite people on a deep level to pursue a common goal*” (1875).

Misschien zullen sommigen dit ver gezocht vinden. Wij menen evenwel dat het geen kwaad kan om deze zaken te beproeven, om in openbare besturen cursussen en workshops op te zetten om met zulke zaken kennis te maken, en te zien welke effecten dit geeft. Wie weet ...

Slot

721. In deze bijdrage hebben wij getracht om een toekomstvisie te schetsen omtrent de evolutie van het openbaar bestuur en inzonderheid de BBB. Nogmaals, een visie is geen wetenschap en geen realiteit, en deze bijdrage pretendeert dan ook niet meer dan de verbeelding enigszins te prikkelen. Om een en ander in de praktijk vorm te laten krijgen – als men daarvoor al zou kiezen – dient met veel vallen en opstaan een hele zoektocht doorlopen te worden.

722. We maakten een onderscheid tussen de verschillende taken van de overheid en de daarop betrekking hebbende BBB. Vooral voor de creatieve taken menen wij dat voorafgaandelijk aan het nemen van beslissingen gebruik dient te worden gemaakt van wat wij de “*vrije ruimte*” hebben genoemd, dit is de ruimte waar de inbreng van de samenleving op een energieke, veelzijdige, diepgaande en creatieve manier aan bod kan komen. In die vrije ruimte stelt de overheid zich op als een samenwerkende partner van maatschappelijke actoren, en treedt zij op als hun coach, inspirator en begeleider van de dialoog. Zij heeft oog voor het materiële en het niet-materiële, het mannelijke en het vrouwelijke, ratio en gevoel, persoonlijke groei, zingeving en verbondenheid. Het spreekt voor zich dat in die vrije

(1873) <http://www.contemplativemind.org/programs/law>.

(1874) S. KEEVA, *o.c.*, 49-66.

(1875) *Ibid.*, 60.

ruimte andere behoorlijkheidsnormen gelden dan in het piramidale, formele rechtssysteem binnen hetwelk de uiteindelijke overheidsbeslissingen achteraf worden genomen.

723. Wij verhalen niet dat deze bijdrage werd geschreven vanuit een zekere bewogenheid. Onze droom is immers dat er in de wereld van het recht in het algemeen en het bestuursrecht in het bijzonder, heel geleidelijk aan verdere stappen worden gezet in de richting van verbondenheid, persoonlijke groei en zingeving. Wij hopen dat het bestuursrecht kaders en mogelijkheden gaat scheppen om ieder individu vanuit zijn unieke en onmisbare inbreng mee te laten bouwen aan de “polis” en, meer algemeen, de grotere levensgehelen waarvan hij deel uitmaakt. Wij zouden het mooi vinden indien openbare besturen er op hun manier kunnen toe bijdragen dat mensen samen op weg gaan in een gezamenlijke zoektocht waarin zij door diepe dialoog tot onderling begrip komen. Wij zouden het een rijkdom vinden indien in de relatie tussen burger en bestuur niet alleen materiële kwesties, maar ook niet-materiële kwesties aan bod kunnen komen, of indien het rationele zou kunnen worden aangevuld met het gevoelsmatige en het intuïtieve. Het zou geweldig zijn mochten openbare besturen niet alleen een brug helpen slaan van wettigheid naar rechtmatigheid, maar ook van wettigheid naar gerechtigheid. Wie weet kan een verdere evolutie van de BBB daaraan meehelpen. Als we onze scheppings- en verbeeldingskracht aanspreken is er ontzettend veel mogelijk ...