



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 53.933/AV
van 27 augustus 2013

avis 53.933/AG
du 27 août 2013

over

sur

een wetsvoorstel 'met
betrekking tot de Zesde
Staatshervorming inzake de
aangelegenheden bedoeld in
artikel 77 van de Grondwet'
(*Parl.St.* Senaat 2012-13,
nr. 5-2233/1)

une proposition de loi 'relative
à la Sixième Réforme de l'État
concernant les matières visées
à l'article 77 de la
Constitution' (*Doc. parl.*,
Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/1)

Op 24 juli 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitster van de Senaat verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot vijfenveertig dagen^(*), een advies te verstrekken over een wetsvoorstel ‘met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet’ (*Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2233/1).

Het voorstel is door de algemene vergadering^(**) onderzocht op 20 en 27 augustus 2013. De algemene vergadering was samengesteld uit Robert ANDERSEN, eerste voorzitter van de Raad van State, Roger STEVENS, voorzitter van de Raad van State, Michel LEROY en Jo BAERT, kamervoorzitters, Pierre VANDERNOOT, Eric BREWAEYS, Carlo ADAMS en Michel PÂQUES, staatsraden, Jan VELAERS, Michel TISON, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Christian BEHRENDT, assessoren, Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier en Veerle VERTONGEN, toegevoegd griffier.

De verslagen waren uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd, Roger WIMMER, eerste auditeur, Brecht STEEN en Pierrot T’KINDT, auditers.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre VANDERNOOT, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 27 augustus 2013.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de algemene vergadering met toepassing van artikel 85.

^(**) Robert ANDERSEN, eerste voorzitter, en Roger STEVENS, voorzitter, hebben besloten niet deel te nemen aan de algemene vergadering tijdens de bespreking van de artikelen 6 en 7. Michel LEROY, kamervoorzitter, heeft het voorzitterschap waargenomen tijdens deze bespreking.

Le 24 juillet 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Présidente du Sénat à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé à quarante-cinq jours^(*) sur une proposition de loi 'relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution' (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/1).

La proposition a été examinée par l'assemblée générale^(**) les 20 et 27 août 2013. L'assemblée générale était composée de Robert ANDERSEN, premier président du Conseil d'État, Roger STEVENS, président du Conseil d'État, Michel LEROY et Jo BAERT, présidents de chambre, Pierre VANDERNOOT, Eric BREWAEYS, Carlo ADAMS et Michel PÂQUES, conseillers d'État, Jan VELAERS, Michel TISON, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Christian BEHRENDT, assesseurs, Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier et Veerle VERTONGEN, greffier assumé.

Les rapports ont été présentés par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section, Roger WIMMER, premier auditeur, Brecht STEEN et Pierrot T'KINDT, auditeurs.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Pierre VANDERNOOT, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 27 août 2013.

*

(*) Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

(**) Pour les articles 6 et 7 Robert ANDERSEN, premier président, et Roger STEVENS, président, ont décidé de ne pas participer à l'assemblée générale. Michel LEROY, président de chambre, a présidé celle-ci pendant l'examen de ces articles.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het vervangen is bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voormelde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

VOORAFGAANDE OPMERKING

Op grond van artikel 78 van de wet van 31 december 1983 dient voor elke wijziging van die wet en dus voor de artikelen 4 en 5 van het voorstel een met redenen omkleed advies te worden gevraagd aan het Parlement van de Duitstalige Gemeenschap.

Op het ogenblik waarop de Raad van State dit advies verstrekt, is een aanvraag in deze zin ingediend, maar het Parlement van de Duitstalige Gemeenschap heeft hierop nog niet geantwoord.

Er moet op worden toegezien dat deze vormvereiste naar behoren vervuld wordt.

ALGEMENE OPMERKING – REGELGEVING

Reeds eerder heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, advies uitgebracht over een “ontwerp of voorstel van wet, decreet of ordonnantie in het licht van een herziening van de Grondwet die nog niet helemaal haar beslag heeft gekregen.”¹ In dit opzicht wordt verwezen naar

¹ Zie, ondermeer, adv.RvS 51.214/AV van 2 mei 2012 over een voorstel dat geleid heeft tot de wet van 19 juli 2012 ‘houdende verscheidene wijzigingen van het Kieswetboek, van de gecoördineerde wetten van 18 juli 1966 op het gebruik van de talen in bestuurszaken, van de wet van 3 juli 1971 tot indeling van de leden van de Wetgevende Kamers in taalgroepen en houdende diverse bepalingen betreffende de cultuurraden voor de Nederlandse cultuurgemeenschap en voor de Franse cultuurgemeenschap en van de wet van 23 maart 1989 betreffende de verkiezing van het Europese Parlement’ (*Parl.St.* Senaat 2011-12, nr. 5-1560/2), adv.RvS 51.215/AV van 2 mei 2012 over een voorstel dat geleid heeft tot de wet van 19 juli 2012 ‘tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 wat de behandeling van de geschillen betreft door de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak, op vraag van personen gevestigd in de randgemeenten’ (*Parl.St.* Senaat 2011-12, nr. 5-1563/2) en adv.RvS 51.216/AV van 2 mei 2012 over een voorstel dat geleid heeft tot de bijzondere wet van 19 juli 2012 ‘houdende wijziging van de wet van 9 augustus 1988 tot wijziging van de gemeentewet, de gemeentekieswet, de organieke wet betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, de provinciewet, het Kieswetboek, de wet tot regeling van de provincieraadsverkiezingen en de wet tot regeling van de gelijktijdige parlements- en provincieraadsverkiezingen (de zogenaamde ‘pacificatiewet’) en van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, wat de benoeming van de burgemeesters van de randgemeenten betreft’ (*Parl.St.* Senaat 2011-12, nr. 5-1565/2, 8), waarin wordt verwezen naar adv.RvS 13.334/1/2 van 31 mei en 6 juni 1979 over een ontwerp van ‘bijzondere gewest- en gemeenschapswet’ (*Parl.St.* Senaat 1979, nr. 261/1, bijlage I, 4), naar adv.RvS 21.727/AV van 16 september 1992 over een voorstel van bijzondere wet ‘betreffende de internationale betrekkingen van de Gemeenschappen en de Gewesten’ (*Parl.St.* Senaat 1991-92, nr. 457/2, 5), naar adv.RvS 21.990/VR van 18 december 1992 over een voorstel van bijzondere wet ‘tot vervollediging van de federale staatsstructuur’ (*Parl.St.* Senaat 1992-93, nr. 558/2, 2) en naar adv.RvS 27.145/4 van 1 december 1997 over een wetsvoorstel dat geleid heeft tot de wet van 25 juni 1998 ‘tot regeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van ministers’ (*Parl.St.* Kamer 1997-98, nr. 49-1274/6, 2). Zie eveneens recent adv.Rvs. 53.903/AV van 13 augustus 2013 over een voorstel van bijzondere wet ‘tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op

de eerste algemene opmerking van de afdeling Wetgeving van de Raad van State in haar advies nr. 53.932/AV dat vandaag uitgebracht is over het voorstel van bijzondere wet 'met betrekking tot de Zesde Staatshervorming'²; dit geldt in het bijzonder voor de artikelen 6 en 7 van het voorstel, die in verband gebracht moeten worden met de herziening van artikel 144 van de Grondwet³.

