

MACHTSAFWENDING

door

Fernand DEBAEDTS

*Substituut van de Auditeur-Generaal
bij de Raad van State*

In deze verhandeling werd de stof bijgehouden tot
1 januari 1956

INHOUD

N^{rs}

INHOUD

ZAKENREGISTER

BIBLIOGRAPHIE

Titel I. — Algemene leer	1 - 67
HOOFDSTUK I. — ALGEMENE BEGRIPPEN	1 - 4
HOOFDSTUK II. — OORSPRONG EN VERSPREIDING	5 - 8
HOOFDSTUK III. — DE RECHTERLIJKE CONTROLE OP DE INHOUD DER ADMINISTRATIEVE HANDE- LINGEN	9 - 27
AFDELING I. — <i>De rechterlijke controle vóór de machtsafwending</i>	9 - 11
AFDELING II. — <i>De discretionaire macht van de administratie</i>	12 - 21
§ 1. — Betekenis en noodzakelijkheid van de discretionaire macht	12 - 13
§ 2. — De discretionaire handeling	14
§ 3. — De huidige opvatting van de discretionaire macht . .	15 - 16
§ 4. — Ontleding van de inhoud van de administratieve handeling	17 - 21
AFDELING III. — <i>Machtsafwending en discretionaire macht</i>	22
AFDELING IV. — <i>Machtsafwending en ontstentenis van motieven</i>	23 - 27
§ 1. — Ontstaan van de nieuwe theorie	23
§ 2. — Weerslag van de theorie der ontstentenis van motieven op de machtsafwending - Loutering van het begrip . .	24
§ 3. — Zelfstandige betekenis van de machtsafwending . . .	25
§ 4. — Samengaan van beide theorieën	26
§ 5. — Samenvatting van de verhouding tussen beide theorieën	27
HOOFDSTUK IV. — DE EIGEN AARD VAN DE MACHTSAFWEN- DING	28 - 49
AFDELING I. — <i>Inleiding</i>	28

	N ^{rs}
AFDELING II. — <i>De controle op de machtsafwending als wettelijkheidscontrole</i>	29 - 42
§ 1. — Oudere stellingen	29 - 35
§ 2. — Machtsafwending is een onwettelijkheid	36 - 42
AFDELING III. — <i>Machtsafwending is, formeel gezien, een bijzondere vorm van onwettelijkheid</i>	43 - 47
AFDELING IV. — <i>Machtsafwending kan materieel gezien een bijzondere vorm van onwettelijkheid zijn</i>	48 - 49
HOOFDSTUK V. — <i>POGING TOT NADERE OMSCHRIJVING VAN HET BEGRIP</i>	50 - 54
AFDELING I. — <i>Inhoud</i>	50
AFDELING II. — <i>Toepassingsgebied</i>	51 - 54
HOOFDSTUK VI. — <i>MACHTSAFWENDING EN RECHTSMISBRUIK</i>	55 - 67
Titel II. — De machtsafwending in de rechtspraak van de hoven en rechtbanken	68 - 111
HOOFDSTUK I. — <i>ALGEMENE BESCHOUWINGEN OVER DE VERHOUDING RECHTER - ADMINISTRATIE</i>	68 - 71
AFDELING I. — <i>De houding van de rechter in de schaduw van de scheiding der machten</i>	68 - 70
AFDELING II. — <i>Het toetsingsrecht van de rechter</i>	71
HOOFDSTUK II. — <i>DE FRANSE RECHTSPRAAK</i>	72 - 96
AFDELING I. — <i>Algemene beschouwingen</i>	72 - 74
AFDELING II. — <i>Overzicht van de rechtspraak</i>	75 - 96
§ 1. — <i>Gevallen waarin de machtsafwending niet werd gesanc-tioneerd</i>	75 - 88
§ 2. — <i>Bedekte toepassing van het principe der machtsafwending</i>	89 - 91
§ 3. — <i>Toepassing van het principe der machtsafwending met een beperkt gevolg</i>	92
§ 4. — <i>Uitzonderingsgevallen</i>	93 - 96
HOOFDSTUK III. — <i>DE BELGISCHE RECHTSPRAAK</i>	97 - 111
AFDELING I. — <i>Algemene beschouwingen</i>	97 - 100
AFDELING II. — <i>Overzicht van de rechtspraak</i>	101 - 111
§ 1. — <i>De traditionele opvatting</i>	101 - 105
§ 2. — <i>De ommekeer</i>	106 - 111

Titel III. — De machtsafwending in de rechtspraak der administratieve rechtscolleges . . .	112 - 212
HOOFDSTUK I. — DE FRANSE RECHTSPRAAK	112 - 176
AFDELING I. — <i>Wording van het begrip in de rechtspraak van de Conseil d'Etat</i>	112 - 119
AFDELING II. — <i>Overzicht van de rechtspraak van de Conseil d'Etat</i>	120 - 156
§ 1. — Sanctie van het doel dat vreemd is aan het algemeen belang	120 - 143
A. — Het algemeen doel bij de uitoefening van de politiemacht	121 - 131
B. — Het algemeen doel in de beschikkingen die het openbaar ambt betreffen	132 - 140
C. — Het algemeen doel in beschikkingen van verscheiden aard	141 - 143
§ 2. — Sanctie van het bijzonder doel dat niet overeenstemt met het doel waarvoor de uitgeoefende bevoegdheid was toegekend	144 - 156
A. — Het bijzonder doel bij de uitoefening van de politiemacht	145 - 153
B. — Het bijzonder doel bij de uitoefening van de toezichthoudende bevoegdheid	154 - 156
AFDELING III. — <i>De « détournement de procédure »</i>	157 - 162
AFDELING IV. — <i>Het bewijs van de machtsafwending</i>	163 - 168
AFDELING V. — <i>Teruggang van het begrip machtsafwending in de rechtspraak van de Conseil d'Etat</i>	169 - 176
HOOFDSTUK II. — DE BELGISCHE RECHTSPRAAK	177 - 212
AFDELING I. — <i>De toestand vóór de wet van 23 december 1946</i>	177
AFDELING II. — <i>De machtsafwending in de wet van 23 december 1946</i>	178 - 192
§ 1. — Inleiding	178
§ 2. — De parlementaire voorbereiding	179 - 183
§ 3. — De bijzondere rechtspleging	184 - 187
§ 4. — Belang van de bijzondere rechtspleging voor de ontwikkeling van de rechtspraak	188 - 192
AFDELING III. — <i>Overzicht van de rechtspraak</i>	193 - 211
§ 1. — Ontvankelijkheid	193 - 196
§ 2. — Grondvoorwaarden	197 - 199
§ 3. — Het bewijs	200 - 211
AFDELING IV. — <i>Samenvatting</i>	212

ZAKENREGISTER

Administratieve handeling.

- arbitraire macht van de administratie, 13.
- discretionaire macht van de administratie, 12 en volg.
- doel (dubbel), 10, 20.
- drijfveer, 10.
- gebonden macht van de administratie, 16.
- inhoud, 10, 17.
- motief, 10, 18.
- opportuniteit, 16, 19.
- te goeder trouw, 110.
- voorwerp, 10, 19.
- wettelijkheid.
- — formele, 9.
- — van de inhoud, 10.

Administratieve rechtscolleges.

- Belgische rechtspraak, 177-212.
- Franse rechtspraak, 112-176.

Administratieve moraliteit (theorie van de —), 29, 30.

Algemeen belang.

- doel vreemd aan het —, 120 en volg.
- — benoemingen, 133-134.
- — politiereglementen, 121-131.
- finaliteit van de openbare dienst, 2, 37.

Algemene rechtsbeginselen (schending van de —), 172.

Algemene vergadering van de Raad van state.

Zie : Rechtspleging.

Arbitraire macht van de administratie.

