

Machtsafwending en art. 18 van het statuut van het rijkspersoneel

Filip CUMPS
Mark COUVREUR

Na enkele algemene beschouwingen rond het begrip machtsafwending wordt de Belgische rechtspraak terzake, zowel op het vlak van de gewone burgerlijke rechtbanken, als op het vlak van de Raad van State, onderzocht. Tenslotte wordt meer in het bijzonder aandacht besteed aan de arresten, door de Raad van State gewezen m.b.t. de machtsafwending en het beruchte art. 18 van het Statuut van het Rijkspersoneel.

Hoofdstuk I

Het begrip machtsafwending

Machtsafwending, *détournement de pouvoir*, is een administratiefrechtelijk begrip, dat zijn oorsprong vond in Frankrijk, nl. bij de *Conseil d'Etat* en de Franse publiekrechtelijke doctrine.

De Belgische en Franse rechtsleer verstrekken ons volgende definities :
« *Machtsafwending kan bepaald worden als een onwettelijkheid begaan door een overheid, die een rechtshandeling die binnen haar bevoegdheid valt, verricht in de voorgeschreven vormen en zonder enige formele wetsovertreding, doch met oogmerken die niet stroken met het doel waarvoor de aangewende macht haar toegekend werd, d.w.z. het nastreven van het algemeen belang binnen de grenzen van haar functie* » (1).

« *Le détournement de pouvoir est cette forme d'abus que l'auteur d'un acte commet en mettant en œuvre ses pouvoirs pour atteindre un but que la loi ne lui permet pas d'assigner à son action* » (2).

« *Le détournement de pouvoir est l'usage du pouvoir discrétionnaire pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir a été attribué* » (3).

« *Le fait de l'agent administratif qui tout en accomplissant un acte de sa compétence et en respectant les formes imposées par la législation, use de son pouvoir dans des cas, pour des motifs et dans des desseins autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré* » (4).

De door machtsafwending aangetaste administratieve rechtshandeling draagt alle schijn van regelmatigheid. De gegane onwettelijkheid ligt

(1) DEBAEDTS, F., *A.P.R.*, Tw. machtsafwending, Brussel, 1956, Larcier, blz. 14.

(2) CAMBIER, C., *Le contrôle de la légalité interne des actes de l'administration*, J.T., 1955, blz. 71.

(3) AUCOC, *Conférences sur l'Administration et le droit administratif*, 2e éd., Paris, Dunod, 1878-1882, vol. I, blz. 262, 462-468.

(4) ALIBERT, R., *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, Paris, Payot, 1926, blz. 236.

verborgen in de oogmerken van zijn auteur. Juist hierdoor onderscheidt machtsafwending zich van machtsoverschrijding of « *excès de pouvoir* » ... « *lequel présente un vice apparent, comporte une violation de la loi directement décelable* » (5); m.a.w. wordt in het geval van machtsoverschrijding de wettelijkheid van een bestuurshandeling extern geschonden terwijl dit in het geval van machtsafwending intern gebeurt. *In casu* is de volgende uitspraak van HAYOIT DE TERMICOURT wel tekenend:

« *L'acte respecte, en apparence, la lettre de la loi, mais il en viole l'esprit* » (6). Volgens WODON, die hierin LAFERRIERE navolgt, is dit onderscheid totaal overbodig. Zo schrijft hij:

« *Voilà le détournement de pouvoir, ou ce qu'on appelle assez inutilement ainsi, car l'expression générale excès de pouvoir comprend très clairement tous les cas de l'espèce, et elle est très suffisante* » (7).

De rechtspraak en rechtsleer houden zich nochtans doorgaans aan dit onderscheid. Een voorbeeld inzake de benoeming van staatsambtenaren zal dit duidelijk maken.

Mocht een bepaalde kandidaat verkozen worden, zonder te voldoen aan alle wettelijke gestelde voorwaarden, qua leeftijd, bekwaamheid of gedrag... dan zou deze benoeming wegens machtsoverschrijding vernietigd worden. Beantwoordt deze benoeming echter volkomen aan de externe wettelijke vereisten, maar is zij gedaan met het oogmerk de partikuliere belangen van de kandidaat, eerder dan het algemeen belang, te dienen, dan kan zij wegens machtsafwending vernietigd worden.

Mag men in dit geval de bevoegdheid van de administratieve overheid in vraag stellen? Haar van onbevoegdheid beschuldigen? Sommige rechtsgeleerden meenden van wel.

Aldus treft men bij LAFERRIERE en zijn aanhangers waaronder ALIBERT, DUGUIT en ROLLAND, uitdrukkingen aan als zou machtsafwending « *une sorte d'incompétence* » uitmaken of waar zij « *devient un vice de compétence* » (8).

Maar deze stelling vond weinig ingang. De verdere rechtsleer handhaafde immers wat door vroegere rechtsgeleerden reeds bevestigd was, namelijk de onafhankelijkheid van de concepten machtsafwending en onbevoegdheid.

(5) Hoeffler, J., *L'annulation pour détournement de pouvoir*, R.A., 1954, blz. 101.

(6) HAYOIT de TERMICOURT, R., *Le Conseil d'Etat et le pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Bruylant, 1939, blz. 19.

(7) WODON, L., *Le contrôle juridictionnel de l'Administration et la responsabilité des services publics en Belgique*, Bruxelles, Lamertin, 1920, blz. 61.

(8) LAFERRIERE, E., *Traité de la Juridiction administrative*, 2e éd., Paris, Berger-Levrault, 1896, II, blz. 402-13; DUGUIT, L., *L'Etat les gouvernants et les agents*, Paris, A. Fontemoing, 1903, blz. 492, 532-550; ROLLAND, L., *Précis de droit*

Zo schreef AUCOC :

« *L'auteur du détournement de pouvoir n'en agit pas moins dans les limites de sa compétence* » (9).

en VIDAL :

« *En somme, il y a quelque exégération à déclarer, comme l'a fait LAFERRIERE, que le détournement de pouvoir constitue une sorte d'incompétence* » (10).

Maar VIDAL voegt er wel onmiddellijk aan toe :

« *Et cet auteur (LAFERRIERE) a sûrement émis une idée plus juste lorsqu'il s'est contenté de dire que le détournement de pouvoir constitue une véritable incompétence seulement dans le cas où la poursuite du but irrégulier est complètement interdite comme étant en dehors des attributions de l'administration* » (11).

De onmogelijkheid om bij de wet alle gevallen vast te stellen waarin de administratie moet optreden heeft deze een zekere vrijheid van beslissing verschaft. Deze vrijheid, die men de discretionaire bevoegdheid van de administratie noemt, is nochtans beperkt. Elke administratieve handeling blijft onderworpen aan twee hoofdbeginselen van ons modern administratief recht, t.w. de finaliteit van de openbare dienst en de specialiteit der ambten. Juist daarin vindt de theorie van de machtsafwendig een dubbele grondslag.

Volgens het beginsel van de finaliteit mogen de personen die een openbare dienst waarnemen, de hun toevertrouwde bevoegdheid slechts aanwenden om een doel van algemeen belang na te streven.

Zo schrijft BONNARD :

« *Pour le but de l'acte, c.-à-d. le résultat final que la décision doit atteindre, la compétence n'est jamais discrétionnaire. Il n'y a jamais libre choix et libre appréciation du but. Si l'acte poursuit un autre but, l'on se trouve en présence d'une illégalité* » (12).

Al voldoet een bestuurshandeling aan dit beginsel van de finaliteit, toch kan ze nog door machtsafwendig aangetast zijn. Een administratieve overheid mag immers het algemeen belang niet op om het even welk gebied en op gelijk welke wijze nastreven ; « *elle ne peut avoir et n'a que les pouvoirs d'agir pour la réalisation de son objet* », aldus BUTTGENBACH (13). Dit is het beginsel van de specialiteit : elke ambtenaar mag het algemeen belang slechts nastreven binnen de grenzen van de bijzondere functie die hem toevertrouwd is.

De draagwijdte van deze regel wordt duidelijk door VAUTHIER aangegeven.

administratif, 9e éd., Paris, Dalloz, 1947, blz. 397.

(9) AUCOC, o.c., gecit. door VIDAL, R., *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, R.D.P., 1952, blz. 279.

(10) VIDAL, R., o.c., blz. 280.

(11) VIDAL, R., o.c., blz. 280.

(12) BONNARD, R., *Le détournement de pouvoir*, R.D.P., 1938, blz. 140.

(13) BUTTGENBACH, A., *Manuel de Droit Administratif*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 1966, blz. 49.

«... cela signifie que chacune d'elles (c.-à-d. les institutions d'utilité publique) a des attributions nettement définies, et que, pour tout ce qui ne rentre pas dans ses attributions, sa compétence est nulle» (14).

Naargelang het beoogde doel strijdig is met deze beginselen, kan men twee soorten van machtsafwending onderscheiden.

1. De eerste bestaat in het aanwenden van een bevoegdheid voor een doel dat vreemd is aan het algemeen belang. Dit is het geval waarbij een bestuursorgaan, het algemeen belang veronachtzamd, zijn bevoegdheid gebruikt om een partikulier belang, het zijne of dat van een derde te dienen.

Het geval dat een bestuursorgaan in zijn persoonlijk belang handelt, is een zeldzaamheid. Als schoolvoorbeeld geldt het geval van de burgemeester die een bouwvallig huis doet afbreken niet omwille van de openbare veiligheid, maar omwille van een persoonlijke vete.

Gevallen waarin een bestuursorgaan zijn bevoegdheid gebruikt ter bevordering van andermans partikuliere belangen doen zich wel meer voor. Dit komt hoofdzakelijk voor bij de uitoefening van de politionele bevoegdheid en bij benoemingen.

Wat de uitoefening van de politionele bevoegdheid betreft, dient het vonnis van 20 januari 1955 van de politierechtbank van Ekeren vermeld te worden. *In casu* werd een politiereglement uitgevaardigd met het uitsluitende oogmerk de commerciële belangen te beschermen van bepaalde personen, aan wie men ter gelegenheid van een sportgebeurtenis de exclusiviteit van de reclame op de openbare weg wilde verzekeren (15).

Met betrekking tot benoemingen heeft de Franse *Conseil d'Etat* scherp gereageerd tegen de zgn. benoemingen « *pour ordre* » d.w.z. die gedaan worden niet om in de behoeften van de dienst te voorzien, maar enkel in het voordeel van de betrokken ambtenaar, die nooit de functies zal uitoefenen waartoe hij benoemd werd. De *Conseil d'Etat* heeft deze benoemingen dan ook « *nulles et de nul effet* » verklaard (16).

Verder heeft men zowel in Frankrijk als in België gereageerd tegen de benoemingen, die weliswaar gebeurden met de bedoeling een vakante functie te doen bekleden, maar niettemin met machtsafwending werden gedaan, omdat zij niet het algemeen belang, maar wel de persoonlijke belangen van de gegadigde dienden (17).

2. De tweede vorm van machtsafwending is deze waarbij het bestuursorgaan wel een algemeen belang nastreeft, maar een ander dan datgene dat door de wet bedoeld is. In dit geval wordt het bijzondere doel

(14) VAUTHIER, M., *Droit Administratif*, Bruxelles, Larcier, 1950, blz. 276.