Evenzo is de Raad van State, gelet op het globaal karakter van het Institutioneel Akkoord voor de Zesde Staatshervorming van 11 oktober 2011, bereid advies uit te brengen over een voorstel van wet in het licht van een ontwerp of voorstel van bijzondere wet dat bij één van de Kamers is ingediend, te weten, *in casu* het voormelde voorstel van bijzondere wet 'met betrekking tot de Zesde Staatshervorming'. Dat laatste voorstel bevat, in het bijzonder in de artikelen 11, 34, 42, 3° tot 5°, 7° en 8°, 43, 44 en 51, immers een aantal bepalingen die ertoe strekken de artikelen 5, § 1, III, 6*quinquies*, 92*bis*, §§ 4*sexies*, 4*septies*, 4*octies*, 4*decies* en 4*undecies*, en 94, §§ 1*bis* en 1*ter*, in te voegen in de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen', en een tweede, derde en vierde lid in artikel 48 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 'met betrekking tot de Brusselse instellingen'⁴, welke bepalingen nauw samenhangen met het voorliggende wetsvoorstel, en meer bepaald met de artikelen 2 tot 5 en 8 tot 26 ervan.

Het huidig advies wordt uiteraard verstrekt onder het voorbehoud dat de door de bijzondere wetgever aangenomen teksten van deze bepalingen overeenstemmen met de tekst van deze laatste artikelen, zoals voorgesteld, weliswaar desgevallend gewijzigd om rekening te houden met het voornoemde advies 53.932/AG van de Raad van State over dit voorstel.

Dit voorbehoud heeft evenwel geen betrekking op wijzigingen die worden aangebracht die niet tot gevolg hebben dat de uiteindelijk aangenomen teksten andere rechtsgevolgen hebben.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 1

De artikelen 12 tot 23 wijzigen de wet van 5 augustus 1992 'op het politieambt', de wet van 7 december 1998 'tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus' en de wet van 15 mei 2007 'betreffende de civiele veiligheid'; *in casu* gaat het om wetten waarvan het onderwerp niet in artikel 77 van de Grondwet vermeld is.

het Grondwettelijk Hof en de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen teneinde de organisatie van gewestelijke volksraadplegingen toe te laten' (*Parl.St.* Kamer 2012-13, 53-2968/1) en adv.Rvs. 53.904/AV van 13 augustus 2013 over het voorstel van bijzondere wet 'tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof' (*Parl.St.* Kamer 2012-13, 53-2970/1).

² *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1.

³ *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2242/1.

⁴ De bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen' wordt in het vervolg van dit advies de "bijzondere wet van 8 augustus 1980" genoemd.

Ook al dragen die bepalingen aan de Brusselse agglomeratie bevoegdheden op, toch zijn ze specifiek voor de drie voornoemde wetten en vormen ze geen bepalingen tot regeling van de organisatie van de Brusselse agglomeratie, die, luidens artikel 77, eerste lid, 3°, in samenhang met de artikelen 165 en 166 van de Grondwet, aangenomen zouden moeten worden op basis van de procedure van het volledige bicameralisme. Het is dan ook op basis van artikel 78 van de Grondwet dat de artikelen 12 tot 23 aangenomen moeten worden.

Hetzelfde geldt voor de bevoegdheden inzake politie en veiligheid die aan de Brusselse agglomeratie opgedragen worden bij artikel 4, § 2^{ter}, van de wet van 26 juli 1971 'houdende organisatie van de agglomeraties en de federaties van gemeenten', zoals voorgesteld in artikel 10 van het voorstel. Ook al zou die bepaling ingevoegd worden in een wet waarvan de organieke bepalingen vallen onder artikel 77 van de Grondwet op basis van de artikelen 77, eerste lid, 3°, *junctis* de artikelen 165 en 166, toch heeft ze niet de kenmerken van een organieke bepaling en heeft ze specifiek betrekking op de politie- en veiligheidsaangelegenheden, die dus onder artikel 78 van de Grondwet vallen.

De artikelen 10 en 12 tot 23 moeten derhalve uit het voorstel gelicht worden en ingevoegd worden in het wetsvoorstel 'met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 78 van de Grondwet'⁵.

Titel III

Er wordt verwezen naar de opmerkingen die bij de artikelen 5 en 48, *partim*, van het voornoemde voorstel van bijzondere wet 'met betrekking tot de Zesde Staatshervorming', in het heden over dit voorstel uitgebrachte advies nr. 53.932/AV, geformuleerd zijn, wat betreft het ontbreken van een bepaling die artikel 4^{bis}, in zijn nieuwe nummering in de bijzondere wet van 8 augustus 1980, toepasselijk maakt op de Duitstalige Gemeenschap, zoals dit artikel zou voortvloeien uit het gevolg dat zal worden gegeven aan deze opmerkingen.

Artikelen 6 en 7

1. De gedachte dat de Raad van State zich uitspreekt over de vergoeding van de schade veroorzaakt door een door haar nietig verklaarde bestuurshandeling, is niet nieuw. Bij de totstandkoming van de wet tot oprichting van de Raad van State, had de Senaat, in 1939, de bevoegdheid om met de nietigverklaring samenhangende vergoedingen toe te kennen, in het ontwerp ingevoegd; toen de Kamer van volksvertegenwoordigers het onderzoek van het ontwerp na de oorlog hervatte, hield ze die bepaling niet aan. De gedachte dat een dergelijke bevoegdheid heel wat tijd en energie kan besparen, vindt steeds meer ingang: wanneer een bestuurshandeling nietig verklaard is, is de rechter die de nietigverklaring uitgesproken heeft en dus het dossier kent, de meest aangewezen persoon om zich uit te spreken over dit andere gevolg van de onwettigheid dat de schadevergoeding is. Voor hem betekent dat ongetwijfeld een toename van de werklast, maar hij zal er beslist minder energie in steken dan een andere rechter, voor wie het dossier volledig nieuw is en aan wie de partijen alles van het begin af aan moeten uitleggen.

⁵ *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2234/1.

Bij de huidige stand van het positieve recht, is de vergoeding van de schade veroorzaakt door het toepassen van een bestuurshandeling die later door de Raad van State nietig verklaard is, vanuit grondwettelijk oogpunt, een op schuldaansprakelijkheid berustende vordering die steunt op artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek en zijn, volgens een sedert het arrest *Flandria* van 5 november 1920 van het Hof van Cassatie⁶ vaste rechtspraak, de door het Burgerlijk Wetboek en de wetten die het aanvullen vastgelegde en georganiseerde rechten, burgerlijke rechten die, krachtens artikel 144 van de Grondwet, onder de exclusieve bevoegdheid van de justitiële gerechten vallen.