- niet onderworpen aan finaliteitsprincipe, 13.

Benoemingen.

- algemeen belang (miskenning van het —), 133-134.
- benoemingsvoorwaarden (wijziging van de —), 134, 205 en volg.
- onverenigbaarheden, 138-140.
- *pour ordre*, 133.

Bestuursdaad.

Zie : Administratieve handeling.

Bewijs van de machtsafwending.

- bewijslast, 163, 200.
- deskundige, 203.
- getuigen, 203.
- onderzoek door de Raad van state, 202, 203.
- vermoedens, 166-167, 208.
- — van regelmatigheid, 101.
- voorwaarden, 165 en volg.

Controle van de machtsafwending.

- beoordeling van de doelmatigheid ?, 31, 34.
- controle op de administratieve moraliteit ?, 30, 33.
- onderzoek van de drijfveren, 45.
- subjectief standpunt van de rechter, 45.
- wettelijkheidscontrole, 33, 36.

Deskundige.

Zie : Bewijs van de machtsafwending.

Détournement de procédure (Franse recht), 157 en volg.

Discretionaire handeling, 14.

Discretionaire macht van de administratie.

- begrip, 12, 14, 16.
- element doel onttrokken aan de —, 22.
- element motief onttrokken aan de —, 23.
- en arbitraire macht, 13.
- en gebonden macht, 16.
- en machtsafwending, 22.
- finaliteit van de openbare dienst, 13.
- noodzakelijkheid, 12.

Doel.

- algemeen en bijzonder, 20.
- begrip — in het administratief recht, 10.
- finaliteit van de openbare dienst, 2, 37.
- onttrokken aan de discretionaire macht, 22.
- onwettelijk —.
- — blijkend uit de handeling zelf, 103.
- — blijkend uit de motivering, 103.
- — politiereglementen, 128, 146.
- overheid te goeder trouw, 110.
- specialiteit van de openbare dienst, 3, 38.

- van de administratieve handeling, 20.
- voorwaarde voor machtsafwending, 197-198.
- vreemd aan het algemeen belang, 120.
- — beschikkingen nopens openbare ambten, 132-140.
- — opeisingen, 141.
- — politiereglementen, 121-131.

Doelmatigheid.

Zie : Opportuniteit.

Drijfveer.

- begrip — in het administratief recht, 10.
- voorwerp van het onderzoek bij machtsafwending, 45.

Finaliteit van de openbare dienst.

- algemeen belang (doel vreemd aan het —), 120 en volg.
- beperking van de discretionaire macht, 13.
- geen invloed op de arbitraire macht, 13.
- grondslag van de machtsafwending, 2, 37.

Gebonden macht van de administratie.

- begrip, 16.
- beoogde doel zonder belang, 52.
- en discretionaire macht, 16.

Getuigen.

Zie : Bewijs.

Hoven en rechtbanken.

- Belgische, 97-111.
- Franse, 72-96.

Inhoud van de administratieve handeling, 10, 17.

Machtsafwending.

- begrip : wording in de Franse rechtspraak, 112-118.
- bepaling, 1.
- categorieën, 4.
- *détournement de procédure* (Frans recht), 157 en volg.
- en controle der motieven, 23, 45.
- en discretionaire macht, 22.
- en machtsoverschrijding, 48-49.
- en onbevoegdheid, 115 en volg.
- en ontstentenis van motieven, 23, 26, 27.
- en rechtsmisbruik, 55 en volg.
- en wetsontduiking, 66.
- grondslagen, 2-3.
- karakter : een onwettelijkheid, 33.
- — formeel gezien, 43.
- — materieel gezien, 48.
- kwade trouw noodzakelijk ?, 110.
- model : Frans systeem, 179.

- niet van openbare orde, 54, 193.
- oorsprong.

- — Belgisch recht, 6.
- — Frans recht, 5, 118.
- — Nederlands recht, 7.
- — rechtsvergelijking, 5-8.
- subsidiair karakter, 51, 194.
- voorwaarden.
- — doel vreemd aan de uitgeoefende wettelijke bevoegdheid, 198.
- — onrechtmatig doel determinerend, 53, 197.
- — oorzakelijk verband, 199.

Zie ook : Bewijs van de machtsafwending, Controle op de machtsafwending, Toepassing van de machtsafwending.

Machtsoverschrijding.

- en machtsafwending, 48, 49.
- onbevoegdheid, 48, 112.
- schending van de substantiële vormen, 48, 112.
- schending van de wet, 48, 112.
- vormen, 48, 112.

Motief.

- begrip — in het administratief recht, 10.
- controle der motieven, 23, 44, 45.
- — toenemend belang, 169.
- en drijfveer, 10.
- ontstentenis van motieven, 23, 169 en volg.
- — en machtsafwending, 23, 26, 27.
- — toepassing in de Raad van state, 192.
- — weerslag van de theorie der — op de machtsafwending, 24-27.
- onbestaande —, 23.
- onttrokken aan de discretionaire macht, 23.
- tuchtstraf zonder wettelijk —, 26.
- van de administratieve handeling, 18.

Nietigheid en nietigverklaring, 63.

Onderzoek van de machtsafwending.

- uitgebreide bevoegdheid van de Raad van state, 202-203.
- Zie ook : Rechtspleging.

Opeisingen, 141.

Openbare orde, 54, 193.

Opportuniteit, 16, 19.

- controle der machtsafwending een beoordeeling der — ?, 31, 34.

Onbevoegdheid, 115 en volg.

- en machtsafwending, 48.

Ontvankelijkheid van de machtsafwending, 193 en volg.

- aanwezigheid van wettelijke motieven, 52.
- daden van gebonden bevoegdheid, 52.
- niet ambtshalve ingeroepen, 54, 193.
- niet van openbare orde, 54, 193.
- subsidiair karakter, 194.

Politiemacht (uitoefening van de —).

- algemeenheid van de maatregelen, 129-130.
- met doeleinden van financiële aard, 146-153.
- met politieke doeleinden, 128.
- strijdig met het bijzonder doel van de openbare dienst, 145 en volg.
- verbodsmaatregelen, 101, 129.
- vergunningen (weigeren van), 122 en volg.
- verkeer, 125.
- vreemd aan het algemeen belang, 121, 131.
- waterlopen (politie van de —), 131.

Politierglement.

Zie : Politiemacht.

Proceduur.

Zie : Rechtspleging.

Raad van state.

Zie : Rechtspleging, Rechtspraak.

Rechterlijke macht.

- rechtstreekse controle op de bestuursdaden, 71.
- scheiding der machten, 68.
- toetsingsrecht, 71, 97.

Rechtscolleges.

- administratieve —, 112, 177.
- hoven en rechtbanken, 72, 97.

Rechtsmisbruik, 55 en volg.

- begrip, 57 en volg.
- en machtsafwending, 55.
- en wetsontduiking, 66.
- oogmerk om te schaden, 57.
- onrechtmatige drijfveer, 58.
- sancties, 63.
- vordering tot schadeloosstelling, 63.

Rechtspleging (Raad van state).

- algemene vergadering van de Raad van state, 184, 187.
- doel van de bijzondere rechtspleging, 186.
- onderzoek en behandeling van de zaak, 187.
- verwijzing naar de algemene vergadering, 184, 187.
- wetgeving, 184.

Rechtspraak.

- administratieve rechtscolleges.

- — België, 177-212.
- — Frankrijk, 112-176.
- hoven en rechtbanken.
- — België, 97-111.
- — Frankrijk, 72-96.

Rechtsvergelijking, 5-8.

Schadeloosstelling.

- in specifieke vorm, 63.
- vordering tot —, 63.

Scheiding der machten, 28.

- evolutie van het principe, 68 en volg.

Schending van de algemene rechtsbeginselen, 172.

Schending van de substantiële pleegvormen, 48, 112.

