

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIE

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de l'Intérieur, le 27 novembre 1998, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un projet de loi "modifiant les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, ainsi que le Code judiciaire", a donné le 17 décembre 1998 l'avis suivant :

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 27 november 1998 door de Minister van Binnenlandse Zaken verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een ontwerp van wet "tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, alsook van het Gerechtelijk Wetboek", heeft op 17 december 1998 het volgende advies gegeven :

EXAMEN DU PROJETDispositifArticles 2 et 3

Articles 14 et 17 en projet

La cassation administrative

L'article 2 du projet tend à insérer un nouvel alinéa - devenant le paragraphe 2 - dans l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat afin, selon l'exposé des motifs, de marquer plus nettement la distinction entre le recours en annulation et le "pourvoi en cassation" :

"§ 2. La section statue par voie d'arrêts sur les pourvois en cassation formés contre les décisions contentieuses rendues en dernier ressort par les juridictions administratives.

Les pourvois visés à l'alinéa précédent doivent être limités aux points de droit. Ils ne peuvent être fondés que sur des moyens tirés de la violation soit de la loi, soit des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité."

L'exposé des motifs donne les renseignements suivants au sujet de cette modification :

"La modification apportée par l'article 2 du présent projet à l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, a pour objet de rappeler dans lesdites lois les principes qui gouvernent la cassation administrative. Le texte en projet distingue également le pourvoi en cassation du recours

.../...

en annulation. Dans la pratique actuelle, ceux-ci ne se distinguent guère l'un de l'autre. Encouragé en cela par la formulation de l'article 14 des lois coordonnées qui ne distingue pas expressément les deux formes de recours, le Conseil d'Etat a en effet tendance à pousser son contrôle plus loin que la Cour de cassation en ce qui concerne les éléments de fait. Il s'agit en l'occurrence de limiter plus strictement les cas d'ouverture des pourvois en cassation en tenant compte de l'évolution de la jurisprudence en la matière.

Les principes qui régissent le pourvoi en cassation administrative - le Conseil se prononce uniquement en droit - sont rappelés. La dernière phrase du deuxième paragraphe de l'article 14 s'inspire de la formulation de l'article 608 du Code judiciaire. Dans le même paragraphe, les termes "juridictions administratives" visent évidemment aussi les organes administratifs qui agissent comme autorités juridictionnelles."

Des pourvois limités aux "points de droit"

1. Si la seconde phrase du paragraphe 2 est effectivement inspirée, comme l'indique l'exposé des motifs, de l'article 608 du Code judiciaire (1), la première phrase ne correspond, elle, à aucune norme de droit écrit interne relatif à la mission de la Cour de cassation. Cette première phrase semble issue de l'article 51 des statuts de la Cour de justice C.E.E., aux termes duquel le pourvoi devant la Cour est limité aux questions de droit, encore que

(1) Selon cette disposition : "La Cour de cassation connaît des décisions rendues en dernier ressort qui lui sont déférées pour contravention à la loi ou pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité".

les expressions "points de droit" (ou "notions de droit") et "questions de droit" ne soient pas équivalentes (1).

L'article 147, alinéa 2, de la Constitution, s'exprime autrement lorsqu'il dispose que la Cour de cassation

"ne connaît pas du fond des affaires, sauf le jugement des ministres et des membres des Gouvernements de communauté et de région."

La disposition en projet selon laquelle "les pourvois (...) doivent être limités aux points de droit" n'est pas appropriée pour décrire la mission du juge de cassation en droit belge, sans compter qu'elle serait, dans la pratique, à l'origine de nombreuses difficultés liées à la distinction entre le fait et le droit dans l'oeuvre de ce juge (2).

(1) Selon R. Legros ("Considérations sur le fait et le droit", Rev. dr. pénal, 1961-1962, p. 845), "une notion n'est ni du fait ni du droit; c'est la question posée à son propos qui doit être qualifiée fait ou droit; et, à propos de toute notion, peuvent se poser soit des questions de fait soit des questions de droit"; selon cet auteur, une question de droit serait celle qui "est détachable du cas d'espèce".

(2) Au sujet de cette distinction, voir : P. Foriers, "La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation", J.T., 1959, pp. 521 à 526; "Le fait et le droit", Etudes de logique juridique, Bruxelles, Bruylant, 1961; R. Legros, "Considérations sur le fait et le droit", Rev. dr. pénal, 1961-1962, pp. 829 à 849; F. Rigaux, "La nature du contrôle de la Cour de cassation", Bruylant, Bruxelles, 1966.

Une première raison du caractère inapproprié de cette disposition tient à ce que

"[l'on] ne saurait, par la distinction du fait et du droit, fixer les limites du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juridictions de fond." (1).

2. La formule aux termes de laquelle "les pourvois doivent être limités aux points de droit" non seulement ne permet pas de définir adéquatement l'oeuvre du juge de cassation, mais, en outre, elle ne permet pas de distinguer ce pourvoi du recours en annulation.

Quand on écrit que le juge de cassation n'est pas juge du fait, on l'oppose au juge du fond, celui qui a prononcé le jugement qui est soumis à la censure du premier. Le juge de l'excès de pouvoir, qui est saisi d'un recours en annulation, ne peut en rien être comparé à un juge du fond; comme le juge de cassation, il est un juge de la légalité de l'acte (ici non juridictionnel) qui est soumis à sa censure.

Il n'existe pas - et il ne pourrait pas exister - de différence de nature (2) dans le contrôle selon que celui-ci est exercé par le Conseil d'Etat au contentieux de

(1) F. Rigaux, op. cit., n° 51, pp. 77 et 78.

(2) Même s'il existe évidemment de nombreuses différences d'ordre technique entre le pourvoi en cassation et le recours en annulation, ne fût-ce que du point de vue des effets de l'arrêt à intervenir.

la cassation administrative ou à celui de l'annulation (1); dans les deux cas, le Conseil d'Etat agit comme juge de la légalité : "fondamentalement, il n'y a pas de différence dans la démarche de la haute juridiction administrative dans l'un et l'autre cas" (2).

Le juge de l'excès de pouvoir, saisi d'un recours en annulation, n'est pas un juge du fait ni un juge du fond : faut-il rappeler l'abondante jurisprudence de la section d'administration selon laquelle seul est recevable, au contentieux de l'annulation, le moyen de droit, c'est-à-dire celui qui dénonce la violation, par l'acte attaqué, d'une prescription législative ou réglementaire ou d'un principe général de droit (3) ?

Pas plus que le juge de cassation (4), le juge de l'annulation n'est autorisé à substituer son appréciation à celle de l'administration au sujet de l'opportunité en fait de la décision attaquée.

-
- (1) Pour une comparaison approfondie des deux contentieux, cons. : "Les Nouvelles", Droit administratif, Le Conseil d'Etat, Larcier, 1975, n^{os} 1660 à 1673 et 1695 à 1722.
 - (2) M. Hanotiau, Le Conseil d'Etat, juge de cassation administrative, in "Le citoyen face à l'administration", Ed. du jeune barreau de Liège, 1990, pp. 142 et 143.
 - (3) Tables permanentes du recueil des arrêts du Conseil d'Etat, V^o Procédure, n^o I/K - h et j.
 - (4) En cassation administrative, voir les arrêts Nduwimana, n^o 76.076, du 2 octobre 1998, et Migabo, n^o 76.906, du 12 novembre 1998.

.../...

Les ouvertures à cassation

En s'inspirant de l'article 608 du Code judiciaire, l'article 14, § 2, alinéa 2, en projet cite deux ouvertures à cassation : la violation de la loi et celle des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité.

Si l'on compare ce texte à celui de l'article 14, § 1er, l'on constate que l'expression "violation de la loi" remplace la formule "excès ou détournement de pouvoir", la notion de "violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité" étant reprise dans les deux textes.

Ces expressions ont en commun d'être à ce point générales et sommaires (1) qu'elles ne permettent pas de se faire une idée précise des ouvertures à cassation ou des causes d'annulation, ni de l'étendue du contrôle du juge de la légalité; la détermination des procédés de contrôle est, dès lors, l'oeuvre de la jurisprudence et de la doctrine. C'est là déjà une première raison de dire que l'article 14, § 2, alinéa 2, deuxième phrase, en projet, ne permettra pas lui non plus d'opérer une distinction entre le pourvoi en cassation et le recours en annulation.

(1) La rédaction de l'actuel article 14, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat a été à juste titre critiquée par la doctrine : M. Leroy, *Contentieux administratif*, Bruylant, 1996, p. 259; J. Salmon, *Le Conseil d'Etat*, tome Ier, Bruylant, 1994, p. 383.

De surcroît, les expressions "violation de la loi" et "excès de pouvoir" sont synonymes et englobent toutes les illégalités possibles (1).

Il convient évidemment d'éviter d'utiliser, dans une même disposition législative, deux expressions différentes pour désigner une réalité identique : cette façon de procéder risque de provoquer d'inutiles interrogations sur la nature des moyens qui peuvent être admis dans chacun des deux contentieux (2).

Comme les règles de droit que doivent respecter les juridictions administratives sont de même nature que celles qui s'imposent à l'administration active, les moyens de cassation ne diffèrent donc pas des moyens d'annulation (3), sauf l'existence éventuelle de certaines règles particulières relatives à la recevabilité du moyen ou à la procédure (infra, n° 6).

Le contrôle du fait et la recevabilité des moyens

Le Conseil d'Etat contrôle de la même façon la légalité de l'acte d'une autorité administrative ou d'une

(1) J. Salmon, op. cit., p. 383.

(2) Par exemple : Le détournement de pouvoir peut-il être invoqué en cassation administrative ? Que signifie l'excès de pouvoir s'il ne s'identifie pas à la violation de la loi ? Qu'en est-il de l'incompétence de l'auteur de l'acte, moyen qui n'est cité nulle part ? etc.

(3) Novelles, op. cit., n° 1807.

décision juridictionnelle administrative; ainsi, loin d'ignorer les faits qui sont à la base de la décision de la juridiction administrative inférieure, il examine si cette décision repose sur des motifs de fait (comme de droit) existants et exacts (1). Cela est également vrai pour la qualification des faits ou leur appréciation (erreur manifeste d'appréciation et principe de la proportionnalité).

Le contrôle de la légalité et, en particulier, celui du fait peuvent cependant présenter certaines particularités dans le contentieux de la cassation administrative, ne fût-ce que parce que le contrôle intervient dans ce cas à la fin d'une "chaîne juridictionnelle" (2).

a) On pourrait imaginer qu'en cassation administrative, le Conseil d'Etat ne contrôle l'exactitude des faits que sur le vu des pièces dont le juge du fond a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance (3).

Cette manière de voir n'a pas été adoptée jusqu'à présent par le Conseil d'Etat de Belgique : celui-ci ne se juge pas limité dans son contrôle par les éléments du dossier tel qu'il a été soumis au juge du fond (4). Une des raisons en est précisément que les lois coordonnées ne font

(1) M. Hanotiau, op. cit., p. 153.

(2) M. Hanotiau, op. cit., p. 143.

(3) Novelles, op. cit., p. 589, n° 1714.

(4) Ibidem.

pas de distinction entre le pourvoi en cassation et le recours en annulation.

Le législateur pourrait modifier cette solution en disposant expressément que le juge de cassation ne contrôle l'exactitude des faits que sur le vu des pièces dont le juge du fond a eu connaissance ou aurait dû prendre connaissance.