Hieromtrent moet opgemerkt worden dat de Grondwet geen criterium vaststelt van onderscheid tussen het burgerlijke en het politieke recht. Het criterium dat het Grondwettelijk Hof hanteert om een politiek recht te omschrijven, is dat het in een dergelijke verhouding staat tot de prerogatieven van het openbaar gezag van de Staat, dat het zich buiten de werkingssfeer bevindt van de gedingen van burgerlijke aard in de zin van artikel 144 van de Grondwet. Aangezien een bestuurshandeling een van de meest karakteristieke uitingen van het openbare gezag is en een geschil dat het herstel beoogt van de schade veroorzaakt door een dergelijke handeling, nauw verband houdt met de uitoefening van het openbare gezag, is de stelling gehuldigd dat een wet het recht op vergoeding van de schade veroorzaakt door een onwettige bestuurshandeling als politiek kon kwalificeren, en dus de kennisneming ervan kon toevertrouwen aan een rechtscollege dat niet tot de rechterlijke orde behoorde.

De grondwetgever en de wetgever hebben deze redenering niet gevolgd en hebben er de voorkeur aan gegeven een einde te maken aan elke discussie rond de grondwettigheid van de wet die aan de Raad van State een bevoegdheid inzake vergoedingen opdraagt, door in artikel 144 van de Grondwet het volgende tweede lid in te voegen:

“De wet kan echter, volgens de door haar bepaalde modaliteiten, de Raad van State of de federale administratieve rechtscolleges machtigen om te beslissen over de burgerrechtelijke gevolgen van hun beslissingen”.

Deze grondwetswijziging wordt momenteel in het Parlement onderzocht.⁷

2. Artikel 6 van het voorstel vormt een toepassing van de afzonderlijk voorgestelde aanvulling van artikel 144 van de Grondwet met een tweede lid dat de traditionele exclusiviteit van de rechtsmacht van de rechterlijke macht voor geschillen over burgerlijke rechten tempert. Het voert een artikel 11*bis* in de gecoördineerde wetten ‘op de Raad van State’.

Het eerste lid van dat artikel verleent aan de afdeling Bestuursrechtspraak de bevoegdheid om aan de verzoekende of de tussenkommende partij ter ondersteuning van het beroep tot nietigverklaring, een “schadevergoeding tot herstel” toe te kennen, wanneer het arrest vaststelt dat de bestreden akte, reglement of stilzwijgend afwijzende beslissing onwettig is. Die vergoeding wordt ten laste van de steller van de onwettige handeling toegekend om, “met

⁶ Cass., 5 november 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193, en de conclusie van procureur-generaal P. Leclercq, toenmalig eerste advocaat-generaal.

⁷ *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2242/1.

inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang”, de schade te vergoeden die de partij die ze vordert, omwille van deze onwettigheid geleden heeft.

In een tweede lid van het in te voegen artikel worden de termijnen vastgesteld waarbinnen om de vergoeding moet worden verzocht en er uitspraak over wordt gedaan.

In een derde en een vierde lid wordt bepaald dat de indiening van een verzoek om de voormelde vergoeding en de instelling van een burgerlijke aansprakelijkheidsvordering elkaar uitsluiten.

Met artikel 7 van het voorstel wordt in artikel 30, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten een verwijzing ingevoegd naar het voormelde artikel 11*bis*, zodat de Koning wordt gemachtigd om bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de rechtspleging te bepalen die dient te worden gevolgd in geval van toepassing van dat laatste artikel.

In de toelichting bij artikel 6 van het voorstel worden de gelijkenissen en verschillen beschreven die de “schadevergoeding tot herstel” van het voorgestelde artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten ‘op de Raad van State’ vertoont ten opzichte van de herstelvergoeding voor buitengewone schade vermeld in artikel 11 van dezelfde wetten enerzijds, en de gemeenrechtelijke schadevergoeding geregeld in de artikelen 1382 tot en met 1386 van het Burgerlijk Wetboek anderzijds. De nieuwe vergoeding vereist ook schade en een oorzakelijk verband maar, anders dan in het gemeen recht, niet noodzakelijk een fout, maar wel een onwettigheid die wordt vastgesteld in het kader van een beroep tot nietigverklaring.

3.1. De voorwaarden om aanspraak op schadevergoeding te verlenen, zijn dus de volgende:

- de onwettigheid van de handeling;
- (reeds berokkend, vaststaand en dadelijk) nadeel;
- oorzakelijk verband tussen de onwettigheid en de schade.

3.2. Door de onwettigheid van de handeling als schadeverwekkende gebeurtenis in aanmerking te nemen, leidt de nieuwe bepaling ertoe dat, wat betreft de geschillen die aan de Raad van State voorgelegd worden, de controverse rond de eenheid of dualiteit van de begrippen van fout en bevoegdheidsoverschrijding, die de rechtspraak en de rechtsleer een veertigtal jaar heeft beziggehouden, geen enkel dienstig nut meer heeft. Dit komt de rechtszekerheid ten goede. De overheid zal in principe de schade moeten vergoeden, zonder dat haar enige fout treft en dus als de onwettigheid voortvloeit uit omstandigheden waarmee ze niets uitstaande heeft.

Als de door de Raad van State vastgestelde onwettigheid haar oorsprong vindt in een fout of vergissing begaan door de begunstigde van de handeling (als hij bijvoorbeeld aan de overheidsinstantie onjuiste informatie verstrekt heeft), dan leunt de omstandigheid dat de overheid te goeder trouw gehandeld heeft en daarbij de nodige omzichtigheid aan de dag gelegd heeft, maar door onjuiste informatie misleid werd, aan bij de hypothese van de foutloze aansprakelijkheid. Het staat aan de Raad van State om voor elk geval uit te maken of er een

oorzakelijk verband is tussen de onwettige handeling en de schade, met andere woorden of dit nadeel wel degelijk rechtstreeks aan de onwettige handeling toe te schrijven is, met dien verstande dat dan de administratie zich, voor de hoven en rechtbanken, kan keren tegen de begunstigde van de handeling waardoor ze misleid werd.

3.3. Het voorstel verwijst, als schadeverwekkende gebeurtenis, naar een “arrest waarbij de onwettigheid werd vastgesteld” en niet naar een vernietigingsarrest. De formulering is goed gekozen aangezien de bepaling ook van toepassing is op het geval waarbij verschillende beroepen tot de nietigverklaring van dezelfde handeling strekken en waarbij, eens de nietigverklaring in het als eerste onderzochte beroep uitgesproken is, de andere arresten oordelen dat er geen uitspraak over de andere beroepen gedaan moet worden, aangezien deze doelloos geworden zijn. De bepaling is ook van toepassing op het geval waarbij de onwettigheid van een verordening incidenteel vastgesteld wordt met toepassing van artikel 159 van de Grondwet. Er zou geen reden zijn om de partijen die de verzoeken indienden die tot één van deze resultaten geleid hebben, de mogelijkheid te ontzeggen om de schadevergoeding tot herstel aan de Raad van State te vragen.

4. Zoals de tekst thans geredigeerd is, kan geen schadevergoeding toegekend worden aan een verzoeker die, in de loop van de procedure, zijn belang verliest om de vernietiging te vorderen (zoals een ambtenaar die onrechtmatig een promotie wordt ontzegd en die tijdens de procedure gepensioneerd wordt): zijn beroep wordt verworpen wegens gebrek aan belang zonder dat het arrest de eventuele onwettigheid van de bestreden handeling vaststelt. Het voornemen om de Raad van State de mogelijkheid te bieden in dit geval een vergoeding toe te kennen – voornemen dat in de toelichting bij het voorstel bevestigd wordt – komt niet afdoende tot uiting in de voorgestelde wettekst.