Schending van de wet, 48, 112, 170, 173.

- onbestaande motieven, 23.

Specialiteit van de openbare dienst.

- grondslag van de machtsafwending, 3, 38.
- toepassing in de rechtspraak, 144 en volg.

Toepassing van de machtsafwending.

- administratieve rechtscolleges.
- — België, 177-212.
- — Frankrijk, 112-176.
- godsdienstige manifestaties, 85.
- hoven en rechtbanken.
- — België, 97-111.
- — Frankrijk, 72-96.
- nieuwe opvatting in de rechtspraak, 106, 169.
- politierglementen, 92, 146.
- verbodsmaatregelen, 77, 89-91.
- vergunningen, 95.
- vóór de wet van 23-12-1946,
- wettelijkheid (begrip), 72.

Toetsingsrecht, 71, 97.

Tuchtmaatregelen.

- algemeen belang (miskenning van het —), 135-137.
- zonder wettelijk motief, 26.

Verbodsmaatregelen.

Zie : Politiemacht (uitoefening van de —).

Verkeer.

Zie : Politiemacht (uitoefening van de —).

Vermoedens.

Zie : Bewijs van de machtsafwending.

Voorwerp.

- begrip — in het administratief recht, 10.
- van de administratieve handeling, 18.

Waterlopen.

Zie: Politiemacht (uitoefening van de —).

Wet.

- schending, 23, 48, 112, 170, 173.

Wetgeving, 179-183, 185.

- voorbereidende werkzaamheden, 180.

Wetsontduiking.

- begrip in het Frans administratief recht, 67.
- en machtsafwending, 66.

Wettelijkheid van de administratieve handeling.

- beperkende opvatting, 72, 75, 88.
- machtsafwending, controle van de —, 33, 36.
- onderzoek naar de formele —, 9.
- onderzoek naar de wettelijkheid.
- — van de inhoud, 10.
- — van de motieven, 23.

BIBLIOGRAPHIE

Gezien de overvloed aan publicaties, welke in Frankrijk aan dit onderwerp werden gewijd, kan deze bibliographie geen aanspraak maken op volledigheid.

1. *Algemene werken.*

- ALIBERT, R. — *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, 1926.
- APPLETON, J. — *Traité élémentaire du contentieux administratif*, Paris, 1927.
- CAMBIER, C. — *La section d'administration du conseil d'état*, Brussel, 1949.
- CHAPUS, R. — *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Paris, 1954.
- DE LAUBADERE, A. — *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1953.
- DONNER, A. M. — *Nederlands bestuursrecht*, I, algemeen deel, Alphen a/d Rijn, 1953.
- DUEZ ET DEBEYRE. — *Traité de droit administratif*, Paris, 1952.
- HAURIU, M. — *Précis de droit administratif*, Paris, 1911.
- IMBERT, L. — *L'évolution du recours pour excès de pouvoir 1872-1900*, Paris, 1952.
- JEANNEAU, B. — *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, 1954.
- KRONENBURG, R. — *Inleiding in het Nederlands administratief recht*, Haarlem, 1951.
- LAFERRIERE, E. — *Traité de la juridiction administrative*, deuxième uitg., Paris, 1896.
- LANDON, P. — *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Paris, 1942.
- ODENT, R. — *Contentieux administratif, Les cours de droit*, 1953-1954, Paris.
- PELLETIER, C. — *L'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif*, Paris, 1954.
- ROLLAND, R. — *Précis de droit administratif*, Paris, 1947.
- ROMEYN, H. J. — *Administratiefrecht*, I, Den Haag, 1934.
- STELLINGA, J. R. — *Grondtrekken van het Nederlands administratiefrecht*, Zwolle, 1951.
- VAN DER WEL, D. — *Administratiefrechtelijke nulliteiten*, Arnhem, 1951.
- VAUTHIER, M. — *Précis du droit administratif de la Belgique*, Brussel, 1950.
- VEDEL, G. — *Cours de droit administratif, Les cours de droit*, 1951-1952, Paris.
- VEGTING, W. G. — *Administratiefrecht*, I, Alphen a/d Rijn, 1954.
- VELGE, H. — *Y-a-t-il lieu de créer en Belgique une cour du contentieux administratif*, Brussel, 1935.
- VELGE, H. — *Le conseil d'état*, Brussel, 1947.

- WALINE, M. — *Traité élémentaire de droit administratif*, vijfde uitg., Paris.
- WALINE, M. — *Les rapports du droit administratif et du droit pénal, Cours de doctorat 1948-1949*, Paris.
- WIGNY, P. — *Droit administratif*, Brussel, 1953.
- WIGNY, P. — *Principes généraux du droit administratif belge*, Brussel, 1948.
- WODON, L. — *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, 1920.

2. Bijzondere werken.

- AUBRY, V. — *Etude sur la jurisprudence du conseil d'état en matière de détournement de pouvoir*, Nancy, 1920.
- BEURDELEY, M. — *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'administration*, Paris, 1928.
- BOASSON, J. J. — *De rechter tegenover de vrijheid der administratie*, Groningen, 1911.
- EBREN, A. — *Théorie du détournement de pouvoir*, Lyon, 1901.
- GOLDENBERG, L. — *Le conseil d'état, juge du fait*, Paris, 1932.
- PHILIBERT. — *Le but et le motif dans l'acte administratif*, Bordeaux, 1939.
- WELTER, H. — *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Paris, 1929.

3. Bijdragen in tijdschriften.

- BONNARD, R. — *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1923, 363.
- BONNARD, R. — *Le détournement de pouvoir*, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1938, 138.
- CAMBIER, C. — *Le contrôle de la légalité interne des actes de l'administration*, *J.T.*, 1955, 49 en 69.
- DE SOTO, J. — *Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique*, *Conseil d'Etat - Etudes et documents*, 1952, 77.
- GIRAUD. — *Etude sur la notion du pouvoir discrétionnaire*, *Rev. gén. de l'Administration*, 1924, 193 en 298.
- HAURIOU, M. — *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, *Mélanges Carré de Malberg*, Paris.
- HAYOIT DE TERMICOURT, R. — *Le conseil d'état et le pouvoir judiciaire* (*Mercuriale* 1939).
- HOEFFLER, J. — *L'annulation pour détournement de pouvoir*, *Rev. Adm.*, 1954, vijfde uitg., 110.
- HUBERLANT, Ch. — *Les actes de gouvernement - l'état de la question en droit belge*, *Annales*, 1954, 45.
- JEZE, G. — *Théorie générale des motifs déterminants*, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1922, 377.
- JEZE, G. — *La jurisprudence du Conseil d'Etat et le détournement de pouvoir*, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1944, 59.
- MICHOUD. — *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, *Annales de l'université de Grenoble*, 1913.
- LETOURNEUR, L. — *L'appréciation du fait par le conseil d'état de France*, *R.J.D.A.*, 1952, 81.

- LETOURNEUR, L. — *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du conseil d'état, Conseil d'Etat - Etudes et documents*, 1951, 19.
- MOUREAU, M. en SIMONARD, A. — *Le conseil d'état de Belgique, Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1948, 159.
- OCKRENT, R. — *Contentieux administratif, Rev. Adm.*, 1937, 436.
- REGLADE, M. — *L'exception d'illégalité en France, Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1923, 393.
- REGLADE, M. — *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir, Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1925, 413.
- VAN DER STICHELE, A. — *Het toetsingsrecht, R.T.*, 1946, 359.
- VIDAL, R. — *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative, Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1952, 275.
- WALINE, M. — *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1930, 197.