(15) Pol. rb. Ekeren, 20 januari 1955, *R.W.*, 1954-55, kol. 1565.

(16) DEBAEDTS, F., o.c., blz. 76.

(17) Cfr. infra: arresten Exelmans, Schraepen, Matthijs, Detry en Janssens.

van de wet overtreden, d.i. het doel dat de wetgever op het oog had toen hij het ambt inrichtte of de bevoegdheid toekende. Aldus zou een burgemeester, die een bouwvallig huis liet afbreken, niet om de openbare veiligheid te verzekeren, maar ter uitvoering van een rioolplan, zich aan machtsafwending schuldig maken (18).

Hoofdstuk II

Machtsafwending voor de Belgische burgerlijke rechtbanken

Art. 107 van de Grondwet schrijft voor dat de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toepassen in zover zij met de wet overeenstemmen.

De opstellers van de Grondwet hebben het artikel 107 zeker niet restrictief gewild. Daarvan getuigt de verwerping van een amendement dat er toe strekte — in de Franse tekst — de woorden *conforme aux lois* te vervangen door de uitdrukking *non contraire aux lois*. Dit zou ongetwijfeld het aan de rechtbanken opgelegde verbod verzacht hebben (19). Tekenend is ook de verklaring in het rapport RAIKEM dat « *le projet rend aux tribunaux toute leur indépendance, en consacrant que la loi doit être la seule règle de leurs décisions* » (20).

In de oude cassatierechtspraak echter huldigde men een andere opvatting en was de schroom om zich in te laten met administratieve handelingen zeer groot. Hierbij zat een verkeerde opvatting voor over het principe van de scheiding der machten, waarvan de Franse magistraat HENRION DE PANSEY de uiterst invloedrijke voorman was. Deze auteur, in het midden der 19e eeuw zeer gezaghebbend bij ons Hof van Cassatie, sloot alle controle van de rechtelijke macht over de administratieve handelingen uit, al diende hij daarvoor de uitspraak over betwistingen in administratieve zaken gelijk te stellen met... een beuursdaad (21).

Waar zijn opvattingen in Frankrijk vroeger wel konden gelden, stipt WODON gepast aan, dat zij nooit zo'n vaart hadden mogen nemen

(18) Aangaande de klassifikatie van het begrip machtsafwending kan men raadplegen MAST, A., *Le juge ordinaire et le détournement de pouvoir*, R.C.J.B., 1964, blz. 59-60.

(19) DEBAEDTS, F., o.c., blz. 60.

(20) Aangehaald bij WODON, L., o.c., blz. 79.

(21) « *Pouvoir par des ordonnances à l'exécution des lois, à la sûreté de l'Etat, au maintien de l'ordre public, aux différents besoins de la société, c'est administrer. Statuer par des décisions sur les réclamations auxquelles ces ordonnances peuvent donner lieu et sur les oppositions que des particuliers se croiraient en droit de former à leur exécution, c'est encore administrer.* » (DE PANSEY, H., *De l'autorité judiciaire en France*, 3e uitg., Paris, 1827).

in België, gelet op de algemene geest waarin onze grondwet tot stand kwam (22).

Er is nl. niet alleen het art. 107 waarbij de opstellers niet terugschrikt waren voor « *l'idée de faire juger l'administration par les tribunaux* » (23).

Ook de art. 24, 92, 93 en 106 getuigen van de bedoeling der Constituanten om de primauteit van de rechtelijke macht te consacrer.

Bij art. 24 dat bepaalt dat geen voorafgaand verlof nodig is om ambtenaren wegens bestuursdaden te vervolgen merkte het rapport FLEUSSU op :

« *Le pouvoir ne pourra plus encourager à des mesures vexatoires et illégales, en promettant l'impunité aux fonctionnaires publics et . . . ceux-ci mieux instruits de leurs devoirs, devront se renfermer dans le cercle de leurs attributions, sous peine de poursuites et de dommages-intérêts, chaque fois qu'il y aura d'excès* » (24).

De bekrompen theorieën van DE PANSEY vonden weerslag in een aantal arresten van het Hof van Cassatie waar zij klakkeloos werden nagevolgd, zonder acht te slaan op de brede libellering van de genoemde grondwettelijke teksten en vooral van art. 107 (25).

Hetgeen een reden is voor WODON om sarcastisch op te merken dat « *Henrion de Pansey passait alors avant la Constitution !* » (26)

Dezelfde enge opvatting zat ook voor bij de beslissing van het Hof van Cassatie (27) waarbij de rechtelijke macht onbevoegd werd verklaard om de motivering te onderzoeken van het besluit waarbij een schepencollege de inschrijving van een vrouw op het register der publieke vrouwen beveelt. Het Hof distancieerde zich hiervoor van de conclusies van haar Procureur-Generaal, M. LECLERCQ die nochtans duidelijk had aangetoond binnen welke (nauwe) grenzen het schepencollege de haar toegewezen bevoegdheden kan uitoefenen (28).

In casu was de verlokking tot machtsafwendig niet gering, maar toch liet het Hof de rechter niet eens toe na te gaan of de wet werd geschonden door het kwestieuze besluit van het schepencollege.

Een al te categoriek arrest werd verder nog geveld op 14 februari 1910. Het betrof een geval van cassatie op verzoek van de Procureur-Generaal die zich verzette tegen het vonnis a quo omdat daarin de rechter « *décide dans le termes les plus absolus et par application de l'art. 107 de la Constitution que le règlement de la commune est illégal* » (29).

(22) WODON, L., o.c., blz. 71 e.v.

(23) WODON, L., o.c., blz. 80.

(24) Aangehaald bij WODON, L., o.c., blz. 79.

(25) Cass., 25 juni 1840, *Pas.*, 1840, I, 490 ; Cass., 24 maart 1843, *Pas.*, 1843, I, 63. In dezelfde zin reeds Brussel, 26 april 1834, *Pas.*, 1834, II, 152.

(26) WODON, L., o.c., p. 33.

(27) Cass., 24 oktober 1866, Verenigde Kamers, *Pas.*, 1867, I, 11.

(28) *Pas.*, 1867, I, 16.

(29) Cass., 14 februari 1910, *Pas.*, 1910, I, 94.

Volgens de Procureur-Generaal kon de rechter dus beter de hem door de Grondwet verleende bevoegdheid, of liever opgedragen plicht maar vergeten en doen alsof art. 107 niet bestond.

Een verdere lezing van de conclusies laat echter duidelijk uitschijnen waar de struikelblok gelegen is : *de deus ex machina* van de scheiding der machten !

« *Le règlement, je le répète, est conçu dans les termes les plus généraux et lorsque le pouvoir judiciaire se trouve en présence d'un acte régulièrement émané du pouvoir législatif communal, il ne peut lui appartenir, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs et sans commettre un intolérable excès de pouvoir, de prêter à un pouvoir qui ne relève pas de lui des mobiles critiquables, des idées de rancune ou de satisfaction personnelle* » (30).

Nochtans had het vonnis, dat zich de banbliksems van de Procureur-Generaal op de hals haalde, op grond van art. 107 geweigerd een reglement inzake waterafloop toe te passen daar het de gemeente er enkel om te doen was geweest één inwoner speciaal te treffen. Een schoolvoorbeeld van machtsafwending ! (31)

Men moet nochtans niet wachten tot een eind in de 20e eeuw om een andere klok te horen luiden. In zijn befaamd arrest van 8 juni 1892 laat het Hof duidelijk uitschijnen dat de machtsafwending zal gesanctioneerd worden (maar *in casu* werd ze niet vastgesteld).

Als men de volgende considerans van het arrest onder ogen neemt, lijkt het wel verbazingwekkend dat het reeds in 1892 geveld werd en niet (ten hoogste) een twintigtal jaren terug...

« *Si les règlements locaux avaient pour objectif autre chose que des nécessités de voirie, s'ils étaient conçus de telle sorte qu'on pût y voir seulement quelque arrière-pensée de préoccupation censoriale... il ne faudrait pas hésiter un moment en courir sus à la fraude à la loi* » (32).

Hier wordt in de meest algemene bewoordingen aan de rechtbanken opgedragen de besluiten van de lagere overheden te onderzoeken. Uiterst belangwekkend is overigens de mogelijkheid die hier geboden wordt om een diepgaande analyse van dergelijke besluiten door te voeren.

De woorden « *arrière-pensée de préoccupation censoriale* » laten de censuur van motieven en intenties toe, iets wat voor een bepaalde strekking van onze rechtspraak na de tweede wereldoorlog nog te ver lijkt te gaan ! (33)

Anderzijds is het wel bevreemdend dat het Hof de figuur, die de elementen van pure machtsafwending inhoudt, kwalificeert als wetsontduiking...

Procureur-Generaal MESDACH de ter KIELE rekende in zijn conclu-

(30) *Pas.*, 1910, I, 96.

(31) DEBAEDTS, F., o.c., blz. 63.

(32) Conclusies voor Cass., 8 juni 1892, *Pas.*, 1892, I, 291.

(33) Cfr. Brussel, 5 juli 1947, R.J.D.A., 1947, 102.

sies voor het cassatiearrest van 27 april 1893 resoluut af met de theorieën van HENRION DE PANSEY : « *Le pouvoir exécutif administre, mais il n'administre avec effet que dans les limites de la loi et, lorsqu'en administrant, il porte atteinte à des droits acquis, le pouvoir judiciaire est là, chargé, par la constitution, du droit et du devoir, de vérifier, à la requête des intéressés, si la loi a été respectée, et, quand il a accompli sa mission, il a jugé l'acte administratif, mais il n'a pas administré* » (34).

Een stap in de goede richting kan men vinden in de conclusies van Procureur-Generaal Paul LECLERCQ voor het befaamde Flandria-arrest. (Cass., 5 november 1920, *Pas.*, I, 193). Weliswaar betrof de rechtsvraag hier niet de machtsafwending en stelde het probleem zich hoofdzakelijk op het vlak van de overheidsaansprakelijkheid. Maar toch is het ingenomen standpunt zeer interessant omdat ook hier gereageerd wordt tegen de al te bedeesde houding van de rechter zodra hij zich tegenover de overheid, in casu de Staat, bevindt. Wanneer de overheid in de uitoefening van zijn taak schade toebrengt aan particulieren dient zij daarvoor op te draaien en *la condition prééminente de l'auteur du préjudice* doet daar niets van af.

Uiterst helder wijst het arrest op de dubbele lading die schuilgaat onder de vlag « scheiding der machten ».

Vooreerst verstaat men daardoor de opvatting die de functies in de Staat aan de onderscheiden organen opdraagt, welke van elkaar onafhankelijk zijn (het klassieke begrip van de trias politica, dat onze Grondwet huldigt in zijn artt. 25 tot 31). Op grond van dit systeem is het de hoven en rechtbanken niet toegelaten om bestuursdaden te stellen, noch om handelingen der administratie te hervormen of te vernietigen. Het corrolarium hiervan langs de kant van de administratie is het verbod betwistingen over burgerlijke geschillen te beslechten. Er is echter onder dezelfde benaming een *règle très ancienne du droit public français* bekend die de bevoegdheid der rechtbanken en hoven op burgerlijk vlak beperkt tot geschillen tussen particulieren. Wanneer de Staat en andere publiekrechtelijke personen ten tonele verschenen, stonden de rechters machteloos.

