

JURISDICTIONELE RECHTSBESCHERMING TEGEN DE OVERHEID: IS MONISME DE REMEDIE?

De jurisdictionele rechtsbescherming tegen de overheid vertoont leemten. Deze worden toegeschreven aan het naast elkaar bestaan van gewone rechtbanken en administratieve rechtscolleges. Het daarbij als oplossing voorgestane monisme blijkt echter meer problematisch dan verwacht. Aan de andere kant leent het geldende pluralistisch systeem zich ongetwijfeld nog tot verbeteringen.

I. DE AANLEIDING

Met meer dan gewone interesse hebben we kennisgenomen van de bijdrage «De volmaakte rechtsstaat» van A. Coppens in het *Rechtskundig Weekblad* van 12 april 2003.¹

Daarin wijst de auteur onder meer op de deficiënties van de jurisdictionele rechtsbescherming tegen onrechtmatig overheidsop treden. Hij schrijft deze in hoofdzaak toe aan het in België bestaande jurisdictionele pluralisme waarbij de voormelde rechtsbescherming zowel aan de gewone rechtbanken als aan administratieve rechtscolleges is toevertrouwd. De auteur schetst een somber beeld: hij spreekt van chaos, traagheid, tegenstellingen tussen de rechtspraak van die onderscheiden gerechten, onder meer op het gebied van de onteigeningen, het onderwijs en de overheidsopdrachten. Hij hekelte tevens het onderscheid objectieve/subjectieve rechtspraak met het daaruit voortvloeiend problematisch naast elkaar bestaan van twee kort gedingen tegen de overheid, één voor de Raad van State en één voor de gewone rechter.

Hoewel een dergelijke vaststelling voor ondergetekende, als lid van het voormelde administratief rechtscollege, niet echt prettig aanvoelt, kan de *diagnose* van de auteur grotendeels worden bijgevallen: de bedoelde rechtsbescherming is op een aantal punten inderdaad gebrekkig. Het beeld kan wel meteen worden bijgekleurd: zo zijn bijvoorbeeld de spraakmakende gevallen *Zoete* en *Lavent* bezwaarlijk representatief voor de gedingen die de Raad van State behandelt. Voorts wordt de Raad, die inderdaad vaak de rechter-schildpad is, geregeld toch ook een supersnelle haas: met toepassing van de regelen inzake kennelijk (on)gegronde of onontvankelijke verzoekschriften en zeker in schorsingszaken ingeleid bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Daarbij houdt de Raad zelfs af en toe zitting tot in het holst van de nacht – meer bepaald in vreemdelingenzaken – en probeert hij aldus de volmaakte rechtsstaat waar te maken. Dat wil helemaal niet zeggen dat een dergelijke aanpak voor een hoogste rechtscollege een na te streven goed is. In de fabel won de schildpad het overigens van de haas. Ten slotte verplicht lang niet elk onderdeel van de geschillen voor de Raad van State de betrokken partijen tot een spelletje rechtbankzoeken.

Kan de diagnose grotendeels worden bijgevallen, de door A. Coppens voorgestane *remedie* verdient in elk geval nader

onderzoek. Hij pleit immers onomwonden voor een radicaal monisme, waarbij de gehele bestuursrechtspraak, ook die welke nu bij de Raad van State ligt, wordt toevertrouwd aan de gewone rechtbanken, en dit vanaf het niveau van de eerste aanleg tot en met de voorziening bij het Hof van Cassatie. Ondergetekende zou, als lid van de Raad van State, afdeling administratie, daarbij een van diegenen zijn die volgens die auteur van hun «koudwatervrees» voor een dergelijke hervorming moeten worden ontdaan.

Zijn voorstel sluit aan bij een monistische stroming, die onder meer wordt vertegenwoordigd door een aantal academici en waarvan de bedding wellicht is gelegd door P. Van Orshoven.² Die bedding is verbreed door S. Lust³ en C. Berx.⁴ Een nieuwe generatie monisten dient zich reeds aan.⁵

Hun sirenegezing heeft blijkbaar ook al sommige politici verleid tot het monisme⁶ en de Vlaamse Juristenvereniging overtuigd van de weldaden ervan.⁷ Ook bij voorstellen voor een «Vlaamse Justitie» duikt het monisme

² Onder meer in «Administratieve rechtbanken? Ja en neen. Pleidooi voor jurisdictioneel monisme», *R.W.*, 1994-95, 897 en «Spanning tussen norm en normdoel. Een voorbeeld uit het administratieve contentieux» in *De norm achter de regel*, reeks *Hommage aan Marcel Storme*, I, Deurne, Kluwer, 1995, 21. R. DE CORTE beaamt deze visie en pleit voor meer monisme, ook binnen de gewone rechtsorde in «Eenheidsrechtbank naar af?», *De Juristenkrant*, 15 maart 2002, 2.

³ *Rechtsherstel door de Raad van State in Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, Die Keure, 2000, nr. 261.

⁴ *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000, nr. 1399.

⁵ C. DE ROY noemt zich een «hevig voorstander» van het monisme: «Visie op de verhoudingen tussen burger en bestuur enerzijds en tussen bestuur en rechter anderzijds, en de gevolgen hiervan op de organisatie van het administratief contentieux. Een rechtsvergelijkende analyse», *Jura Falconis*, 2002-03, 438.

⁶ Zie bijvoorbeeld het amendement van H. VANDENBERGHE en J. D'HOOGHE bij het wetsontwerp tot wijziging van sommige aspecten van de wetgeving met betrekking tot de inrichting en de werkwijze van de afdeling wetgeving van de Raad van State, waarin zij de bevoegdheid van de Raad van State, afdeling Administratie, alvast inschrijven als een 34^o van art. 569 Ger. W., namelijk als een van de bevoegdheden van de rechtbank van eerste aanleg (*Parl.St.*, Senaat, 2002-03, nr. 2-1426/3).

⁷ In een memorandum naar aanleiding van de laatste regeringsvorming luidt het «De Vlaamse Juristenvereniging opteert verder resoluut voor de oprichting van een administratieve rechtbank, in de schoot van de rechterlijke macht (als afdeling van de 'arrondissementsrechtbank'). De bestuursrechtspraak wordt dan onttrokken

¹ *R.W.* 2002-03, 1241-1254. De bedenkingen daarbij verbinden alleen onszelf en niet de Raad van State, waarin we het ambt van kamervoorzitter bekleden.

op.⁸ Vooralsnog lijkt het monisme echter enkel in de Vlaamse rechtswereld 'bon ton'.⁹ Uit het laatste federale regeerakkoord is in elk geval niet af te leiden dat een politieke meerderheid in België achter de optie van het monisme staat en die ook wil doorvoeren: in de rubrieken over het gerecht is daarvan geen sprake en de Raad van State komt enkel even te berde in zoverre deze in het raam van de asielprocedures moet worden geholpen om zijn achterstand weg te werken.¹⁰

Het lijkt zinvol dat wie het bestaande dualisme in de bestuursrechtspraak wil slopen, vooraf een virtuele tocht maakt doorheen de monistische rechtsordering die zou voortvloeien uit de voornoemde voorstellen. Hij dient ook na te gaan of de door A. Coppens en anderen gesignaleerde onvolmaaktheden niet te verhelpen zijn door enkele aanpassingen van het huidige dualisme. Die tweevoudige denkoefening is hieronder verricht. Ongetwijfeld zullen de daarbij geformuleerde voorstellen op hun beurt voor verbetering vatbaar zijn of zelfs kunnen worden afgewezen. Het zijn dan ook niets meer dan vooral op praktijkkennis gebaseerde denksporen. Zij verbinden alleen ondergetekende, die, toegegeven, een gerenoveerd gebouw meestal ook aantrekkelijker vindt dan een nieuwbouw na slooping. Overigens lijkt bekendheid met een bestaande – weliswaar onvolmaakte – rechtbankstructuur op zichzelf reeds een gegeven dat de rechtszekerheid dient en dat niet te snel overboord moet worden gegooid. Met gekende gebreken gaat men immers gemakkelijker om dan met nieuwe onvolmaaktheden. Zoals hierna nog zal blijken, kan ook de door de monisten gewenste – nieuwe – eenheidsstructuur voor enige onverwachte kwade kanten zorgen.

Er moet ten slotte nog worden gewaarschuwd voor een mogelijke misvatting: het is niet omdat het monisme hier kritisch wordt onderzocht en «dualistische» alternatieven worden voorgesteld, dat in die verschillende benaderingen een fundamentele tegenstelling moet worden gezien. Niets is minder waar: de vertegenwoordigers van beide strekkingen zijn geallieerden die vanuit een hoger perspectief aan dezelfde kant staan in de strijd voor een betere rechtsstaat.

aan de Raad van State die uitgebouwd wordt als een centrum voor wetgevingstechniek en wetgevingsexpertise»: (*De Juristenkrant*, 4 juni 2003, 10).

⁸ P. VAN ORSHOVEN, «Wat we zelf beslechten, beslechten we beter! – Enkele krachtlijnen voor een Vlaams gerechtelijk decreetboek» in *Defederalisering van Justitie – Staatsrechtconferentie 2002*, Vlaamse Juristenvereniging, Brussel, Larcier, 2003, 113.

⁹ Matthias STORME vermeldde dit verschil in zienswijze reeds als een van de voorbeelden van de manier waarop inzake het gerechtelijk recht anders wordt gedacht boven en onder de taalgrens, stellende dat «aan deze zijde» velen de fusie wensen van de verschillende rechtbanken – tot en met de administratieve rechtbanken toe – maar «aan gene zijde niet» («Een Vlaamse Justitie?», *R.W.*, 2000-01, 1113). Hij pleit meteen voor: «Hevel ambtenaren geschillen over naar gewone rechter» in *De Juristenkrant*, 23 oktober 2002, p. 2. Ook A. COPPENS wijst op het verschil (*o.c.*, nr. 32).

¹⁰ Regeerakkoord, Bijlage bij *De Standaard* van 18 juli 2003, 10 en 13.

II. DE MONISTISCHE RECHTSORDENING

A. Reglementaire en individuele bestuurshandelingen

In monistische voorstellen wordt de bevoegdheid¹¹ van de Raad van State om de uitvoering van bestuursbeslissingen te schorsen en deze beslissingen nietig te verklaren, in de regel toebedeeld aan een rechtbank die op arrondissementeel niveau zitting houdt. Het onderscheid tussen individuele en reglementaire beslissingen wordt daarbij doorgaans niet gemaakt, zodat die toewijzing van rechtsmacht bij veronderstelling ook reglementaire besluiten betreft. In dat geval is de volgende situatie te verwachten: de nietigverklaring wordt gevorderd van bijvoorbeeld een koninklijk besluit, dat geregeld door territoriaal verspreide besturen wordt toegepast, voor een aantal rechtbanken tegelijk, door dezelfde of door verschillende verzoekende partijen – laten we rechters nemen in Veurne, Hasselt, Brussel, Namen en Luik. Zulks is mogelijk op grond van verzoekschriften (of zullen het in het monistische bestel dagvaardingen zijn?) met identieke rechtsmiddelen, bijvoorbeeld ingediend door eenzelfde advocaat die optreedt voor een beroepsvereniging die landelijk actief is. Er wordt nietig verklaard te Veurne en te Luik, maar niet in de andere rechtbanken. In beroep volgen de Hoven van Beroep van Gent en Luik de eerste optie, de Hoven van Brussel en Antwerpen de andere. In alle zaken worden voorzieningen bij het Hof van Cassatie ingesteld. De uitspraken van Gent en Luik worden vernietigd door het Hof.

Ondertussen zit de overheid met een probleem: diverse rechterlijke uitspraken, die zij in een rechtsstaat geacht wordt na te leven, geven gedurende de aanzienlijke doorlooptijd van die procedures andere invullingen aan de rechtmatigheid van haar reglementair besluit. Concreet wordt dat besluit krachtens uitspraken van bepaalde rechters in zijn tenuitvoerlegging belemmerd door schorsing of zelfs uit de rechtsorde weggenomen *erga omnes* en met terugwerkende kracht. Andere rechters laten zijn uitvoerbaarheid echter onverlet en verwerpen rechtsgronden waaruit de eerdergenoemde rechters wel zijn onrechtmatigheid hebben afgeleid. Mogelijkerwijze herleeft het dan toch nog niet.¹² Na de voornoemde uitspraken van het Hof van Cassatie zou het wel kunnen herleven. In dergelijke omstandigheden zal het monisme de rechtsonzekerheid prolifereren in plaats van ze op te heffen.

De optie van het radicale monisme vergt bijgevolg toch bijzondere regelen inzake de toebedeling van geschillen betreffende de reglementaire besluiten aan één welbepaalde rechtbank.¹³

Die behoefte aan bijzondere regelen is er evenzeer wat betreft de rechtsgevolgen van nietigverklaringen en schor-

¹¹ Het is deze term die doorgaans lijkt te worden gebruikt ingeval het gaat om annulatie en schorsing. Hierna wordt over «rechtsmacht» gesproken als de verdeling van rechtspraak over de gewone en de administratieve rechters wordt bedoeld. Die keuze is louter conventie. Nadere reflectie over de juiste draagwijdte van het begrip rechtsmacht bieden S. LUST, *o.c.*, 216, en C. BERX, *o.c.*, 109.

¹² In de veronderstelling dat in dat systeem één nietigverklaring door een rechter volstaat om het besluit (voorlopig) uit de rechtsorde weg te nemen, ongeacht latere «geldigverklaringen» door andere rechters.

singen. Die van de gewone procedure afwijkende regelgeving moet ertoe strekken een zo groot mogelijke rechtszekerheid rond overheidsbeslissingen te vrijwaren. Heden kan weliswaar de toetsing van reglementaire besluiten door de gewone rechtbanken op grond van art. 159 van de Grondwet ook tot uiteenlopende rechtspraak leiden betreffende de rechtmatigheid van een reglementair besluit. Bij gebrek aan werking *erga omnes* is zulks ook wel een probleem voor de betrokken overheid, maar dan toch een van een mindere orde. Men moet toegeven dat ook de gevolgen van de rechtsfiguren van schorsing en nietigverklaring bij de Raad van State voor de betrokken partijen niet altijd even duidelijk zijn.¹⁴ De waarborg van een beoordeling door eenzelfde instantie – de Raad – is echter in elk geval een aanzienlijk winstpunt¹⁵ en eigenlijk zelfs een monistisch element binnen de dualistische rechtsorde.

Niet alleen wat reglementaire besluiten betreft, maar evenzeer inzake individuele bestuursbeslissingen lijkt het niet wenselijk dat verschillende rechterlijke uitspraken de rechtmatigheid van vergelijkbaar overheidsoptreden anders inschatten, bijvoorbeeld als tuchtstraffen ten gevolge van eenzelfde staking van ambtenaren door een rechtbank te Brugge onrechtmatig zouden worden bevonden en door rechtbanken te Antwerpen of te Luik niet.

Divergerende rechtspraak bij verwante geschillen tussen particuliere gedingvoerende partijen is voor het rechtsgevoel van de betrokkenen al behoorlijk frustrerend. Voor een overheid is divergentie in de bestuursrechtspraak, zoals blijkt uit bovenstaande voorbeelden, ook een groot praktisch probleem. Bovendien is er nog een bezwaar. Het – curatief – beschermen van belangen en rechten van specifieke burgers is weliswaar steeds meer de doelstelling van de Belgische bestuursrechtspraak. Deze rechtspraak heeft echter ook nog een andere doelstelling, die ze gemeen heeft met alle rechtspraak, namelijk een «finale» arbiterrol die bijdraagt tot de uiteindelijke, rechtszekere handhaving van het materiële recht.¹⁶ Als die arbiterrol niet optimaal wordt ingevuld ten gevolge van teveel divergerende rechtspraak, straalt zulks negatief af op het overheidsoptreden zelf. Dat lijkt dan immers willekeurig over te komen, want niet op

«rechtszekere» wijze op het recht gestoeld. Lang geen volmaakte rechtsstaat dus.