4. Noten.

- CAMBIER, C. — Rb. Brussel, 7 febr. 1945, *J.T.*, 1945, 234.
- CAMBIER, C. — Rb. Aarlen, 13 juli 1946, *J.T.*, 1946, 473.
- DE VISSCHER, P. — Verbr., 21 febr. 1946, *R.J.D.A.*, 1946, 170.
- DE VISSCHER, P. — R. v. St., 30 juni 1951, *R.J.D.A.*, 1952, 17.
- DE VISSCHERE, F. — Rb. Aarlen, 13 juli 1946, *T. Best.*, 1946, 260.
- DUMONT, M. — R. v. St., 11 juni 1952, *R.J.D.A.*, 1953, 12.
- ESMEIN. — Cass. fr., 27 juni 1897, *S.*, 1898, 1, 21.
- HAURIOU, M. — Cons. d'Et., 5 mei 1893, *Sommelet, S.*, 1895, 3, 1.
- HAURIOU, M. — Cons. d'Et., 22 mei 1896, *Carville, S.*, 1897, 3, 121.
- HAURIOU, M. — Cass. fr., 27 juni 1897, *S.*, 1898, 1, 21.
- HAURIOU, M. — Cons. d'Et., 3 aug. 1900, *Ville de Paris, S.*, 1902, 3, 41.
- HAURIOU, M. — Cons. d'Et., 16 nov. 1900, *Maugras, S.*, 1901, 3, 57.
- HAURIOU, M. — Cons. d'Et., 21 dec. 1900, *Trotin, S.*, 1903, 3, 57.
- HAURIOU, M. — Cons. d'Et., 14 febr. 1902, *Lalague, S.*, 1903, 3, 97.
- HAURIOU, M. — Cons. d'Et., 31 jan. 1902, *Grazietti, S.*, 1903, 3, 113.
- HAURIOU, M. — Cons. d'Et., 2 aug. 1907, 14 febr. en 5 aug. 1908, *S.*, 1909, 3, 1.
- HAURIOU, M. — Cons. d'Et., 10 mei 1912, *Bouteyre, S.*, 1912, 3, 145.
- HAURIOU, M. — Cons. d'Et., 4 april en 1 mei 1914, *S.*, 1917, 3, 25.
- HAURIOU, M. — Cons. d'Et., 8 juni 1917, *Ville de Cannes, S.*, 1920, 3, 1.
- HAURIOU, M. — Confl., 16 juni 1923, *Septfonds, S.*, 1923, 3, 49.
- HUGUENEY, L. — Cass. crim., 11 jan. 1951, *S.*, 1952, 1, 81.
- LECLERCQ, P. (Proc. Gén.). — Verbr., 11 juli 1935, *Pas.*, 1935, I, 321.
- M. L. — Cons. d'Et., 29 jan. 1947, *Rec. Cons. Et.*, 37.
- M. L. — Cons. d'Et., 16 april 1948, *Rec. Cons. Et.*, 163, en *S.*, 1948, 3, 69.
- P. L. — Cons. d'Et., 11 jan. 1935, *Gras en 25 juni 1937, de la Renaudière, S.*, 1937, 3, 121.
- P. L. — Clermont-Ferrand, 27 febr. 1947, *S.*, 1947, 2, 105.

MAST, A. — Brussel, 5 juli 1947, *R.J.D.A.*, 106.

RIVERO, J. — Cons. d'Et., 9 maart 1951, *Soc. des concerts du Conservatoire, Droit social*, 368.

WALINE, M. — Cons. d'Et., 29 juni 1951, Syndicat de la raffinerie de soufre française, *Rec. Dall.*, 51.661.

WALINE, M. — Cons. d'Et., 19 febr. 1952, Saurel, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1953, 723.

TITEL I

ALGEMENE LEER

HOOFDSTUK I

Algemene begrippen

1. — Machtsafwending kan bepaald worden als een onwettelijkheid, begaan door een overheid, die een rechtshandeling die binnen haar bevoegdheid valt, verricht in de voorgeschreven vormen en zonder enige formele wetsovertreding, doch met oogmerken die niet stroken met het doel waarvoor de aangewende macht haar toegekend werd, d.w.z. het nastreven van het algemeen belang binnen de grenzen van haar functie.

2. — Uit deze bepaling blijkt onmiddellijk dat de theorie van de machtsafwending haar eerste grondslag vindt in één van de hoofdbeginselen van ons modern administratief recht, nl. de finaliteit van de openbare dienst (over de beginselen van ons administratief recht, zie Wigny P., *Droit administratif*, n^{rs} 69 en volg.).

Volgens dit beginsel, dat de handelingen beheerst van allen die een openbare dienst waarnemen, mogen deze personen de hun toevertrouwde macht slechts aanwenden tot het nastreven van één doel, het algemeen belang.

Eerst door de ontwikkeling van de leer der machtsafwending kreeg dit principe een volledige rechterlijke sanctie.

3. — Volgens de klassieke theorie volstaat het echter niet dat een administratieve handeling dit beginsel heeft geëerbiedigd, opdat zij van elke machtsafwending vrij zou zijn.

Het behoort niet aan iedere administratieve overheid toe het algemeen belang op om het even welk gebied en op gelijk welke wijze na te streven. De activiteit van de administratie tot handhaving van het algemeen belang moet geordend zijn. Daarom komt een tweede beginsel, dit van de specialiteit der ambten, het principe der finaliteit aanvullen.

De bevoegdheid van iedere administratieve overheid is beperkt; elk ambtenaar mag het algemeen belang slechts nastreven binnen de grenzen van de bijzondere functie die hem toevertrouwd is, hij mag enkel op het oog hebben *les buts concrets de la fonction exercée par lui* (Welter H., *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, blz. 148 en volg.).

4. — Hieruit volgt dat men twee belangrijke categorieën van machtsafwendings kan onderscheiden, naargelang het beoogde doel in strijd is met :

1° het algemeen doel van de overheidshandeling nl. het algemeen belang ;

2° het bijzonder doel van de wet, d.i. het doel dat de wetgever op het oog had toen hij het ambt inrichtte of de bevoegdheid toekende — *le but du service*.

HOOFDSTUK II

Oorsprong en verspreiding

5. — Machtsafwending, *détournement de pouvoir*, is een administratief-rechtelijk begrip, dat zijn oorsprong heeft in Frankrijk.

Volgens E. Laferrière zou Aucoc, met zijn « *Conférences sur l'administration et le droit administratif* » waarvan de eerste uitgave verschenen is in 1869, een der eersten geweest zijn die de term ingang heeft doen vinden. In hetzelfde werk heeft de auteur tevens een sindsdien klassiek geworden bepaling van het begrip gegeven (Laferrière E., *Traité de la juridiction administrative*, II, blz. 548).

Sommigen menen nochtans dat het begrip zelf voor het eerst werd ontwaard en toegepast door de *Cour de cassation* (aldus Waline M., *Cours de doctorat*, 1948-49, blz. 147).

Anderen hebben erop gewezen dat de eigenlijke idee van de machtsafwending geen uitvinding van de publiekrechtsgeleerden is, maar door dezen aan het privaatsrecht werd ontleend. Zo meent een gezaghebbende Belgische auteur dat de oorsprong van het begrip in de *causa-leer* van het verbintenissenrecht dient gezocht te worden (Cambier Cyr., *Le contrôle de la légalité interne des actes de l'administration*, J.T., 1955, 71). Een strekking in de Franse rechtsleer daarentegen streeft ernaar om het begrip « machtsafwending » te vereenzelvigen met het burgerrechtelijk begrip « rechtsmisbruik », waaruit het ten onrechte zou zijn losgemaakt (Chapus R., *Responsabilité publique et responsabilité privée*, blz. 392).

Er weze opgemerkt dat nog anderen, en dit wijst op het onvaste van het terrein, juist andersom hebben gemeend dat de machtsafwending de theorie van het rechtsmisbruik zou hebben geïnspireerd (Regeringscommissaris Latournerie in zijn besluiten vóór Cons. d'Et., 5 juli 1929, Soc. des mines de fer de Saint Rémy-sur-Orne, *Rec. Dall.*, 1931, III, 12).