Weilnu zegt het Hof :

« *Cette séparation de pouvoirs née d'un sentiment de méfiance et de défaveur à l'égard des corps judiciaires et qui permettait à l'administration de disposer souverainement et sans recours de la personne et des biens des citoyens, n'a pas été consacrée dans la constitution belge* ».

Integendeel, de Grondwet manifesteert

« *Un sentiment de méfiance à l'égard des pratiques administratives des régimes antérieurs* ».

Maar keren wij terug naar de machtsafwending. Zeer zeker mag

(34) Conclusies voor Cass., 27 april 1893, *Pas.*, 1893, I, 205.

gesteld worden dat tot aan de tweede wereldoorlog de houding van de rechtbanken en hoven zeer terughoudend was. Het was nochtans niet alleen WODON geweest die tegen de restrictieve rechtspraak inzake machtsafwending was opgekomen (35).

Het probleem bleek Procureur-Generaal R. HAYOIT de TERMICOURT belangrijk genoeg om er zijn indrukwekkende mercuriale van 1939 aan te wijden. Machtsafwending, waarvan hij een intussen klassiek geworden definitie opgaf, maakt wel degelijk een geval van onwettelijkheid uit. Bijgevolg moeten de hoven en rechtbanken het reglement dat erdoor aangetast is, weigeren toe te passen.

Zo eenvoudig is het volgens de Procureur-Generaal, die hierbij enkel de menig deelt van « *d'excellents esprits* » (36).

Hoe is dan de restrictieve en afwijzende houding te verklaren van de hoven en rechtbanken die in het algemeen de machtsafwending onvoldoende of zelfs helemaal niet sanctioneren ?

Hier onderscheidt DE TERMICOURT twee factoren.

Men maakte vroeger een onvoldoende onderscheid tussen de discretionaire of appreciatiemacht van de administratieve overheid en de arbitraire handelingen die zij onder het mom van deze macht stelde. Het discretionair karakter van een macht brengt mee dat de overheid de opportuniteit van de te stellen handelingen mag appreciëren, doch neemt niet weg dat de perken die de wet aan dit discretionair karakter stelt niet mogen worden te buiten gegaan.

« *Il est aujourd'hui reconnu que les notions de pouvoir et d'arbitraire sont inconciliables* » (36).

Een tweede reden meent de Procureur-Generaal te vinden in de moeilijkheid die men meestal ondervindt wanneer het erop aankomt het bewijs van machtsafwending te leveren. Weliswaar kan de machtsafwending blijken bij het onderzoek van de motieven der administratieve handelingen (zo deze uitdrukkelijk werd gemotiveerd...) of van haar noodzakelijke gevolgen. Deze gevallen zijn echter zeldzaam en meestal kan machtsafwending slechts blijken uit omstandigheden die niet in de handeling zelf voorkomen. Dikwijls is het zelfs slechts via het bestuderen van administratieve stukken of de uitleg van de persoon die de handeling verrichtte, dat men zekerheid kan verwerven nopens het voorhanden zijn van de machtsafwending.

Nu is het ongetwijfeld waar dat de rechtbanken de auteur der handeling over de aard van zijn bedoelingen niet mogen ondervragen

(35) MOUREAU, *Revue de l'Administration*, 1910, blz. 247.

(36) HAYOIT de TERMICOURT, R., o.c., blz. 19.

(36) HAYOIT de TEERMICOURT, R., o.c., blz. 21 ; Cfr. BRAIBANT, G., QUESTIAUX, N., WIENER, C., *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens*, Paris, Ed. Cujas, 1974, blz. 209 e.v.

(behoudens het uitzonderlijk geval waar de machtsafwendings met een misdrijf gepaard gaat).

Uit de onmogelijkheid van zo'n ver doorgedreven initiatief der rechter heeft men echter afgeleid dat hij tot stilblijven gedwongen was wanneer de machtsafwendings bleek uit de motieven of de kontekst van een reglement.

Welnu, meent de Procureur-Generaal, dit is een « *conclusion manifestement forcée* ». Het besluit van HAYOIT de TERMICOURT is alleszins kategoriek.

« *Quelque soit d'ailleurs l'état actuel de la jurisprudence, dès l'instant où il se déduira sans ambigüité de la loi elle-même qu'un acte administratif entaché de détournement de pouvoir est un acte illégal, hors de conteste sera aussi l'obligation pour les cours et tribunaux de se conformer, à l'égard de pareil acte, à la prescription de l'article 107 de la Constitution* » (37).

Het zou toch onlogisch zijn dat waar machtsafwendings voorhanden is, de Raad van State de handeling onwettig zou moeten verklaren en zelfs vernietigen, terwijl de gewone rechtbanken in dezelfde omstandigheden tegen het art. 107 der Grondwet in, de handeling voor wettig zouden moeten houden.

De slottoon heeft toch weer een vermanend karakter :

« *... mais, j'y insiste, les cours et tribunaux ont, en cette matière délicate à faire preuve de réserve et de prudence ; leur modération et le contrôle de la Cour permettent d'affirmer qu'il en sera ainsi* » (38).

Op advies van dezelfde Procureur-Generaal werd het arrest van 11 juli 1939 geweest. Hierin had het Hof te doen met een gemeentelijk politiereglement waarbij werd voorgeschreven dat de openbare danszalen in metselwerk of in andere niet-ontvlambare materialen moesten gebouwd zijn. De uitbater van een danszaal, die een danspartij had georganiseerd in een zaal die niet aan die voorschriften voldeed, werd in eerste aanleg veroordeeld. Doch in hoger beroep werd hij vrijgesproken, op grond van de overweging dat het reglement afbreuk deed aan de vrijheid van handel en beroep (Wet van 2-17 maart 1971).

Het Hof van Cassatie stelde eerst de betekenis duidelijk van hogergenoemde wet en weerhield vervolgens geen machtsafwendings in hoofde van het politiereglement.

« *Overwegende dat noch uit de tekst zelf van hogervermeld politiereglement, noch uit de redenen ervan blijkt dat de gemeenteoverheid in onderhavig geval het inzicht zou gehad hebben een handel of beroep onmogelijk te maken, onder voorwendsel de algemene veiligheid, rust en gezondheid te verzekeren* » (39).

(37) HAYOIT de TERMICOURT, R., o.c., blz. 23. Over de moeilijkheden die men ontmoet bij de poging machtsafwendings te bewijzen : Cass., 29 oktober 1973, R.W., 1974-75, kol. 466 en Pol. rb. Kortrijk, 12 november 1973, R.W., 1974-75, kol. 507 (met noot Alen, A.). Zie ook Cass., 17 juni 1974, J.T., 1975, blz. 30.

(38) HAYOIT de TERMICOURT, R., o.c., blz. 23.

(39) Cass., 11 juli 1939, Arr. Verbr., 1939, 203 (spelling door ons aangepast).

In zijn hogervermelde mercuriale kwam de Procureur-Generaal terug op deze uitspraak :

« Vous avez cassé le jugement, mais les motifs de votre décision marquent clairement qu'à vos yeux le détournement de pouvoir entache d'illégalité un acte administratif et ils affirment votre droit de contrôle à cet égard ».

Dit leidde HAYOIT de TERMICOURT terecht af uit de woorden *redenen, inzicht en voorwendsel*, die voorkwamen in de hierboven geciteerde considerans van het arrest.

Onmiddellijk na de tweede wereldoorlog kwamen enkele gezaghebbende auteurs nogmaals pleiten voor een vooruitstrevende houding inzake machtsafwending en namen zij de al te terughoudende uitspraken (die weliswaar niet op het niveau van cassatie geveld werden) op de korrel.

Het Hof van Beroep te Brussel had op 5 juli 1947 vooropgesteld dat de handelingen van de centrale overheid niet kunnen worden bestreden voor de gewone rechtbanken op grond van machtsoverschrijding of machtsafwending wanneer niet uit de tekst zelf van de bestreden handeling blijkt dat de verleende bevoegdheid voor een ander dan het (bij het verlenen) beoogde doel werd aangewend.

Prof. MAST merkt, in zijn noot onder dit arrest, op dat het door het Hof ingenomen standpunt al te terughoudend is (40). De appreciatie der machtsoverschrijding en -afwending behoort exclusief tot de wettelijkheidscontrole zoals deze door art. 107 van de Grondwet aan de rechtbanken en hoven wordt opgedragen.

Wanneer men nu stelt dat de machtsafwending uit de tekst zelf van de bestreden handeling moet blijken, wordt de controle der gewone rechtbanken en hoven echter illusorisch. Want welk administratief orgaan zal uitdrukkelijk bevestigen dat het zich aan machtsafwending schuldig maakte (in de gevallen dat dit gebrek daadwerkelijk aan de bestreden handeling kleeft) ?

Volgens MAST verandert de instelling der Raad van State niets aan de bevoegdheden der gewone rechtbanken op dit stuk : zij alleen blijven bevoegd om de administratie te veroordelen en, vooral om zich over de subjectieve rechten der betrokkene uit te spreken.

Het zou bovendien de rechtspleging — op een voor de rechtszoekende hoogst onaangename wijze — bemoeilijken, mocht de gewone rechter weigeren de machtsafwending te sanctioneren en stelselmatig de zaak naar zijn *administratieve* collega te verwijzen.

Ook CAMBIER brak rond dezelfde tijd een lans voor een ver doorgedreven mondigheid van de rechter t.a.v. de discretionaire macht van de administratieve overheden. Ter zake ging het om een willekeurig geachte weigering van een burgemeester om een bewijs

(40) Noot onder arrest geciteerd in voetnoot (15), *R.J.D.A.*, 1947, blz. 106.

van burgerdeugd af te leveren (41). De rechtbank beweert dat zij slechts bevoegd is om hierop een controle uit te oefenen en desgevallend schadevergoeding te verlenen, zo de weigering kwaadwillig en te kwader trouw geschiedde.

In zijn noot onder dit vonnis meent CAMBIER dat de rechtbank geen gelukkige opvatting huldigt over het begrip machtsafwending, waar zij dit vereiste van kwade trouw stelt.

De gewone rechter moet over de wettelijkheid waken en de discretionaire macht vindt haar beperking in het ontzag dat zij verschuldigd is aan de wet die haar instelde. Welnu, zo de wet geschonden werd, is het van weinig belang te weten of dit *méchamment* gebeurde, dan wel *par candide ignorance de son prescrit* (42).

Machtsafwending omwille van beweegredenen die niets met kwade trouw te maken hebben is zeer goed denkbaar.

Met DELVA kunnen we de mening van CAMBIER volledig onderschrijven. Het gaat niet meer op de kwade trouw als een bestanddeel van de machtsafwending te weerhouden want het is perfect denkbaar dat een administratieve overheid

« ook te goeder trouw, om het algemeen belang te dienen, een naar de uiterlijke vorm correcte beslissing kan nemen, om een ander dan het specifiek wettelijke doel te bereiken. Ook dit is typische machtsafwending en is onwettelijk » (43).