5. De voorgestelde bepaling maakt het voor een in verweer tussenkomende partij – die doorgaans de begunstigde van de bestreden handeling is en dus het hardst getroffen wordt door de nietigverklaring ervan – niet mogelijk om aan de Raad van State een schadevergoeding te vragen tot herstel van het nadeel dat zij ondervindt door de nietigverklaring van deze handeling wegens een onwettigheid waarmee zijzelf meestal niets uitstaande heeft. Dit strookt goed met het voornemen dat in de toelichting bij het voorstel te kennen gegeven wordt maar de gegrondheid van dit verschil in behandeling tussen de interveniënten, naargelang de stelling die ze ondersteunen, zou moeten worden toegelicht aangezien het niet onredelijk zou zijn alle geschillen ter zake van herstelvergoeding die ontstaan naar aanleiding van de vernietigingsarresten van de Raad van State, bij haar aanhangig te maken.

6. In geval van toepassing van de “bestuurlijke lus”, ingevoerd door het voorontwerp van wet ‘houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State’⁸, zal één en ander anders verlopen, aangezien die toepassing inhoudt dat de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, een gebrek in de bestreden handeling vaststelt en de verwerende partij de gelegenheid geeft om dat gebrek te (laten) herstellen. Maar in dit geval

⁸ Voorontwerp waarover de afdeling Wetgeving van de Raad van State op 11 juni 2013 advies nr. 53.317/AV verstrekt heeft.

ontstaat er een procedureprobleem dat verband houdt met het tweede lid van het voorgestelde artikel, dat hierna ter sprake gebracht wordt, onder randnummer 10.

7. Inzake het bereik van het voorgestelde artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten kan de vraag worden gesteld waarom enkel de vaststelling van een onwettigheid in het raam van een beroep tot “nietigverklaring van een akte, een reglement of een stilzwijgend afwijzende beslissing (...) met toepassing van artikel 14, § 1 of § 3,” van dezelfde wetten, aanleiding kan geven tot de toepassing ervan. Ook een onwettigheid vastgesteld in een andere procedure voor de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, zoals een beroep in volle rechtsmacht als vermeld in artikel 16 van de gecoördineerde wetten, kan een partij immers een nadeel doen lijden dat zij vergoed wenst te zien. Hierbij kan gedacht worden aan een vennootschap waaraan de overheid een aanzienlijke administratieve geldboete oplegt, welke boete, ook al wordt ze niet geïnd, het vertrouwen in deze vennootschap schokt en ze aan de rand van het faillissement brengt, maar waarvan de Raad van State later het bedrag verlaagt met toepassing van de nieuwe bevoegdheid die haar verleend wordt bij artikel 5, 1°, van het voormelde voorontwerp van wet.

8. Het herstel neemt uitsluitend de vorm aan van een geldelijke vergoeding. Op te merken valt dat de nietigverklaring van de onwettige handeling, die noodzakelijkerwijs uitgesproken wordt voor of gelijktijdig met het toekennen van de schadevergoeding tot herstel, een vorm van herstel in natura is, aangezien ze ertoe leidt de onwettige handeling in de rechtsordening uit te wissen.

De vergoeding hoeft de schade niet volledig te herstellen maar kan worden gematigd door de “inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang”. Dat laatste beoordelingscriterium is ontleend aan artikel 11 van de gecoördineerde wetten en de vergoeding ervan wordt niet naar billijkheid bepaald. De nieuwe rechtsfiguur wordt daarmee geduid als “autonoom begrip”, althans *in abstracto*.

De rechtspraak zal hiervan de exacte contouren moeten vastleggen. Gelet op het aan de rechtzoekende aangereikte alternatief om te kiezen tussen de rechterlijke weg en de toepassing van het nieuwe artikel 11*bis*, is het weinig waarschijnlijk dat de door de Raad van State toegekende vergoeding aanzienlijk kleiner zal zijn dan de vergoeding die het resultaat zou zijn van de rechtspraak van de gewone rechtbanken want dit zou betekenen dat de rechtzoekenden hun verzoek tot schadevergoeding niet bij de Raad van State zullen indienen.

9. Het voorgestelde tweede lid, tweede zin, van artikel 11*bis* bepaalt dat “[e]r een uitspraak gedaan [wordt] over het verzoek tot schadevergoeding binnen de twaalf maanden na de indiening ervan”. Los van het feit dat het hierbij uitsluitend om een termijn van orde kan gaan, lijkt deze bepaling alleen bruikbaar wanneer het verzoek wordt ingediend “zestig dagen na de kennisgeving van het arrest waarbij de onwettigheid werd vastgesteld”, zoals toegestaan krachtens de eerste zin van hetzelfde lid. Wordt het verzoek eerder ingediend – en dit kan gelijktijdig met het beroep tot nietigverklaring –, dan kan de termijn redelijkerwijze pas ingaan vanaf het arrest waarbij de onwettigheid wordt vastgesteld. De tekst moet in deze zin worden aangepast.

10. De termijn waarin het verzoek tot herstelvergoeding ingediend moet worden, wordt in het tweede lid van het voorgestelde artikel 6 vastgesteld op zestig dagen na de kennisgeving van het arrest waarin de onwettigheid wordt vastgesteld.

Dit kan moeilijkheden opleveren ingeval de eerder genoemde “bestuurlijke lus” wordt toegepast. Het arrest waarin de onwettigheid wordt vastgesteld, is het arrest dat de lus opstart en de termijn waarbinnen de overheidsinstantie de onwettigheid kan herstellen, mag langer dan zestig dagen zijn. Het valt niet uit te sluiten dat van de eventuele uitvoering van het herstel van de onwettigheid een invloed kan uitgaan op het bestaan of de omvang van de door een betrokken partij geleden schade of op de aanwezigheid van een oorzakelijk verband tussen de onwettigheid en de schade.

Het zou relevanter zijn om de termijn voor indiening van het verzoek te laten ingaan bij de kennisgeving van het arrest die het beroep tot nietigverklaring afsluit.

11. Het derde en het vierde lid van artikel 11*bis* bepalen dat het verzoek tot herstelvergoeding aan de Raad van State uitsluit dat een eis tot schadeloosstelling ingediend kan worden voor de hoven en rechtbanken, en vice versa (door toepassing van het adagium *electa una via non datur recursus ad alteram*). Zoals het artikel geredigeerd is, verbiedt het zelfs een verzoeker die afstand heeft gedaan van zijn verzoek tot herstelvergoeding bij de Raad van State, om zich nog te richten tot de hoven en rechtbanken, en vice versa. Als dat niet de bedoeling is, moet het artikel gewijzigd worden.

12. Artikel 7 van het voorstel voegt artikel 11*bis* toe aan de lijst met de artikelen waarvoor de procedure geregeld wordt bij koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad.