Deze mening is echter kennelijk verkeerd, daar de oorsprong van de leer van het rechtsmisbruik ver terug in de geschiedenis van het recht moet gezocht worden en deze theorie in ons huidig rechtstelsel door de gewone rechtbanken werd toegepast alleszins vóór iedere idee van machtsafwending in het administratiefrecht (zie verder, n^o 55 en volg.).

Al moet toegegeven worden dat bij het ontstaan van de leer van de machtsafwending een kerngedachte ervan ongetwijfeld in het burgerlijk recht aanwezig was, toch mag gezegd worden dat deze leer een schepping is van de *Conseil d'état* en van de Franse publiekrechtsgeleerden, die er onmiddellijk een eigen betekenis wisten aan te geven.

Terwijl enerzijds het burgerlijk recht er niet in slaagde eenheid te scheppen in de leer van het rechtsmisbruik, en dit begrip zijn oorspronkelijke

grondslag hoe langer hoe meer schijnt te ontgroeien, en anderzijds de gewone rechter op het gebied van het administratief recht de machtsafwending doorgaans afwijzend heeft bejegend, werd dit begrip door de *Conseil d'état* konsekwent toegepast en systematisch ontwikkeld in een zelfstandige rechtspraak die thans bijna een eeuw oud is.

De betekenis en het belang van de theorie der machtsafwending is aan deze rechtspraak gans te danken.

6. — In de Belgische rechtspraak tot vóór weinige jaren nagenoeg onbekend, werd het begrip door de Belgische wetgever zo algemeen mogelijk gehuldigd in artikel 9 van de wet van 23 december 1946, houdende instelling van een Raad van State.

Bij de parlementaire voorbereiding van deze wet werd uitdrukkelijk verwezen naar de betekenis en de toepassing van dit begrip in het Frans administratief recht.

7. — Naar het woord van Vegting ging ook Nederland, wat het hier behandelde onderwerp betreft, in de leer bij de Franse rechtspraak en rechtsleer (*Het algemeen Nederlands administratief recht*, I, blz. 240).

De Nederlandse rechtsleer kent echter niet de term machtsafwending, maar heeft eenvoudig de Franse uitdrukking *détournement de pouvoir* overgenomen.

In de Nederlandse rechtspraktijk schijnt de theorie tot op heden niet veel toepassing gevonden te hebben.

Terwijl de Hoge Raad zich onthoudt van elk onderzoek naar de bedoeling waarmee een bevoegdheid uitgeoefend werd, spreekt de Kroon in geval van *détournement de pouvoir* doorgaans vernietiging uit wegens strijdigheid met het algemeen belang (Romeyn H. J., *Administratiefrecht*, I, blz. 253 en 254; — Van der Wel, D., *Administratiefrechtelijke nulliteiten*, blz. 150).

In de wetgeving zijn hier en daar bepalingen te vinden, die *détournement de pouvoir* uitdrukkelijk op het oog hebben en trachten te keren (zie art. 58, eerste lid, der Ambtenarenwet 1929; — andere gevallen worden aangehaald door Stellinga J. R., *Grondtrekken van het Nederlands administratiefrecht*, blz. 193).

8. — Ten dele onafhankelijk van Frankrijk, meestal toch in navolging van de Franse praktijk, heeft het begrip een ruime verspreiding gevonden in nagenoeg gans West-Europa, de Balkan en het Midden-Oosten (Vegting, *o.c.*, blz. 241).

Onder rechtstreekse invloed van Frankrijk vond het begrip onder meer ingang in Denemarken en Noorwegen, in Griekenland, Turkije en de Libanon (zie *Le Conseil d'Etat, Livre jubilaire*, S., 1952, blz. 551, 573, 592 en 604).

HOOFDSTUK III

De rechterlijke controle op de inhoud der administratieve handelingen

AFDELING I

De rechterlijke controle vóór de machtsafwending.

9. — De rechterlijke controle sloeg aanvankelijk slechts op de louter formele wettelijkheid van de administratieve handeling.

De rechter onderzocht enkel of de aan zijn oordeel onderworpen handeling verricht was door een bevoegde overheid en of deze daarbij de wettelijk voorgeschreven vormen had nageleefd.

Later breidde de rechter zijn onderzoek uit tot de vraag of de geschreven regeling, welke in de handeling toepassing vond, niet geschonden was (onjuiste toepassing, verkeerde uitlegging van de wet).

Dit alles zijn elementen van hetgeen men noemt de formele of externe wettelijkheid. De rechter kan deze elementen onderzoeken door de handeling van buiten uit, zoals zij zich aan hem vertoont, te beschouwen, zonder tot haar inhoud door te dringen.

10. — Op een bepaald ogenblik is het duidelijk geworden dat de rechter het uiterlijke van de administratieve handeling doorbroken had, en dat hij in zijn onderzoek ook haar inhoud betrok.

De inhoud van de handeling omvat de elementen die de wilsuiting van de auteur der handeling hebben bepaald of die het resultaat van die wilsuiting zijn.

Het motief is het antecedent (feit, handeling, toestand), dat de wil bepaalt en de bestaansreden van de handeling is.

Er dient op gewezen te worden dat de term motief in het administratief recht gewoonlijk een objectieve betekenis heeft.

Het motief onderscheide men duidelijk van de drijfveer (*mobile*), die een zuiver subjectief begrip is, en als dusdanig veel moeilijker te onderscheiden van het subjectieve doel.

Het voorwerp is het rechtsgevolg of het materiële gevolg dat aan de handeling verbonden is.

Het doel is het resultaat dat met de uitwerking van de handeling wordt beoogd.

11. — Beroep wegens machtsafwending was aanvankelijk het enige middel om verder te gaan dan een formele controle van de overheidshandeling, en door te dringen tot de inhoud ervan, door een onderzoek naar het nagestreefde doel.

Dit rechtsmiddel komt dan ook op het ogenblik van zijn doorbraak in de rechtspraak voor als een inkrimping van het gebied waarbinnen, naar men tot dan toe had gedacht, de administratie volledige vrijheid van handelen had.

AFDELING II

De discretionaire macht van de administratie.

§ 1. — Betekenis en noodzakelijkheid van de discretionaire macht.

12. — Het is onmogelijk al het handelen van de administratie aan een wettelijke regeling, en derhalve aan de controle van de rechter, te onderwerpen, want, zoals een auteur het zo treffend zegt: « *L'administration n'est pas seulement l'exécutrice servile de la loi ou le rouage de transmission des commandements législatifs; elle est encore un organe autonome et créateur. Elle possède à ce titre un pouvoir propre, dont l'exercice crée des obligations spéciales aux administrés avec une précision que ne comporte pas le caractère forcément général et parfois abstrait de la loi écrite.* » (Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, blz. 16).

Deze aanhaling roept meteen het probleem van de discretionaire macht van de administratie op.

De administratie heeft tot taak te voorzien in alle noden van het algemeen belang. Bij het vervullen van deze taak moet zij de wetten, die haar bevoegdheid en haar werking regelen, naleven. Het ligt nochtans voor de hand dat, gelet enerzijds op de talloze en vaak onvoorziene problemen waaraan de administratie bij het vervullen van haar opdracht dagelijks het hoofd moet bieden, en gelet anderzijds op de volstrekt dwingende aard van haar opdracht, waardoor zij de gestelde problemen onmiddellijk moet kunnen oplossen, het onmogelijk zou zijn de ganse administratieve activiteit door vooraf vastgelegde bepalingen te regelen.

Wegens het voorwerp van haar opdracht zelf moet de administratie over enige vrijheid van handelen, over een recht van initiatief op bepaalde gebieden beschikken.