Deze doctrine deed geleidelijk aan de hemel opklaren voor een ver doorgedreven toezicht van de gewone rechter op het vlak van de machtsafwending.

Op 14 juni 1948 stelde het Hof van Cassatie, dat de hoven en rechtbanken op grond van art. 107 der Grondwet de plicht hebben de toepassing te weigeren van een door machtsafwending aangetaste overheidsbeslissing (44).

Een arrest van 28 mei 1951 (45) voegde hier aan toe dat de hoven en rechtbanken echter nooit de opportuniteit of de noodzaak der administratieve handeling mogen appreciëren. Deze heilzame wending van de rechtspraak inzake machtsafwending werd ook kracht bijgezet door de Raad van State die op 27 februari 1962 impliciet liet blijken dat ook de gewone rechter bevoegd is om de machtsafwending te onderzoeken (46). Uiterst belangrijk voor de hier behandelde materie is het cassatiearrest inzake WEGEBO.

De gemeente Schaarbeek verhoogde op drastische wijze de aanslag-

(41) Burg. Rb. Aarlen, 13 juli 1946, *J.T.*, blz. 473.

(42) *Ibid.*

(43) DELVA, J., *Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscolleges*, T.P.R., 1967,, blz. 454.

(44) Cass., 14 juni 1948, *Pas.*, 1948, I, 375 (met concl. Hayoit de Termicourt).

(45) *Pas.*, 1951, I, 652.

(46) R. v. St., arrest Van Bocxlaer, nr. 9213, van 27 februari 1962.

voet van een gemeentelijke belasting, waarbij haar als bedoeling voorzat de inwoners der stationsbuurt uit hun huizen te verdrijven om een luxe residentiekwartier te kunnen oprichten. Een aantal ondernemingen, hierdoor in hun belangen geschaad, protesteerden bij de Bestendige Deputatie van de provincieraad van Brabant die zich onbevoegd verklaarde om de grief van machtsafwendings te onderzoeken, daar deze de inzichten van de gemeente bekritiseert. De Bestendige Deputatie meent dat haar taak als administratief rechtscollege (47) tot de strikte wettelijkheidscontrole op de (belasting-) verordening beperkt moet blijven en overwegingen omtrent de oogmerken van de gemeente bij het uitvaardigen daarvan niet als argument in aanmerking kunnen genomen worden.

Na een evokatie van de klassieke definitie der machtsafwendings, stelt het Hof nogmaals voorop dat die figuur de onwettelijkheid der bestuurshandeling meebrengt, net als de overige vormen van machtsoverschrijding. De controle van machtsafwendings moet door de gewone rechter verzekerd worden op grond van art. 107 van de Grondwet.

Wanneer bij de Bestendige Deputatie een reclamatie tegen gemeenteaanslagen wordt ingebracht oefent zij eigenlijke rechtsmacht uit in betwiste zaken en heeft zij zoals elk dusdanig gerecht, het recht en de plicht overeenkomstig art. 107 van de Grondwet te onderzoeken of de besluiten en verordeningen die zij moet toepassen, met de wet overeenstemmen (48).

De Bestendige Deputatie schond bijgevolg voornoemd artikel door te beslissen dat zij onbevoegd was om kennis te nemen van de grief van machtsafwendings, gericht tegen de kwestieuze belastingverordening der gemeente Schaarbeek.

Er bestaat nu wel een consensus bij de auteurs en in de rechtspraak om de machtsafwendings te beschouwen als een vorm van onwettigheid die even goed als de andere gebreken die een behandeling onwettig maken, door de rechterlijke macht gecensureerd moet worden. Algemeen is men het er ook over eens dat art. 107 van de Grondwet hiervoor een noodzakelijke en voldoende basis biedt.

Zoals we zagen heeft men dit nochtans lang niet aanvaard op grond van het verkeerd begrepen principe van de scheiding der machten.

Het is van onze rechters zeker een fout geweest dat ze een buitenlandse theorie, nl. de these van HENRION de PANSEY overnamen

(47) Over de diverse taken van de Bestendige Deputatie : DEMBOUR, J., *Droit administratif*, Liège-Den Haag, Nyhoff, 1970, blz. 339-340. Zie ook VAUTHIER, M., *Précis du droit administratif de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1960, II, blz. 667. (48) *Cass.*, 13 oktober 1965, *Pas.*, 1966, I, 204 ; *R.W.*, 1965-66, 1261 ; *J.T.*, 1965, 721.

zonder ze te toetsen aan de globale situatie in ons land, zowel op politiek als op wettelijk vlak (49).

Reeds WODON — zie supra — toonde aan dat het nooit in de geest der grondwetgever had gelegen om de rechterlijke macht onmondig te maken t.a.v. de uitvoerende functie. Heden ten dage echter brengt men het begrip van de scheiding der machten tot zijn ware proporties terug.

Dikwijls hoort men daarbij toch nog een eerder restrictieve en vermanende toon: de rechter zou geen zeggenschap mogen krijgen over de opportuniteit van de overheidsdaad, want dit zou de bestuursactiviteit kunnen verlammen. De rechter zou zich bovendien onbevoegd dienen te verklaren telkens de ontknoping van het te beslechten geschil een optie zou insluiten, waardoor hij zich in de plaats stelt van het bestuur en zodoende rechtstreeks deelneemt aan de bestuursactiviteit.

Evenmin mag de rechter

« De omvang of de aard bepalen van de maatregelen welke de overheid zijns inziens diende te nemen. Zulke beoordeling van de opportuniteit van de overheidsdaad is een wederrechtelijke bevoegdheidsaanmatiging, die omslaat tot werkdadige inmenging in het overheidsbeleid, indien de rechter, op grond van die beoordeling, de bestreden maatregel vernietigt, de uitvoering ervan stopzet of schorst » (50).

Men kan nu echter voorbehoud maken voor het laatste lid van bovenstaande uitspraak. Er is namelijk een kentering merkbaar in onze rechtspraak van de laatste jaren, die met name zichtbaar is in de uitspraken in kortgeding, waarin wordt aanvaard dat de rechter de onwettige aantasting van een burgerlijk recht, die wordt aangezien als een feitelijkheid, mag doen ophouden (51).

Men mag zich niet laten leiden door een al te puriteinse opvatting over de scheiding van de machten waarbij elke wisselwerking tussen de staatsmachten met deze heilige koe zou onverenigbaar zijn (52).

Geheel zonder bezwaren is het toekennen aan de gewone rechter van een ruim toezicht op de overheidsdaden wellicht niet. Het mag hem er niet toe brengen zich met politieke opties in te laten. En misschien ware het gezonder geweest had onze wetgever de mogelijkheid geboden om voor de afdeling administratie van de Raad van State een kortgeding in te spannen.

Maar men moet nu eenmaal roeien met de riemen die men heeft en in de gegeven omstandigheden is het

(49) SUETENS, L.P., *Actuele ontwikkeling in het administratief recht*, R.W., 1973-74, kol. 1236.

(50) DELVA, J., *o.c.*, blz. 454.

(51) SUETENS, L.P., *o.c.*, kol. 1257 en de aldaar in voetnoot geciteerde rechtspraak.

(52) Gent, 19 november 1971, R.W., 1972-73, kol. 319.

« de normale taak van de gewone rechter, als beschermer van zowel de burgerlijke als politieke rechten, om maatregelen die een aantasting van die rechten behelzen in hun uitvoering op te schorten » (53).

Ook de huidige progressieve rechtspraak inzake machtsafwending werd slechts mogelijk dank zij de uitzuivering van de notie *scheiding der machten*.

Zij dient trouwens onvoorwaardelijk toegejuicht te worden. De enkeling moet op een effectieve wijze beschermd kunnen worden tegen de administratieve willekeur. Hij staat aan grotere gevaren bloot dan WODAN dacht. Volgens deze auteur bleef de machtsafwending beperkt tot enkele « *tracasseries de mauvais goût* » en « *fantaisies insupportables* » van lokale burgemeesters (54).

Waar de overheidswillekeur voorkomt, zo leert hij verder, vindt zij haar oorsprong niet zozeer in de miskennis der wet of individuele rechten, maar veeleer in de traagheid waarmee de administratieve molen maalt. De werkelijke kwaal kan niet verholpen worden op juridisch vlak: « *c'est de la compétence propre de l'administrateur, et non point de celle de juriste qu'il y aura lieu d'attendre les solutions décisives* ».

De kern van de zaak ligt in de keuze der ambtenaren en is dus van technische, niet juridische aard (55).

Het is helaas niet mogelijk deze opinie heden ten dage te onderschrijven. Dat de meeste gevallen van machtsafwending op gemeentelijk vlak te situeren zijn neemt niet weg dat we hier dikwijls met een vorm van onwettelijkheid te doen hebben, « *qui relève d'une grave atteinte commise aux exigences de la moralité publique* » (56). Naar onze smaak dient men deze laatste aantijging nochtans voor te behouden aan die gevallen van machtsafwending waar het algemeen belang volledig uit het oog werd verloren om de persoonlijke belangen van een derde of, erger nog, van degene die de handeling verrichtte, te dienen.

Met de hierboven bepleite emancipatie van de gewone rechter op het stuk der machtsafwending is niet onverzoenbaar, maar veeleer noodzakelijk complementair, de vermaning tot voorzichtigheid.

Een zekere behoedzaamheid moet de rechter altijd in acht nemen (57). Steeds zal hij nauwkeurig dienen na te gaan of de bewering van machtsafwending wel steun vindt in de feiten. Want het dient wel toegegeven te worden dat

(53) SUETENS, L.P., o.c., kol. 1259.

(54) WODON, L., o.c., blz. 113.

(55) WODON, L., o.c., blz. 112.

(56) CAMBIER, C., *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, blz. 264.

(57) Cfr. de hierboven geciteerde uitspraak van HAYOIT de TERMICOURT, R., o.c., blz. 23; DELVA, J., o.c., blz. 458; CAMBIER, C., o.c., blz. 264.

« *Les particuliers, et certains praticiens, ont parfois tendance à abuser du moyen, toujours facile à formuler sinon à démontrer, qu'est le détournement de pouvoir. Pour certains rédacteurs de mémoires versés à l'appui de recours pour excès de pouvoir, la mise en cause des mobiles devient une clause de style. La conséquence de cet abus ne peut évidemment être qu'une prudence de plus en plus grande du juge devant ces imputations, et ceci d'autant plus que, de nos jours, la notion de but d'intérêt général, mobile normal des actes administratifs, va sans cesse en s'élargissant* » (58).

Deze vaststelling komt voor in een Frans handboek doch geldt onverminderd voor onze Belgische rechtspraktijk.

Hoofdstuk III

Machtsafwending in de rechtspraak van de Raad van State

Zolang het gezag van H. DE PANSEY bleef triomferen en het beginsel van de scheiding der machten al te resoluut werd toegepast, bleef de discretionaire macht van de overheid quasi onaangetaast. Het beugelen van deze macht vergde het oprichten van een administratieve rechtbank, naar het voorbeeld van de Franse *Conseil d'Etat*, met de bevoegdheid de handelingen van de overheid te toetsen.