B. Afschaffing van de Raad van State

Het volgende probleem dat voortvloeit uit het voorgestelde radicale monisme is dat ook de Raad van State verdwijnt als hoogste administratieve rechtbank. Niet dat een instelling op eeuwig bestaansrecht mag hopen, maar door de samenloop van een aantal gegevens is de Raad heden een uniek kennis-en beslissingscentrum. Daarvoor zorgen in de eerste plaats de strenge toelatingsvoorwaarden, waaronder vooral een vergelijkend examen voor het ambt van auditeur, dat mede de invulling van de zetel bepaalt.¹⁷ Voorts zijn er de aanzienlijke specialisatiegraad van de meeste magistraten, de samenwerking tussen Nederlandstaligen en Franstaligen, de verregaande informatisering, het voorhanden zijn van het coördinatiebureau en een ervaring van meer dan vijftig jaar in Belgische bestuursrechtspraak. Al deze elementen lijken moeilijk te kunnen worden «herschapen» op een niveau van eerste aanleg, in veelvoud dus, en dan nogmaals op het niveau van de hoven van beroep. Het is bovendien de vraag of de onderscheiden rechters van eerste aanleg en zelfs van de hoven van beroep, zonder al de voormelde opportuniteiten, in hun houding tegenover overheden even onafhankelijk zullen overkomen als de Raad van State.¹⁸

Verbeelde men zich even de alleensprekende voorzitters in kort geding die, in voorkomend geval zelfs bij uiterst dringende noodzakelijkheid, worden gevraagd hetzij om vergunningen te schorsen voor megaprojecten zoals windmolens op zee of havenuitbreidingen, hetzij om beslissingen te nemen waardoor taalhoffelijkheidsakkoorden, politiek genegotieerde politiestructuren, verdelingen van bestuursmandaten in federale instellingen of toewijzingsbeslissingen van overheidsopdrachten ter waarde van miljarden euro's op de helling komen te staan. Verre van te beweren dat het huidige korps van deze rechters dergelijke zaken niet behoorlijk zou kunnen behandelen, is het wel zo dat die dossiers zich dan wel tussen tal van dossiers bevinden uit geheel andere rechtsdomeinen. In tegenstelling tot die rechters, behandelt de Raad van State alleen maar geschillen met de overheid. Voorts kan, zelfs zonder verzoek van partijen, de Raad belangrijke schorsingsprocedures in een kamer met drie magistraten behandelen, waardoor de uitspraak alvast niet of moeilijker aan enige politieke affiliatie van die magistraten kan worden verbonden.¹⁹ Ten slotte beschikken de alleensprekende staatsraden door middel van het verslag of het advies van het optredend lid van het auditoraat steeds over de visie van een andere, in de betrokken sector vaak ervaren ma-

¹³ Zelfs S. LUST maakt reeds een uitzondering voor reglementaire besluiten die zij in het door haar voorgestane monisme toch het liefst beoordeeld ziet door welbepaalde rechtbanken (*o.c.*, 169).

¹⁴ Hetgeen leidt tot uitvoerige studies daaromtrent (b.v. J. LUST, «De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State», in *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, I. OPDEBEEK (red.), Brussel, Die Keure, 1997, 107-151).

¹⁵ Allereerst leidt een nietigverklaring van een reglementair besluit door een Kamer van de Raad tot de vaststelling, door een andere Kamer die een beroep behandelt tegen hetzelfde besluit, dat dit tweede beroep geen voorwerp meer heeft. Voorts zijn er proceduretechnieken om binnen de Raad van State tot eenheid van behandeling en uitspraak te komen. Er is aldus de verwijzing van verknochte zaken naar een bepaalde Kamer in art. 61, 2^o, van de gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State – hierna «R.v.St.-wet» – en in art. 60 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State – hierna «algemeen procedurereglement». Er is ook de verwijzing naar de algemene vergadering van de afdeling Administratie om de eenheid van rechtspraak te verzekeren (art. 92 R.v.St.-wet).

¹⁶ Door als een soort mantra te herhalen dat de bescherming van het objectieve recht, bijvoorbeeld in een «objectief geschil», neerkomt op de bescherming van subjectieve rechten, «vermits het objectieve recht en het subjectieve recht de keerzijden zijn van dezelfde medaille» dreigt men deze taak van de bestuursrechtspraak enigszins onder de mat te vegen (citaat naar S. LUST, *o.c.*, nr. 11).

¹⁷ Art. 70, § 2, derde lid, en art. 71, § 1, R.v.St.-wet.

¹⁸ We sluiten niet uit dat dit niet de perceptie van de lezer is. Zonder statistische onderbouw is het enkel maar een veronderstelling dat een gecentraliseerd, enig rechtscollege zoals de Raad van State, onafhankelijker wordt ingeschat dan «lokale» rechters.

gistraat. Die verschillen tussen de twee rechtersgroepen lijken significant genoeg om ze te vermelden.

Ondanks de hierboven vermelde kenmerken die zijn onafhankelijkheid mede ondersteunen, blijkt de Raad van State toch nog vrij hinderlijk over te komen voor de politieke gezagsdragers en besturen die zich niet steeds loyaal neerleggen bij zijn arresten.²⁰ En zulks terwijl de Raad in zijn schorsingsrechtspraak aan de beperkende voorwaarden van een ernstig middel en een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is gebonden.²¹ De gewone kortgedingrechter daarentegen mag een bewarende maatregel reeds bevelen bij urgentie, na belangenafweging en bij dreigende schade.²² Het lijkt niet uitgesloten dat gewone rechters in kort geding, niet gebonden aan de voormelde twee voorwaarden, met schorsingen de politieke gezagsdragers en het bestuur in hun werking nog meer gaan hinderen, hetzij omdat die rechters zich af en toe op minder bekend terrein moeten begeven, hetzij omdat zij hun gezag als «kleine» rechters over die anders zo almachtige politieke en bestuurlijke overheden in een «krachtige» uitspraak willen doen voelen.²³ Hiermee is niet gezegd dat er in een rechtsstaat naar gestreefd moet worden dat die overheden zo weinig mogelijk door rechterlijke uitspraken worden gehinderd. Evenmin moet de voormelde vrees worden uitgelegd als

¹⁹ Art. 90, § 2 en 3, R.v.St.-wet. We hebben persoonlijk de indruk – onder meer vanuit onze vroegere advocatenpraktijk – dat vele burgers er helaas van overtuigd blijven dat rechters hun beslissingen door politieke druk laten beïnvloeden. Wie het pleit voor de rechter heeft verloren, noemt het proces – het wordt zelfs een cliché – wel eens «een politiek proces» (zie recentelijk N. SLANGEN, campagneleider van een politieke partij, in een reactie op zijn strafrechtelijke veroordeling: *De Standaard*, 8 januari 2004, 2).

²⁰ En hun kritiek niet sparen (zie D. VERBIEST, «Over boze bestuurders en hun rechters», *R.W.*, 2000-2001, 565). Gewezen Vlaams Minister van Economie J. GABRIËLS formuleerde ooit in een interview deze voor de rechtsstaat onvriendelijke gedachte: «De Raad kiest inderdaad vaak voor de indiener van de klacht en niet voor de overheid. Ik hoop dat de magistraten van de Raad van State weten dat zij worden betaald met de welvaart die de economie tot stand brengt. En dat ze evenveel burgerzin aan de dag leggen als de gewone burger om de vrede in het huishouden te bewaren. Dat is soms belangrijker dan juridisch gelijk te krijgen.»: *De Standaard*, 25-26 mei 2003, p. 39. Gewezen partijvoorzitter M. VAN PEEL vond dan dat de Raad van State «roet in het eten gooit» wanneer «de politiek» dan al eens «een beslissing met brede consensus» neemt en acht hem «in zekere zin» mee verantwoordelijk voor de «verzuring» (*Knack*, 10 oktober 2001). Die voorbeelden zijn willekeurig gekozen.

²¹ Art. 17, § 2, eerste lid, R.v.St.-wet.

²² Cass., 4 februari 2000, *R.W.*, 2000-01, 813, met overigens goedkeurende noot van Marcel STORME, «Kort geding omdat het moet». Hij schrijft: «Legaliteitscontrole en motiveringsplicht worden hier dus meteen overboord gegooid». Een voorbeeld van een uitspraak in kort geding waarbij «subjectieve rechten» ruim worden ingevuld als «het recht van de VZW om haar maatschappelijk doel te verwezenlijken, het recht om een feitelijkheid van het bestuur ongedaan te maken en het recht op de uitvoering van de toestemming die haar was gegeven om een plechtige zitting te houden in het stadhuis» (Kort.ged. Rb. Brussel, 16 oktober 2002). Commentaar door S. LUST in *De Juristenkrant*, 20 november 2002, p. 6. Dezelfde auteur besprak ook reeds een verbod in kort geding om een verordening uit te voeren, althans wat de daarin vervatte sancties betreft (Brussel, 2 november 2001) («Ook gewone rechter kan halt toeroepen aan koninklijk besluit», *De Juristenkrant*, 21 november 2001, p. 1).

steun voor de stelling dat wantrouwen tegenover de gewone rechter²⁴ een sterk argument voor dualisme is. Het gaat er veeleer om dat overheidsrechters liever meer dan minder natuurlijk gezag kunnen uitstralen.²⁵

C. Snelle rechtspraak

Ten slotte de verzuchting van al wie begaan is met de werking van de rechtsstaat: een snelle rechtspraak. In het radicale monisme krijgt een annulatie dossier in het slechtste geval een behandeling door een rechtbank van eerste aanleg, door drie hoven van beroep en neemt het Hof van Cassatie er tweemaal kennis van. *De lege lata* is het al hoogst uitzonderlijk dat de Raad van State een annulatiegeding meer dan eenmaal moet behandelen, omdat tussenkomsten van het Hof van Cassatie, geadieerd omtrent een voorziening die uiteindelijk aanleiding geeft tot een nieuwe behandeling door de Raad, schaars zijn.²⁶ De gemiddelde doorlooptijd van een annulatie dossier bij de Raad van State is helaas onverantwoord lang.²⁷ Kan echter worden verwacht dat de meertrap procedure tijdswinst zal opleveren? Laten we niet vergeten dat de Raad van State juist een sterk gespecialiseerde overheidsrechter is, en ook die blijkt niet bij machte de geschillen snel af te wikkelen.²⁸

Voorts, wat de schorsingsprocedure betreft – zoals gezegd een enige procedure waartegen in principe geen voor-

²³ Men kan – slechte – inspiratie vinden in strafzaken, waarin rechters hetzij in hun vonnissen hetzij ter terechtzitting, zich laten verleiden om allerlei opinies te uiten over het optreden of het niet optreden van overheden. F. EVERS deelt onze opvatting terzake («Rechters en pers: gedoemd tot evenwichtsoefeningen», *De Juristenkrant*, 28 juni 2002, p. 2).

²⁴ C. BERX schrijft dat aan de basis van een dualistisch systeem doorgaans een groot, maar zelden geëxpliciteerd wantrouwen ligt van de uitvoerende macht tegenover de rechterlijke macht (*o.c.*, nr. 132).

²⁵ Een goed voorbeeld: in Nederland is er slechts een «vice-president» van de Raad van State en geen voorzitter, omdat het Staatshoofd formeel voorzitter is. Het is daar zelfs de enige staatsinstelling waarvan de Koning deel uitmaakt en die zelfs het koninklijk gezag waarnemend uitoefent (K. BRINK en A.M.J. HEIJMANS, «De Raad in kort bestek» in *De Raad van State. Een stand van zaken*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 1-15; art. 38 en 74 van de Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden 2002).

²⁶ Uit het betrokken griffieregister blijkt dat per 2 oktober 2003 slechts 77 cassatievoorzieningen zijn aanhangig gemaakt, waarvan er 25 tot cassatie hebben geleid.

²⁷ In het gerechtelijk jaar 2002-03 zijn nog een aantal arresten uitgesproken tien jaar na het inleiden van het verzoekschrift tot nietigverklaring. De lange duur van de procedure is te wijten aan onder meer de sterk opwaarts fluctuerende instroom: in 1999-2000 werden 12 726 verzoekschriften ontvangen, in 2000-01 waren het er 22 535, in 2001-02 ging het naar een voorlopig maximum van 26 550 om in 2002-03 te dalen naar een blijvend hoog niveau van 23 110. Algemene statistieken betreffende rechtbankactiviteiten zijn weliswaar erg misleidend, omdat de gebruikte eenheid van verzoekschrift – of de eenheid van zaak – telkens een variabel gewicht in werklast vertegenwoordigt. Uit ervaring menen wij bijvoorbeeld dat een vreemdelingendossier op dat punt nog geen tiende vertegenwoordigt van een niet-vreemdelingendossier. Zo zou voor de eerstgenoemde twee gerechtelijke jaren de stijging van 3 470 naar 4 024 verzoekschriften in niet-vreemdelingenzaken wellicht wel eens een grotere stijging in werklast kunnen vertegenwoordigen dan de stijging van 9 256 naar 18 511 verzoekschriften in vreemdelingenzaken.

ziningen openstaan,²⁹ – is deze voor de Raad, in tegenstelling tot het kort geding bij de gewone rechters, normalerwijze in hoogstens enkele maanden afgerond. Het radicale monisme met zijn meertrapse behandelingen dreigt aldus de verzuchtingen van snellere rechtspraak niet te zullen inlossen,³⁰ tenzij dit monisme natuurlijk weer voorziet in afzonderlijke regelen voor verzoekschriften tot schorsing en nietigverklaring van overheidsbeslissingen die behandelingstrappen zouden uitschakelen. Men kan daarbij bijvoorbeeld denken aan cassatieprocedures met verplichte precedentwaarde, zoals er heden in art. 15 en 33 R.v.St.-wet zijn geregeld. Maar dergelijke afwijkingen van de «gewone» gerechtelijke procedure doen dan weer afbreuk aan de wensdroom van de eenheid van procedure.

D. Verwerende partijen

Nog andere klippen doemen op aan de einder van het monisme. Een aanzienlijk voordeel van de huidige annulatieprocedure is dat de verzoekende partij zich niet erg moet bekommeren om de aanwijzing van de verwerende partij. Het is de Raad van State zelf die deze uiteindelijk aanwijst. Dit is begrijpelijk, omdat binnen die procedure de Raad wezenlijk enkel dient te bepalen of een bestuurs-handeling in de rechtsorde mag worden ten uitvoer gelegd (schorsingsprocedure) dan wel of ze mag bestaan (annulatieprocedure). Van welke overheid die handeling uitgaat, is daarbij een kwestie van ondergeschikt belang.

De Raad dient, in tegenstelling tot de gewone rechter ten gronde, in de annulatieprocedure alvast geen partij te vinden die hij uitdrukkelijk moet veroordelen tot het nakomen van een rechtsplicht.³¹ Bij de gewone rechter moet een eiser vooralsnog een overheid identificeren, die zonder dubbelzinnigheid de juiste verwerende partij is, en die daarenboven over rechtspersoonlijkheid beschikt. Dit is

²⁸ De voormelde stijging van het zaakaanbod zowel wat verzoekschriften tot nietigverklaring als tot schorsing betreft, is een van de oorzaken. Daarbij komt nog een steeds verhogende complexiteit van vele zaken, te wijten aan onder meer de invloed van de bevoegdheidsherverdelingen hetzij naar de deelgebieden binnen de Belgische context hetzij naar het Europese supranationale niveau en de daarmee gepaard gaande vermenigvuldiging van prejudiciële vraagstellingen aan het Arbitragehof en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Daartegenover staan een niet verhoudingsgewijze uitbreiden en aanpassen van omkadering en logistiek, het gebrek aan flexibiliteit tussen Nederlandstalige en Franstalige kaders, de trage invulling van vacatures voor magistraten en griffiers en voorts een vrij groot verloop van de contractuele personeelsleden.

²⁹ Een voorziening bij het Hof van Cassatie uitgezonderd. Van de laatste twaalf voorzieningen waren er zelfs zeven gericht tegen een uitspraak over een vordering tot schorsing. Op die twaalf voorzieningen werd cassatie uitgesproken in een arrest van 19 december 1997 (C.97.0279).

³⁰ F. DELPÉRÉE uitte zelfs bij de – dualistische – optie tot decentralisatie van de bestuursrechtspraak eenzelfde twijfel («De Grondwet en de Raad van State» in *Vijftig jaar Raad van State*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 89).

³¹ Hoogstens wat betreft de veroordeling tot een dwangsom, de kosten en een geldboete wegens kennelijk onrechtmatig beroep, lijkt een dergelijke verwerende partij een noodzakelijke procespartij. Enkel een rechtspersoon, die over een eigen vermogen beschikt, kan immers worden aangesproken bij een dergelijke veroordeling (zie onder meer F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private*

niet steeds een gemakkelijke opdracht in een rechtsorde met een reusachtig instellingenaanbod, waarbij bovendien het overheidsgehalte van vele van die instellingen moeilijk te bepalen is.³² Een aantal gedingen zouden aldus, terwijl ze nu voor de Raad van State tot een behandeling zullen leiden, met toepassing van de gewone gerechtelijke procedure door de gewone rechter niet ontvankelijk moeten worden verklaard. Dit is dus een minder volmaakte rechtsstaat, indien aan de monistische droom van eenheid van procedure wordt vastgehouden, tenzij, opnieuw, bijzondere regels worden ingevoerd die afbakenen welke overheidsgeledingen in de bijzondere context van bestuursrechtspraak met annulatie en schorsing, als «verwerende partijen»³³ mogen worden beschouwd.

E. Territoriale bevoegdheid

Het radicale monisme kan ook verstrekkende gevolgen hebben voor bepaalde rechtbanken. Indien de territoriale bevoegdheid van de rechtbank in principe zou worden bepaald aan de hand van de gemeente waar de verwerende partij is gevestigd, wacht sommige rechtbanken een flukse aangroei van hun zaakaanbod: de vreemdelingengeschillen bijvoorbeeld³⁴ zullen de reeds erg bevroegde rechtbank van eerste aanleg te Brussel nog meer belasten, zeker gezien het gewicht van de vele kort gedingen.³⁵ Daarbij is er heden voor de Raad van State zelfs een aanzienlijk aantal dat bij uiterst dringende noodzakelijkheid³⁶ wordt ingesteld, en waarvan er heel wat in het weekend en sommige zelfs bij nacht en ontij worden behandeld. In een recent hernomen – weliswaar dualistisch – wetsvoorstel, dat in vijf administratieve rechtbanken voorziet, wordt alvast het voormelde criterium aangewend om de toewijzing van de zaken over die rechtbanken te bepalen.³⁷ In elk geval mogen moeilijkheden worden verwacht betreffende territoriale bevoegdheden. Bij de gewone rechter rijzen ze frequent.³⁸ Ze zijn nauwelijks bekend bij de Raad van State.³⁹

rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak, doctoraatsproefschrift U.Gent, 2003, onuitgegeven, 128).