Ainsi se marquerait la différence entre le pouvoir du Conseil d'Etat agissant comme juge du recours en annulation ou comme juge de cassation. Alors que, dans le premier rôle, il dispose d'un pouvoir d'inquisition certain, il est, dans le second, tenu par les constatations du premier juge, et dispose seulement du pouvoir de vérifier la façon dont ce dernier a agi pour les estimer établis.

b) Une autre particularité du contentieux de la cassation administrative consiste en l'irrecevabilité des moyens nouveaux, règle qui vaut pour tous les moyens, qu'ils soient fondés sur des vices de forme, sur la violation de la loi ou sur l'erreur de fait : juge des jugements, le Conseil d'Etat ne peut prendre en considération le moyen de droit que la juridiction administrative n'a pu connaître, faute d'avoir été soulevé devant elle (1).

Cette règle est actuellement appliquée par le Conseil d'Etat, moyennant deux exceptions relatives, l'une, aux irrégularités de forme entachant la décision de la

(1) Cons. à ce sujet : M. Hanotiau, op. cit., pp. 144 et 145.

juridiction administrative inférieure, l'autre, aux moyens d'ordre public.

La règle pourrait être confirmée par le législateur afin de caractériser le contrôle du Conseil d'Etat en cassation administrative.

Conclusion en ce qui concerne l'article 14, § 2, alinéa 2, en projet

On conclura de ce qui précède que :

- 1° La phrase "Les pourvois visés à l'alinéa précédent doivent être limités aux points de droit" (1), doit être omise du projet.
- 2° Les ouvertures à cassation doivent être décrites de la même façon que les causes d'annulation; la seconde phrase du paragraphe doit donc renvoyer au premier paragraphe à ce sujet.
- 3° Pour caractériser le contrôle de cassation par rapport à la mission du juge du fond, il vaut mieux s'inspirer de la formulation de l'article 147 de la Constitution et écrire que, comme juge de cassation administrative, le Conseil d'Etat ne connaît pas du fond des affaires.

(1) Qui est en outre défectueuse du point de vue de la légistique formelle.

- 4° Il convient de se demander s'il ne faut pas arrêter des règles précises de recevabilité ou de procédure (1).

Pour le surplus, il serait souhaitable de laisser à la jurisprudence de la section d'administration le soin de déterminer les frontières exactes du contrôle de cassation administrative à la lumière de la double réforme contenue dans la loi en projet : la distinction formelle, à l'article 14, du recours en annulation et du recours en cassation ainsi que la règle selon laquelle le Conseil d'Etat ne connaît pas, en cassation administrative, du fond des affaires. Dans ce cas, l'exposé des motifs pourrait inviter le Conseil d'Etat à s'inspirer de la jurisprudence de la Cour de cassation en cette matière.

On observera, enfin, que la mise en concordance des autres dispositions des lois coordonnées compte tenu de la modification apportée à l'article 14, serait simplifiée si le projet utilisait l'expression de "recours en cassation", plutôt que celle de "pourvoi en cassation" (voir les articles 17 à 19 du projet).

Des actes susceptibles de suspension

L'article 3 du projet vise à remplacer, à l'article 17, § 1er, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la référence à l'article 14, alinéa 1er, par un renvoi à l'article 14, § 1er. Ce faisant, le projet

(1) Voyez les exemples donnés sous la rubrique "Le contrôle du fait et la recevabilité des moyens".

reprend une difficulté qui existe déjà actuellement en ce qui concerne les actes qui sont susceptibles de faire l'objet d'une demande de suspension.

En renvoyant uniquement à l'article 14, alinéa 1er (texte actuel), ou à l'article 14, § 1er (projet), on pourrait donner l'impression que le législateur entend exclure la suspension de l'exécution des décisions implicites de rejet qui sont réglées par l'article 14, alinéa 2 (texte actuel), ou l'article 14, § 3 (projet).

La majorité des arrêts admet la recevabilité des demandes de suspension dirigées contre des décisions implicites de refus (1). D'autres arrêts sont en sens contraire.

Il appartient au législateur d'apprécier l'opportunité de se prononcer sur cette controverse en adoptant une règle claire en cette matière.

(1) Voir par exemple, les arrêts S.A. Industry project and engineering system, n° 45.087, du 30 novembre 1993; Ovar, n° 52.580, du 29 mars 1995, et De Smedt, n° 56.258, du 17 novembre 1995.

Article 4Article 19 des lois coordonnées, en projet

Dans le contentieux de la cassation administrative, les conditions de recevabilité relatives à la personne du requérant concernant non seulement l'intérêt à agir, qui est traditionnellement interprété de façon plus souple (1), mais aussi la qualité du requérant qui doit avoir été partie devant la juridiction administrative inférieure (2), sauf si le législateur en dispose autrement.

L'article 4, 2°, du projet, tend à modifier l'article 19, alinéa 3, des lois coordonnées, modifié par la loi du 6 mai 1982. Ce dernier article renvoie aux dispositions du Code judiciaire, mais sa rédaction, en ce qu'elle vise "toute personne établie dans un Etat membre de l'Union européenne", n'est plus conforme à l'article 428bis du Code judiciaire, modifié par l'arrêté royal du 2 mai 1996, qui vise "les ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne".

(1) Nouvelles, op. cit., n° 1689.

(2) Cfr M. Hanotiau, op. cit., pp. 139 et 140.

Article 5

Article 21, alinéa 2, des lois coordonnées, en projet

L'article 5 du projet tend à remplacer l'article 21, alinéa 2, des lois coordonnées par la disposition suivante :

"Lorsque la partie requérante ne respecte pas les délais prévus pour l'envoi du mémoire en réplique ou du mémoire ampliatif, la section statue sans délai, les parties entendues à leur demande, en constatant l'absence de l'intérêt requis."

Cette modification aura pour conséquence que, lorsqu'il s'agira de constater l'absence d'intérêt de la partie qui n'a pas déposé de mémoire en réplique ou de mémoire ampliatif, les parties ne seront pas convoquées à l'audience si aucune d'entre elles n'en fait la demande et que, dans ce cas, l'auditeur ne sera pas entendu en son avis.

Il faut supposer que, dans l'hypothèse inverse, où l'une des parties demande à être entendue, l'avis de l'auditeur à l'audience restera requis (article 29 de l'arrêté du Région du 23 août 1948).

Il convient de lever tout doute en confirmant cette interprétation dans le texte du projet.

.../...

Il convient d'observer que d'autres dispositions des lois coordonnées prévoient des procédures simplifiées de rejet pour le cas où l'une des parties litigantes ne manifeste pas un intérêt suffisant pour la poursuite de la procédure; on citera ainsi l'article 17, § 4ter, et l'article 21, alinéa 6, des lois coordonnées (1).

Ces dernières dispositions ne prévoient, certes, pas l'audition des parties de sorte qu'une modification de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 suffirait pour étendre aux procédures réglées par elles la modification que l'article 5 du projet tend à apporter à l'article 21, alinéa 2; ce sont, en effet, les articles 14quater de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 et 15ter de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 qui prévoient une audience.

Il ne serait cependant pas sans inconvénient que l'article 21, alinéa 2, nouveau entre en vigueur immédiatement alors que, d'une part, les procédures analogues citées ci-dessus resteraient soumises aux règles anciennes et alors que, d'autre part, l'article 14bis de l'arrêté du Régent du 23 août 1948, qui exécute l'article 21, alinéa 2, n'aurait pas encore été adapté.

Il convient, dès lors, de reporter la date d'entrée en vigueur de l'article 5 du projet jusqu'à la modification de l'arrêté du Régent du 23 août 1948.

(1) On ne cite pas ici l'article 17, § 4bis, des lois coordonnées parce que, s'agissant de prononcer une annulation, l'audition des parties et l'avis de l'auditeur à l'audience s'imposent dans tous les cas.

Article 6

Article 21bis en projet

L'intervention

L'article 6 du projet tend à modifier l'article 21bis des lois coordonnées afin de fusionner les paragraphes 1er et 2 et afin de prévoir la notification immédiate au requérant et à la partie adverse du rapport fondé sur les articles 93 ou 94 du règlement général de procédure.

Cette modification met heureusement fin aux difficultés créées par la distinction entre les deux hypothèses d'intervention; il convient néanmoins de mettre l'occasion à profit pour remédier à plusieurs difficultés d'ordre technique que suscite l'application de l'article 21bis des lois coordonnées.

- 1° L'article 21bis, § 1er, alinéa 3, en projet prévoit que, aussitôt après la réception de la requête, l'auditeur général notifie le recours aux personnes qui ont intérêt à la solution de l'affaire, pour autant qu'il puisse les déterminer.

On peut se demander ce qui pourrait justifier que ce soit l'auditorat qui notifie la requête à la personne intéressée alors que toutes les autres notifications sont faites par le greffe du Conseil d'Etat : il en va ainsi, par exemple, de la notification de la requête en

.../...

annulation à la partie adverse (1), de la notification aux parties du rapport de l'auditeur (2) et des mémoires (3).

De surcroît, l'article 7 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat prévoit que c'est le greffe qui transmet une copie de la demande de suspension à l'auditeur général, à la partie adverse et, pour autant qu'il puisse les déterminer, aux personnes qui ont intérêt à la solution de l'affaire.

La disposition selon laquelle l'auditorat est par exception compétent pour notifier la requête en annulation aux personnes intéressées, est à l'origine de nombreuses difficultés pratiques (4) : lorsque la requête en annulation est accompagnée d'une demande de suspension, ces requêtes doivent être notifiées aux personnes intéressées par des services différents du Conseil d'Etat; lorsque l'auditorat doit procéder à la notification, il ne dispose que de la requête, à l'exclusion du dossier (5), et il peut, dès lors, parfois, éprouver des difficultés pour déterminer

(1) Article 6 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948.

(2) Article 14 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948.

(3) Article 7 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948.

(4) Ces difficultés existent déjà actuellement lorsque le recours vise une nomination, une désignation, un agrément ou une autorisation (article 21bis, § 2, actuel).

(5) Qui doit rester au greffe pour les autres notifications.

l'adresse des personnes intéressées; le greffe ignore la date à laquelle la notification effectuée par l'auditorat a été réalisée, etc.

Il est donc préférable de s'en tenir à la règle générale selon laquelle les notifications sont effectuées par le greffe. Mais, il est vrai que la détermination des personnes intéressées doit être effectuée sous la responsabilité de l'auditeur qui, conformément à l'article 5 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948, est désigné pour veiller à l'accomplissement des mesures préalables à l'instruction.

Le texte suivant est proposé pour l'alinéa 3 :

"Aussitôt après la réception de la requête, le greffier en chef notifie le recours, sur la base des indications de l'auditeur-rapporteur, aux personnes qui ont intérêt à la solution de l'affaire, pour autant qu'elles puissent être déterminées.".

- 2° L'article 21bis, § 1er, alinéa 5, en projet, dispose qu'"en l'absence de notification, la chambre saisie de l'affaire peut toutefois permettre une intervention ultérieure pour autant que cette intervention ne retarde la procédure en aucune manière".

En réalité, lorsque la requête n'a pas été notifiée à la personne intéressée, le délai pour intervenir ne commence pas à courir; dans ce cas, une décision de la

.../...

chambre pour autoriser une "intervention ultérieure" ne se conçoit pas.

La disposition en projet ne se justifie que si, en l'absence de notification, la loi prévoit que l'intervention doit se faire en tout état de cause au plus tard avant le dépôt du rapport de l'auditeur, règle qui figure, certes, dans l'actuel article 21bis, § 1er, alinéa 3, mais que ne reprend pas le projet soumis à l'avis de la section de législation.

Il ressort des explications du délégué du ministre que l'intention des auteurs du projet est de réintroduire dans le projet la règle figurant dans l'actuel article 21bis, § 1er, alinéa 3; le projet devra donc être complété en ce sens.