Reeds in 1906 merkte de heer BEERNAERT in de Kamer op : « *... nulle part, l'administration n'a de pouvoirs plus étendus que chez nous. Nulle part, les abus eux-mêmes ne comportent moins de remèdes. Quand l'administration a parlé, tout est dit* » (59).

31 jaar later, op 19 oktober 1937, bij het bespreken voor de algemene vergadering der Kamers, van het wetsvoorstel houdende oprichting van een administratieve rechtbank, haalde CARTON de WIART deze woorden weer aan.

Krachtdadig pleitte hij voor de oprichting van deze administratieve rechtbank :

« *L'administration belge a de réels mérites, mais il n'est pas tolérable qu'elle soit à la fois juge et partie et les abus que crée en cette matière l'absence de recours de débats contradictoires, de décisions motivées et indépendantes, constituent une grave carence dans nos institutions. Il est temps de passer de l'ordre discrétionnaire à l'ordre juridictionnel, du régime du bon plaisir dans l'administration au régime du droit* » (60).

Wat de oprichting van een administratieve rechtbank, in casu de Raad van State, betref, signaleerde het rapport ROLIN dat het slaafs overnemen van een dergelijke instelling van onze burens moet vermeden worden. Zo konstateerde dit rapport dat :

(58) BENOIT, F.P., *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, blz. 545.

(59) *Pas.*, 1946, II, 1120.

(60) *Pas.*, 1946, II, 1120.

«...une institution étrangère, excellente hors de nos frontières, là ou la constitution belge ne s'applique pas, peut ne correspondre ni à nos traditions, ni à l'esprit de nos populations, ni à leurs besoins» (61).

In zijn mercuriale van 1959, treffen we eenzelfde bezorgdheid aan bij Procureur-Generaal HAYOIT de TERMICOURT :

« En effet, si les codes civils belge et français sont, dans une grande partie de leurs dispositions, demeurés semblables, le droit public et les lois administratives fondamentales sont, dans l'un et l'autre pays, profondément différents... » (62).

Het uitbreken van de tweede wereldoorlog en het ermee gepaard gaande stilvallen van de wetgevende macht tussen 1940 en 1944, veroorzaakte een vertraging in het tot standkomen van de Raad van State.

Pas door de Wet van 23 december 1946 werd dit rechtscollege opgericht.

Artikel 9 van de Wet van 23 december 1946 heeft ons een eerste formele huldiging van het concept Machtsafwending bezorgd.

« De afdeling administratie doet uitspraak, bij wijze van arresten, over de beroepen tot nietigverklaring wegens overtreding van de hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht, ingesteld tegen de akten en reglementen van de onderscheidene administratieve overheden of tegen de administratieve beslissingen in betwiste zaken » (63).

Vruchteloos zoekt men echter in de wet naar enige precisering van het begrip. Wel stoot men op enkele belangrijke aanwijzingen bij het raadplegen van de parlementaire voorbereiding.

Vooreerst verwijst deze naar de jurisprudentie van de *Conseil d'Etat* en de theorie van de Franse rechtsleer. Dit is wellicht gemakkelijker te begrijpen als men weet dat art. 9 van de wet van 1946 geïnspireerd werd door art. 9 van de Franse wet van 24 mei 1872 (64). Deze verwijzing naar de Franse *Conseil d'Etat* wordt uitdrukkelijk verwoord in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel CARTON de WIART. « Wanneer het de woorden machtsafwending gebruikt, verwijst het voorstel naar de terminologie die door de Staatsraad van Frankrijk op dit gebied is aanvaard » (65).

Ook de toenmalige Minister van Buitenlandse Zaken, dhr. VAN GLABBEKE maakte, in een uiteenzetting voor de Kamer d.d. 11 december 1945, een gelijkaardige verwijzing.

« La notion du détournement de pouvoir... a été élaboré de manière extrêmement souple par cette même jurisprudence (française) » (66).

(61) *Pas.*, 1946, II, 1076.

(62) HAYOIT de TERMICOURT, R., o.c., blz. 10.

(63) Nu art. 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

(64) HAYOIT de TERMICOURT, R., o.c., blz. 10.

(65) *Parlem. Besch.*, Kamer, tweede buitengewone zitting 1936, nr. 106, blz. 9.

(66) *Pas.*, 1946, II, 1299.

Verder blijkt duidelijk uit het Verslag van de Verenigde Senaatscommissies van Justitie en van Binnenlandse Zaken, belast met het onderzoek van het wetsontwerp houdende instelling van een Raad van State, dat machtsafwending een vorm van onwettelijkheid is. Hiertoe dient men de door de Verenigde Senaatscommissies verschaft begripsomschrijving van machtsafwending na te gaan.

« Détourner un pouvoir, c'est accomplir un acte de sa charge avec toutes les formes prescrites, mais en aboutissant à un autre résultat que celui que visait la loi » (67).

Aldus heeft de parlementaire voorbereiding geen inhoudelijke wijzigingen doorgevoerd aan het begrip van de machtsafwending. Het blijkt inderdaad letterlijk overgenomen te zijn uit het Franse administratief recht.

Men heeft echter wel een innovatie doorgevoerd op het gebied van de rechtspleging, zoals verwoord werd in art. 48 (68).

« De kamers der afdeling administratie zetelen, zo voor de adviezen als de arresten, ten getale van drie leden, wie voorzit daaronder begrepen. Iedere advieszaak kan bij meerderheid van stemmen naar de algemene vergadering der afdelingen verwezen worden. Deze verwijzing geschiedt van rechtswege telkens wanneer een kamer erkent dat er aanleiding bestaat tot vernietiging wegens machtsafwending; zij is niet geoorloofd in al de gevallen waarin de afdeling bij wijze van arrest te beschikken heeft ».

De verwijzing naar de algemene vergadering werd door de toenmalige Minister van Binnenlandse Zaken, dhr. DEVEZE, voorgesteld, en door hem in volgende voege voor de Senaat gerechtvaardigd :

« Cette notion (détournement de pouvoir) est particulièrement délicate, difficile et sera pleine de dangers si l'application n'était pas très sévèrement contrôlée ... mais je me suis permis de suggérer au Sénat un amendement auquel je crois que le rapporteur ne s'opposera pas ... afin que, dans ce cas exceptionnel, une maladresse, une erreur d'interprétation, soit aussi invraisemblable que possible » (69).

Op de vraag van dhr. ORBAN of deze procedure geen verandering aan het begrip machtsafwending zou kunnen brengen, antwoordde dhr. DEVEZE ontkennend (70).

Men heeft de berechting van machtsafwending met bijzondere waarborgen willen omringen.

Het bewijs van machtsafwending is immers uiterst moeilijk te leveren (71). Men heeft hier namelijk te doen met *« un vice caché et honteux »*, waarvan het bestaan slechts uitzonderlijk zal aanvaard worden. Bovendien zou de aanvaarding van machtsafwending voor de auteur van de vernietigende handeling, een ware morele veroordeling inhouden.

(67) Pas., 1946, II, 1211.

(68) Nu art. 91 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (K.B. van 12 december 1973).

(69) Pas., 1946, II, 1243.

(70) Pas., 1946, II, 1243.

(71) Cfr. supra.

Rechtspraak van de Raad van State

Aan de ontvankelijkheid van het rechtsmiddel van machtsafwending wordt een dubbele restriktie toegebracht.

De belangrijkste beperking is wel dat dit middel van subsidiaire aard is, dat de rechter slechts onderzoekt wanneer alle andere middelen uitgeput zijn. Naar het woord van VIDAL is machtsafwending de *ultima ratio*, een bijzonder middel, dat een onwettelijkheid aan het licht kan brengen in handelingen waarop al de andere middelen geen vat hebben (72).

In België schrijft CAMBIER :

« Ce n'est qu'au cas ou les investigations ne permettent point, à s'en tenir aux antécédents et à l'objet de l'acte, de déceler le vice recherché que le contrôle du détournement de pouvoir intervient. Il va tendre à découvrir dans la trame de l'acte un défaut qu'il même ne révèle pas ; il s'applique à sonder les desseins de l'agent et à détecter l'objectif qu'il a voulu atteindre par sa décision » (73).

Het subsidiaire karakter van dit middel blijkt overigens uit verscheidene arresten van de Raad van State, waar men eerder geneigd is op grond van ontstentenis van motieven, in feite of in rechte, dan omwille van machtsafwending, te vernietigen.

Zo konkludeerde de Raad van State in het arrest BAUMIER, nr. 7558 van 22 januari 1960 :

« Overwegend dat het besluit wegens machtsoverschrijding vernietigbaar is ; dat het dus niet nodig is het middel dat aan machtsafwending is ontleend, te onderzoeken » (74).

Het subsidiaire karakter van dit middel blijkt ook uit de zeer omslachtige rechtspleging van art. 91 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bij K.B. van 12 januari 1973 (75).

Het doorsturen van de zaak naar de algemene vergadering van de afdeling administratie, het enorme dossierwerk en de met de verwijzing verbonden vertraging, verklaart waarom men eerst naar andere rechtsmiddelen grijpt, en pas bij gebreke daaraan, of het ongegronde karakter daarvan, in laatste instantie naar het middel van de machtsafwending (76).

(72) VIDAL, R., o.c.

(73) CAMBIER, C., o.c., blz. 71.

(74) Zie eveneens : R. v. St., arr. 't Seyen, nr. 14641 van 30 maart 1971 ; R. v. St., Association générale des meuniers belges en cons. nr. 6166 van 21 maart 1958 ; R. v. St., arr. Devos, nr. 5822 van 11 oktober 1957 ; R. v. St., arr. N.V. Universal Film, nr. 44 van 9 mei 1949 ; R. v. St., arr. Burette en Ceule, nr. 5027 van 16 maart 1956.

(75) Vroeger art. 48 v.d. W. 23 december 1946.

(76) Cfr. SUETENS, L.P., *Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch Administratief Recht*, T.v.B., 1970, blz. 384. MAST, A., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Gent, Story-Scientia, 1973, 5e uitg., blz. 427.

Nochtans kiest de rechter steeds vrij het middel waarop hij een vernietiging zal gronden. Indien dus de machtsafwending flagrant is, of de rechter een zaak op afdoende wijze wil beslechten, kan hij ertoe gebracht worden de machtsafwending vóór elk ander middel te weerhouden (77).

Een tweede restrictie ligt hierin dat de machtsafwending geen middel van openbare orde is : het wordt niet ambtshalve ingeroepen en moet dus in het verzoekschrift voorkomen.

Dit blijkt uit verscheidene arresten van de Raad van State waar tot de onontvankelijkheid van dit middel, dat ter zitting of in de memorie van wederantwoord voor het eerst werd ingeroepen, besloten werd. In het arrest LELOUP en cons., nr. 2660 van 9 juli 1953, besloot de zesde kamer van de Raad van State :

« Overwegende dat verzoekers in het verzoekschrift noch in de uiteenzetting der in de memorie van wederantwoord opgenomen middelen van het verzoek machtsafwending aanvoeren of een middel ten bewijze van het bestaan van machtsafwending doen gelden, dat de later voorgebrachte argumenten in verband met eventuele machtsafwending niet in aanmerking kunnen worden genomen » (78).