Deze zelfstandige macht, waarover de administratie, wegens de vereisten van de administratieve instelling, eigenmachtig, onafhankelijk van de wet beschikt, wordt *discretionaire macht* genoemd.

13. — De Duitse rechtswetenschap bezigt voor deze vrijheid de term *freies Ermessen*, de Franse die van *pouvoir discrétionnaire*. In Nederland is getracht de uitdrukking *het vrije goedvinden* ingang te doen vinden, echter zonder noemenswaard succes.

Een sprekende term voor het bedoelde verschijnsel missen wij tot op heden (Donner A. M., *Nederlands Bestuursrecht*, I, blz. 190). Daarom wordt in deze ver-

handeling doorgaans de voorkeur gegeven aan een term die onmiddellijk het welbekende, vaste Franse begrip oproept.

Hierbij weze opgemerkt, om alle terminologische verwarring te vermijden, dat dit begrip wel dient onderscheiden te worden van de willekeurige of arbitraire macht. Van een zuiver arbitraire macht, d. w. z. een macht die louter naar goedgevoelen wordt aangewend, naar de fantasie van diegene die drager ervan is, kan in ons modern administratief recht geen sprake zijn.

Zoals uit de verdere uiteenzetting duidelijker zal blijken, is de discretionaire macht onderscheiden van de zuiver arbitraire door haar onderwerping aan het finaliteitsbeginsel.

§ 2. — De discretionaire handeling.

14. — De *Conseil d'Etat* heeft tegenover deze vrije macht van de administratie zeer lange tijd een al te schroomvallige houding aangenomen, zodanig zelfs dat hij haar ook eerbiedigde waar ze niet te vinden was. Tot aan het einde van de vorige eeuw erkende hij het bestaan van een categorie *actes discretionnaires*, ook *actes de pure administration* genaamd.

Zoals deze benamingen zelf aanduiden, betrof het hier handelingen die zo belangrijk zijn in de normale ontplooiing van de openbare macht, dat, naar het oordeel van de *Conseil d'Etat*, het vrije beoordelingsrecht van de administratie daarin volledig onaangetaast moest blijven.

Daarom verklaarde de *Conseil d'Etat* niet ontvankelijk elk beroep tegen deze handelingen, indien het niet steunde op middelen van onbevoegdheid of van schending van de pleegvormen. Meer in het bijzonder weigerde de *Conseil d'Etat* systematisch een onderzoek in te stellen naar de motieven van deze handelingen.

Deze theorie vinden wij het volledigst en het duidelijkst uiteengezet in het arrest Schwalbach (25 nov. 1892, S., 1894, 3, 90).

Op het einde van de vorige eeuw zijn de arresten welke op deze theorie steunen nog zeer talrijk (*Cons. d'Et.*, 3 febr. 1888, Buisson, *Rec. Cons. Et.*, 109; — 27 jan. 1893, Laruelle, S., 1894, 3, 118; — 6 aug. 1898, Blond, S., 1901, 3, 25; — 22 juli 1898, de Beaumont, S., 1901, 3, 11).

De categorie van discretionaire handelingen was zeer uitgebreid. Zij omvatte o. m. de politieverordeningen, de handelingen van de voogdijoverheden, de benoemingen en de afzettingen van ambtenaren, kortom het merendeel der handelingen waarin de eigenlijke openbare macht (*puissance publique*) zich uit.

Deze theorie doet denken aan het onderscheid tussen de overheidshandelingen en de gewone beheersdaden, dat de Belgische rechtspraak op het stuk van de aansprakelijkheid der openbare macht beheerst heeft tot in 1920.

§ 3. — De huidige opvatting van de discretionaire macht.

15. — Het begrip van de discretionaire handeling is sinds lang verdwenen uit de rechtspraak van de *Conseil d'Etat*.

Voorgelicht door de rechtsleer, is de Franse administratieve rechter, na een grondiger ontleding van de administratieve handeling als dusdanig, gaan inzien dat wel in nagenoeg elke handeling in mindere of meerdere mate discretionaire elementen voorhanden zijn, doch dat de discretionaire handeling geen verantwoord begrip is.

« En réalité tous les actes de l'administration renferment du pouvoir discrétionnaire ; par conséquent, c'est une question à examiner au fond que de savoir si l'administration a excédé son pouvoir en tant qu'il est discrétionnaire, mais ce ne peut pas être une fin de non-recevoir contre certains actes. » (Hauriou, noot onder Cons. d'Et., 31 jan. 1902, *Grazietti, S.*, 1903, 3, 113).

Een snelle evolutie heeft dan meegebracht dat sinds het begin dezer eeuw alle administratieve handelingen kunnen aangevochten worden met al de middelen van het beroep wegens machtsoverschrijding.

Een voorbehoud dient hier nochtans te worden gemaakt voor de zgn. *actes de gouvernement*, een beperkte reeks gecatalogeerde handelingen, die als overblijfsel van de theorie der discretionaire handeling in Frankrijk aan elke rechterlijke controle ontsnappen (zie Tw. *Machtsoverschrijding*). In België evenwel heeft deze theorie geen ingang gevonden (zie Huberlant Ch., *Les actes de gouvernement — l'état de la question en droit belge*, *Ann. Rg. Sw.*, 1954, blz. 45 en volg.).

16. — Ofschoon thans tegen alle administratieve handelingen beroep op de rechter openstaat, toch worden niet alle feitelijke elementen welke de beschikking tot grondslag dienen, door de rechter beoordeeld.

Sinds die ommekeer in de rechtspraak wordt het bestaan van een recht van initiatief en van vrije beoordeling in hoofde van de administratie, waarvan de noodzakelijkheid bij de aanvang van dit hoofdstuk werd aangetoond, samengevat in het begrip: *discretionnaire macht*.

Tegenover discretionaire macht staat het begrip *gebonden macht* (*compétence of pouvoir lié*).

Op grond van de tegenstelling tussen deze twee begrippen is het mogelijk het administratief contentieux te onderscheiden van de actieve administratie, de rechter van de hiërarchische meerdere.

Er is gebonden optreden vanwege de administratie telkens als zij een gedragslijn volgt, die haar nauwkeurig door de wet is voorgeschreven. Zij heeft dan enkel tot taak de wet toe te passen op het bijzonder geval, dat de beweegreden is van haar optreden, van haar beslissing.

Er is discretionaire macht in zover de administratie vrij optreedt, zonder dat haar gedragslijn vooraf door een rechtsregel is uitgestippeld.

Aan de tegenstelling: gebonden bevoegdheid — discretionaire bevoegdheid, beantwoordt een tegenstelling: wettelijkheid — opportuniteit (Bonnard, R., *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives*, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1923, 364).

Elk element van een gebonden optreden kan aan de wet getoetst worden. Bij een discretionair handelen daarentegen beoordeelt de administratie vrij elk element onder alle oogpunten in verband met het te bereiken doel. Deze laatste wijze van handelen heet men het beoordelen van de opportuniteit of de doelmatigheid.

Vanzelfsprekend benaderen deze bepalingen de werkelijkheid slechts van verre.

Zoals reeds gezegd, wordt nagenoeg geen enkele administratieve handeling op volledig discretionaire wijze verricht. Handelingen die een uitsluitend gebonden optreden van de administratie laten onderkennen, zijn even zeldzaam. In de werkelijkheid zijn er, op weinige uitzonderingen na, in elke administratieve handeling sporen te ontwaren van elk van beide aspecten van de administratieve bevoegdheid.

§ 4. — Ontleding van de inhoud van de administratieve handeling.

17. — Zodra bovenvermelde ideeën vaste verworvenheid geworden waren, heeft de Franse rechtsleer de administratieve handeling grondig ontleed, om ook het geringste deel vrije bevoegdheid van het geringste deel gebonden bevoegdheid te onderscheiden en te klassificeren.