- 3° L'article 21bis, § 2, en projet a trait à l'hypothèse où le rapport de l'auditeur propose de déclarer le recours sans objet, manifestement irrecevable, manifestement fondé ou non fondé. Le projet prévoit que la demande en intervention est dans ce cas introduite dans un délai de quinze jours au plus tard après la réception de la notification du recours et du rapport.

Le texte doit être complété afin de réserver l'hypothèse où le recours en annulation aurait déjà été précédemment notifié à la personne intéressée et aurait ainsi déjà fait courir le délai de l'intervention; il convient, en effet, d'éviter que la notification du rapport ne fasse courir un nouveau délai pour intervenir dans la procédure en annulation.

.../...

Les mots "si ce délai n'a pas commencé à courir précédemment" pourraient être ajoutés à cette fin.

On observera que les articles 93 et 94 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948, en ce qu'ils prévoient que l'audience doit avoir lieu au plus tard le dixième jour après le dépôt du rapport, devront être modifiés afin de les rendre conformes à la règle contenue dans l'article 21bis, § 2, alinéa 2.

Il convient en tout état de cause de remplacer, au premier alinéa du second paragraphe, les mots "l'auditeur général" par "le greffier en chef".

Article 8

L'article 30, alinéa 3, en projet

Il conviendrait d'habiliter le Roi à fixer également des règles particulières de procédure pour les recours en cassation pour tenir compte des particularités de la procédure en cassation administrative : ainsi, par exemple, la partie adverse n'est pas la juridiction qui a rendu la décision attaquée, mais l'autre (1) partie au procès mû devant celle-ci; le dossier administratif est détenu non par la partie adverse, mais par la juridiction.

(1) Autre que celle qui introduit le recours en cassation devant le Conseil d'Etat.

Articles 11 et 12Articles 53 à 60 en projet
-----L'emploi des langues en cassation administrative

Les articles 11 et 12 du projet modifient les articles 53 à 60 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat afin de déterminer la langue dans laquelle, au contentieux de la cassation administrative, sera traitée par le Conseil d'Etat.

On peut se demander si ce n'est pas plutôt l'article 52 des lois coordonnées qui devrait être complété en ajoutant à l'énumération, à laquelle procède son alinéa 1er, la mention de l'article 14, § 2; l'article 52 des lois coordonnées renvoie, en effet, pour déterminer la langue dans laquelle l'affaire sera traitée au Conseil d'Etat, à celle qui a été employée dans la décision rendue par l'instance inférieure.

A l'article 53, il y a lieu de remplacer la référence à l'article 14 par un renvoi à l'article 14, §§ 1er et 3.

.../...

Article 13Article 69 en projet

Le nombre de demandes d'avis dont la section de législation a été saisie et le nombre de magistrats de l'Auditorat chargés de façon permanente de faire rapport devant cette section, ont évolué de la façon suivante pendant ces dernières années :

	<u>Affaires</u> <u>entrées</u>	<u>Avis</u> <u>donnés</u>	<u>Auditeurs</u> <u>rapporteurs</u>
1985-1986	558	488	11
1986-1987	729	640	9
1987-1988	474	438	12
1988-1989	601	506	11
1989-1990	785	767	10
1990-1991	929	974	11
1991-1992	681	686	11
1992-1993	948	849	11
1993-1994	949	948	10
1994-1995	936	937	10
1995-1996	914	784	10
1996-1997	1379	1280	10
1997-1998	1345	1174	10

.../...

Du 16 septembre au 15 décembre 1998, 331 nouvelles affaires ont été introduites et 432 avis ont été donnés.

Le rapprochement de ces chiffres et l'évolution qu'ils font apparaître démontrent l'utilité de l'extension du cadre de l'Auditorat prévue par le projet, pour améliorer à l'avenir, de façon durable, le rapport entre le nombre de dossiers introduits en section de législation et celui des auditeurs chargés de leur examen, dans le contexte rappelé par l'exposé des motifs.

Article 14

Article 71 en projet

La réorientation du déroulement de la carrière du premier auditeur ou du premier référendaire qu'autoriserait à l'avenir, la disposition modificative (selon le droit en vigueur, cette réorientation n'est possible, aujourd'hui, qu'en ce qui concerne les auditeurs adjoints et les référendaires adjoints ainsi que les auditeurs et les référendaires), pourrait être relativement tardive.

Comme ce changement ne se produira qu'à la demande des intéressés et de l'avis du premier président et de l'auditeur général, cette triple garantie permet d'augurer qu'une telle réorientation serait néanmoins bénéfique pour le fonctionnement des services et satisfaisante pour les magistrats concernés, à l'indépendance desquels il ne serait de la sorte pas porté atteinte.

.../...

Le but de la disposition en projet, sur le vu du commentaire qui en est donné dans l'exposé des motifs, est ainsi atteint : permettre le passage du Bureau de coordination à l'Auditorat, et vice versa, à un nombre accru de magistrats de ces deux corps, sans que leur nomination de premier auditeur ou de premier référendaire, selon le principe dit de la carrière plane, n'y fasse obstacle.

Le texte en projet inclut aussi dans l'élargissement de ce régime de "transfert" (résultant de nouvelles nominations), les premiers auditeurs-chefs de section et les premiers référendaires-chefs de section. Mais cette inclusion n'est pas commentée dans l'exposé des motifs.

Or, son application se heurterait à une objection de texte : l'article 71, § 3bis et § 3ter, que l'avant-projet de loi ne tend pas à modifier, dispose que les premiers auditeurs-chefs de section et les premiers référendaires-chefs de section sont choisis respectivement parmi les premiers auditeurs et les premiers référendaires. Il n'est donc pas possible qu'un magistrat de l'Auditorat soit nommé premier référendaire-chef de section à la suite d'une nouvelle nomination, même s'il est premier auditeur-chef de section. De même, un premier référendaire-chef de section ne pourrait être nommé premier auditeur-chef de section, sans qu'il soit porté atteinte à la règle prérappe-lée de l'article 71.

.../...

Cette impossibilité légale est justifiée en raison : un chef de section doit être pourvu d'une expérience utile dans le corps, et il ne peut logiquement y être appelé à exercer ces fonctions dirigeantes que sur le vu des qualités qu'il y a déjà démontrées, de l'avis conforme de son chef de corps, selon le vœu de la loi (lois coordonnées, article 71, § 3bis et § 3ter). C'est pourquoi, il s'agit d'emplois de promotion pour lesquels un passage entre l'Auditorat et le Bureau de coordination est aujourd'hui exclu, et mérite de le rester à l'avenir.

Pour consacrer cette solution clairement dans la loi, il suffirait qu'à l'article 14 du projet (lois coordonnées, article 71 en projet), les termes "premier auditeur-chef de section" et "premier référendaire-chef de section" soient supprimés.

Pour les autres grades, en effet, le texte en projet ne soulève pas d'objections juridiques ou d'organisation. A la condition d'exclure, comme on l'a suggéré, le "transfert" pour les chefs de section (1), les termes "par

(1) Si, par impossible, on admettait pareil "transfert", la priorité reviendrait aux candidats au passage, par rapport aux candidats à la promotion, ce qui n'est conciliable ni avec l'article 71, § 3bis et § 3ter, ni avec le déroulement harmonieux des carrières, ni avec la bonne organisation du Conseil d'Etat, ainsi que cela vient d'être expliqué. Un tel système se justifierait d'autant moins que la nomination des premiers auditeurs-chefs de section se décide sur avis conforme de l'auditeur général et celle des premiers référendaires-chefs de section de l'avis conforme du premier président, alors que les passages du Bureau de coordination vers l'Auditorat et, réciproquement, se décident sur simple avis du premier président et de l'auditeur général.

priorité" garderont ainsi le sens qu'on leur a toujours donné et leur raison d'être originelle, à savoir que le magistrat déjà nommé au sein de l'Auditorat ou du Bureau de coordination a vocation à ce qu'une suite favorable soit réservée à sa demande de changer de corps, sur avis du premier président et de l'auditeur général, le lauréat le mieux classé au concours de recrutement d'auditeur adjoint et de référendaire adjoint étant invité à occuper l'emploi vacant dans l'un des deux corps, à la suite du choix prioritaire opéré par le magistrat déjà en fonction.

L'anomalie décrite plus haut paraît donc bien résulter d'une inadvertance rédactionnelle; pour la corriger, il convient d'omettre les termes "premier auditeur-chef de section", "premier référendaire-chef de section", de l'article 71, § 1er, alinéa 4, nouveau, en projet, dans les deux phrases que compte l'alinéa.

Article 15

Article 81 en projet

La présence des assesseurs est aujourd'hui obligatoire beaucoup plus souvent que par le passé, en raison de la diminution relative du nombre de demandes d'avis à donner

.../...

dans le délai de trois jours (1), seule hypothèse où leur présence est facultative, dans l'état actuel des lois coordonnées (article 81, alinéa 4). La participation des assesseurs aux travaux de la section de législation est ainsi sollicitée à propos d'un très grand nombre de projets, mais certains de ceux-ci, en raison d'une absence de complexité, ne justifient pas vraiment la réunion d'une chambre complète. Mieux vaut, comme le prévoit la modification des lois coordonnées, permettre à la section de législation de se réunir en formation restreinte selon les nécessités de l'affaire, plutôt que selon le délai demandé.

Le 1° de l'article 15 serait mieux rédigé comme suit :

"1° l'alinéa 1er est remplacé comme suit :

"La section de législation est divisée en quatre chambres. Chacune de celles-ci siège au nombre de

(1) La diminution relative des demandes d'avis urgentes, qui s'explique par les effets qui étaient espérés des modifications législatives du 4 août 1996, se présente comme suit :

	Délai de trois jours	Délai d'un mois	Sans indication d'un délai légal
94-95	318	-	618
95-96	276	-	628
96-97	533	410	337
97-98	366	491	317

.../...

trois membres du Conseil d'Etat et de deux assesseurs. Toutefois, le président de la chambre saisie peut décider, selon les nécessités de l'affaire, qu'un seul assesseur sera appelé à siéger ou qu'elle siègera sans assesseur.

En cas de parité de voix au sein de la chambre, la voix du président est prépondérante."".

Article 16

Article 84bis en projet

La procédure instaurée par l'article 84bis, en projet, conduirait le président de la chambre saisie à constater, dans les huit jours qui suivent la réception des demandes d'avis, l'inaccomplissement de formalités préalables à la consultation du Conseil d'Etat, et à en avertir l'auteur des demandes; il en résulterait que la procédure de consultation serait tenue en suspens jusqu'à sa régularisation.

L'innovation trouve sa justification, selon l'exposé des motifs, dans "le nombre sans cesse croissant de demandes d'avis" et "(dans) la nécessité qui en découle de désengorger la section de législation de celles dont il s'avère qu'elles ne sont pas en état d'être examinées", parce que "toutes les formalités préalables requises" n'ont pas été "dûment accomplies".

.../...

La question est de savoir si, sous son apparente simplicité, l'ajout de cette procédure constituerait une véritable amélioration des méthodes de la vérification de l'accomplissement régulier des formalités préalables, dont la section de législation est expressément chargée par l'article 84, alinéa 2, des lois coordonnées (1), en particulier si l'on en mesure l'utilité à la lumière de la réforme inscrite à l'article 15 du projet de loi, modifiant l'article 81.

En effet, en vertu de l'article 81, alinéa 1er, en projet, des lois coordonnées, le Conseil d'Etat pourra désormais se prononcer sur les problèmes de recevabilité évoqués ici, en formation restreinte, ce qui constitue déjà une simplification de la procédure, et donc un gage d'accélération de celle-ci, qui paraissent suffisants.

En revanche, aller au-delà, en créant une sorte de magistrature présidentielle, pourrait produire l'effet opposé, en suscitant une série de difficultés.