Nochtans zal de Raad van State het middel, dat voor de eerste maal in de memorie van wederantwoord wordt ingeroepen, toch ontvankelijk verklaren, zo is bewezen dat het steunt op gegevens die slechts door de memorie van antwoord of het overgelegd dossier aan de verzoeker bekend zijn geworden.

Zo verklaarde de Raad van State in het Arrest Velle, nr. 12.754 van 11 januari 1968 :

« . . . het voor het eerst in de memorie van wederantwoord aangevoerde middel is niet ontvankelijk wanneer de verzoeker het kende toen hij zijn verzoekschrift indiende » (79).

A *contrario* kan men uit deze arresten afleiden dat het middel van machtsafwending in die gevallen toch ontvankelijk geweest was, indien de verzoekers, bij het opstellen van hun verzoekschrift, nog geen kennis zouden gehad hebben van de feiten waarop zij dit middel konden steunen.

Het bewijs van machtsafwending is moeilijk te leveren, want de verzoeker zal een bedoeling moeten aantonen welke het orgaan, dat de betwiste handeling verricht heeft, zorgvuldig zal hebben verborgen.

(77) DEBAEDTS, F., *o.c.*, blz. 37.

(78) Zie ook *R. v. St.*, arr. Schreyen, nr. 12208 van 8 februari 1967 ; *R. v. St.*, arr. Thomee en Colin, nr. 4264 van 6 mei 1955.

(79) Zie ook : *R.v. St.*, arr. Buchet, nr. 3562 van 8 juli 1954 ; *R. v. St.*, arr. Huybrechts, nr. 3521 van 26 juni 1954 ; *R. v. St.*, arr. Clement, nr. 13022 van 13 juni 1968.

Deze taak wordt vergemakkelijkt doordat de Raad van State het middel zelf verder zal onderzoeken, van zodra de verzoeker een begin van bewijs kan leveren. Talloze malen echter heeft de Raad van State erop gewezen dat loutere beweringen niet weerhouden kunnen worden (80).

In het arrest Pauwels, nr. 12895 van 27 maart 1968, laat de Raad van State krachtdadig horen :

« Het middel van machtsafwending is niet gegrond wanneer de verzoeker er enkel toe komt wat losse, onsamenhangende beweringen als bewijs van zijn beschuldiging op te dissen » (81).

In feite zal machtsafwending afgeleid worden uit handelingen die, elk afzonderlijk genomen, weliswaar niet toelaten tot machtsafwending te besluiten, maar, in hun onderlinge samenhang beschouwd, het bewijs daarvan wel leveren.

In de arresten Exelmans, Schraepen, Matthijs, Détry en Janssens (zie infra) werd machtsafwending niet uit het directe bewijs van de verborgen bedoelingen afgeleid, maar wel uit het conglomereraat van nauwkeurige, zwaarwichtige en overeenstemmende vermoedens (82).

De rechtspraak van de Raad van State is er nochtans toe gekomen drie voorwaarden te omlijnen, die noodzakelijk aanwezig moeten zijn opdat men tot machtsafwending zou kunnen besluiten.

Vooreerst moet het beoogde doel, en dit in tegenstelling tot het privaatrecht, alléén aanwezig, of althans determinerend zijn. De vereiste van deze voorwaarde wordt duidelijk aangetoond in het arrest Lafontaine, nr. 2957 van 3 december 1953. Bij een M.B. van 10 juli 1951 wordt dhr. Louis Van Kriekingé benoemd tot adviseur van deskundige onderzoekingen. Die benoeming wordt aangevochten door dhr. Lafontaine, die zich eveneens kandidaat had gesteld voor deze functie. Tegen de benoeming in kwestie brengt verzoeker aan dat de keuze van de Minister niet is ingegeven door het belang van de dienst, maar door

« louter politieke overwegingen, welke aan het belang der administratie vreemd zijn ».

De Raad van State verwerpt het verzoek op grond van

(80) Middel van machtsafwending verworpen wegens gebrek aan begin van bewijs : *R. v. St.*, arr. Loncin, nr. 15321 van 25 mei 1972 ; *R. v. St.*, arr. gemeente Remersdaal, nr. 13575 van 21 mei 1969.

(81) Zie eveneens : *R. v. St.*, arr. De Poorter en Maillet, nr. 15821-23 van 2 mei 1973 ; *R. v. St.*, arr. Van Meerhaeghe, nr. 15.794 van 30 maart 1973 ; *R. v. St.*, arr. Willockx, nr. 14865 van 5 juli 1971 ; *R. v. St.*, arr. Deffense, nr. 14340 van 5 november 1970 ; *R. v. St.*, arr. Wauters, nr. 13633 van 19 juni 1969 ; *R. v. St.*, arr. De Reuse, nr. 12754 van 3 januari 1968 ; *R. v. St.*, arr. Van Albada, nr. 12602 van 18 oktober 1967 en vele andere beslissingen.

(82) HOEFFLER, J., o.c., blz. 108.

« het niet bestaan, althans de volkomen ontoereikbaarheid van de beweegredenen die de bestreden beslissing hebben gedetermineerd of bepaald ».

De Raad van State voegt er nog bij, dat :

« Machtsafwending slechts kan bewezen worden, zo wordt aangetoond dat de tegenpartij zich bij de uitoefening van haar willekeurige macht enkel heeft laten leiden door overwegingen, welke aan het belang van de dienst vreemd zijn ».

Verder nog, in het arrest N.V. Smets-Usé, nr. 4114 van 28 februari 1955 en in het arrest Maertens, nr. 4237 van 26 april 1955, besluit de vierde kamer van de Raad van State (in de twee gevallen) :

« Een middel van machtsafwending is alleen gegrond als de verzoeker tegelijk het bestaan bewijst van het geoorloofd doel en het gemis van geoorloofd doel der bestreden akte ».

In het arrest Van de Walle, nr. 14.936 van 6 oktober 1971 leidde het niet vervullen van deze voorwaarde tot verwerping van het verzoek. In dit geval beweerde de verzoeker, wiens woning door een ontruimingsbevel werd getroffen, dat zijn huis helemaal niet bouwvallig en ongezond was, maar dat de burgemeester zich in zijn beslissing had laten leiden door drijfveren, die niet strookten met de bedoeling van de wet. De Raad van State meende echter dat het besluit tot ontruiming wel de rechtens vereiste feitelijke grondslag bezat, zodat het geacht moest worden werkelijk de Volksgezondheid te dienen.

De Raad van State voegde er ook aan toe dat het irrelevant was of met het besluit ook nog andere doeleinden dan de vrijwaring van de volksgezondheid nagestreefd werden.

Ten tweede moet dit doel gans vreemd zijn aan de uitgeoefende wettelijke bevoegdheid.

Daarom verwierp de vierde kamer van de Raad van State in het arrest Kerger, nr. 3026 van 4 januari 1954 de eis tot nietigverklaring van het K.B. van 28 juli 1952, houdende benoeming van Ickx A. tot politie-commissaris der Stad Vilvoorde. Volgens verzoeker was de werkelijke beweegreden van de benoeming van dhr. Ickx, de Vlaamse afkomst van deze laatste. De Raad van State merkte op :

« Overwegende dat echter de verzoeker niet bewijst, noch aanbiedt te bewijzen, dat zijn vermoedens met de werkelijkheid overeenstemmen ; dat bovendien, moesten de ingeroepen grieven bewezen zijn, nog niet zou blijken dat de tegenpartij haar benoemingsrecht van het wettelijk doel zou hebben afgeleid » (83).

(83) Zie eveneens : *R. v. St.*, arr. Warnez, nr. 14290 van 7 oktober 1970 ; *R. v. St.*, arr. Lamalle, nr. 13939 van 5 februari 1970 ; *R. v. St.*, arr. Theunens, nr. 13168 van 17 oktober 1968 ; *R. v. St.*, arr. Lejeune, nr. 7918 van 9 juni 1960 ; *R. v. St.*, arr. Haine, nr. 3165 van 18 februari 1954 en vele anderen.

Ten derde moet er een oorzakelijk verband bestaan tussen de feiten die als vermoedens van machtsafwending worden aangevoerd en de handeling, waarvan wordt beweerd dat zij met machtsafwending is verricht.

Zo besloot de derde kamer van de Raad van State in het arrest Degrave, nr. 250 van 27 januari 1950, dat de feiten, die machtsafwending moeten bewijzen in een door de gemeenteraad getroffen tuchtmaatregel, niet dienend zijn ten opzichte van het Regentsbesluit waarbij deze maatregel werd goedgekeurd (84).

Totnogtoe heeft de Raad van State slechts vijf vernietigingen op grond van machtsafwending uitgesproken. De arresten Exelmans, Schraepen, Matthijs, Detry en Janssens hebben dit gemeen dat zij alle betrekkingen hebben op de benoeming van een gemeentesecretaris in een kleine gemeente.

Bij beslissing d.d. 4 december 1948 verklaarde de gemeenteraad van Averbode de plaats van gemeentesekretaris vakant en stelde hij de benoemingsvoorwaarden vast. Wanneer de benoeming van één der kandidaten, Marcel Jacquemijn, zoon van de vroegere gemeentesekretaris, aan de bestendige deputatie wordt voorgelegd, weigert deze haar goedkeuring te verlenen, omdat de benoemde de gestelde leeftijdsgrens had overschreden. Daarop herziet de gemeenteraad de benoemingsvoorwaarden en gaat daarna tot dezelfde benoeming over. Ondanks het protest van de Gouverneur der provincie Brabant werd deze benoeming door de Bestendige Deputatie goedgekeurd.

Dhr. EXELMANS, eveneens kandidaat voor deze betrekking wendt zich daarop tot de Raad van State, en vraagt de nietigverklaring van de benoeming.

In zijn arr. EXELMANS, nr. 985 van 30 juni 1951 heeft de algemene vergadering van de afdeling administratie de benoeming op grond van machtsafwending vernietigd. De volgende nauwkeurige, zwaarwichtige en overeenstemmende vermoedens hebben haar daartoe overtuigd :

1. Toen de gemeenteraad de benoemingsvoorwaarden vaststelde, verkeerde hij in de mening dat zijn kandidaat daaraan voldeed.
2. Toen de bestendige deputatie haar goedkeuring aan deze benoeming weigerde, werden de voorwaarden derwijze veranderd dat bedoelde kandidaat daaraan voldeed.

(84) Zie eveneens : *R. v. St.*, arr. Weber, nr. 3012 van 23 december 1953 ; *R. v. St.*, arr. Caluwaerts, nr. 2980 van 10 december 1953 ; *A. v. St.*, arr. Doevenspeck, nr. 140 van 24 oktober 1949.

3. Ondanks het verzoek van een oorlogsinvaliden om de voorwaarden te veranderen, werd hier geen gevolg aan gegeven vooraleer tot de eerste benoeming was overgegaan.