³² Zie het voormelde proefschrift en hieronder de discussie rond het begrip «administratieve overheid» in art. 14 R.v.St.-wet.

³³ Die term en de term «tegenpartij» worden in de R.v.St.-wet door elkaar gebruikt: zie art. 21 versus art. 37. In het algemeen procedurereglement is enkel sprake van «tegenpartij». Juist wegens de bijzondere aard van deze procesactor voor de Raad van State kan de laatste term iets accurater overkomen.

³⁴ In de jaren 2001-02 en 2002-03 goed voor respectievelijk 22 545 en 19 571 verzoekschriften, of telkens 85 % van het totale aantal.

³⁵ In dezelfde jaren: 10 717 en 9076 verzoekschriften.

³⁶ In dezelfde jaren: 1029 en 1010 verzoekschriften.

³⁷ Wetsvoorstel van C. NYSENS e.a., betreffende de instelling, de organisatie, de bevoegdheden en de werkwijze van de administratieve rechtbanken, *Parl.St.* Senaat, B.Z. 2003, nr. 3-124/1.

³⁸ En nopen ze tot aanpassingen van het Gerechtelijk Wetboek: een recent voorbeeld inzake beslagen is de wet van 8 april 2003, besproken in *R.W.*, 2003-04, 553, randnr. 2.

F. Conclusie

Het is duidelijk dat de voormelde bezwaren tegen een radicaal monisme verholpen kunnen worden. In de procedureregelingen van staten waarin monistische stelsels⁴⁰ gelden, kan daartoe inspiratie worden gezocht. Schrijver dezes wilde enkel aantonen dat in de Belgische context nogal lichtvaardig voor dat radicale monisme wordt gepleit, als een wonderoplossing, zonder dat de reële consequenties ervan volledig in rekening worden gebracht. Aldus lijkt het pleidooi voor monisme vaak een sirenengezang. De quantumsprong naar het radicale monisme zal er immers toe nopen om naast het klassieke stramen van het gerechtelijk recht toch in tal van bijzondere procedureregelingen te voorzien voor wat voorheen het annulatiecontentieux bij de Raad van State was. Zulks is zeker niet onmogelijk, maar die vaststelling dwarsboomt de wijdverspreide verzuchting van de radicale monisten om procedureregelingen te unificeren. Het geeft in dat verband te denken dat heden door de afdeling Administratie van de Raad van State niet minder dan zevenentwintig verschillende procedureregelingen worden toegepast – zij het dat die procedures alle bevoegdheden van de afdeling administratie betreffen en niet enkel de schorsings- en annulatieverzoeken. De beroepstermijn voor de rechtsingang varieert daarbij van acht dagen over vijftien, dertig, zestig dagen tot zes maanden.⁴¹

III. EEN GERENOVEERD DUALISME

Hieronder wordt nagegaan⁴² wat de ware inhoud van de grieven tegen het dualisme is, of ze gerechtvaardigd zijn en of ze in het huidige dualistische stelsel werkelijk onoverkomelijk zijn.

A. BEPERKTE HERVORMINGEN

1° Diverse probleemgebieden

Vanuit het «heilige voorrecht van de administratieve actie» zou de Staat gebaat zijn met een «*trage en complexe rechtsgang*».⁴³ Juist het omgekeerde is echter het geval in de kwantitatief belangrijke vreemdelingengeschillen, waarin de federale overheid onmiskenbaar een snel beslissingsproces ambieert.

Mogelijk is het bij de toepassing van het gerechtelijk recht wel eens de «*meest gewiekste*» die het pleit wint.⁴⁴ Als echter voor de Raad van State verkorte⁴⁵ procedures worden ingesteld, kan het een pleiter niet kwalijk worden ge-

³⁹ Hoogstens zijn er twistvragen inzake het voorgeschreven taalgebruik bij de behandeling van zaken: zie bijvoorbeeld inzake BVBA Mistral, nr. 112.686, van 19 november 2002, gewezen in algemene vergadering.

⁴⁰ Zie voor een overzicht onder meer C.BERX, *o.c.*, nrs. 134 e.v.

⁴¹ Interne nota van de griffiediensten.

⁴² Aan de hand van wat A. COPPENS de «casuïstiek van de hinderpalen» noemt (*o.c.*, nr. 20).

⁴³ A. COPPENS, *o.c.*, nr. 19.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Bijvoorbeeld met toepassing van art. 21, tweede en vijfde lid, van de R.v.St.-wet.

nomen dat hij de toepassing ervan vraagt indien de voorwaarden daartoe vervuld lijken. Ook in een monistische rechtsstructuur zullen er procedureregels zijn die de rechtszekerheid in het bijzonder rond bestuursbeslissingen beogen te dienen. A. Coppens heeft het meer bepaald lastig met de praktijk van de Raad van State betreffende het *in rechte treden van een rechtspersoon en de stuiting van de beroepstermijn bij bezwaar bij een toezichthoudende overheid*. Beide probleemgebieden lijken niet typisch voor het dualisme. Als de rechtsfiguren van schorsing en nietigverklaring van overheidsbeslissingen ook in een monistische rechtsorde zullen bestaan, is het te verwachten dat ook daar voor de voornoemde problemen bijzondere regelen zullen gelden. Laten we niet vergeten dat heden de Raad van State nog verder afwijkt van de geplogenheden van de gewone rechter door zelfs aan feitelijke verenigingen in bepaalde omstandigheden rechtsingang te verlenen.⁴⁶ Overigens kan, ingeval de desbetreffende bestaande rechtspraak van de Raad werkelijk storend overkomt, de bevoegde regelgever zijn verantwoordelijkheid nemen en de wijze bepalen waarop een verzoekende partij die schorsing en nietigverklaring vordert, in rechte treedt. Eenzelfde bemerking kan worden gemaakt wat betreft de voormelde stuiting van de beroepstermijn.

2° Onteigeningen

De voornoemde auteur heeft het dan over de *onteigeningen* en de nieuwe demarcatielijn die het Arbitragehof sinds zijn arrest nr. 42/90 van 21 december 1990 is begonnen afbakenen tussen de rechtsmacht van de Raad van State en die van de gewone rechter.⁴⁷ Ervan uitgaande dat het Hof daarbij de bescherming die de gewone rechter biedt aan de onteigenenden gelijkwaardig heeft bevonden aan die welke men bij de Raad van State vindt,⁴⁸ noemt A. Coppens die oplossing een «onbevredigende *modus vivendi*».⁴⁹ Het standpunt van de «gelijkwaardigheid» biedt in elk geval een argument voor monisme: het heeft immers weinig zin er twee rechtsordes op na houden, als de administratieve rechter geen meerwaarde aan rechtsbescherming blijkt te bieden. Nochtans heeft het Arbitragehof recentelijk in onderwijsmateries het voormelde standpunt juist niet meer gehanteerd: in arrest nr. 41/2003 van 9 april 2003 wordt in duidelijke bewoordingen wel op een aantal verschillen in rechtsbescherming gewezen en daaruit ook een discriminatie afgeleid.⁵⁰

⁴⁶ J. BAERT en G. DEBERSAQUES, *Raad van State -Afdeling Administratie 2. Ontvankelijkheid*, in *Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, Die Keure, 1996, nrs. 130-136.

⁴⁷ Voor het gehele verhaal: G. DEBERSAQUES, «De rechtsmacht van de Raad van State inzake de onteigening ten algemene nutte», *T.B.P.* 2000,12 -19.

⁴⁸ *Ibidem*, voetnoot 53.

⁴⁹ Hij ziet wél een discriminatie tussen, eensdeels, degenen die in onteigeningsprocedures toegang hebben tot de gewone rechter en dus, in de lijn van het voormelde arrest van het Arbitragehof, vanaf de neerlegging van het verzoekschrift tot onteigening bij de vrederechter, niet meer bij de Raad van State terecht kunnen en, anderdeels, de derden die toegang tot de Raad van State blijven hebben. Door hem wordt dus wél een meerwaarde gezien in de bescherming die de Raad van State biedt (*o.c.*, nr. 26).

De ongelijke behandeling in de onteigeningsprocedure – discriminatoir of niet – kan op zijn minst worden gemilderd door een eenvoudige ingreep in de onteigeningswetgeving: wie in de huidige stand van de rechtspraak de toegang tot de Raad van State kan verliezen, krijgt het recht om de vrederechter te verplichten een prejudiciële vraag te stellen aan de Raad van State over de rechtmatigheid van het onteigeningsbesluit.⁵¹ Het antwoord van de Raad zou dan bindend moeten zijn voor de vrederechter. Het zou wel door de Raad binnen een niet al te lange termijn moeten worden verstrekt. In het algemeen is grote terughoudendheid geboden om de Raad van State vast te leggen op versnelde⁵² procedures.⁵³ Ingeval het werkelijk een echt spoedeisende onteigening betreft, lijkt hier een dergelijke procedure nu juist wel op haar plaats.

3° Rechterlijke orde

A. Coppens vermeldt voorts even de problemen rond de toegang tot de Raad van State voor *personeel en leden van de rechterlijke orde*. De wetgever heeft met de wet van 25 mei 1999⁵⁴ de rechtsmacht van de Raad van State duidelijk pogen af te bakenen door erin te voorzien dat ook administratieve handelingen van onder meer de rechterlijke macht met betrekking tot leden van zijn personeel vatbaar zijn voor nietigverklaring. Gelet op het arrest nr. 106.172 van 29 april 2002 van de Raad van State bleek, wat de griffiers betreft, de intentie van de wetgever toch nog niet duidelijk genoeg. Volgens dat arrest dienden de griffiers, als organen van de rechterlijke orde, niet onder «personeel» te worden begrepen. A. Coppens noemt – terecht of niet – die rechtspraak «de klok terugdraaien».

⁵⁰ «Dergelijke vorderingen (bij de gewone rechtbanken) zijn evenwel niet gebaseerd op een inquisitoriaal onderzoek en zij leiden tot beslissingen die, anders dan de arresten van de Raad van State, slechts een relatief gezag van gewijsde hebben» (overweging B.7.).

⁵¹ Een dergelijke rechtsgang zou kunnen worden opgenomen bijvoorbeeld in artikel 7 van de wet van 26 juli 1962 betreffende de rechtspleging bij hoogdringende omstandigheden inzake onteigening ten algemene nutte. De eigendomsverdracht volgend uit het vonnis van de vrederechter op grond van art. 8 van die wet zou dan tot aan het antwoord op de vraag geen doorgang vinden.

⁵² «Vereenvoudigde» procedures volgens M. VAN DAMME en A. WIRTGEN, «De vereenvoudigde procedures voor de afdeling administratie van de Raad van State», *T.B.P.*, 2000, 79-87.

⁵³ In acht genomen het bestaan van een algemeen administratief kort geding kan het nog moeilijk stroken met het gelijkheidsbeginsel dat bijvoorbeeld ten voordele van ziekenfondsen (K.B. van 30 september 1992 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State, in geval van beroep als bedoeld bij artikel 68 van de wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen) en verzekeringsondernemingen (K.B. van 22 februari 1991 houdende algemeen reglement betreffende de controle op de verzekeringsondernemingen) kortere werktermijnen aan de Raad van State worden opgelegd dan die welke gelden voor «gewone» verzoekende partijen en die in het algemeen procedurereglement worden bepaald.

⁵⁴ Art. 2 van de 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.

Als zulks met de wil van de wetgever zou stroken, kan een eenvoudige aanvulling van de R.v.St.-wet volstaan om alle interpretatieruimte weg te werken, namelijk met de regel dat bij de Raad van State ook de door de procureur-generaal opgelegde tuchtmaatregel ten laste van griffiers kan worden aangevochten. De rechtspraak van de Raad zelf vertoont immers een genoegzaam bekende traditie van terughoudendheid tegenover beslissingen die uitgaan van of genomen zijn onder toezicht van de rechterlijke overheden.⁵⁵ Het kan niet worden ontkend dat *de lege lata* de afbakening van de bevoegdheid van de administratieve rechter tegenover beslissingen die ressorteren onder de rechterlijke orde een probleemgebied is dat bijzondere wetgeversaandacht vereist. Ook in een monistisch systeem zullen echter bijzondere regelen voorhanden moeten zijn voor het personeel en de leden van de rechterlijke orde zelf: deze zijn overigens nu reeds aanwezig. Het Gerechtelijk Wetboek is op dat vlak recentelijk zelfs erg aangedikt.⁵⁶

4° Onderwijs

Met het *onderwijs*⁵⁷ komt de hier besproken auteur tot een meer fundamenteel probleemgebied, namelijk de aanwijzing van de «overheden» die aan de rechtsmacht van een administratieve rechtbank zijn onderworpen. Het lijkt erop dat alvast in onderwijsaangelegenheden de juridische vrede op dat punt zou kunnen zijn weergekeerd na enkele jaren van betreutenswaardige onzekerheid rond het vrij onderwijs.⁵⁸ Met de arresten van de Raad van State inzake Zitoumi⁵⁹ en Van den Brande,⁶⁰ beide op 4 juni 2003 uitgesproken in algemene vergadering van de afdeling administratie, aanvaardt de Raad immers opnieuw zijn rechtsmacht wat beslissingen betreft inzake respectievelijk toegang tot en examenbetwistingen binnen dat onderwijs. Eerder was reeds klaarheid geschapen omtrent betwistingen aangaande het personeel: in het arrest-Missorten⁶¹ van 6 februari 2001, eveneens uitgebracht in algemene vergadering heeft de Raad zich, wat die betwistingen betreft, zonder rechtsmacht verklaard.

5° Administratieve overheid

Het onderwijsdossier is helaas niet het enige waar het *begrip «administratieve overheid»* in art. 14 R.v.St.-wet rechtsmachtproblemen veroorzaakt. De Raad van State heeft lange tijd dat begrip ingevuld, waarbij hij een veel-

⁵⁵ Het betrokken rechtsmachtprobleem rees onlangs opnieuw, ditmaal in verband met maatregelen genomen door een gevangenisdirectie tegenover gedetineerden (R.v.St., De Smedt, nr. 116.899, 11 maart 2003, gewezen in algemene vergadering: de Raad aanvaardde zijn rechtsmacht).

⁵⁶ Zie de artikelen 259*nonies*-259*undecies* betreffende de evaluatie van magistraten en de artikelen 398 e.v. betreffende de tucht.

⁵⁷ A. COPPENS, *o.c.*, *R.W.*, 2002-03, nr. 27.

⁵⁸ Een samenvatting van de gehele voorafgaande geschiedenis vindt men onder meer bij R. Versteegen, «Wanneer treden privaatrechtelijke (onderwijs)instellingen op als administratieve overheid?», *R.W.*, 2002-03, 801-814.

⁵⁹ Nr. 120.131.

⁶⁰ Nr. 120.143.

⁶¹ Nr. 93.104, *R.W.* 2000-2001, 1385, met noot R. VERSTEGEN.

voud van «uitsluitingscriteria» en «indicatieve criteria» soepel hanteerde.⁶² Met twee arresten,⁶³ langzamerhand gekend als de «Gimvindus-leer», heeft het Hof van Cassatie echter die werkwijze van de Raad van State gedeeltelijk onderuit gehaald door, minstens voor verwerende partijen met een private rechtsvorm, voor te schrijven dat zij, opdat zij zouden mogen worden aangemerkt als de bedoelde administratieve overheden, «beslissingen kunnen nemen die derden kunnen binden». Het Hof van Cassatie heeft aldus een nieuw beslissend uitsluitingscriterium voorgeschreven.⁶⁴ In die twee zaken heeft het Hof de rechtsmacht van de Raad van State, die dat criterium niet beslissend vond (Gimvindus), respectievelijk niet had onderzocht (BATC), niet erkend. In het arrest-Meulenijzer⁶⁵ is opnieuw dat criterium vooropgesteld door het Hof als een noodzakelijk te hanteren criterium bij een private instelling en geëxpliciteerd⁶⁶ als «meer bepaald door de eigen verplichtingen tegenover anderen eenzijdig te bepalen of door verplichtingen van die anderen eenzijdig vast te stellen». Hier heeft het criterium – of eerder de verplichting voor de Raad van State om het te hanteren – echter in de andere richting gewerkt: het betrokken arrest van de Raad van State, waarin deze zich zonder rechtsmacht had verklaard tegenover een vrije onderwijsinstelling,⁶⁷ werd immers aangemerkt als «niet naar recht verantwoord», omdat geen onderzoek was verricht aan de hand van dat criterium. Recentelijk is de invulling van het begrip «administratieve overheid» ook nog voor andere verwerende partijen noodzakelijk gebleken.^{68, 69}

⁶² Uitvoerige beschrijving geeft F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, 210 e.v. Hij verkiest de beide termen boven «negatieve» en «positieve» criteria. Zie ook S. VAN GARSE, «De 'harmonicabewegingen' van het begrip administratieve overheid» (noot onder Cass., 6 september 2002) *T. Gem.* 2002, 308-313.

⁶³ Cass., 14 februari 1997, NV Gimvindus, *R.W.* 1996-97, 1433; Cass., 10 september 1999, NV Batc, *A.J.T.* 1999-00, 504.