Comment gérer cette détection accélérée (dans un délai de huit jours) de manquements sans risque d'erreur par omission, alors que ce contrôle préalable suppose parfois un examen approfondi des textes ?

(1) Cette vérification a toujours été faite par le Conseil d'Etat, parce qu'elle relève du contrôle de légalité; la loi du 4 août 1996 s'est bornée à en confirmer le principe.

Comment procéder si la suspension de l'examen de la demande, prévue par l'avant-projet de loi, ne constitue pas la solution appropriée pour remédier au défaut d'accomplissement des formalités préalables (1) ?

Comment résoudre d'éventuelles contrariétés qui se feraient jour entre les décisions présidentielles prises dans l'urgence, ou l'absence de décision, et l'avis subséquent des chambres ?

Sans doute serait-il plus expédient de laisser à l'administration active le soin de vérifier la mise en état des dossiers, préalablement à leur envoi au Conseil d'Etat (2).

-
- (1) Lorsqu'un avis motivé est attendu d'une commission consultative, on ne peut a priori supposer que des amendements au projet dont le Conseil d'Etat est déjà saisi, ne seraient pas suggérés. L'accomplissement régulier de la formalité préalable requiert alors que l'auteur du projet de texte (qui peut être un collègue) prenne connaissance des remarques énoncées et saisisse ensuite le Conseil d'Etat, d'un texte devenu réellement définitif, intégrant les suggestions retenues. Quant aux erreurs purement matérielles dans la confection des dossiers (omission de certaines pièces auxquelles la demande d'avis se réfère expressément), le greffe de la Section de législation y remédie déjà en se mettant en rapport avec l'auteur de la demande d'avis, sans formalisme inutile.
- (2) Cette vérification préalable est recommandée dans la circulaire du 1er décembre 1998 du Conseil d'Etat relative à la légistique formelle, pp. 10-11; elle l'était déjà dans la circulaire du 6 mai 1997 du premier ministre relative aux demandes d'avis de la Section de législation du Conseil d'Etat, pp. 6-7.

.../...

Si toutefois les auteurs du projet maintenaient cette procédure d'examen préliminaire du défaut manifeste d'accomplissement de certaines formalités préalables, l'article 84bis devrait en tout cas être modifié comme suit pour résoudre, au moins partiellement, les difficultés évoquées plus haut.

1. Pour prévenir d'éventuelles contradictions entre la décision du président et celle que la chambre pourrait prendre, il vaudrait mieux que l'inaccomplissement des formalités préalables soit constaté non par le président mais par la chambre composée du président et de deux magistrats, le cas échéant en l'absence des assesseurs. Une telle chambre peut être convoquée à tout moment.

2. Le délai de huit jours est trop bref, notamment pour les raisons suivantes. Le fonctionnaire délégué n'est pas toujours en mesure de donner une réponse immédiate aux questions posées. Par ailleurs, il faut souvent procéder à une étude approfondie du projet de texte pour pouvoir déterminer la formalité à accomplir et qui ne l'a pas été. C'est pourquoi, un délai de quinze jours est proposé, qui tiendrait mieux compte des aléas auxquels peut être soumise la vérification de certaines formalités, comme l'avis d'un organe consultatif ou l'exigence de l'association des régions à un projet de loi ou d'arrêté du gouvernement fédéral.

.../...

3. Si la suspension de l'examen du projet soumis pour avis est concevable pour constater l'existence de l'accord du Ministre du Budget, par contre, une telle suspension est inadéquate quand il s'agit, par exemple, d'une consultation ou d'une négociation. En effet, chacune de ces formalités peut donner lieu à des observations si bien que le projet soumis pour avis ne sera définitif que lorsque son auteur aura statué sur le sort à réserver à ces observations, soit qu'il en tienne compte pour modifier le texte initial, soit qu'il n'en retienne qu'une partie, soit encore qu'il les écarte toutes.

C'est pourquoi, mieux vaut prévoir, comme ce fut le cas jusqu'à présent, que la chambre, plutôt que de suspendre l'examen du projet, doit déclarer que celui-ci n'est pas en état; il appartient alors à l'auteur de la demande de faire le nécessaire pour que les formalités préalables soient accomplies et de réintroduire la demande d'avis à propos d'un texte devenu définitif.

OBSERVATIONS FINALES

1. La phrase liminaire de l'article 4 serait mieux rédigée comme suit :

"A l'article 19 des mêmes lois coordonnées, modifié par les lois des 6 mai 1982 et 24 mars 1994, ... (la suite comme au projet).".

.../...

Afin de tenir compte de la division en trois paragraphes de l'article 14 des lois coordonnées telle qu'elle est proposée par l'article 2 du projet, il convient de modifier l'alinéa 2 de l'article 19 des lois coordonnées qui contient une référence à l'article 14. Mieux vaut écrire à la suite du 1° :

2° dans l'alinéa 2, les mots "l'article 14, alinéa 1er" sont remplacés par les mots "l'article 14, § 1er";

3° (voir le 2° en projet devenant le 3°).

2. La phrase liminaire de l'article 5 serait mieux rédigée comme suit :

"L'article 21, alinéa 2, des mêmes lois coordonnées, remplacé par la loi du 17 octobre 1990 et modifié par la loi du 4 août 1996 ... (la suite comme au projet).".

3. La phrase liminaire de l'article 6 sera réécrite comme suit :

"L'article 21bis des mêmes lois coordonnées inséré par la loi du 17 octobre 1990 et modifié par la loi du 4 août 1996 (la suite comme au projet).".

.../...

4. A l'article 8, on écrira :

"A l'article 30, alinéa 3, des mêmes lois coordonnées, remplacé par la loi du 17 octobre 1990 et modifié par la loi du 4 août 1996 (la suite comme au projet).".

5. A l'article 9, mieux vaut écrire :

"A l'article 32, alinéa 1er, des mêmes lois coordonnées, les mots "l'article 14, alinéa 2" sont remplacés par les mots "l'article 14, § 3.".

6. La phrase liminaire de l'article 14 sera réécrite comme suit :

"L'article 71, § 1er, alinéa 4, des mêmes lois coordonnées, remplacé par la loi du 24 mars 1994, est remplacé par l'alinéa suivant :".

7. La phrase liminaire de l'article 15 serait mieux rédigée comme suit :

"A l'article 81 des mêmes lois coordonnées, remplacé par la loi du 6 mai 1982 et modifié par la loi du 4 août 1996, sont apportées les modifications suivantes :".

8. Dans la phrase liminaire de l'article 17, le mot "modifié" doit être remplacé par le mot "remplacé".

.../...

OBSERVATIONS CONCERNANT LES TEXTE NEERLANDAIS

Dans la version néerlandaise du présent avis, certaines propositions sont faites afin d'améliorer le texte néerlandais du projet examiné.

ONDERZOEK VAN HET ONTWERPDispositiefArtikelen 2 en 3

Ontworpen artikelen 14 en 17

Cassatie in administratieve zaken

Artikel 2 van het ontwerp strekt ertoe een nieuw lid - dat paragraaf 2 wordt - in te voegen in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, om, luidens de memorie van toelichting, een duidelijker onderscheid te maken tussen annulatieberoepen en cassatieberoepen :

"§ 2. De afdeling doet uitspraak, bij wijze van arresten, over de cassatieberoepen ingesteld tegen de door de administratieve rechtscolleges in laatste aanleg gewezen beslissingen in betwiste zaken.

De in het vorige lid bedoelde beroepen kunnen alleen rechtsvragen betreffen. Zij mogen enkel gebaseerd zijn op middelen die voortvloeien uit de schending van de wet, of van de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen."

In de memorie van toelichting staat over deze wijziging het volgende te lezen :

"De wijziging die wordt aangebracht door artikel 2 van dit ontwerp aan artikel 14 van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft tot doel in deze wetten de principes te herhalen die de

.../...

administratieve cassatie regelen. De ontworpen tekst onderscheidt eveneens het cassatieberoep van het beroep tot nietigverklaring. In de huidige praktijk verschillen die bijna niet van elkaar. De Raad van State, daarin aangemoedigd door de formulering van artikel 14 van de gecoördineerde wetten dat geen uitdrukkelijk onderscheid maakt tussen de twee vormen van beroep, heeft immers de neiging om zijn controle verder te drijven dan het Hof van Cassatie wat de feitelijke motieven betreft. In dit geval dienen de gevallen van openstaande cassatieberoepen strikter beperkt te worden, waarbij rekening gehouden moet worden met de ontwikkeling van de rechtspraak terzake.

De principes die het administratief cassatieberoep regelen - de Raad oordeelt enkel in rechte - worden herhaald. De laatste zin van de tweede paragraaf van artikel 14 is gebaseerd op de formulering van artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek. In dezelfde paragraaf worden met "administratieve rechtscolleges" uiteraard ook de administratieve organen bedoeld die als rechtsprekend orgaan optreden."

Cassatieberoepen kunnen alleen rechtsvragen betreffen

1. De tweede zin van paragraaf 2 mag dan wel, zoals in de memorie van toelichting wordt gezegd, gebaseerd zijn op artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek (1), de eerste zin daarentegen stemt met geen enkele geschreven regel van intern recht die betrekking heeft op de opdracht van het Hof van Cassatie overeen. Aan de basis van deze eerste zin lijkt artikel 51 van de statuten van het Europees Hof van Justitie te liggen, luidens hetwelk hogere voorziening bij het Hof

(1) Deze bepaling luidt als volgt : "Het Hof van Cassatie neemt kennis van de beslissingen in laatste aanleg die voor het hof worden gebracht wegens overtreding van de wet of wegens schending van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen."

alleen rechtsvragen kan betreffen, ook al stemmen in de Franse tekst de termen "points de droit" (of "notions de droit") en "questions de droit" niet geheel met mekaar overeen (1).

Artikel 147, tweede lid, van de Grondwet, zegt het op een andere manier en bepaalt dat het Hof van Cassatie

"(niet) in de beoordeling van de zaken zelf (treedt), behalve bij het berechten van ministers en leden van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen.".

De ontworpen bepaling luidens welke "de (...) beroepen (...) alleen rechtsvragen (kunnen) betreffen" is niet geschikt om de opdracht van de cassatierechter in het Belgisch recht te omschrijven, en zou bovendien in de praktijk talrijke problemen doen rijzen met betrekking tot het onderscheid tussen het feitelijke en het rechterlijke aspect in het werk van die rechter (2).

(1) R. Legros zegt daarover het volgende (Considérations sur le fait et le droit, Rev. dr. Pénal, 1961-1962, blz. 845), "une notion n'est ni du fait ni du droit; c'est la question posée à son propos qui doit être qualifiée fait ou droit; et, à propos de toute notion, peuvent se poser soit des questions de fait soit des questions de droit"; volgens deze auteur "Est une question de droit, celle qui est détachable du cas d'espèce".

(2) Zie, wat dit onderscheid betreft : P. Foriers, "La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation", J.T., 1959, blz. 521 tot 526; "Le fait et le droit", Etudes de logique juridique, Brussel, Bruylant, 1961; R. Legros, "Considérations sur le fait et le droit", Rev. dr. Pénal, 1961-1962, blz. 829 tot 849; F. Rigaux, "La nature du contrôle de la Cour de cassation", Bruylant, Brussel, 1966.

Een eerste reden waarom deze bepaling niet geschikt is, is de volgende :

"[l'on] ne saurait, par la distinction du fait et du droit, fixer les limites du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juridictions de fond." (1).

2. Niet alleen is de formulering "de (...) beroepen kunnen alleen rechtsvragen betreffen" ontoereikend om het werk van de cassatierechter naar behoren te omschrijven, ze biedt ook geen houvast om een onderscheid te maken tussen deze beroepen en annulatieberoepen.