Andere bepalingen van de gecoördineerde wetten bevatten procedureregels die op bepaalde procedures van toepassing zijn en de toelichting bij het voorstel geeft blijkbaar noch expliciet enige reden te kennen om de toepassing ervan uit te sluiten voor de verzoeken tot herstelvergoeding.

Artikel 11*bis* moet toegevoegd worden aan de opsommingen van artikelen die in de volgende artikelen opgenomen zijn:

- 19, eerste lid (dat bepaalt wie de verzoeken kan indienen),
- 27, § 1, eerste lid, (openbaarheid van de terechtzittingen),
- 29, eerste lid (rechtsweigering),
- 53, eerste lid (taal waarin de zaak wordt behandeld),
- 63 (taal van het arrest).

13. Het voorstel bevat geen overgangsbepaling.

Bij ontstentenis van een dergelijke bepaling zijn de wetten inzake bevoegdheid en rechtspleging echter onmiddellijk van toepassing op de aan de gang zijnde procedures. Dit kan voor de rechtzoekenden problemen veroorzaken omdat het de manier verstoort waarop ze een betwisting aanpakken en omdat het onzekerheid doet ontstaan over de acties die ondernomen moeten worden ten gevolge van arresten uitgesproken binnen zestig dagen vóór de inwerkingtreding van de wet.

Het zou goed zijn een overgangsbepaling in te voegen die preciseert dat artikel 11*bis* van toepassing is op de verzoeken tot schadevergoeding die samenhangen met de beroepen ingediend vanaf de inwerkingtreding ervan en op de verzoeken tot schadevergoeding als gevolg van arresten die vanaf deze inwerkingtreding uitgesproken zijn.

Artikel 10

De voormelde wet van 26 juli 1971 bevat reeds een artikel 4, § 2*ter*, dat betrekking heeft op de bevoegdheden van de Brusselse agglomeratie (de gemeentewegen en de informatica van de gemeenten) die niet tot de federale bevoegdheid behoren.⁹ Uit geen enkele passage in de toelichting bij het voorstel blijkt trouwens dat het de bedoeling zou zijn om deze paragraaf 2*ter* op te heffen of te vervangen, zoals bevestigd wordt door het gebruik van het woord “ingevoegd” in de inleidende zin van artikel 10.

Het is dus raadzaam om van de voorgestelde bepaling een paragraaf 2*quater* van artikel 4 van de voormelde wet van 26 juli 1971 te maken.

Voor het overige wordt verwezen naar de over artikel 1 geformuleerde opmerking.

Titel VI

Titel VI bevat drie artikelen, die de nummers 24 tot 26 dragen.

Artikel 143 van de Grondwet stelt in haar overgangsbepaling dat:

“[D]e gewone wet van 9 augustus 1980 (...), wat de voorkoming en de regeling van de belangenconflicten betreft, (...) slechts [kan] worden opgeheven, aangevuld, gewijzigd of vervangen door de wetten bedoeld in §§ 2 en 3 [d.w.z. bijzonderemeerderheidswetten]”.

Het huishoudelijk reglement, zoals bedoeld in de artikelen 25 en 26 van het voorliggende voorstel, is bestemd om toegepast te worden voor aangelegenheden die het voorkomen en oplossen van belangenconflicten betreffen. Wat artikel 24 betreft, geldt een zelfde redenering, want de omgekeerde redenering die erin zou bestaan te stellen dat het niet valt binnen het toepassingsgebied van aangelegenheden die het voorkomen en oplossen van

⁹ Deze bepaling is niet van kracht.

belangenconflicten betreffen, zou tot gevolg hebben dat de gewone wetgever, die de werking regelt van een orgaan dat zowel de federale overheid als de deelgebieden verenigt, onbevoegd zou zijn om dit artikel aan te nemen.

De bepalingen van titel VI moeten bijgevolg aangenomen worden met de bijzondere meerderheid, voorgeschreven in artikel 4, derde lid, van de Grondwet.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de la proposition de loi, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, la proposition de loi appelle les observations ci-après.

OBSERVATION PRÉALABLE

En vertu de l'article 78 de la loi du 31 décembre 1983, un avis motivé doit être demandé au Parlement de la Communauté germanophone pour toute modification de cette loi et, donc, pour les articles 4 et 5 de la proposition.

Au moment où le Conseil d'État rend le présent avis, une demande en ce sens a été faite, mais le Parlement de la Communauté germanophone n'a pas encore répondu.

Il conviendra de veiller au bon accomplissement de cette formalité.

OBSERVATION GÉNÉRALE – CADRE NORMATIF

Le Conseil d'État, section de législation, a déjà rendu auparavant un avis sur un « projet ou une proposition de loi, de décret ou d'ordonnance à la lumière d'une révision de la Constitution encore inachevée »¹⁰. Sur ce point, il est fait référence à l'observation générale n° 1

¹⁰ Voir, entre autres, l'avis C.E. 51.214/AG donné le 2 mai 2012 sur une proposition devenue la loi du 19 juillet 2012 'portant diverses modifications du Code électoral, des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative, de la loi du 3 juillet 1971 relative à la répartition des membres des Chambres législatives en groupes linguistiques et portant diverses dispositions relatives aux conseils culturels pour la communauté culturelle française et pour la communauté culturelle néerlandaise et de la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen' (*Doc. parl.*, Sénat, 2011-2012, n° 5-1560/2), l'avis C.E. 51.215/AG donné le 2 mai 2012 sur une proposition devenue la loi du 19 juillet 2012 'modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 en ce qui concerne l'examen des litiges par l'assemblée générale de la section du contentieux administratif, à la demande de personnes établies dans les communes périphériques' (*Doc. parl.*, Sénat, 2011-2012, n° 5-1563/2) et l'avis C.E. 51.216/AG donné le 2 mai 2012 sur une proposition devenue la loi spéciale du 19 juillet 2012 'portant modification de la loi du 9 août 1988 portant modification de la loi communale, de la loi électorale communale, de la loi organique des centres publics d'aide sociale, de la loi provinciale, du Code électoral, de la loi organique des élections provinciales et de la loi organisant l'élection simultanée pour les chambres législatives et les conseils provinciaux (dite 'de pacification communautaire') et de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, concernant la nomination des bourgmestres des communes périphériques' (*Doc. parl.*, Sénat, 2011-2012, n° 5-1565/2, 8), qui font référence à l'avis 13.334/1/2 donné les 31 mai et 6 juin 1979 sur un projet de 'loi spéciale des Régions et des Communautés' (*Doc. parl.*, Sénat, 1979, n° 261/1, annexe I, 4), à l'avis C.E.21.727/AG donné le 16 septembre 1992 sur une proposition de loi spéciale 'sur les relations internationales des Communautés et des Régions' (*Doc. parl.*, Sénat, 1991-1992, n° 457/2, p. 5), à l'avis C.E. 21.990/VR donné le 18 décembre 1992 sur une proposition de loi spéciale 'visant à achever la structure fédérale de l'État' (*Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n° 558/2, 2) et à l'avis C.E. 27.145/4 donné le 1^{er} décembre 1997 sur une proposition de loi devenue la loi du 25 juin 1998 'régulant la responsabilité pénale des ministres' (*Doc. parl.*, Chambre, 1997-1998, n° 49-1274/6, p. 2). Voir également le récent avis C.E. 53.903/AG du 13 août 2013 sur une proposition de loi spéciale 'portant modification de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle et de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises' (*Doc. parl.*, Chambre, 2012-13, 53-2968/1) et l'avis C.E. 53.904/AG du 13 août 2013 sur une proposition de loi spéciale 'modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle' (*Doc. parl.*, Chambre, 2012-13, 53-2970/1).

formulée par la section de législation du Conseil d'État dans son avis 53.932/AG donné ce jour sur la proposition de loi spéciale 'relative à la Sixième Réforme de l'État'¹¹; ceci vaut tout spécialement pour les articles 6 et 7 de la proposition, qui doivent être mis en rapport avec la proposition de révision de l'article 144 de la Constitution¹².