⁶⁴ Voorwerp van kritiek bij bv. D.D'HOOGHE, «Recente ontwikkelingen inzake procedures voor de Raad van State» in *Administratief recht*, BOES M. (red.), Themis, academiejaar 2001-2002, vormingsonderdeel 8, Brugge, Die Keure, 83.

⁶⁵ Cass., 6 september 2002, Meulenijzer t/VZW Zusters van de Onbevleete Ontvangenis, *R.W.* 2002-03, 817, met conclusie van advocaat-generaal G. BRESSELEERS. Eenzelfde verwoording in Cass., 6 september 2002, Leman t/Katholieke Universiteit Leuven, *R.W.* 2002-03, 819, met conclusie van advocaat-generaal G. BRESSELEERS.

⁶⁶ Overigens geformuleerd in dezelfde bewoordingen als de Raad van State in zijn arrest-Scheuermann, nr. 19.776, 27 juli 1979, *T.B.P.*, 1980, 149.

⁶⁷ In navolging van het arrest De Schutter, nr. 93.289, 13 februari 2001, gewezen in algemene vergadering, dat louter op een organiek criterium was gebaseerd.

⁶⁸ NV Aquafin: *R.v. St.*, nr. 104.067, 28 februari 2002, *R.W.*, 2003-2004, 185. NV Aquafin werd in die zaak niet als administratieve overheid beschouwd. Het arrest is gewezen in het «interregnum» tussen het voornoemde arrest-De Schutter van de Raad van State, waarnaar het verwijst, en het voornoemde arrest-Meulenijzer van het Hof van Cassatie.

⁶⁹ Een VZW die ziekenhuizen exploiteert: Raad van State, NV Roegiers t/ VZW Heilig Hartziekenhuis Mol, nr. 98.837, 13 september 2001. Ook een arrest van het «interregnum». In een aantal voor de Raad van State hangende zaken rijst het probleem ook wat coöperatieve vennootschappen betreft die instaan voor sociale

Het criterium van de derdenbinding is in de praktijk moeilijker te hanteren dan het lijkt en noopt de Raad van State tot een voorafgaand onderzoek naar de aard van de bevoegdheden die aan verwerende partijen zijn toebedeeld. Daarbij wordt de Raad niet altijd even goed voorgelicht door de partijen, die zich terzake nogal eens naar de wijsheid van de Raad van State gedragen. Het is overigens begrijpelijk dat een verwerende partij niet erg behulpzaam is om aan te tonen dat zij «derden kan binden». Het mogelijke resultaat is immers dat de Raad zijn rechtsmacht aanvaardt en haar beslissing in voorkomend geval zal nietig verklaren. Dit zou uiteindelijk haar eigen belangen kunnen schaden. Dat nijdige⁷⁰ onderzoek naar zijn rechtsmacht moet de Raad van State ook soms in schorsingsprocedures verrichten, zelfs in schorsingsprocedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid.⁷¹

Het bedoelde onderzoek is een oefening waarmee zeker de verzoekende partijen niet gediend zijn, want zij vorderen een schorsing en een nietigverklaring van een handeling die uitgaat van wat zij als een administratieve overheid aanmerken. Als de Raad van State dat onderzoek al niet ambtshalve verricht, is het de verwerende partij die niet wil dat haar beslissing wordt geschorst of nietig verklaard en die dan een – soms weinig of niet onderbouwde – declinatoire exceptie opwerpt. Indien de Raad van State de exceptie verwerpt, kan de verwerende partij een voorzie-

huisvesting. Betreffende een VZW die onderwijs organiseert en de overheidsopdrachtenwetgeving toepast: *R.v.St.*, SA Close, nr 125.889, 2 december 2003.

⁷⁰ De rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt daarbij vooralsnog geen zeker houvast. In de rechtsleer wordt het toepassingsgebied van dat criterium (of de «imperiumbevoegdheid») ten minste op drie wijzen benaderd: F. VANDENDRIESSCHE acht het enkel bepalend voor privaatrechtelijke rechtspersonen («De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten Gimvindus en Batc van het Hof van Cassatie», *R.W.*, 2000-01, 497-506), S. BAETEN enkel voor privaatrechtelijke rechtspersonen die een taak van algemeen belang vervullen, in tegenstelling tot degene die een openbare dienst vervullen («Variaties op zelfstandigheidsthema's: enkele bedenkingen over de tweewegenleer en het annulatiecontentieux naar aanleiding van het Cassatiearrest van 8 november 1996»), *C.D.P.K.*, 1999, 98-100. J. DE STAERCKE vindt beide opvattingen te eng: «Wat is een administratieve overheid? De cassatiearresten van 6 september 2002», *T.B.P.*, 2003, 62-66. Voorts rijst de vraag hoe het begrip «derdenbinding» zelf juist moet worden ingevuld: in het voornoemde arrest-Meulenijzer luidt de Franse tekst «elles peuvent prendre des mesures obligatoires à l'égard des tiers, plus spécialement en déterminant de manière unilatérale leurs propres obligations à l'égard des tiers ou en constatant unilatéralement les obligations des tiers». Terwijl in de Nederlandse tekst een onderscheid wordt gemaakt tussen «derden» en «anderen», kent de Franse tekst dus enkel «tiers». De vraag kan rijzen of dat verschil relevant is. Nog complexer wordt het beeld als de verduidelijking van «derden binden» erbij wordt gehaald die het Arbitragehof verstrekt: in het voornoemde arrest nr. 41/2003 van 9 april 2003 is sprake van getuigschriften «bindend voor de betrokkenen en voor derden» wat in de Franse tekst analoog luidt «obligatoires pour les intéressés et ils lient les tiers». Commentaar bij dat arrest levert D. DEVAX («Numerus clausus, refus d'accès et contrôle juridictionnel» in *Journal du droit des jeunes*, mei 2003, p. 31). Hij stelt alvast de vraag of de termen «bindend voor de betrokkenen» soms niet overbodig zijn (*o.c.*, nr. 8).

⁷¹ Het voornoemde arrest inzake Roegiers, nr. 98.837, is gewezen in een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

ning in cassatie instellen. Als de Raad van State de exceptie aanvaardt, moet de verzoekende partij naar het Hof van Cassatie. In beide gevallen verliest de verzoekende partij veel tijd.

Het is hier niet de plaats om *de lege lata* alle problemen van de *cassatievoorziening tegen arresten van de Raad van State* te onderzoeken. Toch enkele beschouwingen, omdat zij naar enkele voorstellen voeren om het betrokken probleem van toegang tot de Raad van State anders te regelen.

Art. 33 en 34 van de R.v.St.-wet regelen de bedoelde voorziening in cassatie. Art. 34 betreft het «reëel» attributieconflict, dat rijst wanneer zowel de gewone rechter als de Raad van State zich beide onbevoegd of beide bevoegd verklaren om van dezelfde eis kennis te nemen. Het doet zich vrijwel niet voor.⁷² Art. 33 betreft het «potentieel» attributieconflict en beperkt de voorziening door ze enkel toe te staan tegen arresten «waarbij de afdeling administratie beslist van de eis geen kennis te kunnen nemen op grond dat die kennisneming binnen de bevoegdheid der rechterlijke macht valt, alsmede de arresten waarbij de afdeling afwijzend beschikt op een declinatoire exceptie gesteund op de grond dat de eis tot de bevoegdheid van die overheden behoort». Deze artikelen 33 en 34 zijn genomen ter uitvoering van art. 158 van de Grondwet, dat aan het Hof van Cassatie uitspraak laat doen over «conflicten van attributie, op de wijze bij de wet geregeld».⁷³ Aangezien doorgaans wordt aangenomen dat aan gewone rechtbanken in principe de mogelijkheid is ontzegd een administratieve beslissing nietig te verklaren,⁷⁴ rees de vraag of de beoogde rechtsmachtconflicten wel mogelijk waren.⁷⁵ Op grond van de leer van het werkelijke voorwerp van het beroep heeft het Hof van Cassatie een dergelijk conflict wel mogelijk geacht: de Raad van State is niet noodzakelijk bevoegd wanneer het beroep volgens zijn bewoordingen strekt tot de nietigverklaring van een beslissing van een administratieve overheid, maar het werkelijk doel ervan de erkenning van een subjectief recht is, waarvan de bescherming door de wetgever niet aan de Raad van State is opgedragen.

Onder de gelding van art. 144 en 145 van de Grondwet is de besproken voorziening bij het Hof van Cassatie begrijpelijk als een middel om te vermijden dat de Raad van State geschillen beslecht over burgerlijke rechten ofwel over politieke rechten waarvan de beslechting hem door de wetgever niet is toevertrouwd. Waar het echter de toetsing van het begrip «administratieve overheid» betreft, lijkt de controle door het Hof van Cassatie af en toe nog moeilijk

binnen deze doelstelling te kunnen worden gesitueerd. Wanneer we even terugkeren naar de onderwijsgeschillen, lijkt er dus niets verkeerd met de cassatiecontrole op de rechtspraak die de personeelsleden van het vrij onderwijs betreft, want de betrokken betwistingen kunnen worden aangemerkt als verband houdend met de subjectieve rechten van personeelsleden tegenover de instellingen die hen contractueel tewerkstellen, zodat de beslechting van geschillen daarover aan de arbeidsrechtbank toekomt. Het ligt echter moeilijker wat examenbeslissingen betreft waarbij studenten zijn betrokken.

Wat is bijvoorbeeld het verhaal van het voornoemde arrest van het Hof van Cassatie van 6 september 2002 inzake Meulenijs? De verzoekende partij maakt daarbij in haar enig cassatiemiddel en in haar gehele voorziening in cassatie enkel gewag van de art. 145 en 145 van de Grondwet, die zij zonder nadere uitleg geschonden acht. Het Hof van Cassatie noemt het «middel gegrond» en verantwoordt die conclusie door, na verwijzing naar regelgeving die het vrij gesubsidieerd secundair onderwijs in belangrijke mate in zijn werkwijze en controle bepaalt, te overwegen dat «het feit dat verweerster een vrije onderwijsinstelling is, opgericht door privé-personen en door privé-personen kan worden afgeschaft, niet uitsluit dat het verweerster toegelaten kan zijn beslissingen te nemen die derden binden» en dat «het enkele feit dat een instelling geen organiek verband heeft met de overheid, de bevoegdheid van de Raad van State niet uitsluit». Het Hof refereert daarbij op geen enkele wijze aan de art. 144-145 van de Grondwet en maakt evenmin zelf gewag van art. 158 van de Grondwet of van art. 33 van de R.v.St.-wet, behalve in de aanhaling van het cassatiemiddel. Alleen in het dispositief wordt gesteld – en zulks min of meer in de bewoordingen van het laatstgenoemde art. 33 – dat de zaak wordt verwezen naar de anders samengestelde afdeling administratie van de Raad van State en dat deze zich zal gedragen naar de uitspraak van het Hof over het daarin beslechte rechtspunt. In het arrest van de Raad van State werd enkel overwogen dat een instelling van vrij onderwijs, die met de overheid geen organiek verband heeft, niet kan worden beschouwd als een administratieve overheid in de zin van art. 14 van de R.v.St.-wet. Geenszins was daarbij sprake van enige rechtsmacht van de gewone rechter.

Moet in een dergelijk arrest van de Raad, waarbij hij zijn rechtsmacht afwijst dan altijd impliciet worden gelezen dat «de eis» tot de voornoemde «bevoegdheid der rechterlijke macht» behoort? Problematisch daarbij is dat de eis strekte tot nietigverklaring van een eenzijdige beslissing, een type vordering waarvan vooralsnog wordt aangenomen dat zij niet op algemene wijze met nuttig gevolg aan de gewone rechter kan worden voorgelegd. Voorts heeft de Raad van State geen beroep gedaan op de leer van het werkelijke voorwerp. Het heeft er dan ook de schijn van dat het Hof van Cassatie het arrest Meulenijs van de Raad van State als in een gewone cassatieprocedure heeft behandeld en wegens ondeugdelijke motivering heeft vernietigd, in plaats van als attributierechter op te treden tussen de Raad van State en de gewone rechter. Een andere zienswijze is dat het Hof van Cassatie hier een bestaande rechtspraak heeft verruimd, namelijk die waarin wordt geoordeeld dat middelen ontvankelijk zijn, afgeleid uit het feit dat een arrest van de Raad van State in het onzekere laat waarom

⁷² M. LEROY, *Contentieux administratif*, Brussel, Bruylant, 2000, 881; B. PEETERS, «Conflicten van attributie», *R.W.*, 1986-87, 1192.

⁷³ M. LEROY, *o.c.*, 878; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2002, 960; B. PEETERS, *o.c.*, 1199.

⁷⁴ S. Lust pleit voor die mogelijkheid (*o.c.*, 92). De arbeidsrechtbanken zijn echter reeds zover wat bepaalde individuele bestuursbeslissingen betreft (C. PERSYN, «Uitspraak en uitvoering van de rechterlijke beslissing in geschillen van sociale zekerheid» in *Sociaal Procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 269 e.v.). Voor de mogelijkheden van de gewone rechtbanken wat betreft beslissingen in belastingzaken: M. DASSESE en P. MINNE, *Droit fiscal*, Brussel, Bruylant, 2001, 324.

⁷⁵ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDELANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 1054.

een declinatoire exceptie is afgewezen.⁷⁶ Er is al op gewezen dat het Hof van Cassatie zijn cassatiebevoegdheid eigenlijk zeer extensief interpreteert.⁷⁷

Los van die theoretische beschouwingen lijkt het er in elk geval op dat, indien een partij een voorziening tot cassatie inleidt die op de een of andere wijze is gebaseerd op de beoordeling van de rechtsmacht van de Raad van State, het Hof van Cassatie zich over die rechtsmacht uitspreekt of zulks vooralsnog niet doet, maar wel tot cassatie kan beslissen, zoals in het voormelde arrest Meulenijs. In voorkomend geval kan ook nog het Arbitragehof worden aangezocht om het verschil in rechtsbescherming al dan niet als een discriminatie te beschouwen.⁷⁸

Dit is een te ingewikkelde oplossingsstructuur voor rechtsmachtproblemen. Die vaststelling geldt des te meer, nu het «overheidsgehalte» van potentiële verwerende partijen voor de Raad van State soms erg duister is geworden. De vraag rijst of het in sommige gevallen niet bewust wordt verduisterd door regelgevers, die niet uitdrukkelijk durven kiezen voor de doorgedreven jurisdictionele controle van de Raad van State op de betrokken instelling. Daarom deze suggestie: de wetgever mag de drie hoogste rechtscolleges zich niet langer laten uitputten in het rechtsmachtspel. In plaats daarvan moet hij in de R.v.St.-wet de reikwijdte van de schorsings- en nietigverklaringsbevoegdheid van de Raad van State duidelijker bepalen dan door een loutere verwijzing naar het begrip «administratieve overheid». De kwestie overstijgt het toepassingsgebied van de rechtsmacht van de Raad van State, omdat ook andere normeringen, die andere dan jurisdictionele rechtsbescherming beogen, voor hun toepassingsgebied naar het voornoemde art. 14 verwijzen: zo bijvoorbeeld deze betreffende de formele motivering,⁷⁹ de openbaarheid van bestuur,⁸⁰ de ombudsdiensten.⁸¹ De wetgever moet durven kiezen welke

instellingen hij als overheden beschouwt die zich moeten onderwerpen aan al deze specifieke vormen van preventieve en curatieve rechtsbescherming, hetzij bij het nemen van al hun eenzijdige beslissingen, hetzij in bepaalde omstandigheden.⁸² Het is geen goede zaak voor de rechtszekerheid dat de rechtsbescherming beweeglijke grenzen vertoont die afhangen van de sterk fluctuerende rechtspraak van drie hoge rechtscolleges tegelijk. Bij die afbakening kan ook geen houvast worden gevonden in andere regelgevingen, aangezien daarin een inflatie wordt vastgesteld van elkaar al dan niet overlappende definities van begrippen, verwant aan het overheidsbegrip, zoals «openbare instelling»⁸³ of «publiekrechtelijke partij».⁸⁴ Het lijkt geen slecht idee⁸⁵ in de R.v.St.-wet allereerst een aantal «onbetwiste» «administratieve overheden» op te sommen⁸⁶ zoals het Rijk, de Gewesten, de Gemeenschappen,

⁸² Men denke aan private instellingen die bij het stellen van sommige handelingen een deel van het overheidsgezag uitoefenen, zoals vrije onderwijsinstellingen bij examenbeslissingen of aan autonome overheidsbedrijven, die soms niet als overheid, maar louter commercieel optreden (recent voorbeeld waarin dit onderscheid wordt gemaakt betreffende De Post: R.v.St., nr. 116.818, 10 maart 2003, R.W., 2003-04, 540).

⁸³ Art. 2 van het decreet van 8 november 2002 houdende controle op grote infrastructuurprojecten.