4. Hoewel de gemeenteraad hoogdringendheid had ingeroepen om de vakante positie te doen bekleden, verklaarde hij de plaats opnieuw vakant om andere benoemingsvoorwaarden te kunnen stellen, ofschoon er een voldoende aantal bekwame kandidaten overbleven.

5. De gouverneur had de Minister van Binnenlandse Zaken laten weten dat « *de overtuiging zich opdrong dat de nieuwe beslissing van de gemeenteraad alleen werd geïnspireerd door het persoonlijk belang van slechts één bepaalde en stilzwijgend aangewezen kandidaat* ». De daaropvolgende benoeming bevestigde het vermoeden van de Gouverneur.

6. De gemeenteraad heeft geen enkele reden voor het veranderen van de leeftijdsvoorwaarde aangehaald en zich voor de Raad van State daarover ook niet gerechtvaardigd.

Het overeenstemmen van aanwijzingen liet de Raad van State toe te konkluderen :

« Dat blijkt, uit wat vooraf gaat, dat de eerste tegenpartij bij de bestreden beslissing d.d. 20 oktober 1949 de benoemingsvoorwaarden, door haar gesteld in de zitting van 26 mei 1949, heeft aangewend om andermaal tot de benoeming over te gaan van Jacquemijn en aldus te ontkomen aan de regelmatige gevolgen van de niet-goedkeuring der eerste benoeming ; ...

Dat het benoemingsrecht bij artikel 109 der gemeentewet aan de gemeenteraad wordt verleend om, met het oog op het algemeen belang, de goede werking te verzekeren van een openbare dienst ; dat, door de persoonlijke belangen te dienen van een bepaalde kandidaat, de gemeenteraad de hem verleende bevoegdheid van haar wettelijke doel heeft afgewend ».

Bij beslissing d.d. 7 juni 1946 verklaarde de gemeenteraad van Beverlo de plaats van gemeentesecretaris vakant en stelde hij de benoemingsvoorwaarden vast. Dhr. Bomans beneficiaris van deze benoeming, vervulde de voorwaarden niet om vast benoemd te worden, en werd dientengevolge ten voorlopigen titel in dienst genomen. De definitieve benoeming wist de gemeenteraad te verdagen totdat zijn beschermeling aan de gestelde eisen voldeed. Toen bleek dat zijn kandidaat door een ander gegadigde, krachtens de wet op de prioriteiten werd voorbijgestreefd.

Geenszins ontmoedigd, benoemde de gemeenteraad Bomans eerst tot opsteller en later, bij wijze van bevordering, tot gemeentesekretaris, waardoor hij niet langer de mededinging van een voorkeurrechthebbende moest vrezen.

Een ander kandidaat, wendde zich tot de Raad van State die in haar arr. SCHRAEPEN, nr. 1632 van 11 juni 1952, overwoog dat :

« Uit de samenloop van omstandigheden die de raadsbeslissing d.d. 8 november 1949 voorafgingen, alsmede uit de voorwaarden in dewelke deze beslissing werd genomen, dient besloten dat de gemeenteraad Bomans tot opsteller

benoemde niet om de goede werking van de gemeentelijke diensten te verzekeren, maar enkel om hem bij wijze van bevordering tot gemeentesecretaris te kunnen benoemen en zodoende de normale toepassing te ontwijken van de wet van 3 augustus 1919 en 27 mei 1947; dat derhalve de gemeenteraad de bevoegdheid om een opsteller te benoemen en een opsteller tot gemeentesecretaris te bevorderen van haar wettelijk doel heeft afgewend».

De Raad motiveerde haar beslissing op grond van de volgende samenhangende omstandigheden :

1. Toen de gemeenteraad een eerste oproep tot de kandidaten deed, wees hij op de noodzaak, in het belang der gemeente, zo spoedig mogelijk tot de benoeming over te gaan.
2. Hoewel zijn kandidaat de gestelde bekwaamheidsvoorwaarden niet vervulde werd hij nochtans tot voorlopige gemeentesecretaris benoemd.
3. Hoewel deze benoeming door de Gouverneur werd geschorst keurde de raad deze aanstelling als « secretarisinterimaris » goed.
4. Enkel toen Bomans aan de bekwaamheidsvoorwaarden dan voldeed, richtte de raad een nieuwe oproep tot de kandidaten.
5. Wanneer Bomans de plaats had moeten ruimen voor een andere kandidaat, en dit krachtens de wet op de voorkeurrechten, stelde de raad de benoeming uit; Bomans werd evenwel als opsteller aangesteld ondanks het feit dat deze functie reeds door een andere persoon bekleed werd.
6. Vijf maanden nadien werd Bomans, bij wijze van bevordering, tot gemeentesecretaris in vast verband bevorderd.

De drie andere zaken waarin de Raad van State vernietiging heeft uitgesproken op grond van machtsafwending zijn slechts herhalingen met varianten van de zaak Exelmans. Telkens werden de benoemingsvoorwaarden gewijzigd, niet om de goede werking te verzekeren van een openbare dienst, maar om de persoonlijke belangen te dienen van een bepaalde kandidaat.

In het arrest MATTHIJS, nr. 2574 van 16 juni 1953 liet de Raad van State in zijn redenering gelden :

«... Dat, bij ontstentenis van elke rechtvaardiging betreffende de wijziging der bekwaamheidsvoorwaarden en gelet op het feit dat een keuze kon geschieden onder de kandidaten die de eerste oproep hadden beantwoord, dient te worden aanvaard dat de wijziging uitsluitend is geschied met het doel De Bosscher V. in de mogelijkheid te stellen zijn kandidatuur in te dienen bij de tweede oproep...».

In het arrest DETRY, nr. 3748 van 26 oktober 1954, luidde de redenering van de Raad van State :

« Dat de gemeenteraad, voor wie nochtans vast was komen te staan dat voor het ambt van gemeentesekretaris een door overlegging van een wettelijk diploma aan te tonen bekwaamheid noodzakelijk was, en die de gelegenheid heeft gehad houders van een zodanig diploma te benoemen, het peil van het ambt opzettelijk naar omlaag heeft gehaald ten einde de toegang tot dat ambt te vergemakkelijken voor een kandidaat die tevoren wegens on-

genoegzame bekwaamheid was afgewezen ; dat de volgehouden wil van de gemeenteraad blijkt uit de herhaalde keus van dezelfde kandidaat, onverschillig de gestelde bekwaamheidsbewijzen van de kandidaten, en dit ondanks de door de beslissing van de Bestendige Deputatie van 18 april 1952 gegeven waarschuwing ... ».

In het arrest JANSSENS, nr. 8712 van 3 juli 1961 overwoog de Raad van State :

« Dat de gemeenteraad tot een nieuwe oproep tot kandidaten besliste zonder redenen van openbaar belang te doen gelden en zondere de redenen aan te geven waarom hij afweek van de gedragslijn die hij op 14 april 1947 had bepaald ter zake van benoemings- en bevorderingsvoorwaarden ; dat de handelingen, elk afzonderlijk genomen, weliswaar niet toelaten tot aanwezigheid van een machtsafwendung te besluiten, maar dat zij, in hun onderlinge samenhang beschouwd, het bewijs leveren dat de gemeenteraad door zijn besluit van 29 april 1958 de belangen van M. Mathijssen heeft willen dien zonder het belang van de openbare dienst op de voorgrond te stellen ».

Hoofdstuk IV

Machtsafwendung en art. 18 van het statuut van het rijkspersoneel

Artikel 18 van het Statuut van het Rijkspersoneel (K.B. van 2 oktober 1937, herhaaldelijk gewijzigd o.a. door K.B. 16 maart 1964) laat de Koning toe personen die een *«hoge administratieve, wetenschappelijke of artistieke waarde»* bezitten, geheel of gedeeltelijk te ontslaan van de gewone benoemingsvoorwaarden.

Niettegenstaande enkele onmiskenbare waarborgen voorzien zijn (verplicht advies van de directieraad alsmede van de vaste wervingssecretaris, bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, beraadslaging in Ministerraad enz ...) heeft dit explosieve artikel toch tot heel wat betwistingen aanleiding gegeven.

Van een aantal benoemingen op grond van art. 18 verricht werd o.a. beweerd dat ze door machtsafwendung aangetast waren.

De benoeming, bij K.B. en op grond van art. 18, van dhr. Herbots tot inspecteur der familiale plaatsingen bij de Dienst der Kinderbescherming lokte verwoede reacties uit bij de heren Bihain, Lussot en Boret.

De directieraad had, van haar kant, twee redenen gezien om eenparig een ongunstig advies uit te brengen m.b.t. Herbots benoeming. Deze was immers niet in het bezit van het vereiste diploma, zodat de hoge waarde van de door de Minister gekozen kandidaat slechts kan *«blijken uit een algemeen bekende bevoegdheid, verworven in de praktijk of voortspruitend uit persoonlijke onbetwistbare verwezenlijkingen in het domein van de kindbescherming ».*

Welnu, volgens de mening der directieraad, was de door Herbots ingeroepen werkzaamheid niet van zodanige aard.

Bihain stelt dat het gezag van de directieraad niet mag worden teniet gedaan en dat zijn werkzaamheid hem veel beter op het uitoefenen van de beoogde functie voorbereidde dan dat het geval was met Herbots.

Hierop repliceert de Raad van State in zijn arrest BIHAIN, nr. 2910, van 13 november 1953, echter dat de wet van 23 december 1946 haar *« het recht niet geeft zich in de plaats van de Minister te stellen, wanneer deze zijn appreciatiemacht uitoefent »*.

Bihain beweert eveneens dat art. 18 in casu niet kon worden ingeroepen om Herbots te benoemen, daar een vergelijkend examen niet onmogelijk was.

Dit argument wordt door de Raad van State afgewezen, op gelijkwaardige gronden als het voorgaande.

Vergeefs beroepen de verzoekers zich tenslotte op het middel der machtsafwending, tot staving waarvan zij geen enkel precies gegeven weten naar voor te brengen. De Raad van State houdt immers voor *« dat de omstandigheid, dat er kandidaten zijn geweest die aan de gestelde eisen voldeden om door bevordering of overplaatsing te worden benoemd, op zichzelf buiten het aanvoeren van enig ander gegeven, geen machtsafwending kan bewijzen »*.

Bij K.B. van 13 juni 1953 wordt dhr. Gobbe benoemd tot directeur bij de afdeling *« Landbouwvoorlichting, vulgarisatie, propaganda »* van het Ministerie van Landbouw.

Die benoeming wordt echter aangevallen door de heren Lion en Bary die zich eveneens kandidaat hadden gesteld voor deze functie.

Zij brengen tegen de benoeming in kwestie een hele reeks bezwaren in, en menen o.a. dat ze met machtsafwending is gedaan. Verzoekers leiden dit af uit het feit dat de Minister op kennelijke wijze had laten blijken dat het in zijn bedoelingen lag Gobbe te benoemen. De minister had de Secretaris-Generaal overigens uitdrukkelijk verzocht er rekening mee te houden dat hij deze kandidaat krachtens art. 18 wenste te benoemen.