Wanneer men schrijft dat de cassatierechter niet over de feiten oordeelt, stelt men hem tegenover de bodemrechter, of diegene die het vonnis heeft uitgesproken dat vóór de eerstgenoemde wordt aangevochten. De rechter inzake machtsoverschrijding bij wie een annulatieberoep is ingesteld, kan in geen enkel opzicht vergeleken worden met een bodemrechter; net zoals de cassatierechter is hij een rechter die oordeelt over de wettigheid van een handeling (in dit geval een niet-rechtsprekende handeling) die vóór hem wordt aangevochten.

Er is geen, en er kan ook geen verschil zijn in het soort toezicht (2) dat de Raad van State uitoefent wanneer

(1) F. Rigaux, op. cit., nr. 51, blz. 77 en 78

(2) Ook al bestaan er uiteraard talrijke technische verschillen tussen cassatieberoepen en annulatieberoepen, al was het maar op het stuk van de gevolgen van het te wijzen arrest.

hij optreedt als cassatierechter in administratieve geschillen of als rechter in geschillen op vordering tot nietigverklaring (1); in de beide gevallen treedt de Raad van State op als rechter die uitspraak doet over de wettigheid : "fondamentalement, il n'y a pas de différence dans la démarche de la haute juridiction administrative dans l'un et l'autre cas" (2).

De rechter inzake machtsoverschrijding bij wie een annulatieberoep is ingesteld, is geen feitenrechter, noch een bodemrechter : hoeft er nog gewezen te worden op de uitvoerige rechtspraak van de afdeling administratie, luidens welke in de geschillenberechting op vordering tot nietigverklaring alleen rechtsmiddelen, dat wil zeggen middelen waarbij wordt aangeklaagd dat de bestreden handeling een wettelijk of verordenend voorschrift of een algemeen rechtsbeginsel schendt, ontvankelijk zijn (3) ?

(1) Zie voor een grondige vergelijking van de beide soorten geschillenberechting : "Les Nouvelles", Droit administratif, Le Conseil d'Etat, Larcier, 1975, nrs. 1660 tot 1673 en 1695 tot 1722.

(2) M. Hanotiau, Le Conseil d'Etat, juge de cassation administrative, in "Le citoyen face à l'administration", Ed. du jeune barreau de Liège, 1990, blz. 142 en 143.

(3) Permanente tabellen van de verzameling van de arresten van de Raad van State, V° Rechtspleging, nr. I/K - h en j

De annulatierechter mag net zo min als de cassatierechter (1) zijn oordeel in de plaats stellen van dat van het bestuur wat de feitelijke opportuniteit betreft van de bestreden beslissing.

Gronden voor cassatieberoep

Het ontworpen artikel 14, § 2, tweede lid, baseert zich op artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek om twee gronden te noemen voor cassatieberoep : de schending van de wet en de schending van de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen.

Wanneer men deze bepaling vergelijkt met die van artikel 14, § 1, stelt men vast dat de woorden "schending van de wet" in de plaats gekomen zijn van de woorden "overschrijding of afwending van macht", en de woorden "schending (overtreding) van de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen" in de beide bepalingen staan.

(1) Zie voor cassatie in administratieve zaken arrest nr. 76.076, Nduwimana, van 2 oktober 1998, en arrest nr. 76.906, Migabo, van 12 november 1998.

Deze uitdrukkingen hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat ze dermate algemeen en summier zijn (1) dat het niet mogelijk is op basis daarvan uit te maken op welke gronden cassatieberoep kan worden ingesteld of welke gronden tot nietigverklaring leiden, noch hoever de controle reikt die wordt uitgeoefend door de rechter die uitspraak doet over de wettigheid; het is dus aan de rechtspraak en de rechtsleer te bepalen op welke wijze controle wordt uitgeoefend. Dat is reeds een eerste reden om te stellen dat op basis van het ontworpen artikel 14, § 2, tweede lid, tweede zin, evenmin een onderscheid kan worden gemaakt tussen cassatieberoepen en annulatieberoepen.

Bovendien zijn de uitdrukkingen "schending van de wet" en "bevoegdheidsoverschrijding" synoniemen en omvatten ze alle mogelijke onwettigheden (2).

Het spreekt vanzelf dat vermeden moet worden in eenzelfde wetsbepaling twee verschillende uitdrukkingen te gebruiken om eenzelfde realiteit aan te duiden : zulk een werkwijze kan onnodig vragen doen rijzen over het soort

(1) In de rechtsleer is terecht kritiek geuit op de redactie van het huidige artikel 14, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State : M. Leroy, *Contentieux administratif*, Bruylant, 1996, blz. 259; J. Salmon, *Le Conseil d'Etat*, deel I, Bruylant, 1994, blz. 383.

(2) J. Salmon, op. cit., blz. 383.

middelen dat in elk van de beide soorten geschillenberechting kan worden toegestaan (1).

Aangezien de rechtsregels die door de administratieve rechtscolleges in acht genomen moeten worden, van dezelfde aard zijn als die welke nageleefd moeten worden door het actief bestuur, verschillen de middelen die aanleiding geven tot cassatie niet van de middelen die aanleiding geven tot vernietiging (2), tenzij er eventueel bepaalde specifieke regels bestaan in verband met de ontvankelijkheid van het middel of met de procedure (infra, nr. 6).

Controle van de feiten en ontvankelijkheid van de middelen

De Raad van State controleert op dezelfde wijze de wettigheid van een handeling van een administratieve overheid en die van een van een administratief rechtscollege beslissing; hij gaat dus geenszins voorbij aan de feiten die aan de beslissing van het lager administratief rechtscollege ten grondslag liggen, maar onderzoekt of die beslissing steunt op bestaande en juiste feitelijke gronden (en

(1) Bijvoorbeeld : Kan machtsafwending aangevoerd worden vóór de cassatierechter in administratieve zaken ? Wat betekent machtsoverschrijding als het niet hetzelfde is als schending van de wet ? Hoe zit het met de onbevoegdheid van de steller van de handeling, een middel dat nergens wordt genoemd? enz.

(2) Nouvelles, op. cit., nr. 1807.

rechtsgronden) (1). Dat geldt ook voor de kwalificatie of de beoordeling van de feiten (kennelijke beoordelingsfout en evenredigheidsbeginsel).

In de geschillenberechting vóór de cassatierechter in administratieve zaken kunnen de wettigheidscontrole en, in het bijzonder, de controle van de feiten echter een aantal specifieke kenmerken vertonen, al was het maar omdat de controle in dat geval aan het einde van een "keten van rechterlijke beslissingen" geschied (2).

a) Men zou zich kunnen indenken dat de Raad van State als cassatierechter in administratieve zaken de juistheid van de feiten alleen controleert op basis van de stukken waarvan de bodemrechter kennis heeft genomen of kennis had moeten nemen (3).

De Belgische Raad van State heeft er tot op heden geen zulk een zienswijze op nagehouden : hij is niet van oordeel dat hij zich bij de controle die hij uitoefent moet beperken tot de gegevens van het dossier zoals dat is voorgelegd aan de bodemrechter (4). Eén van de redenen daarvoor is juist het feit dat de gecoördineerde wetten geen onderscheid maken tussen het cassatieberoep en het annulatieberoep.

(1) M. Hanotiau, op. cit., blz. 153.

(2) M. Hanotiau, op. cit., blz. 143.

(3) Nouvelles, op. cit., blz. 589, nr. 1714.

(4) Ibidem.

De wetgever zou daarin verandering kunnen brengen door uitdrukkelijk te bepalen dat de cassatierechter de juistheid van de feiten alleen controleert op basis van de stukken waarvan de bodemrechter kennis heeft genomen of kennis had moeten nemen.

Zo zou het verschil duidelijk worden tussen de bevoegdheid van de Raad van State die optreedt als rechter inzake een beroep tot nietigverklaring of als cassatierechter. Terwijl in het eerste geval vaststaat dat hij een onderzoeksbevoegdheid heeft, is hij in het tweede geval gebonden door de vaststellingen van de eerste rechter, en beschikt hij alleen maar over de bevoegdheid om te controleren hoe laatstgenoemde te werk is gegaan om die vaststellingen als bewezen te beschouwen.

b) Een andere specifieke eigenschap van de geschillenberechting vóór de cassatierechter in administratieve zaken bestaat in de niet-ontvankelijkheid van nieuwe middelen, een regel die geldt voor alle middelen, of ze nu steunen op vormgebreken, op de schending van de wet of op een dwaling omtrent de feiten : als rechtsprekend rechter kan de Raad van State geen rechtsmiddel in aanmerking nemen waarvan het administratief rechtscollege geen kennis heeft kunnen nemen doordat het niet vóór dit college is aangevoerd (1).

(1) Zie in dat verband : M. Hanotiau, op. cit., blz. 144 en 145.

Deze regel wordt momenteel toegepast door de Raad van State, zij het dat er twee uitzonderingen worden gehanteerd, nl. wanneer de beslissing van het lager administratief rechtscollege is aangetast door onregelmatigheden naar de vorm en wanneer het gaat om middelen van openbare orde.

De betrokken regel zou door de wetgever bevestigd kunnen worden om de kenmerken vast te stellen van de controle die door de Raad van State wordt uitgeoefend als cassatierechter in administratieve zaken.

Besluit wat betreft het ontworpen artikel 14, § 2, tweede lid

Uit het voorgaande kunnen de volgende conclusies worden getrokken :

- 1° De zin "De in het vorige lid bedoelde beroepen kunnen alleen rechtsvragen betreffen" (1), moet in het ontwerp vervallen.
- 2° De gronden voor cassatieberoep moeten op dezelfde manier beschreven worden als de gronden voor nietigverklaring; de tweede zin van de paragraaf moet dus wat dat betreft naar de eerste paragraaf verwijzen.

(1) Die bovendien uit wetgevingstechnisch oogpunt gebreken vertoont.

- 3° Om de controle als cassatierechter te kenmerken ten opzichte van de opdracht van de bodemrechter, zou het beter zijn zich te baseren op de formulering van artikel 147 van de Grondwet en te schrijven dat de Raad van State als cassatierechter in administratieve zaken, niet in de beoordeling van de zaken zelf treedt.
- 4° De vraag rijst of er geen duidelijke regels moeten worden uitgevaardigd met betrekking tot de ontvankelijkheid of de procedure (1).

Voor het overige zou het wenselijk zijn het aan de rechtspraak van de afdeling administratie over te laten om de juiste grenzen van de controle als cassatierechter in administratieve zaken te bepalen, in het licht van de tweevoudige hervorming die in de ontworpen wet vervat ligt : het uitdrukkelijke onderscheid tussen het annulatieberoep en het cassatieberoep in artikel 14, en het voorschrift dat de Raad van State als cassatierechter in administratieve zaken niet kennisneemt van de grond van de zaak. In de memorie van toelichting zou de Raad van State dan verzocht kunnen worden zich te baseren op de rechtspraak van het Hof van Cassatie terzake.

Op te merken valt ten slotte dat het in de Franse tekst eenvoudiger zou zijn de andere bepalingen van de gecoördineerde wetten in overeenstemming te brengen met de

(1) Zie de voorbeelden die gegeven zijn in het onderdeel "Controle van de feiten en ontvankelijkheid van de middelen".

wijziging die in artikel 14 wordt aangebracht, indien in het ontwerp de woorden "recours en cassation" zouden worden gebruikt in plaats van de woorden "pourvoi en cassation" (zie de artikelen 17 tot 19 van het ontwerp).