⁸⁴ Art. 2 van het decreet van 18 juli 2003 betreffende publiek-private samenwerking. Het begrip publieke rechtspersoon is zelfs een doctoraatsproefschrift waard: zie de in voetnoot 31 geciteerde studie van F. VANDENDRIESSCHE. Deze auteur pleit ervoor, per regelgeving, het publiek of privaatrechtelijk gehalte van een rechtspersoon te concretiseren. Ook hij verwerpt het systeem waarbij de regelgeving er zich telkens toe beperkt te verwijzen naar de voormelde begrippen «publiekrechtelijk rechtspersoon», «openbare instelling» of «administratieve overheid». Zijn voorkeur geniet een gecombineerd systeem, waarbij in de regelgeving zelf allereerst de criteria worden aangereikt die het mogelijk maken de onderworpen personen te identificeren en voorts aanvullend, in een bijlage die snel kan worden aangepast, een niet-limitatieve en niet-bindende lijst op te stellen met personen die alle criteria vervullen. Hij verwijst naar het voorbeeld van art. 4 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (doctoraatsproefschrift, o.c., 134 e.v.). Wat de oprichting van gedecentraliseerde «overheden» betreft, onderscheiden sommigen zelfs zonder aarzelen een «driewegen»-stelsel in plaats van de klassieke tweewegenleer, met een publiekrechtelijke, hybride en privaatrechtelijke werkwijze (A. ALEN en W. DEVROE, *Verzelfstandiging van bestuurszaken in België*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, o.a. nr. 26). Ook uit deze uitvoerige studie blijkt de verbluffende diversiteit en ondoorzichtigheid van de regelgevingen die ten grondslag liggen aan functioneel gedecentraliseerde instellingen. De auteurs gewagen zelfs van een «wanorde die dramatische proporties aannemen» (nr. 101) en van statuten die «overloze juridische kwalificatievragen» oproepen (nr. 112).

⁸⁵ Het voormelde systeem van F. VANDENDRIESSCHE is enigszins verwant, maar lijkt ons, wat de R.v.St.-wet betreft, te veel soepelheid in te houden. Het gaat ons hier immers niet om de toepassing van een of andere algemeen normatieve wetgeving, zoals die betreffende de overheidsopdrachten, maar specifiek om het bepalen van de rechtsmacht van een rechtscollege, die bij voorkeur zo stabiel mogelijk en dus wettelijk is verankerd.

⁸⁶ Mede verwijzen naar alle of sommige groepen van instellingen, opgesomd in de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut, lijkt ook doenbaar, maar vertoont het euvel van alle regelgeving door verwijzing, namelijk interpretatieproblemen wanneer de wet waar-

⁷⁶ Voorbeelden: A. MAST, e.a., o.c., 1058, ongenummerde tweede voetnoot.

⁷⁷ Zo bijvoorbeeld wanneer het Hof van Cassatie zich bevoegd verklaart te oordelen over een arrest van de Raad van State waarin de rechtsmacht enkel bij de beoordeling van het moeilijk te herstellen nadeel aan bod kwam (D. D'HOOGHE, F. VANDENDRIESSCHE en I. VOS, «Bedenkingen bij recente evoluties betreffende de bevoegdheid van de Raad van State» in *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 980-983).

⁷⁸ Zie hierboven de problematiek inzake onteigeningen en onderwijs.

⁷⁹ Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

⁸⁰ Wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur; decreet van 22 december 1994 van de Franse Gemeenschap betreffende de openbaarheid van bestuur; ordonnantie van 30 maart 1995 van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest betreffende de openbaarheid van bestuur; decreet van 30 maart 1995 van het Waalse Gewest betreffende de openbaarheid van bestuur; decreet van 16 oktober 1995 van de Duitstalige Gemeenschap betreffende de openbaarheid van de bestuursdocumenten; decreet van 11 juli 1996 van de Franse Gemeenschapscommissie betreffende de openbaarheid van bestuur; wet van 12 november 1997 betreffende de openbaarheid van bestuur in de provincies en gemeenten; decreet van 18 mei 1999 van de Vlaamse Gemeenschap betreffende de openbaarheid van bestuur.

⁸¹ Wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen; decreet van 7 juli 1998 van de Vlaamse Gemeenschap houdende instelling van een Vlaamse ombudsdienst.

de gemeenten, de provincies, de O.C.M.W.'s, en voorts aanvullend de criteria aan te geven die het mogelijk zouden maken ook andere instellingen als zodanig te identificeren. Het begrip «beslissingen kunnen nemen die derden binden» zou als een dergelijk criterium kunnen worden gebruikt als het ten minste op duidelijke wijze nader wordt gedefinieerd.

6° Conclusie

Zijn de genoemde punten van kritiek op de bestaande rechtsmachtverdeling nu dermate fundamenteel dat zij meteen naar het monisme moeten leiden? Ons inziens niet, aangezien zij, zoals we hebben gezien, door beperkte wettelijke ingrepen kunnen worden verholpen.

Hiermee is echter niet alle kritiek op het huidige dualisme van antwoord gediend: resten nog het onvolkomen rechtsherstel dat de administratieve rechtscolleges verlenen en de frustraties rond de samenloop van de kort gedingen, meer bepaald in geschillen rond overheidsopdrachten.⁸⁷ Snelle oplossingen blijken hier niet zo gemakkelijk aan te dragen.

B. INGRIJPENDER HERVORMINGEN

1° Inleiding

A. Coppens uit de kritiek dat «het haast onmogelijk is voor de administratieve rechtscolleges integraal rechtsherstel te verwezenlijken, tenzij indien dat in de annulatie zelf besloten ligt».⁸⁸

Die kritiek is gerechtvaardigd in zoverre de Raad van State met de hem ter beschikking staande rechtsfiguren inderdaad niet steeds bij machte is het door verzoekende partijen gewenste «rechtsherstel»⁸⁹ te bieden. Met twee arresten van 27 november 1952 heeft het Hof van Cassatie immers in de volgende bewoordingen een fundamentele streep getrokken op het dualistische slagveld: de rechtsmacht wordt door de aard van de eis bepaald, maar de Raad van State heeft niet noodzakelijk rechtsmacht wanneer het beroep, volgens zijn bewoordingen, tot nietigverklaring van een administratieve beslissing strekt, aangezien bij het onderzoek naar die rechtsmacht met het werkelijke voorwerp van het beroep rekening dient te worden gehouden.⁹⁰

We laten in het midden of de art. 144 en 145 van de Grondwet nu al dan niet als terechte reden moeten worden aangemerkt om het toekennen van schadevergoeding alvast naar aanleiding van een annulatiegeschil niet aan de Raad van State over te laten. In elk geval staat het buiten kijf dat het onderscheid tussen subjectief en objectief beroep – en het daarmee verwante onderscheid tussen de-

naar is verwezen, wordt gewijzigd: zie H. COREMANS en M. VAN DAMME, *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving in Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, Die Keure, 1994, nr. 173.

⁸⁷ A. COPPENS, *o.c.*, nrs. 22 en 31.

⁸⁸ *Idem*, *o.c.*, nr. 21.

⁸⁹ S. LUST gaat zeer diep in op het begrip dat voor velerlei invulling vatbaar is (*o.c.*, 26 e.v.).

⁹⁰ Voor een overzicht zie onder meer M. LEROY, «De afdeling administratie-kort historisch overzicht» in *Vijftig jaar Raad van State*, Mys & Breesch, Gent, 1999, 126.

claratieve en constitutieve handelingen⁹¹ – niet bevredigt als criterium ter onderscheiding van rechtsmachten. Anderdeels kan de Raad van State zelfs bij annulatie de verzoekende partij nog niet altijd plaatsen in de door haar gewenste toestand. Een aantal van onze beste administratiefrechtelijke specialisten hebben die – relatieve – impotentie van de jurisdictionele rechtsbescherming herhaaldelijk geanalyseerd⁹² of binnen het bestaande kader gezocht naar maximale armslag voor de Raad van State.⁹³ Opmerkelijk is dat, toen de Raad van State zijn werkzaamheden aanvatte, nochtans het gevoel heerste dat de rechtsbescherming voortaan sluitend ging zijn.⁹⁴

2° Werkmodel

Hoe kan dit oud zeer van de jurisdictionele rechtsbescherming worden verholpen in een dualistische rechtbankenstructuur? Hierna wordt een elementair werkmodel gehanteerd, enkel om onze voorstellen wat ordelijk te rangschikken.⁹⁵

Wie jurisdictionele rechtsbescherming tegen de overheid instelt of wijzigt, lijkt drie werkvelden te moeten betreden: – het «organieke» veld: de rechtbanken waaraan die rechtsbescherming wordt toevertrouwd; – het «materiële» veld: de domeinen van het overheids-optreden of de soorten overheidsbeslissingen die onder het toezicht van die rechtbanken worden gebracht; – het «formele veld»: de behandelingswijze van de geschillen.

Dit laatste veld betreft de toegangsregeling voor mogelijke verzoekende partijen (bv. al dan niet vereiste rechtspersoonlijkheid, al dan niet vereist recht of belang), de «actiones» die deze verzoekende partijen ter beschikking staan (bv. een veroordeling tot schadevergoeding vragen, een nietigverklaring vorderen), de wijzen waarop de rechters tot hun beslissing moeten komen (bv. de procedure-regelingen met de al dan niet voorhanden zijnde inquisitoriale bevoegdheden, het al dan niet zelf kunnen aanwijzen van partijen, facultatieve of verplichte prejudiciële vraagstellingen) en de middelen waarover die rechters beschikken om het geschil volledig op te lossen, of – in een beperktere opvatting van het rechterlijk ingrijpen – een sanctie te kunnen opleggen wegens het onrechtmatig overheids-optreden (de rechterskant van de *actio*).

⁹¹ C. BEX, *o.c.*, 359 e.v.

⁹² I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Die Keure, Brugge, 1992; S. LUST, *o.c.*; C. BEX, *o.c.*

⁹³ D. MAREEN, *Rechtsherstel door de Raad van State bij weigering van benoeming in overheidsdienst*, Intersentia, Antwerpen, 2004. A. WIRTGEN, *Ambtshalve aanvoeren van rechtsgronden door de Raad van State*, doctoraatsproefschrift, V.U.B., 2003, onuitgegeven.

⁹⁴ «Le Conseil d'Etat (...) est chargé d'accroître le règne du droit des citoyens, dans les domaines qui échappent aujourd'hui à l'action des tribunaux de l'Ordre judiciaire» (Rede van Eerste Voorziter H. VELGE bij de installatie van de Raad van State op 9 oktober 1948, in *Vijftig jaar Raad van State*, *o.c.*, 26).

⁹⁵ En niet om opvattingen over eenzijdige of wederkerige relaties tussen burger en bestuur met hun repercuussies op de antinomie monisme/dualisme af te wegen op hun merites. Ook de kwalificaties van de velden «organiek»-«materiële»-«formeel» zijn enkel functionele begrippen waarvan de betekenis het bestek van deze bijdrage niet te buiten gaat.

De huidige grondwettelijke regelen geven enkel een rudimentaire invulling van deze velden.

Veld (1). De Grondwet maakt melding van het Arbitragehof, de Raad van State en de administratieve rechtbanken, en de gewone rechtbanken. Zij geeft voorts het Hof van Cassatie de status van attributierechter. Recentelijk zijn daar strafuitvoeringsrechtbanken bijgekomen en is voorzien in een beperkt bestaan van de militaire gerechten, namelijk bij staat van oorlog.⁹⁶

Veld (2). De Grondwet vertrouwt «geschillen» over «burgerlijke en politieke rechten» toe aan de gewone rechter, maar geeft de wetgever de mogelijkheid «geschillen» over «politieke rechten» ook door administratieve rechtscolleges te laten beslechten.⁹⁷ Jurisprudentieel is beslist dat met die bepalingen alle rechten onder de een of de andere categorie moeten worden ondergebracht.⁹⁸ Als de wetgever andere «geschillen» – dan die betreffende rechten – regelt, wordt verondersteld dat deze buiten die dichotomie vallen. De annulatiegeschillen bij de Raad van State worden daarvan als een voorbeeld beschouwd en wordt als «objectief geschil» ondergebracht in art. 146 van de Grondwet.⁹⁹ Het is dus in hoofdzaak de wetgever die dit veld nader invult.

Veld (3). De Grondwet zegt niets over wie geschillen bij de rechtbanken kan aanbrengen of bijna niets over de wijze waarop een geschil door de rechters wordt beoordeeld en beslecht. Slechts enkele fundamentele procedureregelen zijn neergelegd in art. 149 en 150: motivering van uitspraken, openbare terechtzittingen, jury voor bepaalde misdrijven. Het is opnieuw vooral de wetgever die dit veld nader heeft ingevuld,¹⁰⁰ soms om te voldoen aan internationale verplichtingen.¹⁰¹ Inzake de ter beschikking staande rechterlijke actiemiddelen gaat het dan concreet bijvoorbeeld over rechtsplichten vaststellen, rechten toekennen, feitelijke handelingen verbieden, eenzijdige of meerzijdige rechtshandelingen nietig verklaren of hun tenuitvoerlegging schorsen, injuncties geven, dwangsommen of voorlopige maatregelen opleggen, rechtsinstellingen ontbinden, straffen uitspreken.

⁹⁶ Grondwet, titel III, hoofdstukken V, VI en VII. Twee wetten van 10 april 2003 (*B.S.*, 7 mei 2003) regelen de afschaffing in vredetijd en het behoud in oorlogstijd.

⁹⁷ Art. 144 en 145 G.W. Uit de artikelen 146 en 161 volgt dat het de wet is die andere rechtscolleges opricht dan de in de Grondwet opgesomde gewone rechtbanken.

⁹⁸ Cass., 21 december 1956, *Pas.*, 1957, I, 430.

⁹⁹ En niet bij de «subjectieve geschillen» die ressorteren onder art. 144 en 145 G.W. (A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME, J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, nr. 880; C. BERX, *o.c.*, voetnoot 430. S. LUST twijfelt zulks (*o.c.*, 98 en 394 e.v.) en stelt dat het annulatieberoep geen zuiver objectief beroep is, maar ook het herstel van subjectieve rechten tot voorwerp heeft.

¹⁰⁰ C. BERX stelt terecht dat de Grondwet vrijwel geen «houvast» biedt aan de wetgever m.b.t. de wijze waarop de beslechting van aan de rechtsmacht van de rechterlijke macht onttrokken geschillen moeten worden georganiseerd (*o.c.*, nr. 83). Door middel van jurisprudentiële interpretatie zijn die regelen dan al dan niet op de administratieve rechtbanken van toepassing verklaard: openbare terechtzittingen niet (Cass., 17 oktober 1966, *Pas.*, 1967, I, 217), motiveringsplicht en uitspraak in openbare terechtzitting wel (Cass. 9 oktober 1959, *Arr. Verbr.*, 1960, 115).

¹⁰¹ Art. 6 E.V.R.M., Zie A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995, nrs. 285 e.v.

Monistische hervormingsvoorstellen voor een betere administratieve rechtspraak lijken erg snel een radicaal ingrijpen in het eerste veld als een evidente noodzaak te beschouwen en sluiten daarbij de mogelijkheid uit van afzonderlijke administratieve rechtscolleges. Hierboven hebben we reeds pogen aan te tonen dat die ingreep niet meteen realiseren zou wat hij beoogt, omdat daarbij bezwaren blijven bestaan die vooral te maken hebben met de twee andere velden. We hebben er ook reeds op gewezen dat bepaalde ingrepen in het tweede en derde veld de betrokken rechtsbescherming al aanzienlijk kunnen verbeteren.

3° Voorstellen

Om die reden doen we aan de hand van het voornoemde model hierna nog enkele voorstellen voor een aangepast dualisme. Ze komen meteen ook het heikle punt tegemoet van de samenloop van de kort gedingen, waarop A. Coppens wijst, meer in het bijzonder betreffende overheidsopdrachten.

a) Veld (1)

De hervorming van de administratieve geschillenbeslechting is reeds enkele decennia aan de orde. De discussie heeft op het vlak van de instellingen enkel geleid tot de Grondwetsherziening van 1993, die nog niet zo lang geleden met art. 160 en 161 van de Grondwet het jurisdictioneel pluralisme heeft bevestigd¹⁰² en zelfs versterkt, door niet alleen de Raad van State te verheffen tot een grondwettelijke instelling, maar evenzeer te voorzien in andere administratieve rechtscolleges, bij wet in te stellen.

A. Coppens pleit ervoor om die artikelen ongedaan te maken. Een *stop-and-go*-aanpak (zoals in de ruimtelijke ordening: gestrengheid versus tolerantie tegenover zonevreemdheid) dient de rechtszekerheid en het vertrouwen in de rechtsstaat echter niet. Daarom rijst de vraag of de grondwetgever werkelijk moet terugkomen op een optie die tien jaar geleden is genomen en waaraan zelfs nog geen begin van uitvoering is gegeven, temeer daar lang niet vaststaat dat monisme werkelijk een wondermiddel is. Er is reeds op gewezen¹⁰³ dat door het – niet-grondwettelijk – verzuim de bedoelde administratieve rechtbanken in te stellen de overmatige belasting van de Raad van State blijft, meer bepaald door het gewicht van een deel van de geschillen, de vreemdelingenzaken.¹⁰⁴

Bij het onverlet laten van de art. 160 en 161 van de Grondwet, en juist bij uitvoering ervan, kan worden gedacht aan de volgende hervormingen.

¹⁰² C. BERX twijfelt (*o.c.*, voetnoot 876) en vindt dat art. 161 G.W. inhoudelijk overbodig is, omdat de erin neergelegde norm reeds is begrepen in art. 146 G.W. Zij betoogt dat men «hieruit een principiële (en te betreuren) keuze van de Grondwetgever zou kunnen afleiden voor het behoud van het zgn. jurisdictioneel pluralisme».