De même, le Conseil d'État, eu égard au caractère global de l'Accord institutionnel pour la Sixième Réforme de l'État du 11 octobre 2011, est disposé à rendre un avis sur une proposition de loi à la lumière d'un projet ou d'une proposition de loi spéciale déposé devant l'une des Chambres, à savoir en l'espèce la proposition de loi spéciale 'relative à la Sixième Réforme de l'État', précitée. Cette dernière proposition contient en effet un certain nombre de dispositions, plus spécialement ses articles 11, 34, 42, 3° à 5°, 7° et 8°, 43, 44 et 51, qui tendent à insérer des articles 5, § 1^{er}, III, 6^{quinquies}, 92^{bis}, §§ 4^{sexies}, 4^{septies}, 4^{octies}, 4^{decies} et 4^{undecies}, et 94, §§ 1^{er}^{bis} et 1^{er}^{ter}, dans la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' et des alinéas 2 à 4 à l'article 48 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux institutions bruxelloises'¹³, qui sont liées à la proposition de loi à l'examen, plus spécialement à ses articles 2 à 5 et 8 à 26.

Le présent avis est évidemment donné sous la réserve que les textes de ces dispositions, adoptés par le législateur spécial, soient conformes au texte de ces derniers articles tels que proposés, certes modifié le cas échéant pour tenir compte de l'avis 53.932/AG précité du Conseil d'État relatif à cette proposition.

Cette réserve ne concerne toutefois pas les modifications apportées qui n'ont pas pour conséquence que les textes finalement adoptés ont d'autres effets juridiques.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 1^{er}

Les articles 12 à 23 modifient la loi du 5 août 1992 'relative à la fonction de police', la loi 7 décembre 1998 'organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux' et la loi du 15 mai 2007 'relative à la sécurité civile', à savoir des législations dont l'objet n'est pas mentionné à l'article 77 de la Constitution.

Même si elles confient des compétences à l'agglomération bruxelloise, elles constituent des dispositions spécifiques aux trois lois précitées et non des dispositions organiques de l'agglomération bruxelloise, lesquelles, aux termes de l'article 77, alinéa 1^{er}, 3°, combiné avec les articles 165 et 166 de la Constitution, devraient être adoptées sur la base de la procédure bicamérale parfaite. C'est donc sur la base de l'article 78 de la Constitution que les articles 12 à 23 doivent être adoptés.

¹¹ *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2232/1.

¹² *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2242/1.

¹³ Dans la suite du présent avis, la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' sera identifiée comme étant la « loi spéciale du 8 août 1980 ».

Il en va de même des compétences en matière de police et de sécurité attribuées à l'agglomération bruxelloise par l'article 4, § 2^{ter}, de la loi du 26 juillet 1971 'organisant les agglomérations et les fédérations de communes', proposé par l'article 10 de la proposition. Cette disposition, même si elle est appelée à s'insérer dans une loi dont les dispositions organiques relèvent de l'article 77 de la Constitution sur la base des articles 77, alinéa 1^{er}, 3^o, 165 et 166 combinés, n'a pas ce caractère de disposition organique et relève spécifiquement de la matière de la police et de la sécurité, relevant donc de l'article 78 de la Constitution.

Les articles 10 et 12 à 23 doivent en conséquence être distraits de la proposition et insérés dans la proposition de loi 'relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 78 de la Constitution' ¹⁴.

Titre III

Il est renvoyé aux observations formulées sur les articles 5 et 48, *partim*, de la proposition précitée de loi spéciale 'relative à la Sixième Réforme de l'État' dans l'avis 53.932/AG donné ce jour sur cette proposition en ce qui concerne l'absence de disposition rendant applicable à la Communauté germanophone l'article 4*bis*, dans sa nouvelle numérotation de la loi spéciale du 8 août 1980, tel qu'il résulterait de la suite qui serait donnée à ces observations.

Articles 6 et 7

1. L'idée que le Conseil d'État statue sur l'indemnisation du préjudice causé par un acte administratif qu'il annule n'est pas neuve. Lors de l'élaboration de la loi créant le Conseil d'État, le Sénat avait, en 1939, inséré dans le projet la compétence d'accorder des indemnités connexes à l'annulation ; reprenant l'examen du projet après la guerre, la Chambre des Représentants n'a pas retenu cette disposition. L'idée a fait son chemin qu'une telle compétence représente une économie de temps et d'énergie considérable : quand un acte administratif a été annulé, le juge qui l'a annulé et qui connaît donc le dossier est mieux placé que tout autre pour se prononcer sur cette autre conséquence de l'illégalité qu'est l'indemnisation. Sans doute cela provoque-t-il un surcroît de travail pour lui mais il y dépensera assurément moins d'énergie qu'un autre juge pour qui le dossier serait entièrement neuf, et à qui les parties devront tout expliquer *ab initio*.

Du point de vue constitutionnel, dans le droit positif actuel, l'indemnisation du dommage causé par l'application d'un acte administratif ultérieurement annulé par le Conseil d'État, est une action en responsabilité aquilienne fondée sur l'article 1382 du Code civil et, selon une jurisprudence fermement établie depuis l'arrêt *Flandria* du 5 novembre 1920 de la Cour de cassation ¹⁵, les droits consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent sont

¹⁴ *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2234/1.

¹⁵ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193, et les conclusions du Procureur général P. LECLERCQ, alors premier avocat général.

des droits civils, qui, en application de l'article 144 de la Constitution, relèvent de la compétence exclusive des juridictions de l'ordre judiciaire.

Il faut à ce sujet observer que la Constitution ne fixe pas de critère de distinction entre le droit civil et le droit politique. Le critère retenu par la Cour constitutionnelle pour qualifier un droit de politique est qu'il se trouve dans un rapport tel avec les prérogatives de la puissance publique qu'il se situe en dehors de la sphère des litiges de nature civile au sens de l'article 144 de la Constitution. Comme un acte administratif est une des manifestations les plus caractéristiques de la puissance publique et qu'un litige qui tend à la réparation du dommage causé par un tel acte est en lien étroit avec l'exercice de la puissance publique, il a été soutenu qu'une loi pouvait attribuer la qualification de politique au droit à la réparation du dommage résultant d'un acte administratif illégal, et donc en confier la connaissance à une juridiction étrangère à l'ordre judiciaire.