Handelingen die vatbaar zijn voor schorsing

Artikel 3 van het ontwerp strekt ertoe in artikel 17, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State de verwijzing naar artikel 14, eerste lid, te vervangen door een verwijzing naar artikel 14, § 1. Daarbij doet het ontwerp opnieuw een probleem rijzen dat nu reeds bestaat in verband met de handelingen waartegen een vordering tot schorsing kan worden ingesteld.

Door alleen maar naar artikel 14, eerste lid (huidige tekst) te verwijzen, of naar artikel 14, § 1 (ontwerp), zou men de indruk kunnen wekken dat de wetgever de schorsing van de tenuitvoerlegging van impliciete afwijzingsbeslissingen, die geregeld worden door artikel 14, tweede lid (huidige tekst), of artikel 14, § 3 (ontwerp), wil uitsluiten.

.../...

In de meeste arresten wordt geoordeeld dat vorderingen tot schorsing van impliciete weigeringsbeslissingen ontvankelijk zijn (1). In andere arresten wordt er een tegenovergestelde visie op nagehouden.

Het is de taak van de wetgever na te gaan of het raadzaam is zich over deze controverse uit te spreken door terzake een duidelijke regel uit te vaardigen.

Artikel 4

Het ontworpen artikel 19 van de gecoördineerde wetten

In de geschillenberechting vóór de cassatierechter in administratieve zaken houden de voorwaarden inzake de ontvankelijkheid met betrekking tot de persoon van de verzoeker niet alleen verband met het belang om in rechte op te treden, welk belang traditioneel soepel wordt geïnterpreteerd (2), maar ook met de hoedanigheid van de verzoeker, die voor het lagere administratief rechtscollege partij moet zijn geweest (3), tenzij de wetgever anders bepaalt.

(1) Zie bijvoorbeeld de arresten N.V. Industry project and engineering system, nr. 45.087, van 30 november 1993; Ovar, nr. 52.580, van 29 maart 1995, en De Smedt, nr. 56.258, van 17 november 1995.

(2) Nouvelles, op. cit., nr. 1689.

(3) Cf. M. Hanotiau, op. cit., blz. 139 en 140.

Artikel 4, 2°, van het ontwerp strekt tot wijziging van artikel 19, derde lid, van de gecoördineerde wetten, gewijzigd bij de wet van 6 mei 1982. Laatstgenoemd artikel verwijst naar de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek, maar de redactie ervan stemt niet meer overeen met artikel 428bis van het Gerechtelijk Wetboek, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 2 mei 1996, aangezien daarin sprake is van "de onderdanen van een Lid-Staat van de Europese Unie", terwijl in het ontworpen lid verwezen wordt naar "personen die in één van de lidstaten van de Europese Unie gevestigd zijn".

Artikel 5

Ontworpen artikel 21, tweede lid, van de gecoördineerde

wetten

Artikel 5 van het ontwerp strekt ertoe artikel 21, tweede lid, van de gecoördineerde wetten te vervangen door de volgende bepaling :

"Wanneer de verzoekende partij de termijnen voor het toesturen van de memorie van wederantwoord of van de aanvullende memorie niet eerbiedigt, doet de afdeling, nadat de partijen die daarom verzocht hebben gehoord zijn, zonder verwijl uitspraak, waarbij het ontbreken van het vereiste belang wordt vastgesteld.".

Die wijziging zal tot gevolg hebben dat, wanneer het erom te doen is de ontstentenis van belang vast te stellen van de partij die geen memorie van wederantwoord of

.../...

geen aanvullende memorie heeft ingediend, de partijen niet voor de terechtzitting zullen worden opgeroepen wanneer geen enkele van hen daarom verzoekt en dat het advies van de auditeur in dat geval niet zal worden gehoord.

Er behoort van uit te worden gegaan dat in het omgekeerde geval, wanneer een der partijen verzoekt gehoord te worden, de auditeur verplicht zal blijven zijn advies te geven op de terechtzitting (artikel 29 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948).

Elke twijfel behoort te worden opgeheven door die interpretatie in de tekst van het ontwerp te bekrachtigen.

Er behoort te worden opgemerkt dat andere bepalingen van de gecoördineerde wetten voorzien in vereenvoudigde procedures tot verwerping van het beroep voor het geval één van de gedingvoerende partijen geen voldoende belangstelling meer aan de dag legt voor de voortzetting van de rechtspleging; zo kan verwezen worden naar artikel 17, § 4ter, en artikel 21, zesde lid van de gecoördineerde wetten (1).

In die laatste bepalingen wordt inderdaad niet gesteld dat de partijen worden gehoord, zodat een wijziging van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 voldoende

(1) Hierbij wordt niet verwezen naar artikel 17, § 4bis, van de gecoördineerde wetten, omdat in alle gevallen de partijen moeten worden gehoord en het advies van de auditeur ter terechtzitting moet worden ingewonnen, aangezien een nietigverklaring moet worden uitgesproken.

zou zijn om ook in de daarbij geregelde procedures de wijziging aan te brengen die bij artikel 5 van het ontwerp in artikel 21, tweede lid, wordt aangebracht; het zijn immers de artikelen 14quater van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 en 15ter van het koninklijk besluit van 5 december 1991 die in een terechtzitting voorzien.

Er zouden echter problemen kunnen rijzen, mocht het nieuwe artikel 21, tweede lid, onmiddellijk in werking treden, terwijl, enerzijds, de soortgelijke procedures waarvan hierboven sprake is, onderworpen zouden blijven aan de oude regels en, anderzijds, artikel 14bis van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 waarbij dat artikel 21, tweede lid, wordt uitgevoerd, nog niet aangepast zou zijn.

De inwerkingtreding van artikel 5 van het ontwerp behoort dan ook te worden uitgesteld tot het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 gewijzigd is.

Artikel 6

Ontworpen artikel 21bis

Tussenkomst

Artikel 6 van het ontwerp strekt ertoe artikel 21bis van de gecoördineerde wetten te wijzigen teneinde paragraaf 1 en paragraaf 2 samen te voegen en te bepalen dat het verslag uitgebracht op grond van artikel 93 of

.../...

artikel 94 van de algemene procedureregeling onmiddellijk ter kennis van verzoeker en van de verwerende partij wordt gebracht.

Door deze wijziging komt er gelukkig een einde aan de problemen die ontstaan waren door het onderscheid tussen de twee mogelijke vormen van tussenkomst; van de gelegenheid behoort echter gebruik te worden gemaakt om andere moeilijkheden van technische aard te verhelpen die bij de toepassing van artikel 21bis van de gecoördineerde wetten rijzen.

- 1° Het ontworpen artikel 21bis, § 1, derde lid, bepaalt dat de auditeur-generaal onmiddellijk na ontvangst van het verzoekschrift kennis geeft van het beroep aan de personen die belang hebben bij de oplossing van de zaak, voor zover hij die kan bepalen.

De vraag rijst om welke reden precies het auditoraat van het beroep kennis zou moeten geven aan de belanghebbende persoon, terwijl alle overige kennisgevingen door de griffie van de Raad van State geschieden : zulks geldt bijvoorbeeld voor de kennisgeving van het verzoekschrift tot nietigverklaring aan de verwerende partij (1), voor de kennisgeving van het verslag van de auditeur aan de partijen (2) en voor de memories (3).

(1) Artikel 6 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948.

(2) Artikel 14 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948.

Bovendien bepaalt artikel 7 van het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State dat de griffie een afschrift van de vordering tot schorsing zendt aan de auditeur-generaal, aan de verwerende partij en, voor zover ze die kan bepalen, aan de personen die belang hebben bij de beslechting van de zaak.

De bepaling volgens welke het auditoraat bij wijze van uitzondering bevoegd is om het beroep tot nietigverklaring ter kennis te brengen van de belanghebbende personen, is de oorzaak van vele praktische problemen (1) : wanneer het beroep tot nietigverklaring vergezeld gaat van een vordering tot schorsing, moeten die verzoekschriften ter kennis van de belanghebbende personen worden gebracht door verschillende diensten van de Raad van State; wanneer het auditoraat de kennisgeving moet doen, beschikt het alleen over het verzoekschrift en niet over het dossier (2), zodat het vaak moeilijkheden kan ondervinden bij het opsporen van het adres van de belanghebbende personen; de griffie, harerzijds, weet niet op welke datum het auditoraat de kennisgeving heeft gedaan, enz..

(3) Artikel 7 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948.

(1) Die problemen bestaan nu reeds, wanneer het beroep gericht is tegen een benoeming, een aanstelling, een machtiging of een vergunning (huidig artikel 21bis, § 2).

(2) Dat op de griffie moet blijven voor de overige kennisgevingen.

Het verdient dan ook aanbeveling zich te houden aan de algemene regel, die wil dat alle kennisgevingen door de griffie geschieden. De identiteit van de belanghebbende personen moet echter worden vastgesteld onder de verantwoordelijkheid van de auditeur die, overeenkomstig artikel 5 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948, is aangewezen om ervoor te zorgen dat de maatregelen die aan het onderzoek voorafgaan, worden uitgevoerd.

Voor het derde lid wordt de volgende tekst voorgesteld :

"Onmiddellijk na ontvangst van het verzoekschrift en op basis van de aanwijzingen van de auditeur-rapporteur, brengt de hoofdgriffier het beroep ter kennis van de personen die belang hebben bij de beslechting van de zaak, voor zover zij kunnen worden bepaald.".

- 2° Het ontworpen artikel 21bis, § 1, vijfde lid, bepaalt dat "de kamer bij wie de zaak aanhangig is, (bij ontstentenis van kennisgeving) echter een latere tussenkomst (kan) toelaten, voor zover deze tussenkomst de procedure op generlei wijze vertraagt.".

In feite gaat de termijn om tussen te komen niet in als het verzoekschrift niet ter kennis van de belanghebbende persoon is gebracht; in dat geval heeft een beslissing van de kamer waarbij een "latere tussenkomst" wordt toegestaan geen enkele zin.

.../...

De ontworpen bepaling heeft slechts zin als de wet bepaalt dat, bij ontstentenis van kennisgeving, het verzoek tot tussenkomst in elk geval uiterlijk vóór de neerlegging van het verslag van de auditeur behoort te worden ingediend, een regel die weliswaar voorkomt in het huidige artikel 21bis, § 1, derde lid, maar niet is overgenomen in het ter fine van advies aan de afdeling wetgeving voorgelegde ontwerp.

Uit de uitleg van de gemachtigde van de minister blijkt dat de bedoeling van de stellers van het ontwerp erin bestaat om de regel die voorkomt in het huidige artikel 21bis, § 1, derde lid, in het ontwerp op te nemen; het ontwerp zal dan ook in die zin moeten worden aangevuld.

- 3° Het ontworpen artikel 21bis, § 2, heeft betrekking op het geval dat de auditeur in zijn verslag voorstelt het beroep doelloos, kennelijk onontvankelijk, kennelijk gegrond of kennelijk ongegrond te verklaren. Het ontwerp bepaalt dat het verzoek tot tussenkomst in dat geval uiterlijk vijftien dagen na ontvangst van de kennisgeving van het beroep en het verslag wordt ingediend.

De tekst dient te worden aangevuld teneinde een uitzondering te maken voor het geval dat het beroep tot nietigverklaring reeds eerder ter kennis van de belanghebbende persoon is gebracht, zodat de termijn voor het indienen van een verzoek tot tussenkomst reeds is ingegaan; er behoort immers te worden vermeden dat de

.../...

kennisgeving van het verslag een nieuwe termijn doet ingaan om in de procedure tot nietigverklaring tussen te komen.

Daartoe zouden de woorden "als die termijn niet reeds is ingegaan" kunnen worden ingevoegd.