De Raad van State geeft in haar arrest LION en BARY, nr. 3998 van 14 januari 1935, toe dat de verzoekers weliswaar aantonen dat de Minister de benoeming van dhr. Gobbe overwoog, maar langs de andere kant

« niet bewijzen dat hij daarbij aan iets anders dacht dan aan het belang van de dienst en het algemeen welzijn en evenmin dat hij zich, bij de uitoefening van zijn discretionaire benoemingsmacht, uitsluitend zou hebben laten leiden door overwegingen die niets te maken hebben met het belang van de dienst in plaats van door zijn voornemen, een persoon wiens waarde gekend was, in de administratie trachten op te nemen ».

Dit arrest is ook belangrijk waar het stelt dat art. 18 niet in strijd

is met het beginsel van de gelijkheid van de Belgen, zoals dit door art. 6 van de Grondwet wordt bekrachtigd.

Bij een volgende zaak bestond de inzet uit de betrekking adviseur in de voorlichtingsafdeling van het secretariaat der ministerraad.

De Eerste Minister kon zich niet verzoenen met de kandidate door de directieraad voorgedragen (Mevr. Talloen), doch stelde voor dhr. Dufranne te benoemen. De directieraad erkende wel dat deze laatste zijn ambt, « *tot algemene voldoening van de leden van de regering en de pers* » had vervuld, doch meende dat hem de hoge verdiensten ontbraken, vereist voor de toepassing van art. 18. De kandidatuur van Dufranne werd dan voorgelegd aan de ministerraad en hij werd op 7 januari 1954 bij K.B. benoemd.

Aan vermeld K.B. verwijten verzoekers dat het te vaag gemotiveerd is en de studies van de kandidaat niet vermeldt. De Raad van State echter in haar arrest TALLOEN en consoorten, nr. 4920, van 28 januari 1956, is van oordeel dat het K.B. ten aanzien van het laatste lid van art. 18 voldoende gemotiveerd is waar het stelt dat Dufranne « *Zowel wegens zijn beroepsvorming, als wegens zijn lange ondervinding van de pers- en voorlichtingsdiensten, een grote technische en administratieve verdienste heeft verkregen* ».

Geen enkele wets- of reglements-bepaling eist de vermelding van de diploma's der benoemde kandidaten.

Verder stelt de Raad van State dat de onmogelijkheid, met een vergelijkend examen te werk te gaan, soeverein door de benoemende overheid wordt vastgesteld. Ons hoogste administratief rechtscollege mag zijn beoordeling niet in de plaats van die der bevoegde overheid stellen.

Tenslotte beroepen verzoekers zich op machtsafwending en wel op grond van volgende overwegingen :

— de aanvankelijk vastgestelde benoemingsvereisten zijn in de loop van de procedure aangepast om de benoeming van Dufranne mogelijk te maken.

— « *zeer invloedrijke personaliteiten* », waaronder drie Eerste Ministers zouden zich met de zaak bemoeid hebben.

Hierop repliceert de Raad van State dat de formulering van de vereiste kwalificering weliswaar in de loop der procedure aangepast is, maar enkel om ondubbelzinnig te kennen te geven dat het te begeben ambt niet door een lid van een ministerieel kabinet doch door een ambtenaar moet worden uitgeoefend.

Er is helemaal niet bewezen dat die wijziging gebeurde met de bedoeling de kandidatuur van Dufranne te bevoordelen.

En zelfs al was bewezen dat de attesten over Dufranne's verdiensten een doorslaggevende invloed op zijn benoeming hebben gehad, dan betekent dit nog niet dat de regering alleen zou zijn uitgegaan van

overwegingen, die niets gemeens hadden met het belang van de dienst.

In *R.v.St.*, arrest WERTZ, nr. 7674, van 4 maart 1960, betreft het een ingewikkelde tweestrijd tussen de heren Zimmer en Wertz die beiden menen in aanmerking te komen voor de vacante betrekking van koninklijk inspecteur van Koloniën.

Een eerste maal had de Minister Zimmer benoemd, niettegenstaande de directieraad geweigerd had deze kandidaat te rangschikken en zelf de kandidatuur van Wertz had voorgedragen.

De Raad van State echter vernietigde het K.B. waarbij Zimmer benoemd werd. Wanneer vastgesteld werd dat er geen genoegzaam onderlegde kandidaten in een departement zijn, kan de overheid niet dadelijk een ambtenaar van een ander departement bevorderen, want zodanige bevordering zou de waarborgen van het statuut, en met name de objectieve vergelijking van de verdiensten van de verschillende kandidaten ontzenuwen.

Een ambtenaar van een departement kan enkel worden benoemd mits voldaan is aan alle voorwaarden, inzake vorm en grond, die in art. 18 gesteld zijn.

In casu waren die voorwaarden niet vervuld en dit leidde dus tot de vernietiging van voornoemd K.B. (85).

De Minister van Belgisch-Congo en van Ruanda-Urundi zorgde echter voor de benoeming van Zimmer volgens de procedure, voorzien in art. 18.

Wertz legde zich niet bij de situatie neer en vocht deze nieuwe benoeming eveneens aan.

Vooreerst vindt de verzoeker het een schending van art. 18 dat op grond van dit artikel, een Rijksambtenaar, met een graad van eerste categorie in vast verband, benoemd wordt in een hogere betrekking van dezelfde categorie, opengevallen in een ander departement dan het zijne.

Wertz houdt voor dat art. 18 geen andere grond noch doel heeft dan de Staat gelegenheid te geven om buitenstaanders op te nemen in de kaders van de administratie. Dit artikel zou niet mogen dienen om te voorzien in de voortzetting van een reeds bij de administratie begonnen loopbaan en om de bevordering van de beneficiant mogelijk te maken.

Auditeur REMION kon in zijn advies die stelling niet bijtreden (86). Weliswaar laten de plaats van art. 18 (in de titel over de benoeming) en de opinie der heersende doctrine toe te besluiten dat de opstellers van het statuut noch de commentatoren ervan dachten aan een extensieve toepassing, zeker niet op de staatsagenten die reeds in dienst waren. Ook een gezaghebbend auteur als Morissens spreekt enkel over art. 18, als toepasselijk op de aanwerving van personen die vreemd zijn aan de administratie (87).

En toch neemt de Raad van State de toepassing aan van art. 18 op agenten die reeds in dienst zijn (88). Hoe is dit te verklaren, gelet op de toch restrictieve houding van de opstellers en de doctrine i.v.m. art. 18 ?

REMION vindt hiervoor de verklaring in de geest waarin art. 18 wordt toegepast (89).

Wanneer de Minister zich voorneemt van dit artikel gebruik te maken, neemt hij alle kandidaten voor een onderzoek in aanmerking. Hij maakt abstractie van al hun hoedanigheden, met name die van rijks-agent, om slechts de bijzondere kwalificaties te laten meespelen, die voor de te begeven betrekking vereist zijn.

In zijn tweede arrest Wertz past de Raad van State deze redenering consequent toe :

« Overwegende dat de bestuursoverheid zich het recht tot het kiezen van de kandidaten niet heeft ontzegd, alleen maar omdat een vroegere benoeming hen aan het statuut van het Rijkspersoneel onderwerpt ... ».

« ... Overwegende dat het middel volgens hetwelk art. 18 zou zijn geschonden in zover de bestreden beslissing de aldaar bedoelde afwijkingen heeft toegestaan voor iemand die reeds door zijn ambt onder de statuutregeling viel, niet opgaat ... ».

Wertz meent echter nog een andere schending van art. 18 te ontwaren. De benoemingsakte schreef Zimmer een hoge administratieve en technische waarde toe, te danken aan diens uitgebreide vorming, kennis en grote ervaring in alle takken der Financiën van de kolonie. De akte stelde bovendien dat die hoge waarde bewezen werd door de reorganisatie van de begroting, die Zimmer verwezenlijkt had en waarvoor hij gelukgewenst werd door de Gouvernementsraad van Belgisch-Congo.

Wertz stelt dat zulke beoordeling dient te volgen op de vaststelling dat dergelijke verdiensten niet gevonden worden bij hen die een normale roeping voor de betrekking hebben. Bovendien werd volgens

(86) *R.J.D.A.*, 1960, blz. 105.

(87) MORISSENS, F., *Artikel 18 van het Statuut van het Rijkspersoneel*, T.v.B., 1958, blz. 394.

(88) *R. v. St.*, arrest van Tichelen, nr. 4397, van 28 juni 1955 ; *Arr. v. St.*, arrest Burette, nr. 5027 van 16 maart 1956.

(89) Geciteerd advies, t.a.v. blz. 107.

verzoeker geen aandacht besteed aan zijn eigen wetenschappelijke titels, publikaties en dienststaten, noch aan het feit dat hij wegens deze verdiensten de officiële gelukwensen ontving van de voorzitter van Koloniale Raad. Ook deze aantijgingen worden door de Raad van State (*in extenso*) weerlegd.

De Eerste-Minister heeft gevraagd naar de gegevens die de Minister-raad in staat zouden stellen zich te documenteren over de aanspraken van de overige kandidaten, nadat hij kennis genomen had van de redenen die ten gunste van Zimmer's verdiensten werden aangevoerd. Zo kwam het dat de Minister van Belgisch-Congo en Ruanda-Urundi bepaalde beoordelingsgegevens over Wertz naar voren bracht, die naar zijn mening de benoeming van die kandidaat verhinderden.

Welnu de Raad van State mag

« zijn beoordeling niet in de plaats van die der bevoegde overheid stellen door het ambtshalve onderzoeken en kritizeren van de motieven waarvan de verzoekende partij kennis heeft genomen door inzage van het dossier, maar waarvan zij de juistheid en de dienstigheid niet heeft betwist ».

Bovendien is

« geen enkel gegeven van het dossier in tegenspraak met de beoordeling van de administratieve, wetenschappelijke en technische waarde van de bevorderde kandidaat ».

Verder is het ook zo dat

« deze beoordeling los staat van de beoordeling van de waarde der overige kandidaten ».

Uiteindelijk beroept Wertz zich op het (*ultima ratio*) middel van de machtsafwending: volgens hem miskent de benoemingsakte het doel van artikel 18 en heeft zij een ander oogmerk dan de overheid die dit artikel wenst toe te passen, moet nastreven.

Nochtans, antwoordt de Raad van State, kan verzoeker dit middel van de machtsafwending niet voldoende staven: hij voert immers niets anders aan dan dat artikel 18 werd gebruikt om in feite de bevordering te verrichten die eerst door de Raad van State onwettig werd bevonden.

Uit het blote feit dat de bestuursoverheid van artikel 18 gebruik heeft gemaakt om een bevordering te doen waartoe de andere statutebepalingen geen mogelijkheid boden volgt echter geen bewijs van machtsafwending.

De Raad van State stelt bovendien terecht

« Dat het gebruik van een onregelmatige procedure en het uit dien hoofde vernietigen van de akte niet hoeven uit te sluiten dat een andere procedure wordt gevolgd om door een regelmatige akte het gewens resultaat te bereiken ».

Het arrest besluit dan ook tot verwerping van Wertz' middelen ook al dient, met auditeur Remion, toegegeven dat het hier *« des moyens particulièrement bien charpentés »* gold (90).

(90) Geciteerd advies, t.a.v. blz. 106.