Le constituant et le législateur n'ont pas suivi ce raisonnement et ils ont préféré, pour couper court à toute discussion quant à la constitutionnalité de la loi attribuant une compétence indemnitaire au Conseil d'État, adapter l'article 144 de la Constitution en y ajoutant un alinéa 2 rédigé comme suit:

« Toutefois, la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'État ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions ».

Cette modification constitutionnelle est en cours d'examen au Parlement ¹⁶.

2. L'article 6 de la proposition constitue une application de l'ajout, proposé séparément, à l'article 144 de la Constitution, d'un alinéa 2 qui atténue l'exclusivité traditionnelle de la juridiction du pouvoir judiciaire dans des litiges portant sur des droits civils. Il introduit dans les lois coordonnées 'sur le Conseil d'État' un article 11*bis*.

Son alinéa 1^{er} attribue à la section du contentieux administratif la compétence d'allouer une « indemnité réparatrice » à la partie requérante ou à la partie intervenante à l'appui de la requête en annulation lorsque l'arrêt constate que l'acte, le règlement ou la décision implicite de rejet attaqué est illégal. Cette indemnité est accordée à charge de l'auteur de l'acte illégal en réparation du préjudice que la partie qui la demande a subi en raison de cette illégalité, « en tenant compte des intérêts publics et privés en présence ».

Un alinéa 2 de l'article à insérer fixe les délais dans lesquels la demande d'indemnité doit être introduite et dans lesquels il doit être statué sur celle-ci.

Les alinéas 3 et 4 disposent que l'introduction d'une demande de l'indemnité précitée et l'engagement d'une action en responsabilité civile s'excluent mutuellement.

L'article 7 de la proposition insère dans l'article 30, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées une référence à l'article 11*bis* précité, de sorte que le Roi est habilité à déterminer

¹⁶ *Doc. parl.*, Sénat, 2012/2013, n° 5-2242/1.

par arrêté délibéré en Conseil des ministres, la procédure qui doit être suivie en cas d'application de ce dernier article.

Le commentaire de l'article 6 de la proposition décrit les similitudes et les différences que l'« indemnité réparatrice » de l'article 11*bis* proposé des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État' présente par rapport à la réparation d'un dommage exceptionnel, mentionnée à l'article 11 de ces mêmes lois, d'une part, et de l'indemnité de droit commun réglée aux articles 1382 à 1386 du Code civil, d'autre part. La nouvelle indemnité exige également un préjudice et un lien de causalité mais non, à l'inverse du droit commun, pas nécessairement une faute, mais bien une illégalité constatée dans le cadre d'un recours en annulation.

3.1. Les conditions pour ouvrir un droit à la réparation sont donc les suivantes :

- l'illégalité de l'acte ;
- un préjudice (né, certain et actuel) ;
- un lien de causalité entre l'illégalité et le préjudice.

3.2. En retenant l'illégalité de l'acte comme fait générateur du dommage, la nouvelle disposition fait perdre, dans le contentieux porté devant le Conseil d'État, toute portée utile à la controverse sur l'unité ou la dualité des notions de faute et d'excès de pouvoir, qui a traversé la jurisprudence et la doctrine pendant une quarantaine d'années. La sécurité juridique y gagne. L'autorité sera en principe tenue de réparer le préjudice en l'absence de toute faute et donc lorsque l'illégalité provient de circonstances qui lui sont étrangères.

Lorsque l'illégalité constatée par le Conseil d'État provient d'une faute ou erreur commise par le bénéficiaire de l'acte (renseignements erronés transmis à l'autorité administrative, par exemple), la circonstance que l'autorité a agi de bonne foi, en faisant preuve de la prudence requise, mais a été abusée par des informations erronées, s'apparente à l'hypothèse de la responsabilité sans faute. Il appartiendra au Conseil d'État d'apprécier au cas par cas si un lien de causalité peut être établi entre l'acte illégal et le préjudice, autrement dit si celui-ci est bien directement imputable à l'acte illégal, quitte à ce que l'administration se retourne, devant les cours et tribunaux, contre le bénéficiaire de l'acte qui l'a induite en erreur.

3.3. La proposition fait référence, comme fait générateur du dommage, à un « arrêt ayant constaté l'illégalité » et non à un arrêt d'annulation. La formulation est heureuse car elle couvre aussi l'hypothèse où plusieurs recours tendent à l'annulation du même acte et où, une fois l'annulation prononcée au terme de celui qui a été examiné en premier lieu, les autres arrêts jugent qu'il n'y a plus lieu de statuer sur les autres recours, ceux-ci ayant perdu leur objet. Elle s'applique aussi au cas où l'illégalité d'un règlement est constatée par voie incidente en application de l'article 159 de la Constitution. On n'apercevrait pas de raison de priver les requérants qui ont introduit les recours aboutissant à un de ces résultats de la possibilité de demander l'indemnité réparatrice au Conseil d'État.

4. Tel que le texte est rédigé, il ne permet pas d'allouer une indemnité à un requérant qui, en cours de procédure, perd son intérêt à agir en annulation, comme un agent irrégulièrement

écarté d'une promotion qui est admis à la retraite en cours de procédure : son recours est rejeté pour défaut d'intérêt sans que l'arrêt établisse l'éventuelle illégalité de l'acte attaqué. L'intention de permettre au Conseil d'État d'allouer une indemnité dans ce cas, affirmée dans les développements de la proposition, n'est pas adéquatement exprimée dans le texte de loi proposé.

5. La disposition proposée ne permet pas à un intervenant en défense – qui est généralement le bénéficiaire de l'acte attaqué et donc la personne qui souffre le plus de son annulation – de demander au Conseil d'État une indemnité en réparation du préjudice que lui cause l'annulation de cet acte en raison d'une illégalité à laquelle lui-même est le plus souvent étranger. Cela correspond bien à l'intention affichée dans les développements de la proposition mais il conviendrait que des explications soient données quant au fondement de cette différence de traitement entre les intervenants selon la thèse qu'ils soutiennent car il ne serait pas déraisonnable de porter devant le Conseil d'État tout le contentieux indemnitaire que suscitent ses arrêts d'annulation.

6. En cas d'application de la « boucle administrative » instaurée par l'avant-projet de loi 'portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État'¹⁷, il en ira autrement dès lors que cette application implique que le Conseil d'État, section du contentieux administratif, constate un vice dans l'acte attaqué et donne à la partie défenderesse la possibilité de le (faire) réparer. Mais un problème de procédure lié à l'alinéa 2 de l'article proposé surgit alors, qui sera évoqué ci-après, au n° 10.

7. S'agissant de la portée de l'article 11bis proposé des lois coordonnées, on peut se demander pourquoi la seule constatation d'une illégalité dans le cadre d'un recours en « annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, » des mêmes lois, peut donner lieu à son application. En effet, une illégalité constatée dans une autre procédure devant le Conseil d'État, section du contentieux administratif, comme un recours de pleine juridiction mentionné à l'article 16 des lois coordonnées, peut également causer à une partie un préjudice dont elle souhaite la réparation. On peut évoquer l'hypothèse d'une société à qui une amende administrative d'un montant très élevé serait infligée par l'administration, amende qui, même non exécutée, ébranlerait son crédit et l'accuserait à la faillite, mais dont le Conseil d'État réduirait par après le montant en application de la nouvelle compétence que lui confère l'article 5, 1^o, de l'avant-projet de loi mentionné ci-avant.