Er wordt op gewezen dat de artikelen 93 en 94 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948, voor zover daarin wordt bepaald dat de terechtzitting uiterlijk de tiende dag na de indiening van het verslag dient plaats te hebben, gewijzigd zullen moeten worden om ze in overeenstemming te brengen met de regel die vervat is in artikel 21bis, § 2, tweede lid.

In elk geval dienen in paragraaf 2, eerste lid, de woorden "de auditeur-generaal" te worden vervangen door de woorden "de hoofdgriffier".

Artikel 8

Ontworpen artikel 30, derde lid

De Koning zou gemachtigd moeten worden om ook bijzondere procedureregels voor de cassatieberoepen vast te stellen teneinde rekening te houden met de bijzonderheden van de procedure van administratieve cassatie : zo bijvoorbeeld is de verwerende partij niet het rechtscollege dat de bestreden beslissing heeft uitgesproken, maar de andere

.../...

partij (1) bij het proces dat voor dat rechtscollege is gevoerd; het administratief dossier is in het bezit van het rechtscollege en niet van de verwerende partij.

Artikelen 11 en 12

Ontworpen artikelen 53 tot 60

Gebruik der talen in administratieve cassatie

De artikelen 11 en 12 van het ontwerp brengen in de artikelen 53 tot 60 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State wijzigingen aan teneinde te bepalen in welke taal de zaak door de Raad van State wordt behandeld in de geschillenberechting vóór de cassatierechter in administratieve zaken.

De vraag rijst of niet veeleer artikel 52 van de gecoördineerde wetten moet worden aangevuld door aan de opsomming die in het eerste lid ervan voorkomt, de vermelding van artikel 14, § 2, toe te voegen; voor het bepalen van de taal waarin de zaak door de Raad van State dient te worden behandeld, wordt in artikel 52 van de gecoördineerde wetten immers verwezen naar de taal waarin de in lagere instantie getroffen beslissing is gesteld.

(1) De andere partij dan die welke het cassatieberoep bij de Raad van State instelt.

In artikel 53 dient de verwijzing naar artikel 14 te worden vervangen door een verwijzing naar artikel 14, § 1 en § 3.

Artikel 13

Ontworpen artikel 69

Het aantal bij de afdeling wetgeving aanhangig gemaakte adviesaanvragen en het aantal magistraten van het Auditoraat dat er permanent mee belast was bij die afdeling verslag uit te brengen, hebben de jongste jaren de volgende ontwikkeling te zien gegeven :

	<u>Binnen-ge-</u> <u>komen zaken</u>	<u>Gegeven ad-</u> <u>viezen</u>	<u>Auditeurs-</u> <u>rapporteurs</u>
1985-1986	558	488	11
1986-1987	729	640	9
1987-1988	474	438	12
1988-1989	601	506	11
1989-1990	785	767	10
1990-1991	929	974	11
1991-1992	681	686	11
1992-1993	948	849	11

.../...

1993-1994	949	948	10
1994-1995	936	937	10
1995-1996	914	784	10
1996-1997	1379	1280	10
1997-1998	1345	1174	10

Van 16 september tot 15 december 1998 zijn 331 nieuwe zaken ingediend en zijn 432 adviezen gegeven.

Uit een vergelijking van die cijfers en uit de ontwikkeling die ze aangeven, blijkt het nut van de uitbreiding van de formatie van het Auditoraat waarin het ontwerp voorziet om, in de context waarnaar in de memorie van toelichting verwezen wordt, de komende jaren een duurzame verbetering tot stand te brengen in de verhouding tussen het aantal dossiers dat bij de afdeling wetgeving wordt ingediend en het aantal auditeurs dat met het onderzoek daarvan is belast.

Artikel 14

Ontworpen artikel 71

De nieuwe wending van de loopbaan van eerste auditeur of van eerste referendaris die voortaan mogelijk wordt gemaakt door de wijzigingsbepaling (volgens het geldende recht is die nieuwe wending thans alleen mogelijk

.../...

voor de adjunct-auditeurs en de adjunct-referendarissen, alsook voor de auditeurs en de referendarissen) zou wel eens tot op zekere hoogte te laat kunnen plaatsvinden.

Doordat die wijziging zich alleen op verzoek van de belanghebbenden en na advies van de eerste voorzitter en van de auditeur-generaal zal voordoen, kan er op basis van die drievoudige garantie van uit worden gegaan dat zulk een nieuwe wending toch gunstig zal zijn voor de werking van de diensten en aan de betrokken magistraten voldoening zal schenken, aangezien zodoende niet aan hun onafhankelijkheid wordt geraakt.

In het licht van de commentaar die in de memorie van toelichting bij deze ontworpen bepaling wordt gegeven, wordt het doel van die bepaling aldus bereikt : de overgang van het Coördinatiebureau naar het Auditoraat en omgekeerd, mogelijk maken voor meer magistraten van die beide korpsen zonder dat hun benoeming tot eerste auditeur of eerste referendaris volgens het zogenaamde principe van de vlakke loopbaan daarvoor een beletsel kan zijn.

In de ontworpen tekst geldt die uitbreiding van die "overstapregeling" ook voor de eerste auditeurs-afdelingshoofden en de eerste referendarissen-afdelingshoofden. Bij dat laatste punt wordt in de memorie van toelichting echter geen commentaar gegeven.

Aan de toepassing ervan staat echter een tekst in de weg : artikel 71, § 3bis en § 3ter, welke paragrafen bij dit voorontwerp van wet niet worden gewijzigd, bepalen dat

.../...

de eerste auditeurs-afdelingshoofden en de eerste referendarissen-afdelingshoofden respectievelijk gekozen worden uit de eerste auditeurs en uit de eerste referendarissen. Daardoor kan een magistraat van het Auditoraat niet door een nieuwe benoeming de graad van eerste referendaris-afdelingshoofd krijgen, zelfs als hij eerste auditeur-afdelingshoofd is. Zo ook kan een eerste referendaris-afdelingshoofd niet tot eerste auditeur-afdelingshoofd worden benoemd omdat zulks indruist tegen de hiervoren in herinnering gebrachte regel van artikel 71.

Die bij wet vastgestelde onmogelijkheid is naar redelijkheid verantwoord : een afdelingshoofd moet over een voor zijn korps nuttige ervaring beschikken en hij kan volgens de wens van de wetgever (gecoördineerde wetten, artikel 71, § 3bis en § 3ter) logischerwijze alleen in het licht van de kwaliteiten die hij daar aan de dag heeft gelegd, op eensluidend advies van zijn korpschef met dat leidend ambt worden bekleed. Daarom gaat het hierbij om bevorderingsbetrekkingen waarvoor een overgang tussen het Auditoraat en het Coördinatiebureau thans uitgesloten is en voortaan ook het best uitgesloten blijft.

Om die oplossing duidelijk in de wet in te schrijven, zou het volstaan om in artikel 14 van het ontwerp (het ontworpen artikel 71 van de gecoördineerde wetten) de woorden "eerste auditeur-afdelingshoofd" en "eerste referendaris-afdelingshoofd" te doen vervallen.

.../...

Voor de overige graden levert de ontworpen tekst immers noch juridische, noch organisatorische bezwaren op. Op voorwaarde dat de "overstap" van de afdelingshoofden wordt uitgesloten, zoals hiervoren is voorgesteld (1), zullen de woorden "bij voorrang" hun oorspronkelijke bestaansreden en de betekenis die daar altijd aan gegeven is, behouden, namelijk dat de magistraat die reeds benoemd is in het Auditoraat of in het Coördinatiebureau mag verwachten dat een gunstig gevolg wordt gegeven aan zijn verzoek om van korps te veranderen, op advies van de eerste voorzitter en van de auditeur-generaal, waarbij de best gerangschikte geslaagde van het vergelijkend examen voor de werving van adjunct-auditeur en adjunct-referendaris verzocht wordt om de vacante betrekking in een van beide korpsen in te nemen als gevolg van de prioritaire keuze die de magistraat die reeds in dienst is, heeft gemaakt.

Die hiervoren beschreven anomalie lijkt dan ook voort te spruiten uit een onachtzaamheid bij het stellen van

(1) In het onwaarschijnlijke geval dat zulk een "overstap" zou worden aanvaard, zouden de gegadigden voor de overgang voorrang hebben op de gegadigden voor de bevordering, wat niet samengaat met artikel 71, § 3bis en § 3ter, noch met een harmonieus verloop van de loopbanen, noch met een goede organisatie van de Raad van State, zoals zopas is uitgelegd. Zulk een regeling zou des te minder verantwoord zijn daar tot de benoeming van de eerste auditeurs-afdelingshoofden wordt besloten op eensluidend advies van de auditeur-generaal en tot de benoeming van de eerste referendarissen-afdelingshoofden wordt besloten op eensluidend advies van de eerste voorzitter, terwijl tot de overgang van het Coördinatiebureau naar het Auditoraat en omgekeerd wordt besloten op gewoon advies van de eerste voorzitter en de auditeur-generaal.

de tekst; om die anomalie weg te werken dienen in de beide zinnen van het ontworpen artikel 71, § 1, vierde lid, de woorden "eerste auditeur-afdelingshoofd" en "eerste referendaris-afdelingshoofd" te vervallen.

Artikel 15

Ontworpen artikel 81

De aanwezigheid van assessoren is thans veel vaker verplicht dan vroeger wegens de relatieve vermindering van het aantal gevallen waarin wordt gevraagd dat het advies binnen een termijn van ten hoogste drie dagen wordt meegedeeld (1), het enige geval waarin hun aanwezigheid niet

-
- (1) De relatieve vermindering van het aantal gevallen waarin dringend om advies wordt verzocht, kan worden verklaard door de verhoopte gevolgen van de wetswijziging van 4 augustus 1996 en blijkt uit de volgende cijfergegevens :

	Termijn van drie dagen	Termijn van een maand	Zonder vermelding van een wettelijke termijn
94-95	318	-	618
95-96	276	-	628
96-97	533	410	337
97-98	366	491	317

.../...

verplicht is bij de huidige stand van de gecoördineerde wetten (artikel 81, vierde lid). Zodoende worden de assessoren verzocht deel te nemen aan de werkzaamheden van de afdeling wetgeving voor een groot aantal ontwerpen, terwijl sommige ervan, doordat ze niet complex zijn, niet echt een voldoende reden zijn om een volledige kamer te laten samenkomen. Het is beter om, zoals de wijziging van de gecoördineerde wetten voorschrijft, de afdeling wetgeving in staat te stellen om in beperkte samenstelling bijeen te komen in het licht van de noden van de zaak in plaats van op basis van de gevraagde termijn.

Artikel 15, onderdeel 1°, zou beter als volgt worden gesteld :

"1° het eerste lid wordt vervangen als volgt :

"De afdeling wetgeving is ingedeeld in vier kamers. Iedere kamer houdt zitting met drie leden van de Raad van State en twee assessoren. De voorzitter van de kamer die om advies is verzocht, kan echter, volgens de noden van de zaak, beslissen dat slechts één assessor zal worden opgeroepen om zitting te houden of dat de kamer zonder assessor zitting zal houden.

Bij staking van stemmen in de kamer is de stem van de voorzitter doorslaggevend.""

.../...

Artikel 16

Ontworpen artikel 84bis

Op basis van de procedure die door het ontworpen artikel 84bis wordt ingevoerd, zou de voorzitter van de om advies verzochte kamer binnen een termijn van acht dagen vanaf de ontvangst van de adviesaanvragen kunnen vaststellen dat de vormvereisten waaraan voldaan moet zijn om de Raad van State om advies te kunnen vragen, niet vervuld zijn en zou hij die vaststelling meedelen aan de persoon die om advies verzocht heeft; zulks zou tot gevolg hebben dat de adviesprocedure geschorst blijft totdat de adviesaanvraag in orde is gebracht.