De eerste die tot een dergelijke ontleding is overgegaan en op dit gebied werkelijk baanbrekend werk heeft geleverd is R. Bonnard met zijn studie « *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir* » (*Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1923, 363). Onder degenen die in deze richting verder zijn gegaan mogen vermeld worden M. Réglade (*Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1925, 413) en M. Waline (*Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1930, 197).

Het is hier niet de plaats om deze ontledingen tot in bijzonderheden te volgen. Nochtans vergt een goed begrip van dit onderwerp een bondige toelichting van de voornaamste elementen van de administratieve rechtshandeling.

18. — Het handelend overheidsorgaan zal zich eerst van de anteceden-ten, die hem tot handelen aanzetten, een juist beeld vormen. Deze anteceden-ten noemt men de *motieven* van de handeling. Vooreerst moet worden nagegaan of deze motieven materieel en wettelijk bestaan. Vervolgens moet de juiste aard ervan vastgesteld worden.

Zo zal voor het opleggen van een tuchtstraf moeten worden nagegaan :

- 1° of de als dienstfout aangeklaagde daad werkelijk bedreven werd ;
- 2° of deze daad, wettelijk gezien, als een dienstfout kan worden beschouwd ;
- 3° of deze daad werkelijk een dienstfout is, en zo ja hoe zwaar die is.

19. — Eens dat het handelend overheidsorgaan de elementen, die aan zijn optreden ten grondslag liggen, onder alle opzichten juist gevat heeft, zal zijn aandacht gaan naar de te nemen beslissing zelf, naar het *voorwerp* van de te stellen wilsdaad.

Hij zal overwegen of een beslissing dient genomen te worden, en zo ja, welke.

Dit bepalen van de inhoud van een beslissing aan de hand van de elementen, die er de aanleiding toe zijn, noemt men het beoordeelen van de opportuniteit of van de *doelmatigheid* van een beslissing.

Men zegt dat een beslissing opportuun of doelmatig is, wanneer zij nauwkeurig afgestemd is op de juist beoordeelde motieven.

20. — Het handelend overheidsorgaan zal niet enkel aandacht dienen te schenken aan de anteceden-ten of bepalende feiten en aan de juiste beoor-deling ervan, maar ook aan het *doel* van de handeling, d. w. z. het resul-taat dat hij beoogt te bereiken door het rechtsgevolg dat aan de handeling is verbonden. Hierboven werd er reeds op gewezen dat elke administratieve handeling een algemeen doel heeft, het nastreven van het algemeen belang,

en daarnaast een bijzonder doel, dat verschilt naar gelang van de aard van de handeling en de functie toevertrouwd aan de overheid, die ze verricht.

Zo is het doel van de disciplinaire bevoegdheid het handhaven van de tucht onder het dienstpersoneel ten einde een goede werking van de dienst te verzekeren. Het doel van de politimaatregel is het handhaven van de openbare orde, de veiligheid en de openbare gezondheid.

Met betrekking tot het doel is een dubbele beoordeling vereist: het handelend orgaan zal zich vooreerst moeten afvragen welk doel de handeling dient na te streven, en vervolgens of zij dit doel werkelijk nastreeft.

21. — Men hoede er zich voor doel met motieven te vereenzelvigen of te verwarren. Hoogstens bestaat er een zekere correlatie tussen beide. Deze correlatie komt tot uiting door de vaststelling dat, waar het voorgeschreven doel niet wordt nagestreefd, de motieven gewoonlijk niet bestonden of verkeerd beoordeeld werden.

Het tegenovergestelde is niet altijd waar, want het zal vaak voorkomen dat, hoewel de motieven verkeerd beoordeeld werden, het voorgeschreven doel toch oprecht werd nagestreefd.

Het opleggen van een tuchtstraf kan weer ter illustratie genomen worden. Indien door deze handeling niet de goede werking van de dienst wordt nagestreefd, dan volgt gewoonlijk daaruit dat er geen dienstfout voorhanden was, of dat de ernst van het vergrijp erg werd overdreven.

Andersom echter, volgt uit een verkeerde beoordeling van de dienstfout lang niet altijd dat bij de bestraffing de goede gang van de dienst niet werd beoogd.

Nu kan reeds worden vastgesteld — later zal uitvoeriger daarover worden uitgeweid — dat het onregelmatige doel onregelmatige motieven veronderstelt en het onderzoek van het doel onvermijdelijk een onderzoek naar de motieven vereist.

AFDELING III. — *Machtsafwending en discretionaire macht.*

22. — Vóór de toepassing van het begrip machtsafwending ontsnapten al de elementen van de inhoud der administratieve handeling aan elke rechterlijke controle.

Door de huldiging van de theorie der machtsafwending heeft de rechter het element doel aan de discretionaire macht van de administratie onttrokken, en de handhaving van het finaliteitsbeginsel in de rechtssfeer betrokken.

De rechter, die in zekere mate de grenzen van het recht afbakt, heeft door dit optreden deze grenzen verlegd, zodanig dat het doel een rechts-element is geworden.

Het is dan ook verkeerd heden nog te zeggen, zoals het vaak gebeurt, dat de theorie van de machtsafwending de discretionaire macht van de administratie beperkt. Juister kan men zeggen dat de discretionaire macht ten aanzien van het doel van het administratieve handelen sinds lang verdwenen is (Boasson J. J., *De rechter tegenover de vrijheid der administratie*, blz. 315).

AFDELING IV

Machtsafwending en ontstentenis van motieven.**§ 1. — Ontstaan van de nieuwe theorie.**

23. — De verdere ontwikkeling van de evolutie in de rechtspraak, waarvan de machtsafwending slechts het beginstadium was, heeft ook het element motief in een belangrijke mate aan de discretionaire macht der administratie onttrokken.

De toepassing van de theorie van de machtsafwending onderstelt noodzakelijk een beoordeling van de motieven.

Toch ontstaat daardoor geen controle van de regelmatigheid der motieven als dusdanig. De motieven worden maar onderzocht voor zover zij kunnen dienen tot bewijs van een onregelmatig doel.

Men is dan spoedig gaan inzien dat de motieven op zichzelf beschouwd even zeer als het doel een element der wettelijkheid zijn. Dit inzicht heeft het ontstaan gegeven aan de theorie van de ontstentenis der motieven (*l'inexistence des motifs*).

Volgens deze theorie, die sinds de aanvang dezer eeuw systematisch door de *Conseil d'Etat* wordt toegepast, is er schending van de wet telkens als de motieven ener handeling in feite of in rechte onbestaand zijn. Men zegt dan dat de handeling zonder rechtsoorzaak, of ook wel dat zij zonder wettelijke grond is.

Er bestaat geen eensgezindheid nopens de grondslag van deze theorie. Bonnard geeft haar een zuiver rationele grondslag:

« Logiquement on ne peut pas concevoir qu'une décision soit prise sans motif. Ce serait un pur caprice. Elle doit procéder d'un motif. Ainsi l'existence des motifs est une des conditions nécessaires pour que le pouvoir puisse être régulièrement exercé. Une décision pour laquelle les motifs prétendus n'existent pas sera irrégulière. De plus, cette irrégularité sera une illégalité. Seulement, il faut prendre le mot illégalité dans son sens large, c'est-à-dire en y comprenant la violation non seulement d'une règle légale mais aussi d'une règle coutumière. Car ce principe de la nécessité d'une existence de motifs qui procède de considérations rationnelles est une règle d'ordre coutumier. » (*Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, Rev. Dr. Publ. Sc. Pol., 1923, 388).