8. La réparation prend exclusivement la forme d'une indemnisation pécuniaire. On peut observer que l'annulation de l'acte illégal, qui est nécessairement prononcée avant ou en même temps que l'indemnité réparatrice est accordée, constitue une forme de réparation en nature puisqu'elle aboutit à effacer l'acte illégal de l'ordonnancement juridique.

L'indemnité ne doit pas nécessairement réparer l'intégralité du préjudice mais peut être modérée en « tenant compte des intérêts publics et privés en présence ». Ce dernier critère d'appréciation est emprunté à l'article 11 des lois coordonnées et son indemnité n'est pas fixée en

¹⁷ Avant-projet sur lequel la section de législation du Conseil d'État a donné le 11 juin 2013 l'avis n° 53.317/AG.

équité. La nouvelle figure juridique est ainsi qualifiée de « notion autonome », du moins *in abstracto*.

Il appartiendra à la jurisprudence d'en fixer les contours précis. Compte tenu de l'alternative qui est offerte au justiciable de choisir entre la voie judiciaire et l'application du nouvel article 11*bis*, il est peu probable que l'indemnisation accordée par le Conseil d'État soit substantiellement moindre que celle qui résulte de la jurisprudence de l'ordre judiciaire car cela aurait pour effet de détourner les justiciables de l'indemnisation par le Conseil d'État.

9. L'alinéa 2 de l'article 11*bis* proposé porte en sa deuxième phrase qu'« il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois de la demande ». Indépendamment du fait qu'il ne peut s'agir que d'un délai d'ordre, cette disposition ne semble praticable que lorsque la demande est introduite, comme le permet la première phrase du même alinéa, « dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité ». Si la demande est introduite plus tôt – et elle peut l'être en même temps que le recours en annulation –, le délai ne peut raisonnablement commencer à courir qu'à partir de l'arrêt qui constate l'illégalité. Le texte devrait être adapté en ce sens.

10. Le délai d'introduction de la demande d'indemnité réparatrice est fixé par l'alinéa 2 de l'article 6 proposé à soixante jours à partir de la notification de l'arrêt qui constate l'illégalité.

Ceci est de nature à susciter des difficultés en cas d'application de la « boucle administrative » déjà évoquée. L'arrêt qui constate l'illégalité est celui qui lance la boucle et le délai dans lequel l'autorité peut corriger l'illégalité peut être supérieur à soixante jours. Il n'est pas exclu que l'exécution éventuelle de la réparation de l'illégalité puisse avoir une influence sur l'existence ou l'ampleur du préjudice subi par une partie concernée ou sur la présence d'un lien de causalité entre l'illégalité et le préjudice.

Il serait plus judicieux de fixer le point de départ de délai d'introduction du recours à la notification de l'arrêt qui clôt le recours en annulation.

11. Les alinéas 3 et 4 de l'article 11*bis* énoncent que la demande d'indemnité réparatrice au Conseil d'État exclut qu'une demande de dommages et intérêts puisse être introduite devant les cours et tribunaux, et réciproquement (par application de l'adage *electa una via non datur recursus ad alteram*). Tel qu'il est rédigé, l'article interdit même à un requérant qui s'est désisté de la demande d'indemnité qu'il a introduite devant le Conseil d'État d'encore saisir les cours et tribunaux, et réciproquement. Si telle n'était pas l'intention, il conviendrait de le modifier.

12. L'article 7 de la proposition ajoute l'article 11*bis* à la liste des articles pour lesquels la procédure est déterminée par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres.

D'autres dispositions des lois coordonnées contiennent des règles de procédure applicables à certaines procédures et aucune raison d'en écarter l'application aux demandes d'indemnités réparatrices n'apparaît ni n'est exprimée dans les développements de la proposition.

Il convient d'ajouter l'article 11*bis* aux énumérations d'articles qui figurent aux articles :

- 19, alinéa 1^{er} (qui détermine qui peut introduire les demandes),
- 27, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, (publicité des audiences),
- 29, alinéa 1^{er} (dénier de justice),
- 53, alinéa 1^{er} (langue dans laquelle l'affaire est traitée),
- 63 (langue de l'arrêt).

13. La proposition ne contient pas de disposition transitoire.

Or, à défaut d'une telle disposition, les lois de compétence et de procédure s'appliquent immédiatement aux procédures en cours. Ceci risque de causer des difficultés pour les justiciables, en perturbant la manière dont ils ont entrepris de gérer une situation contentieuse et en créant une incertitude quant aux actions à engager à la suite d'arrêts prononcés dans les soixante jours précédant l'entrée en vigueur de la loi.

Il serait bon d'insérer une disposition transitoire précisant que l'article 11*bis* est applicable aux demandes d'indemnité connexes à des recours introduits à partir de son entrée en vigueur et aux demandes d'indemnité consécutives à des arrêts prononcés à partir de cette entrée en vigueur.

Article 10

La loi précitée du 26 juillet 1971 contient déjà un article 4, § 2*ter*, qui concerne des attributions de l'agglomération bruxelloises (la voirie communale et l'informatique des communes) ne relevant pas de la compétence fédérale¹⁸. Il ne ressort au demeurant d'aucun passage des développements de la proposition que l'intention consisterait à abroger ou à remplacer ce paragraphe 2*ter*, ainsi que le confirme l'usage du mot « inséré » dans la phrase liminaire de l'article 10.

Il convient donc de faire de la disposition proposée un paragraphe 2*quater* de l'article 4 de la loi précitée du 26 juillet 1971.

Il est renvoyé pour le surplus à l'observation formulée sur l'article 1^{er}.

Titre VI

Le titre VI comprend trois articles, qui portent les numéros 24 à 26.

¹⁸ Cette disposition n'est pas en vigueur.

L'article 143 de la Constitution énonce en sa disposition transitoire :

« Pour ce qui concerne la prévention et le règlement des conflits d'intérêts, la loi ordinaire du 9 août 1980 [...] ne peut être abrogée, complétée, modifiée ou remplacée que par des lois visées aux §§ 2 et 3 [c'est-à-dire des lois adoptées à la majorité spéciale] ».

Le règlement d'ordre intérieur visé par les articles 25 et 26 de la proposition à l'examen a vocation à s'appliquer en matière de prévention et de règlement des conflits d'intérêts. Quant à l'article 24, un raisonnement identique s'impose car le raisonnement inverse, qui consisterait à affirmer qu'il ne relève pas de la matière de la prévention et du règlement des conflits d'intérêts, aurait pour conséquence que le législateur ordinaire, réglant le fonctionnement d'un organe réunissant tant l'autorité fédérale que les entités fédérées, serait incompétent pour adopter cet article.

Il convient donc d'adopter les dispositions du titre VI à la majorité spéciale prévue par l'article 4, alinéa 3, de la Constitution.

DE GRIFFIER – LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Veerle VERTONGEN

Robert ANDERSEN