Volgens de memorie van toelichting is die vernieuwing verantwoord "door het steeds toenemende aantal verzoeken om advies" en "door de daaruit voortvloeiende noodzaak om de afdeling wetgeving te ontlasten van de verzoeken waarvan blijkt dat zij niet onderzocht kunnen worden" omdat "alle vereiste voorgaande formaliteiten" niet "behoorlijk vervuld werden".

De vraag rijst of deze nieuwe procedure, die op het eerste gezicht eenvoudig lijkt, een echte verbetering inhoudt van de methodes om na te gaan of de voorafgaande vormvereisten naar behoren zijn vervuld, een taak waarmee de afdeling wetgeving uitdrukkelijk is belast bij artikel 84,

.../...

tweede lid, van de gecoördineerde wetten (1), vooral als men het nut ervan afweegt in het licht van de hervorming die vervat is in artikel 15 van het wetsontwerp waarbij artikel 81 wordt gewijzigd.

Krachtens het ontworpen artikel 81, eerste lid, van de gecoördineerde wetten zal de Raad van State zich voortaan immers in beperkte samenstelling kunnen uitspreken over de problemen van ontvankelijkheid waarvan hier sprake is, wat reeds een voldoende vereenvoudiging van de procedure is en dus een genoegzame waarborg voor een snellere afhandeling ervan.

Door echter verder te gaan en te bewerkstelligen dat de rechtsmacht in de persoon van de voorzitter geconcentreerd wordt, zou het ontwerp het averechtse gevolg kunnen doen ontstaan doordat het een reeks moeilijkheden doet rijzen.

Hoe zou men zulk een versnelde opsporing van tekortkomingen (binnen een termijn van acht dagen) kunnen afhandelen zonder het gevaar te lopen zich door onachtzaamheid te vergissen, aangezien die voorafgaande controle soms een grondig onderzoek van de teksten vergt?

Hoe zou men te werk moeten gaan als de schorsing van het onderzoek van het ontwerp waarin het voorontwerp van

(1) De Raad van State heeft zulks altijd nagegaan, aangezien het deel uitmaakt van de wettigheidscontrole; de wet van 4 augustus 1996 heeft dat beginsel alleen bevestigd.

wet voorziet niet de geschikte oplossing is voor het probleem dat rijst doordat de voorafgaande vormvereisten niet zijn vervuld (1)?

Hoe zou men eventuele tegenspraak kunnen wegwerken tussen beslissingen die de voorzitter onder tijdsdruk heeft moeten nemen of de ontstentenis van beslissing en het daaropvolgende advies van de kamers?

Wellicht zou het beter zijn om aan het actief bestuur de zorg op te dragen om na te gaan of de dossiers klaar zijn voor ze aan de Raad van State worden overgezonden (2).

-
- (1) Wanneer een adviescommissie een gemotiveerd advies dient te geven, kan men er niet a priori van uit gaan dat niet zal worden voorgesteld om de aan de Raad van State voorgelegde tekst te amenderen. Voor een regelmatige vervulling van het voorafgaande vormvereiste is dan vereist dat de steller van de tekst (welke steller een college kan zijn) van de gemaakte opmerkingen kennis neemt en vervolgens bij de Raad van State een definitief geworden tekst indient waarin de aanvaarde suggesties zijn opgenomen. Aan de louter formele vergissingen bij het samenstellen van de dossiers (niet bijvoegen van stukken waarnaar in de adviesaanvraag uitdrukkelijk wordt verwezen) verhelpt de griffie van de afdeling wetgeving reeds door, zonder overbodig formalisme, contact op te nemen met de persoon die om advies verzoekt.
- (2) Die voorafgaande controle wordt aanbevolen in de circulaire d.d. 1 december 1998 van de Raad van State betreffende de wetgevingstechniek, blz. 10-11. Diezelfde aanbeveling was al terug te vinden in de omzendbrief van 6 mei 1997 van de eerste minister betreffende de aan de afdeling wetgeving van de Raad van State gerichte adviesaanvragen, blz. 6-7.

.../...

Mochten de stellers van het ontwerp deze procedure van voorafgaand onderzoek naar het kennelijk al dan niet vervuld zijn van bepaalde voorafgaande vormvereisten toch behouden, dan zou artikel 84bis hoe dan ook als volgt moeten worden gewijzigd om de hiervoren vermelde moeilijkheden op zijn minst ten dele te ondervangen.

1. Om eventuele tegenspraak te voorkomen tussen de beslissing van de voorzitter en die welke de kamer zou kunnen nemen, zou het beter zijn het niet vervuld zijn van de voorafgaande vormvereisten niet te laten vaststellen door de voorzitter maar wel door de kamer bestaande uit de voorzitter en twee magistraten, in voorkomend geval zonder de assessoren. Zulk een kamer kan op elk ogenblik worden samengeroepen.

2. De termijn van acht dagen is te kort, inzonderheid om de volgende redenen. De gemachtigde ambtenaar is niet altijd in staat onmiddellijk op de gestelde vragen te antwoorden. Voorts dient de ontworpen tekst vaak grondig te worden onderzocht om te kunnen vaststellen welk vormvereiste vervuld dient te zijn en dat nog niet is. Daarom wordt een termijn van vijftien dagen voorgesteld, waardoor beter rekening zou worden gehouden met de onvoorziene omstandigheden die zich kunnen voordoen bij de controle van bepaalde vormvereisten, zoals de raadpleging van een adviesorgaan of de eis om de gewesten bij een ontwerp van wet of besluit van de federale regering te betrekken.

.../...

3. Hoewel kan worden aanvaard dat het onderzoek van het ter fine van advies voorgelegde ontwerp wordt geschorst om na te gaan of de akkoordbevinding van de Minister van Begroting verkregen is, is zulk een schorsing ongeschikt wanneer het bijvoorbeeld om een raadpleging of een onderhandeling gaat. Elk van die vormvereisten kan immers aanleiding geven tot opmerkingen zodat het ter fine van advies voorgelegde ontwerp pas definitief zal zijn zodra de steller ervan zich uitspreekt over het gevolg dat aan die opmerkingen moet worden gegeven, hetzij door die opmerkingen in aanmerking te nemen door de oorspronkelijke tekst te wijzigen, hetzij door er slechts enkele in aanmerking te nemen, hetzij door ze alle van de tafel te vegen.

Daarom is het beter te bepalen, zoals tot nog toe het geval is, dat de kamer in plaats van het onderzoek van het ontwerp te schorsen, dient te verklaren dat het ontwerp niet in zoverre gereed is dat het kan worden onderzocht; daarop staat het aan de persoon die om advies heeft verzocht om het nodige te doen opdat de voorafgaande vormvereisten vervuld worden, waarna hij een nieuwe vraag om advies kan indienen over een definitief geworden tekst.

SLOTOPMERKINGEN

1. De inleidende zin van artikel 4 zou beter als volgt worden gesteld :

.../...

"In artikel 19 van dezelfde gecoördineerde wetten, gewijzigd bij de wetten van 6 mei 1982 en 24 maart 1994, ... (voorts als in het ontwerp).".

Om rekening te houden met de indeling van artikel 14 van de gecoördineerde wetten in drie paragrafen, zoals voorgesteld in artikel 2 van het ontwerp, behoort artikel 19, tweede lid, van de gecoördineerde wetten, dat een verwijzing naar artikel 14 bevat, te worden gewijzigd. Na onderdeel 1° behoort te worden geschreven :

2° in het tweede lid dienen de woorden "artikel 14, eerste lid" te worden vervangen door de woorden "artikel 14, § 1";

3° (zie het ontworpen onderdeel 2°, dat onderdeel 3° wordt).

2. De inleidende zin van artikel 5 zou beter als volgt worden gesteld :

"Artikel 21, tweede lid, van dezelfde gecoördineerde wetten, vervangen bij de wet van 17 oktober 1990 en gewijzigd bij de wet van 4 augustus 1996 ... (voorts als in het ontwerp).".

3. De inleidende zin van artikel 6 behoort als volgt te worden herschreven :

.../...

"Artikel 21bis van dezelfde gecoördineerde wetten, ingevoegd bij de wet van 17 oktober 1990 en gewijzigd bij de wet van 4 augustus 1996 ... (voorts als in het ontwerp).".

4. In artikel 8 behoort te worden geschreven :

"In artikel 30, derde lid, van dezelfde gecoördineerde wetten, vervangen bij de wet van 17 oktober 1990 en gewijzigd bij de wet van 4 augustus 1996, ... vervangen door de woorden "van verzoeken die doelloos, kennelijk onontvankelijk, kennelijk ongegrond of kennelijk gegrond zijn.".

5. Artikel 9 zou beter als volgt worden gesteld :

"Art. 9. In artikel 32, eerste lid, van dezelfde gecoördineerde wetten, worden de woorden "artikel 14, tweede lid" vervangen door de woorden "artikel 14, § 3".

6. De inleidende zin van artikel 14 behoort als volgt te worden gesteld :

"Artikel 71, § 1, vierde lid, van dezelfde gecoördineerde wetten, vervangen bij de wet van 24 maart 1994, wordt vervangen door het volgende lid :".

.../...

7. De inleidende zin van artikel 15 zou beter als volgt worden gesteld :

"In artikel 81 van dezelfde gecoördineerde wetten, vervangen bij de wet van 6 mei 1982 en gewijzigd bij de wet van 4 augustus 1996, worden de volgende wijzigingen aangebracht :".

8. In de inleidende zin van artikel 17 schrijve men "vervangen" in plaats van "gewijzigd".

OPMERKINGEN BETREFFENDE DE NEDERLANDSE TEKST

1. In artikel 1 schrijve men : "... een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet".

2. In het ontworpen artikel 21bis, § 1 (artikel 6 van het ontwerp) schrijve men in het vijfde en het achtste lid "de kamer waarbij" in plaats van "de kamer bij wie", en in het zesde lid "haar middelen" in plaats van "zijn middelen".

3. In het ontworpen artikel 29, tweede lid, (artikel 7 van het ontwerp) redigere men de tweede zin als volgt : "Bovendien mogen deze geen kennis nemen van de vorderingen tot nietigverklaring, tot schorsing of tot het bevelen van voorlopige maatregelen betreffende besluiten en

.../...

verordeningen over de tekst waarvan zij hun advies hebben uitgebracht als lid van de afdeling wetgeving of in verband waarmee zij hun medewerking hebben verleend in die afdeling".

4. In artikel 8 schrijve men "verzoeken die doelloos" in plaats van "verzoeken die zonder voorwerp".

5. In artikel 10 schrijve men "de vordering" in plaats van "de eis".

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs J.-J. STRYCKMANS,
de Heren

Y. KREINS,
P. QUERTAINMONT,

P. GOTHOT,
J.-M. FAVRESSE,

premier président,
eerste voorzitter,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

Madame B. VIGNERON,
Mevrouw

greffier assumé,
toegevoegd griffier.

Le rapport a été présenté par
M. J. REGNIER, premier auditeur
chef de section. La note du Bureau
de coordination a été rédigée et
exposée par M. P. BROUWERS,
référéndaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht
door de H. J. REGNIER, eerste
auditeur-afdelingshoofd. De
nota van het Coördinatiebureau
werd opgesteld en toegelicht door
de H. P. BROUWERS, adjunct-
referendaris.

La concordance entre la version
française et la version néerlandaise
a été vérifiée sous le contrôle
de M. P. LIENARDY, conseiller
d'Etat.

De overeenstemming tussen de
Franse en de Nederlandse tekst
werd nagezien onder toezicht van
de H. P. LIENARDY, staatsraad.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PREMIER PRESIDENT - DE EERSTE
VOORZITTER,

B. VIGNERON

J.-J. STRYCKMANS