¹⁰³ P. GILLIAUX, «Les juridictions administratives: de l'oubli à l'inconstitutionnalité», *J.T.*, 2003, 125 e.v.

¹⁰⁴ In de gerechtelijke jaren 2001-02 en 2002-03 telkens goed voor 85 % van de verzoekschriften. Zie ook voetnoot 34.

(i) Rechtbank voor vreemdelingenzaken

Er moet allereerst, hoe sneller hoe liever, een *enige rechtbank voor vreemdelingenzaken* worden opgericht. Het kan niet langer dat de Raad van State aan deze geschillen zoveel magistraten, griffiers en administratief personeel – en vaak wettelijk «bij voorrang»¹⁰⁵ – moet toewijzen.¹⁰⁶ Voorts blijkt de Raad de laatste jaren vooral extra personeel en middelen te krijgen ingeval deze voor het vreemdelingenzaken worden ingezet. Dit is begrijpelijk, want de begroting van de Raad van State ressorteert nog steeds onder het Ministerie van Binnenlandse zaken, dat eveneens bevoegd is voor de vluchtelingenproblematiek. Dat laatste thema is publieksgevoelig, en op die wijze kon de Raad van State af en toe, in de hoop aldus een snellere uitstroom van vreemdelingendossiers te realiseren, de voornoemde versterking krijgen. Procesecconomisch zouden de uitspraken van die ene vreemdelingenrechtbank best niet onderworpen zijn aan cassatievoorzieningen of andere hogere voorzieningen. Een bepaalde rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens koppelt immers aan dergelijke voorzieningen een verplicht schorsend en dus dossieraanzuigend effect.¹⁰⁷ Er kan ook worden overwogen de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen in die ene rechtbank te integreren.¹⁰⁸

(ii) Administratief Gerecht van eerste aanleg

Als tweede institutionele hervorming kan binnen de Raad van State een administratieve rechtbank worden ingesteld, die we «*Administratief Gerecht van eerste aanleg*» zouden kunnen noemen. De oprichting, binnen het toenmalig reeds bestaande Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, van een Gerecht van eerste aanleg kan model staan.¹⁰⁹ Daardoor zou de instelling «Raad van State» twee rechtscolleges bevatten. Het auditoraat zou dan bij de twee colleges kunnen werken, wat de eenheid van rechtspraak tussen de twee kan bevorderen.¹¹⁰ De vraag

¹⁰⁵ Art. 87, tweede en derde lid, R.v.St.-wet.

¹⁰⁶ Krachtenverspilling is in dat domein dan nog eens schering en inslag. Een voorbeeld: twee magistraten – een staatsraad en een lid van het auditoraat – moeten een nachtzitting houden om een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te behandelen. Zij stellen daarbij vast dat een weinig kundige stagiair-advocaat geen zegels op het verzoekschrift heeft aangebracht en evenmin rechtsbijstand heeft gevraagd. Vervolgens dienen zij de vordering tot schorsing als niet-ontvankelijk af te wijzen. Een vliegtuig zal dus een uur later opstijgen met de onfortuinlijke kandidaat-vluchteling aan boord. Weinig motiverend voor die magistraten die, datzelfde etmaal, zonder noemenswaardige nachtrust, ook nog wel eens hun gewone dagtaak moeten aanvatten, en dat in zaken die zich geregeld kenmerken door juridische spitstechnologie. Kan een arts het zich voorstellen 's nachts aan een of ander front een primitieve amputatie te verrichten en de volgende morgen in zijn universitair ziekenhuis laserchirurgie te bedrijven?

¹⁰⁷ Arrest inzake Conka t/België, 5 februari 2002, verzoekschrift nr. 51564/99. Bespreking door F. VANNESTE (*R.W.*, 2003-04, 675).

¹⁰⁸ Art. 57/12 e.v. van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

¹⁰⁹ Zie K. LENAERTS en D. ARTS, *Europees Procesrecht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 1999, nr. 26.

welke geschillen dan respectievelijk aan de Raad van State en aan het Gerecht zouden worden toevertrouwd, wordt hieronder in de bespreking van veld (2) betrokken.

Mocht het voorgestelde systeem tot aanzienlijke afname van de doorlooptijd van de procedures leiden, kan eraan worden gedacht ook andere administratieve rechtscolleges te laten opgaan in dat Gerecht door daaraan gespecialiseerde Kamers toe te voegen. Zulks is te verkiezen boven de vervanging van die rechtscolleges door een aantal administratieve rechtbanken die territoriaal zijn verspreid, zoals in volledig dualistische projecten klassiek wordt voorgesteld.¹¹¹ We hebben immers al gewaarschuwd voor de onwaarschijnlijke veronderstelling dat alle knowhow die zich nu in de Raad van State concentreert, zou kunnen worden herschapen in elk van de arrondissementen en rechtsgebieden van de hoven van beroep.

Los van de vraag of de Raad van State en het Administratief Gerecht van eerste aanleg ooit moeten worden betrokken in een of andere federaliseringsbeweging, mag in elk geval worden gedacht aan kaders die beter afgestemd zijn op de reële werklast die voortkomt uit de diverse deelgebieden. Nochtans zal die afstemming altijd een probleem zijn. De werklast van de Raad van State, benaderd vanuit de verhouding tussen de deelgebieden, is immers geen constant gegeven: de Nederlandstalige Kamers hebben aldus de laatste jaren hun «achterstand» (d.i. minder-aanbod) inzake vreemdelingenzaken ingelopen. Voorts kan een wijziging van of een nieuwe regelgeving meteen een aanzienlijke stijging van de betrokken werklast teweegbrengen, waarvoor regelgevers – federale of andere – vaak geen aandacht hebben.

*b) Veld (2) – Algemeen**Artikelen 144-145 van de Grondwet*

Geschillen waarin overheden zijn betrokken, worden afgehandeld tegen een grondwettelijke achtergrond waarmee de Belgische rechtswereld blijft worstelen, namelijk art. 144 en 145 van de Grondwet. Deze artikelen zijn, zoals gezegd, erg algemeen gesteld, zijn dan ook niet duidelijk gebleken en hebben het enkel over «rechten». Daardoor ligt het voor de hand dat in een beperkte interpretatie van dergelijke «rechten» tegenover de overheid, gehandeld is alsof er daarnaast geschillen met overheden zijn over «belangen» die buiten die grondwetsartikelen zouden vallen; daar is de ruimte gevonden om het zogenaamd «objectief geschil» bij de Raad van State in te stellen.

Het diabolische duo van art. 144-145 G.W. heeft bij de organisatie van de jurisdictionele bescherming tegen overheidsop treden in de Belgische rechtsorde zodanig veel problemen opgeleverd, dat het bij uitstek deze artikelen zijn die dienen te verdwijnen uit de Grondwet. Welke meerwaarde bieden zij nog, nu zelfs hun historische bestaansreden zou zijn verdwenen?¹¹² Zij belemmeren in elk

¹¹⁰ Een vorm van «verticale integratie». Het auditoraat is krachtens art. 76 van de R.v.St.-wet er toch reeds in het bijzonder mee belast «de documentatie betreffende de rechtspraak» bij te houden, te bewaren en ter beschikking te stellen.

¹¹¹ Zie het wetsvoorstel C. NYSSENS, o.c., *Parl. St.*, Senaat, B.Z. 2003, nr. 3-124/1.

geval gewenste aanpassingen aan het bestaande dualisme, zoals het toekennen van schadevergoedingen door administratieve rechtscolleges.

Ergerlijke rechtsbepalingen mogen verdwijnen.¹¹³ Art. 144-145 G.W. kunnen worden vervangen¹¹⁴ door een algemene bepaling waarin wordt gezegd dat geschillen betreffende de rechtmatigheid van overheidsop treden worden beslecht door de rechtscolleges die de wet inricht en die toegankelijk zijn en handelen volgens de regelen bepaald door of krachtens de wet. Zulks is meteen een grondwettelijke invulling van het derde veld. De wetgever heeft, onder de huidige Grondwet, nu ook reeds tal van onderdelen van het overheidshandelen aan specifieke controles van rechtbanken onderworpen. Dit is het geval in de R.v.St.-wet, waarin op algemene wijze bepaalde handelingen van overheden onder het rechtmatigheidstoezicht van de Raad van State worden gebracht. In vele bepalingen die administratieve rechtscolleges instellen¹¹⁵ en in de diverse onteigeningswetgevingen betreft het dan weer afgebakende domeinen van overheidsop treden. Dit wetgevend optreden zou zonder art. 144 en 145 G.W. dan niet meer zijn beperkt door juridische metafysica.¹¹⁶ Zonder de voornoemde grondwetsartikelen zal aldus geen discussie meer opduiken over het werkelijke voorwerp van het geding en de vraag niet meer rijzen of het, teneinde toegang te krijgen tot de schorsings- en annulatieprocedure bij de Raad van State en het Administratief Gerecht van eerste aanleg, nodig is over een recht te beschikken dan wel of een belang volstaat, en of het daar om een subjectief beroep dan wel om een objectief beroep gaat.

Vanuit een bepaalde invalshoek kan vanzelfsprekend elk belangenconflict met een overheid worden gekwalificeerd als een geschil over het recht op een correcte, meer bepaald een foutloze¹¹⁷ of een gelijke¹¹⁸ be-

¹¹² Althans volgens P. VAN ORSHOVEN, onder meer in «*Spanning tussen norm en normdoel*», in *De norm achter de regel*, 21. C. BERX vindt die opvatting te beperkend (o.c., nr. 95).

¹¹³ Geïnspireerd op DWORKIN: «Als wij het bospad niet zomaar hebben aangetroffen maar als wijzelf het al gaande hebben gemaakt, moeten wij het pad dan niet aanpassen indien bijvoorbeeld een omgevallen boom de weg verspert?» (J. DEFOORT, *Wet en geweld. Over recht en gerechtigheid*, Kapellen, Pelckmans, 1994, 77, geciteerd door L.J. WINTGENS in boekbespreking, *R.W.*, 1994-95, 1038).

¹¹⁴ P. VAN ORSHOVEN meent zelf dat zonder art. 144 en 145 G.W. op te heffen, art. 160 van de Grondwet toestaat dat de wetgever de bevoegdheden van de Raad van State vaststelt (zie relaas van zijn tussenkomst in het verslag van sectievergadering op het congres van de Vlaamse Juristenvereniging te Antwerpen op 26 april 2002 door S. SOTTIAUX, *R.W.*, 2001-02, 1601). Alleen reeds het feit dat dit standpunt kan worden betwist, doet pleiten voor de duidelijke optie van de afschaffing.

¹¹⁵ Zie overzichten in S. LUST, o.c., 81 e.v. Een typologie geeft C. BERX, o.c., 222 e.v.

¹¹⁶ Om de gevatte bewoordingen van E. LANCKSWERDT te gebruiken in *Het administratief kort geding*, Kluwer, Deurne, 1993, nr. 455.

¹¹⁷ C. BERX schrijft daar zeer genuanceerd over en zoekt inspiratie in het Duitse recht betreffende dat «recht op een foutloze beleidsuitoefening» (o.c., 189 e.v.). In sommige uitspraken hanteert de Raad van State overigens reeds een norm waarvan dergelijke subjectief recht zou kunnen worden afgeleid. Franstalige Kamers hebben het geregeld over «les principes d'une bonne administra-

handeling door die overheid. Dan is ook bij een discretionaire bevoegdheid van overheden op het eerste gezicht geen behoefte aan een constructie van «objectief beroep» en mag een geschil over de uitoefening van die discretionaire bevoegdheid evengoed aan de gewone rechter worden toevertrouwd, zelfs in de veronderstelling dat de rechtsmacht van deze rechter beperkt is tot het beslechten van geschillen die «rechten» betreffen. Die transgressie is echter niet zo eenvoudig als ze op het eerste gezicht lijkt, want om hetzelfde niveau van bescherming te behouden, moet de regelgeving de rechtzoekende dan wel zekerheid geven omtrent de hem ter beschikking staande *actiones*. Zo moet hij erop kunnen rekenen ook de sanctie van de *erga omnes* geldende nietigverklaring te kunnen verkrijgen bij die gewone rechter¹¹⁹ en die rechter moet de zekerheid hebben dat die sanctie tot zijn rechtsmacht behoort.¹²⁰

c) Velden (2) en (3) – Concreet

Hierna veronderstellen we dat art. 144-145 G.W. opgeheven zijn. We gaan na welke domeinen van het overheidsop treden alsdan het best onder de controle van respectievelijk de gewone en de administratieve rechtbanken worden gesteld om de geschillen inzake de met die domeinen verbonden normen te beslechten, en op welke wijze dat zou kunnen gebeuren. Daarbij zullen ook elementen uit het derde veld opduiken. Wie een bepaald overheidshandelen ter controle aan een rechter toebedeelt, dient zich immers meteen ook af te vragen welke middelen hij aan die rechter zal geven om effectief in dat overheidshandelen in te grijpen bij vastgestelde onrechtmatigheden. Men kan zich daarbij inspireren¹²¹ op de wederkerigheidsvisie om ervoor te pleiten de rechter veel eerder de bindende inhoud van de wederzijdse rechtsbetrekking tussen burger en overheid te laten vaststellen, in plaats van een loutere rechtmatigheidscontrole van de be-

tion», zonder nadere verduidelijking, zodat dit begrip misschien ruimer is dan de optelsom van de beginselen van behoorlijk bestuur. Overigens steunen wij de opvatting dat die beginselen van behoorlijk bestuur slechts concretisering zijn van de algemene zorgvuldigheidsplicht, geldend voor burger en overheid, uit het burgerlijk recht. In dezelfde context van toetsen van foutief overheidshandelen en een eenheidsopvatting tussen rechters over wat foutief overheidsgedrag is, blijkt het begrip «marginale toetsing» en het hanteren van «kennelijk» of «manifest onredelijk» inderdaad overbodig en verwarringstichtend, zoals I. OPDEBEEK reeds schreef (*Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, o.c., nrs. 64 e.v.).

¹¹⁸ Bijvoorbeeld wat betreft annulatieberoepen tegen toewijzingsbeslissingen van overheidsopdrachten. Aldus D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken*, Brugge, Die Keure, 1993, nr. 1210.

¹¹⁹ S. LUST gaat in een richting die de huidige mogelijkheden daartoe van de gewone rechter extensief interpreteert. Volgens haar zou ook die rechter beslissingen die nu door de Raad van State worden nietig verklaard, mogen nietig verklaren. Dergelijke uitspraken zijn ons alvast niet bekend. Zie echter wel voetnoot 74.

¹²⁰ Hierboven hebben we wel nog gewezen op enkele andere problemen die bij dat radicale monisme rijzen, onder meer wie toegang tot die rechter krijgt en wie verwerende partij mag zijn.

¹²¹ C. DE ROY, o.c., 440. Zie daaromtrent ook C. BERX, o.c., nrs. 232 e.v.

stuursbeslissing te doen verrichten. Zelfs zonder expliciet te moeten kiezen voor een van die visies op juridictionele rechtsbescherming, kan de wetgever alvast sommige van de bedoelde actiemiddelen¹²² aan de betrokken rechters toebeden.

(i) *Individuele bestuurshandelingen*

Aan het voornoemde *Administratief Gerecht van eerste aanleg* kan de beslechting van *geschillen rond individuele bestuurshandelingen* worden toevertrouwd: aldus zou het tuchtsancties, benoemingen, erkenningen, vergunningen kunnen schorsen en nietig verklaren. Daarbij kan worden gedacht aan een vorm van beperkte hogere voorziening bij de Raad van State zelf, bijvoorbeeld betreffende rechtsvragen. Beroepen tegen reglementaire besluiten zouden nog voorbehouden blijven aan de Raad van State. Bij verkeerde kwalificatie door een verzoekende partij van het al dan niet reglementair karakter, zenden het Gerecht of de Raad zelf het dossier aan elkaar door.¹²³

(ii) *Vreemdelingengeschillen*

Ingeval de hierboven voorgestane afzonderlijke vreemdelingenrechtbank niet wordt opgericht, kunnen aan het Administratief Gerecht ook de *vreemdelingengeschillen* worden toebedeeld, maar dan zoals reeds gesteld, bij voorkeur zonder de voornoemde mogelijkheid tot voorziening bij de Raad van State.

(iii) *Overheidsaansprakelijkheid en schadevergoedingen*

Wat de *overheidsaansprakelijkheid* betreft: het is aanvaardbaar dat dit domein in principe aan de gewone rechter wordt toevertrouwd, aangezien deze grote ervaring heeft in het schadevergoedingsrecht in het algemeen. Waar het echter bestuurlijke beslissingen betreft in de zin van art. 14, zouden de Raad of – voor individuele bestuursbeslissingen – het Gerecht exclusief bevoegd kunnen worden om over dergelijke schadevergoedingen te beslissen, indien de vordering daartoe gegrondd is op een onrechtmatigheid in de besluitvorming zelf.¹²⁴

Een meer beperkte hervorming zou erin kunnen bestaan dat wie de nietigverklaring van bestuursbeslissingen vordert, aan die vordering ook een schadevergoedingseis kan koppelen, die de Raad (of het Gerecht) dan meteen behandelt na uitspraak te hebben gedaan over de annulatie. Die aansprakelijkheid kan zelfs nog bestaan als de annulatievordering wordt afgewezen. De afwijzing kan immers te wijten zijn aan het verzuim van een vormvoorschrift, zoals een termijnvereiste, terwijl die bestuursbeslissing wel degelijk onrechtmatig is gebleken. Een gegrond middel zou

¹²² Die in juridisch taalgebruik ook wel «bevoegdheden» zullen worden genoemd.

¹²³ Zie de werkwijze tussen Hof en Gerecht in de Europese Gemeenschappen: art. 47 Statuut-EG. Voor een uitgewerkt overzicht: K. LENAERTS en D. ARTS, *o.c.*, nr. 29.

¹²⁴ En niet louter op foutieve uitvoering. Ook voor vorderingen op gemengde grondslag zou de Raad bevoegd kunnen zijn. Een van de voorstellen van C. BERX is de Raad van State bevoegd te maken voor «alle geschillen gerezen n.a.v. het besluitend optreden van het bestuur» (*o.c.*, 1375).

in dat laatste geval dan niet tot annulatie, maar tot schadevergoeding leiden.

Wie daarentegen schadevergoedingswaardering bij één rechter wil leggen, kan misschien voldoening krijgen met een prejudiciële behandeling, deskundigenonderzoek inbegrepen, voor een gewone rechtbank, of een rechtstreekse overzending door de Raad van State naar de gewone rechter, louter voor het bepalen van de schadevergoeding.¹²⁵

(iv) *Overheidsopdrachten*

In het domein van de *overheidsopdrachten* en de contracten die na het doorlopen van de toewijzings- en gunningsprocedures worden gesloten, ligt de expertise van de procedures veeleer bij de Raad van State, maar voor de contracten zelf ligt deze bij de gewone rechter. Niets is erop tegen om het hele domein¹²⁶ ter beslechting aan de gewone rechter toe te vertrouwen. De wetgever moet dan wel voor de van het contract afscheidbare beslissingen, zoals het weren van een offerte of een toewijzing van de opdracht, in een expliciete schorsings- en annulatiebevoegdheid voor die rechter voorzien, waarbij de verzoekende partij om te vorderen slechts een belang moet aantonen. Datzelfde belang zou expliciet kunnen worden toegekend aan een eiser die de rechter vraagt om een reeds gesloten contract rond een overheidsopdracht te vernietigen en daartoe argumenteert op grond van onrechtmatigheden in de daaraan voorafgaande beslissingen.¹²⁷

Alleen reeds¹²⁸ omdat in het betrokken domein zoveel gemeenschapsgeld omgaat, verdient het gerust een eigen wettelijke geschillenregeling *sui generis*, zoals de onteigeningen. De problemen met samenloop van kort gedingen in de overheidsopdrachten zijn dan hopelijk helemaal van de baan. Zoals we reeds hebben gesteld,¹²⁹ komt het niet toe aan een lid van een rechtscollege de uitspraken ervan te gaan bekritisieren of verdedigen. Daarom enkel deze ver-

¹²⁵ Het Nederlandse recht kent de schadevergoeding, toegekend door de bestuursrechter en de facultatieve verwijzing naar de burgerlijke rechter (M. SCHREUDER-VLASBLOM, *De AWB; het bestuursprocesrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 212 e.v.).

¹²⁶ Bijvoorbeeld met als omschrijving: «geschillen betreffende de toepassing van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten».

¹²⁷ Teneinde tegemoet te komen aan het probleem dat gewone rechters vanuit een dergelijke onrechtmatigheid niet tot een absolute nietigheid willen komen, waarop een derde – de geweerde inschrijver bijvoorbeeld – zich mag beroepen om nietigverklaring van het contract te vorderen. Zie ook voetnoot 140.

¹²⁸ Ook het Europese recht legt bepaalde normeringen op (zie P. NIHOUL, «Les marchés publics dans l'Union Européenne», *J.T.Droit Européen*, 2001, 161 e.v.). J. STEVENS suggereerde vroeger reeds een bijzondere procedure «Rechtscontrole van de overheidsopdrachten», *T.B.P.*, 1994, 320, herhaald in «De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht in de sector van de overheidsopdrachten», *R.W.*, 1995-96, 1126).

¹²⁹ D. VERBIEST, *o.c.*, 563. Weliswaar zijn wetenschappelijk onderzoek in de sector van het publiekrecht en de daarbij verwoorde standpunten gedekt door de vrijheid van meningsuiting. Alvast mogen zij geen invloed hebben op herbenoeming van magistraten die zich daaraan bezondigen (E.H.R.M., 28 oktober 1999, Wille t/Liechtenstein, commentaar door A. VERDOODT, *R.W.*, 2001-02, 1111).

wijzing: het bedoelde probleem van samenloop is in de rechtspraak van de Raad van State reeds aan de orde gekomen.¹³⁰ Er kan nog worden opgemerkt dat de geschillen inzake de overheidsopdrachten in aantallen dossiers relatief beperkt zijn: het betreft geen honderden, maar slechts enkele tientallen dossiers die jaarlijks voor de Raad van State worden gebracht. Het laat zich ook aanzien dat zij evenwichtig zouden worden gespreid over de onderscheiden gerechtelijke arrondissementen, aangezien heel wat verwerende partijen lokale besturen zijn.

c) Veld (3)

(i) Kort gedingen en overheidsopdrachten

Het derde veld betreft, zoals gezegd, onder meer de middelen waarover de rechters kunnen beschikken om onrechtmatig overheidsoptreden tegen te gaan. De *schorsing van de tenuitvoerlegging* in het raam van een *administratief kort geding* is een dergelijk middel. Hoewel met E. Lanckswertd¹³¹ kan worden aanvaard dat de wetgever bij het instellen van het administratief kort geding zijn werk niet slecht heeft gedaan, is toch gebleken dat het weer eens beter kon. Omdat de wetgever in art. 18 van de R.v.St.-wet zelf reeds opening liet naar de gewone rechter,¹³² heeft hij bewust het dualisme terzake bevestigd. Wellicht is dat dualisme echter meer problematisch uitgevallen dan verwacht, omdat het kort geding bij de Raad van State aan drie beperkingen werd onderworpen: allereerst dient er een band met een nietigverklaring te zijn, waardoor een streng termijnvereiste geldt, voorts moet de Raad zowel een moeilijk te herstellen ernstig nadeel vaststellen als een ernstig rechtsmiddel dat tot annulatie kan leiden, en dit laatste houdt in dat de Raad de rechtmatigheid van het optreden van de betrokken overheid moet onderzoeken. De Raad van State werd aldus weliswaar afgeschermd van al te lichtvaardige vorderingen tot schorsing, maar terzelfder tijd diende hij ten gevolge van die wettelijke beperkingen geregeld schorsingsvorderingen af te wijzen, zoals in de materie van de overheidsopdrachten.¹³³

Wellicht hebben bij het instellen van een algemeen administratief kort geding bij de Raad van State heel wat kortgedingrechters een zucht van verlichting geslaakt. Zij leken immers bevrijd van dossiers waarin de schorsing werd gevraagd van de uitvoering van een overheidsbeslis-

sing, waarbij zij zich anticiperend dienden op te stellen tegenover een bij de Raad van State in te stellen of ingestelde annulatievordering. Helaas is die verwachting ijdel gebleken, zeker in het reeds ter sprake gekomen domein van de overheidsopdrachten, want steeds meer geweerde inschrijvers die potentiële of actuele verzoekers zijn bij de Raad van State, vragen aan de gewone rechter in kort geding, al dan niet op eenzijdig verzoekschrift, het verbod uit te vaardigen dat de toewijzing ook betekend wordt, teneinde de mogelijkheid van een schorsing door de Raad van State te vrijwaren. Kortgedingrechters gaan daar geregeld op in. Zij bevelen dan het opdrachtgevend bestuur een korte periode te wachten met betekening. Een termijn van vijftien dagen blijkt daarbij tot de geplogenheden te behoren. De verzoekende partij wordt in dat geval door de kortgedingrechter verplicht om binnen die termijn een vordering tot schorsing voor de Raad van State in te stellen. Overheden gaan overigens steeds vaker, ook zonder rechterlijke uitspraak, zichzelf een dergelijke «*stand-still*»-periode opleggen.¹³⁴

Aldus is bij de Raad in wezen een kort geding van een «derde type» ontstaan naast de gewone schorsing en de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Wanneer het bestuur zich in een dergelijke «*stand-still*»-periode bevindt en de vordering tot schorsing wordt ingediend op de wijze van de uiterst dringende noodzakelijkheid, gunt de Raad van State immers enige dagen aan de verwerende partij om haar dossier en een nota, en aan het optredend lid van het auditoraat om zijn advies voor te bereiden.¹³⁵ In dergelijke dossiers ontstaat wel het gevoel dat de Raad min of meer «gebruikt» wordt als juridisch adviseur van de opdrachtgevende overheid¹³⁶ en dat de procedure van de uiterst dringende noodzakelijkheid in wezen bij dat alles wordt gedenatureerd. Aan de «*stand-still*»-termijn wordt immers geregeld de voorwaarde verbonden dat niet alleen binnen die termijn een vordering bij de Raad van State wordt ingesteld, maar dat zulks ook gebeurt met de procedure van de uiterst dringende noodzakelijkheid.

Die laatste tendens is recentelijk geconsacreerd in een omzendbrief van 10 december 2003 van de Federale overheidsdienst kanselarij van de eerste minister waarin wordt aanbevolen dat opdrachtgevende overheden een wachttermijn van tien dagen in acht zouden nemen, teneinde inschrijvers van wie de offerte onregelmatig werd verklaard of niet werd gekozen, de kans te geven beroep aan te tekenen bij een rechtscollege. Daarbij wordt echter bepaald dat dit «uitsluitend mag gebeuren in het kader van een procedure in kort geding of, voor de Raad van State, van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid».¹³⁷

Het is een kwalijke zaak – zeker in een hoogste rechtscollege- dat een uitzonderingsprocedure tot gewone pro-

¹³⁴ Zie R.v.St., NV Ch. DeWit, nr. 125.126, 6 november 2003.

¹³⁵ Zulks is in elk geval al enige tijd praktijk geweest van de steller dezes. Deze lijkt verdedigbaar, wegens de grote techniciteit van die dossiers, de grote financiële belangen die er vaak mee gemoeid gaan, het geregeld daarin betrokken Europees recht en de vele (120 is reeds voorgekomen) bladzijden waaruit sommige verzoekschriften bestaan.

¹³⁶ Zelfs verscheidene keren voor dezelfde opdracht (R.v.St., NV Ch. De Wit, nr. 125.126, 6 november 2003 (schorsing) en, na de intrekking van de in haar uitvoering geschorste beslissing: R.v.St., NV Leysen, nr. 126.313, 11 december 2003 (afwijzing schorsing)).

¹³⁰ R.v.St., Cosimco, nr. 100.084, 23 oktober 2001.

¹³¹ «Het administratief kort geding», *o.c.*, nr. 455.

¹³² Overeenkomstig het eerste lid van dat artikel kan, wanneer bij de Raad van State een vordering tot schorsing aanhangig wordt gemaakt, hij als enige voorlopige maatregelen bevelen «met uitzondering van de maatregelen die betrekking hebben op de burgerlijke rechten».

¹³³ Het dient te worden beklemtoond dat de algemene vergadering van de afdeling Administratie in het arrest Feyfer- CVBA Formanova, nr. 87.983, 15 juni 2000 (R.W. 2000-01, 196, met advies van eerste auditeur J. STEVENS), overigens niet heeft beslist, in tegenstelling tot wat vele pleiters voor de Raad van State betogen, dat hij niet «bevoegd» is indien de overeenkomst is gesloten, maar enkel dat zijn schorsing het nadeel – dat erin bestaat niet zelf de opdracht te kunnen uitvoeren – niet kan weren, omdat het wezenlijk voortvloeit uit die overeenkomst, die zelf niet kan worden geschorst door de Raad.

cedure wordt verheven in een bepaald domein van het overheidsoptreden. De onbetwistbaar mindere kwaliteit van die vorm van snelrecht doet afbreuk aan het gezag van dat college: in publicaties met kritische noten wordt zelden met uitroepeteken vermeld dat het rechtspraak betreft in uiterst dringende noodzakelijkheid. Beter ware in een uitgewerkte procedure te voorzien, eerder voor de gewone rechter zoals hierboven is voorgestaan, waarbij redelijke termijnen worden gegund aan alle betrokken partijen en magistraten. Overigens lijkt een dergelijke procedure niet dwingend bij omzendbrief te kunnen worden ingesteld.

(ii) *Autonome spoedprocedure*

De huidige stand van zaken in de kort gedingen tegen de overheid is vol ironie: een gespecialiseerd overheidsrechter – de Raad van State – mag de tenuitvoerlegging van een bestuurshandeling slechts schorsen indien binnen de gestelde termijn een vordering tot nietigverklaring is ingesteld, als een bepaald nadeel dreigt door die tenuitvoerlegging en indien die beslissing bovendien op het eerste gezicht aangetast lijkt door een door de verzoekende partij aangevoerde onrechtmatigheid. Aldus is de Raad een rechter met gebonden handen. Daartegenover staat de gewone kortgedingrechter die eveneens de tenuitvoerlegging van overheidsbeslissingen kan verhinderen, maar zonder dat hij aan een nadeelvereiste is gebonden, terwijl hij geen annulatievordering moet in ogenschouw nemen en evenmin de ernst van middelen moet onderzoeken en dus geen rechtsvragen moet aansnijden.¹³⁸ De grens van dat op-

¹³⁷ B.S., 15 december 2003, 59149. «In afwachting van» een gewijzigde regelgeving. Het is lovenswaardig dat aldus wordt gepoogd tegemoet te komen aan Europeesrechtelijke imperatieven op het gebied van rechtsherstel in natura bij overheidsopdrachten. Het is daarbij echter niet logisch een alternatief aan te reiken dat niet zuiver is. Allereerst is het immers wellicht de bedoeling het sluiten van het contract niet al te lang op de toewijzingsbeslissing te laten volgen, en wordt daarom naar schorsingsprocedures verwezen. De procedure bij de justitiële kortgedingrechter mag echter blijkbaar de gewone procedure zijn, hoewel deze gezien de mogelijke beroepsgangen er tegen, langer kan uitvallen dan de gewone schorsingsprocedure bij de Raad van State. Nochtans zou daar enkel de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid mogen worden ingesteld. Voorts rijst de vraag of de beoogde – effectieve – rechtsbescherming wel kan worden geboden door de bedoelde procedures. Men make zich alvast geen illusies over de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State: daarin worden de verwerende en de eventueel tussenkomende partijen aanzienlijk in hun rechten van verdediging belemmerd; de magistraten ontvangen in voorkomend geval het administratief dossier, de nota's en de verzoekschriften in tussenkomst slechts onmiddellijk voor of op de terechtzitting; deze stukken zijn in spoed verzameld en opgesteld, met de gekende gevolgen van onvolledigheid en foutieve voorstellingen van zaken, die in het mondelinge debat dan worden verbeterd; de zetelende magistraten genieten daarbij ook niet de waarborg van een geschreven verslag van het optredend lid van het auditoraat; de rechtspraak die in dergelijke procedures tot stand wordt gebracht, vertoont onmogelijk dezelfde gedegenheid als mag worden verwacht in andere procedures; de dringende aandacht die eraan moet worden besteed, doet dan nog eens afbreuk aan de zorg die door alle betrokken geledingen van de afdeling administratie aan de andere procedures kan worden besteed en vertraagt hun afhandeling.

¹³⁸ Zie voetnoot 22.

treden is tegenwoordig erg ruim, en toch lijkt dat toezicht nog niet ver genoeg te reiken, zoals in het reeds besproken domein van de overheidsopdrachten.^{139, 140}

Het wordt tijd om aan de Raad van State grotere armslag te geven in zijn kort geding: art. 17 van de R.v.St.-wet kan worden herschreven in deze zin dat de Raad de tenuitvoerlegging van bestuursbeslissingen mag schorsen bij dringendheid, onder afweging van de betrokken belangen en bij dreigende schade. De band met een annulatievordering zou kunnen verdwijnen, het vereiste van het moeilijk te herstellen nadeel evenzeer. Wegens het niet meer noodzakelijk zijn van een legaliteitstoetsing bij de gewone kortgedingrechter, rijst de vraag of de formele toets van het «ernstig middel» nog moet worden behouden. Hoogstens zou deze kunnen worden vervangen door het aantonen van een «schijn van onrechtmatig optreden». Die verzachting van de voorwaarden zou ook moeten gebeuren voor het uitvaardigen van voorlopige maatregelen die door art. 18, eerste lid, van de R.v.St.-wet op hun beurt nog van de schorsingsvoorwaarden afhankelijk worden gemaakt. Van een zware naar een lichte toetsing dus. Een van de oorzaken van de huidige achterstand bij de Raad van State lijkt immers het feit dat door de voorwaarde van het ernstig middel de schorsingsbehandeling van in den beginne bijna even nauwgezet en uitvoerig is verricht als de behandeling van de nietigverklaring zelf. Dat heeft tot gevolg gehad dat minder tijd bleef voor de behandeling van de hangende nietigverklaringen. Zulks heeft dan weer meegebracht dat verzoekende partijen begrijpelijkerwijze meer vorderingen tot schorsing gingen inleiden, omdat die wijze van rechtsingang nog enig uitzicht gaf op een spoedige beslissing over de nietigverklaring.¹⁴¹ En het sneeuwbal-effect is rond: meer schorsingen betekent minder ruimte voor de behandeling van de nietigverklaringen.¹⁴²

¹³⁹ Dat we dus volledig in handen van die gewone rechter zouden willen laten. Voor de Raad van State pleiten advocaten vaak met klem dat de Raad toch zou schorsen, tegen het voornoemde arrest Feyfer-Formanova van zijn algemene vergadering in. Hun argument is vaak dat ook kortgedingrechters de uitvoering van een contract niet willen schorsen dat met betrekking tot een overheidsopdracht is gesloten tussen het opdrachtgevend bestuur en de gekozen inschrijver, omdat zulks wordt gevorderd door een niet-gekozen inschrijver die een derde is ten opzichte van de contractpartijen.

¹⁴⁰ K. RONSE en H. BOULARBAH verklaren zich terughoudend tegenover de op een dergelijke schorsing normalerwijze volgende sanctie van een nietigverklaring, door de gewone rechter («Pleidooi voor een civilistische aanpak van overeenkomsten gesloten in het kader van overheidsopdrachten», (noot onder Brussel, 18 december 1997), *C.D.P.K.*, 1998, 336. Zie ook P. THIEL, «Les recours des tiers dans les marchés publics: éléments de jurisprudence», *J.T.*, 1997, 329 e.v.

¹⁴¹ Art. 17, § 4, van de R.v.St.-wet bepaalt immers dat, indien de schorsing is bevolen, binnen zes maanden na de uitspraak van het arrest uitspraak wordt gedaan over het verzoekschrift tot nietigverklaring.

¹⁴² Concreet voorbeeld: de twaalfde Kamer heeft in het gerechtelijk jaar 2002-03 in 238 arresten volgens de gewone procedure uitspraak gedaan over annulatieberoepen, maar daarnaast in 115 arresten vorderingen tot schorsing beslecht, waaronder 34 arresten gewezen bij uiterst dringende noodzakelijkheid. De Kamer wees, verkorte en vereenvoudigde procedures inbegrepen, uiteindelijk 675 arresten in 711 zaken.

Er lijkt dus behoefte aan een *autonome spoedprocedure*¹⁴³ bij de Raad van State (en het Gerecht), die niet meer een accessoire procedure bij een vordering tot nietigverklaring is. In dat perspectief is het eigenlijk veeleer betreurenswaardig dat wetswijzigingen gaandeweg het accessoire karakter van de schorsing hebben omfloerst door grote gevolgen te koppelen aan de wijze waarop door partijen wordt gereageerd op een uitspraak over die schorsing.¹⁴⁴ Groot gewicht geven aan de huidige schorsingsprocedure is ook uit een ander oogpunt geen goede zaak, want auditeurs en staatsraden worden verplicht tot snelle standpuntbepaling, vaak ten opzichte van belangrijke juridische twistpunten. De diverse alleenrechtsprekende staatsraden hebben daarbij geen geïnstitutionaliseerde wijze van overleg met hun collega's. Zeker in schorsingszaken bij uiterst dringende noodzakelijkheid dienen zij aldus te snel een standpunt in te nemen. Tevens kan het voorkomen dat een andere staatsraad vrijwel gelijktijdig genoodzaakt is rond hetzelfde probleem een uitspraak te doen. Zelfs zonder ook maar bij machte te zijn elkaars beslissingen te kennen, laten zij aldus in voorkomend geval divergente rechtspraak ontstaan. Nochtans wordt ook die rechtspraak in de rechtsleer volop geciteerd, bekritiseerd en later door pleitende partijen aangewend ter staving van hun stellingen.

(iii) Actiemiddelen

Zonder veel systematische benadering blijkt de wetgever bij het instellen van rechtscollages deze allerlei *actiemiddelen* ter beschikking te stellen, variërend per rechtstak: de strafrechter legt gevangenisstraf en boete op, de vrede-rechter verricht een zegellegging, de rechtbank van koop-handel spreekt faillissementen uit, beveelt de staking van handelingen, de kortgedingrechter creëert wachtoestanden, de arbeidsrechtbank verklaart in socialezekerheids geschillen een beslissing nietig,¹⁴⁵ vervangt ze door een andere of zendt de zaak terug naar het bestuur. De prejudiciële vraag hoort niet echt thuis in deze uitsprakenvarianten. Zij is een werkmiddel, al dan niet verplicht opgelegd, om de rechter tot zijn oordeel te laten komen, zoals het deskundigenonderzoek.¹⁴⁶

¹⁴³ De kortgedingprocedure voor de gewone rechter heeft evenzeer een autonoom karakter verkregen ten opzichte van het bodemgeding (zie S. BEERNAERT, «Algemene principes van het civiel kort geding», *R.W.*, 2001-02, 1344).

¹⁴⁴ Zie de bepalingen betreffende de voortzetting: art. 17, § 4bis, R.v.St.-wet; art. 15bis en 15ter, van het K.B. van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State.

¹⁴⁵ Zie voetnoot 74. De arbeidsrechtbank is na de invoering van het Gerechtelijk Wetboek inderdaad in de plaats getreden van de Raad van State wat socialezekerheids geschillen betreft. Voor die geschiedkundige achtergrond, zie J. PETIT, *Sociaal Procesrecht*, Brugge, Die Keure, 2000, nrs. 15 e.v. Betreffende die nietigverklaring, o. a. nrs. 42 en 50. Ook C. DE ROY, *o.c.*, 433 en C. PERSYN, *o.c.*, 269.

¹⁴⁶ De prejudiciële vraag wordt overigens terecht steeds meer een populaire procedurefiguur: bijvoorbeeld reeds te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, het Benelux-Gerechthof, het Arbitragehof, en, misschien minder alom bekend, aan het Hof van beroep te Brussel inzake concurrentiezaken (art. 42 e.v. van de gecoördineerde wet van 1 juli 1999 tot bescherming van de economische en mededinging) en aan de algemene vergadering

De Raad van State is daarbij op het eerste gezicht als rechter niet zo schaars bedeed in het derde veld. Zijn meest verregaand actiemiddel is de nietigverklaring van bestuursbeslissingen. Hij beschikt voorts over de aan de nietigverklaring gekoppelde schorsing van de tenuitvoerlegging, mag injuncties geven, gekoppeld aan een dwangsom. Hij mag voorlopige maatregelen opleggen, het tergend en roekeloos geding bestraffen met een geldboete. Buiten de annulatierechtspraak beschikt hij nog over de billijkheids-schadevergoeding, vernietigt hij gemeenteraadsverkiezingen, verklaart hij mandaten vervallen en beslist hij over de intrekking van dotaties aan politieke partijen. En als cassatierechter komt hij tussen in de beslechting van rechtsgeschillen die geacht worden politieke rechten te betreffen. Weinig bekend daarbij is art. 69 van de voornoemde Vreemdelingenwet: ook in het annulatiegeding mag hij op grond van die bepaling middelen onderzoeken waarin rechten geschonden worden geacht. De wetgever heeft dus al meermaals van inventiviteit blijk gegeven in zoverre hij de actiemiddelen van rechters bepaalde.

Ondanks al de voormelde actiemiddelen zijn er echter nog lacunes. Op zeer uitvoerige wijze hebben anderen reeds uiteengezet hoe de actiemiddelen van de Raad van State nog kunnen worden aangevuld.¹⁴⁷ Los van alle theoretische verantwoording of situering in de verhouding burger-bestuur, zal het zeker kaderen in het rechtsgevoel van de modale verzoekende partij dat een administratieve rechter een betwiste beslissing kan hervormen of een beslissing in de plaats kan stellen, minstens bij gebonden bevoegdheden¹⁴⁸ of bevoegdheden die gaandeweg gebonden zijn geworden.¹⁴⁹ Het zal niet anders zijn voor het toekennen van schadevergoeding, al dan niet gekoppeld aan de annulatievordering, die hierboven is gesuggereerd.¹⁵⁰ Als er zich al een Europese tendens tot monisme voor rechtbankstructuren (veld 1) aftekent¹⁵¹ en ook op het vlak van de middelen van overheidsrechters (veld 3) een Europese trend kan worden ontwaard, dan is er in elk geval betreffende de laatstgenoemde tendens nu reeds een opmerkelijke overeenstemming in de geesten.¹⁵²

van de afdeling administratie binnen de Raad van State krachtens art. 93 van de R.v.St.-wet. Men kan met Matthias STORME instemmen bij het appreciëren van de techniek («Een Vlaamse Justitie?», *o.c.*, 1119). De rechters die de vragen moeten stellen, dienen wel te worden gewapend met middelen om dilatoire vragen af te wijzen.

¹⁴⁷ Bijvoorbeeld C. BERX, *o.c.*, nrs. 1375 e.v.; S. LUST, *o.c.*, nrs. 230 e.v. Wat in die geschriften is uitgewerkt betreffende nieuwe werkingsmiddelen voor administratieve rechters, wordt hier niet in detail herhaald; de huidige bijdrage beoogt niet een volledig uitgewerkt nieuw dualisme voor te stellen.

¹⁴⁸ S. LUST, *o.c.*, nr. 231.

¹⁴⁹ D. MAREEN, *o.c.* (zie voetnoot 93), o.m. nrs. 250 e.v.

¹⁵⁰ S. LUST probeert die mogelijkheid zelfs binnen de huidige grondwettelijke beperkingen te zien en gaat daarbij uit van een ruime interpretatie van wat politieke rechten zijn (*o.c.*, 259: «Men zou kunnen stellen dat ook alle normen die rechtstreeks het stellen van handelingen van openbaar gezag, of nog, het nemen van beleidsbeslissingen betreffen, van politieke aard zijn en daaraan dus politieke rechten beantwoorden»).

¹⁵¹ C. BERX, *o.c.*, nr. 167.

(iv) Rechtsmachtconflicten

Ook in een vernieuwd dualisme kunnen zich nog *rechtsmachtconflicten* voordoen, bijvoorbeeld als de Raad van State zich uitspreekt over een schadevergoeding, terwijl de verwerende partij meent dat geen bestuursbeslissing, maar een feitelijk handelen de schade heeft veroorzaakt. De vraag kan rijzen of de eindbeslissing dan zoals nu in handen moet blijven van het Hof van Cassatie.¹⁵³ Zulks zou ook een bevoegdheid kunnen worden van het Arbitragehof. Rechtsmachtverdeling tussen twee ordes van rechters lijkt te kunnen worden ingepast in de taken van een grondwettelijk hof. Als art. 144 en 145 van de Grondwet zouden verdwijnen, dan misschien ook art. 158. Het attributieconflict zou ook door een gemengd college, samengesteld uit leden van de Raad van State en het Hof van Cassatie kunnen worden beslecht.¹⁵⁴

(v) Prejudiciële vragen aan de Raad van State

Nog een suggestie dienstig voor een vernieuwd dualisme: aan een Raad van State die, na instelling van een Administratief Gerecht van eerste aanleg, van de eerste kennisname van nietigverklaring van individuele bestuurs-handelingen zou zijn verlost, kan in voorkomend geval zelfs een nieuwe bevoegdheid worden toebedeeld, namelijk het *antwoord op prejudiciële vragen*, gesteld door de gewone rechter betreffende de rechtmatigheid van bestuurs-handelingen. Het is immers best denkbaar dat een rechter die met een exceptie gegrond op art. 159 van de Grondwet wordt geconfronteerd en de rechtmatigheid van een ingewikkeld koninklijk besluit moet toetsen, verkiest daaromtrent uitsluitel te krijgen van de Raad van State, die vertrouwd is met een dergelijke toetsingsvorm. Een stap in de richting van een consequent dualisme zou de verplichting kunnen zijn voor het Hof van Cassatie om dergelijke prejudiciële vragen te stellen, tenminste wanneer het reglementaire besluiten betreft. Zulks zou in elk geval vermijden dat, wat nu mogelijk is, over de rechtmatigheid van eenzelfde reglementair besluit anders wordt geoordeeld door de twee rechtsordes of door de hoogste rechtscolleges daarvan. Dualisme kan ook betekenen: zinvolle specialisatie. De pijnpunten van het dualisme vloeien deels voort uit de mogelijkheid dat de gewone en de administratieve

¹⁵² Recentelijk is die armslag van de administratieve rechters nog eens rechtsvergelijkend onderzocht door C. DE ROY, *o.c.* Zie ook P. LEWALLE, *o.c.*, nr. 315.

¹⁵³ Eigenlijk een scheidsrechter die behoort tot een van de aan het spel deelnemende ploegen. Het beeld komt van gewezen voorzitter van de Raad van State J. BORRET.

¹⁵⁴ Er zijn reeds precedenten: zo is de commissie voor schadevergoeding inzake onwerkdadige hechtenis een college dat onder meer bestaat uit de voorzitters van het Hof van Cassatie en van de Raad van State (art. 28, § 4, van de wet van 13 maart 1973 betreffende de vergoeding voor onwerkdadige voorlopige hechtenis). De huidige primauteit van het Hof van Cassatie vloeit voort uit de primauteit die aan burgerlijke rechten werd toebedeeld in de negentiende eeuw en de administratieve rechter tot de rechter met de toegewezen bevoegdheid maakte (C. BERX, *o.c.*, nr.199). Een ander voorbeeld van een «gemengd» college: art. 4, § 5, van de wet van 3 mei 1880 op het parlementair onderzoek. Het ingestelde college bestaat uit de voorzitter van het Arbitragehof en de eerste voorzitters van het Hof van Cassatie en de Raad van State.

rechter parallel kunnen optreden, zoals bij de hierboven beschreven twee vormen van het kort geding, of op weinig doorzichtige wijze elkaars rechtsmacht beïnvloeden, zoals bij de attributieconflicten. Deze en andere probleemgebieden moeten door de wetgever zoveel mogelijk worden voorkomen, teneinde een werkbaar dualisme te realiseren. De achterliggende overwegingen, zoals wantrouwen tegenover de gewone rechter, waardoor het dualisme ooit zou zijn verantwoord, lijken ons daarbij niet relevant. Belangrijk is dat de overheid in een rechtsstaat volgens het recht moet handelen en bij een tekortkoming daaraan een bekwame rechter – welke ook – het door een burger geleden nadeel zo snel en zo effectief mogelijk weert.

Voorts geldt: hoe minder jurisdictionele rechtsbescherming, hoe beter. Dit moet niet verkeerd worden begrepen: veel conflicten tussen burger en bestuur of zelfs besturen onderling, kunnen wellicht beter eerst aan een verplichte bemiddeling¹⁵⁵ die de administratieve rechter in elk geval zou moeten kunnen opleggen. Het bestaan van dergelijke rechtsfiguren zou – ijdele hoop? – de werkvoorraad van de Raad van State en de andere administratieve rechtscolleges kunnen verlichten. Zoals alle rechtscolleges, zien zij zich in elk geval steeds vaker belast met rechtsvorming in plaats van rechtstoepassing. Voor de Raad van State gebeurt het aldus meermaals – personeelsproblemen in het onderwijs zijn een voorbeeld – dat zelfs de verwerende partijen geen licht kunnen werpen op de betrokken duistere bepalingen en zelfs niet bij machte zijn uit te maken welke normeringen zij in het desbetreffende dossier hebben toegepast. Zulks geeft de rechter wel heel veel extra werk.

IV. SLOTBESCHOUWING

Tenslotte nog dit: de wetgever en de uitvoerende macht moeten de overheidsrechters – zij het nu in een monistische of dualistische context – in elk geval correct behandelen. Daarin wordt al te vaak gefaald, want de toegekende middelen en effectieven lijken de taakbelasting nooit te volgen, kaders worden te traag ingevuld, de overheid laat «zijn» rechters beledigen of doet het zelf. Ook in die houding ligt een van de redenen waarom het huidige dualisme¹⁵⁶ niet bevredigt. Dat zal ook een monisme niet indien die houding niet wijzigt. *Noblesse oblige*: overheden die zeggen een rechtsstaat te leiden, moeten daarnaar handelen.

Dierk VERBIEST

¹⁵⁵ Zie E. LANCKSWERDT, Bemiddeling in het bestuursrecht, in D. LINDEMANS (red.), *Gedogen en bemiddelen in het bestuursrecht*, 141-184. Hij maakt gewag van Nederlandse bestuursrechters die partijen naar bemiddeling verwijzen. Van dezelfde auteur: «Bemiddeling met en door gemeenten», *T.Gem.*, 2003, 95-130.

¹⁵⁶ Doorheen onze bijdrage is geen onderscheid gemaakt tussen de termen «dualisme» en «pluralisme». De lezer heeft zulks al dan niet gemerkt, maar hopelijk was duidelijk dat onder beide noemers het Belgische stelsel van jurisdictionele rechtsbescherming diende te worden begrepen. «Monisme» en «dualisme» zijn immers veeleer theoretische modellen, terwijl in de realiteit «pluralistische» stelsels functioneren die eerder een gemengd karakter vertonen (zie R. ANDERSEN, «Monisme(s) ou dualisme(s) juridictionnel(s)?» in *Revue européenne de droit public*, volume 12, nr. 2, zomer 2000, London, Esperia, 415. In hetzelfde volume: P. NIHOUL, «Monisme(s) ou dualisme(s). Réflexions générales sur le système belge», 507).