Een Belgische auteur, met een uitgesproken voorliefde om alle figuren van administratief recht een burgerrechtelijke oorsprong te geven, verdedigt resoluut de stelling dat het artikel 1131 B.W., volgens hetwelk de verbintenis zonder oorzaak of met een valse of een onregelmatige oorzaak geen uitwerking kan hebben, grondslag is van de vernietiging wegens niet-bestaan der motieven (Cambier C., *Le contrôle de la légalité interne des actes de l'administration*, J.T., 1955, 51).

Dergelijke stelling, waarvoor men de formule van sommige arresten van de *Conseil d'Etat* kan aanvoeren (zie o. m. arrest Trépont, Rev. Dr. Publ. Sc. Pol., 1922, 90), is reeds door Bonnard (o.c., blz. 387) op vrij overtuigende wijze gecritiseerd geweest.

§ 2. — Weerslag van de theorie der ontstentenis van motieven op de machtsafwending — Loutering van het begrip.

24. — Het is onmiddellijk duidelijk dat die nieuwe theorie van de ontstentenis der motieven en dit nieuw middel tot vernietiging, gezien het

nauw verband tussen motieven en doel, een weerslag ging hebben op de toepassing van de machtsafwending.

Sommige al te radikaal geformuleerde uitspraken hebben de bestaansreden van de theorie der machtsafwending zelf in gevaar gebracht.

Zo werd beweerd, dat er alleen dan machtsafwending kan zijn wanneer vooraf vastgesteld is dat de motieven in feite of in rechte niet bestaan (aldus Bonnard R., *Le détournement de pouvoir*, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1938, 142; — In België: Hoeffler J., *L'annulation pour détournement de pouvoir*, *Rev. Adm.*, 1954).

Indien dergelijke opvatting juist ware, dan kon men de theorie van de machtsafwending gerust laten vallen, daar elke onwettelijkheid, die door het middel van de machtsafwending zou kunnen worden bestreden, vooraf door de objectieve controle der motieven kon tegengegaan worden.

Niet zo is de werkelijkheid.

Wel kon men door het hanteren van het middel tot vernietiging wegens ontstentenis van motieven komen tot een loutering van het begrip machtsafwending, door al de gevallen waar objectief kan worden vastgesteld dat de motieven ontbreken daarbuiten te sluiten.

Dit was reeds de wens van Hauriou, die schreef dat enkel die gevallen waarin de theorie van de ontstentenis der motieven geen toepassing kon vinden, verdienen aangezien te worden als *les véritables détournements de pouvoir*.

De *Conseil d'Etat* heeft de door Hauriou gewenste classificatie niet tot stand gebracht, maar schijnt de beide theorieën zonder methode door elkaar te gebruiken (Vidal R., *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1952, 307 en volg.).

Dergelijke houding vanwege de Raad van State zou in België op een wettelijk bezwaar stuiten (zie verder, n^o 190).

§ 3. — Zelfstandige betekenis van de machtsafwending.

25. — Het konsekwent doorvoeren van dergelijke loutering zou in de praktijk een aanzienlijk toepassingsgebied aan de theorie van de machtsafwending onttrekken; het zou echter niet leiden tot een volledige uitschakeling van het begrip in de rechtspraktijk, en zeker niet in de rechtstheorie.

In de praktijk blijven er onwettelijkheden, die alleen door het middel van de machtsafwending kunnen achterhaald worden. Dit zal namelijk het geval zijn, telkens als de wetgever de ruimste beoordelingsmacht aan de administratie gelaten heeft, en deze laatste daardoor volledig vrij oordeelt over de middelen die moeten aangewend worden om een bepaald doel te bereiken.

Zo wanneer geen enkele wettelijke voorwaarde gesteld is voor de uitoefening van de benoemingsmacht, zal de rechter het niet-bestaan van de wettelijke motieven, d. w. z. de geschiktheid om de vacante functie te bekleden, nooit kunnen beoordelen.

Een ander voorbeeld biedt het arrest *Cons. d'Etat*, 18 aug. 1944, *Union syndicale des débitants de Nice* (*Rec. Cons. Et.*, 237, geciteerd door Vedel, G., *Cours 1951-1952*, blz. 487).

Dit zal eveneens het geval zijn wanneer een handeling werd verricht op grond van een motief dat materieel en wettelijk bestaat, maar waarvan het belang opzettelijk werd overdreven.

Wanneer het vrije goedvinden van de administratie op dit punt door

de wet niet uitdrukkelijk werd beperkt, beoordeelt de rechter niet de waarde van de motieven. Maar in het vaststellen van een wanverhouding tussen motief en v o o r w e r p ener handeling, kan de aanduiding van een machtsafwending gevonden worden.

§ 4. — Samengaan van beide theorieën.

26. — Daarnaast zijn er voorzeker gevallen waarin de ontstentenis van motieven gepaard gaat met het bestaan van machtsafwending.

Wanneer een tuchtstraf opgelegd wordt zonder dat een dienstfout werd begaan, is die maatregel in elk geval zonder wettelijk motief. Deze ontstentenis kan eenvoudig het gevolg zijn van verkeerde voorlichting omtrent de feiten of van verkeerde beoordeling ervan. Het is echter ook mogelijk dat een onrechtmatig doel werd nagestreefd, b.v. wraakneming.

In deze laatste onderstelling is er ongetwijfeld machtsafwending, doch eenmaal het ontbreken van motieven vastgesteld, is het zuiver praktisch gezien nutteloos dat de rechter zijn onderzoek in die richting zou voortzetten.

Nochtans is het denkbaar dat in de complexiteit van de praktijk een toestand zó is dat machtsafwending samen met het bewijs van het ontbreken van motieven aan het licht komt. In dit geval heeft de rechter, althans in Frankrijk, de keuze tussen de twee middelen om te vernietigen. In België is de administratieve rechter meer omzichtigheid geboden (zie verder, n^r 190).

§ 5. — Samenvatting van de verhouding tussen beide theorieën.

27. — Tot slot kan met R. Vidal (*o.c.*, blz. 304) de verhouding tussen de theorieën van de ontstentenis der motieven en van de machtsafwending als volgt samengevat worden :

1^o de theorie van de ontstentenis der motieven omsluit altijd de theorie van de machtsafwending (en maakt ze derhalve praktisch overbodig), telkenmale als de onregelmatigheid betreffende de motieven, welke op machtsafwending wijst, neerkomt op een niet-bestaan, een ontstentenis ;

2^o zij streeft de theorie van de machtsafwending voorbij, wanneer het niet-bestaan van de motieven niet gepaard gaat met het beogen van een onregelmatig doel (zie verder, n^r 170) ;

3^o zij wordt door de theorie van de machtsafwending voorbijgestreefd, wanneer de onregelmatigheid betreffende de motieven slechts bestaat in een verkeerde beoordeling van hun waarde, alsook in die gevallen waarin de vrijheid van de administratie zo ruim is, en het voldoende wettelijk motief dienvolgens zó breed, dat de rechter onmogelijk het niet-bestaan ervan kan voor bewezen houden.

HOOFDSTUK IV

De eigen aard van de machtsafwending

AFDELING I. — *Inleiding.*

28. — De controle op machtsafwending vertoonde bij haar ontstaan twee bijzondere kenmerken, die aanleiding hebben gegeven tot zeer uiteenlopende theorieën wat haar aard betreft.

De bevinding dat het doel van de wet meestal niet in de wetsbepaling is uitgedrukt, deed de vraag oprijzen of het hier wel ging om een *wettelijkheidscontrole*.

De vaststelling anderzijds, dat de rechter, om het euvel van de machtsafwending te achterhalen, moet doordringen tot de inhoud van de administratieve beschikking en de werkelijke, vaak verborgen gebleven, *drijfveren* van de auteur moet opsporen, deed de vraag stellen naar de grenzen van de vrijheid van de administratie ten opzichte van de rechter.

Is de *Conseil d'Etat* over deze moeilijkheid vlug heengestapt, de gewone rechtbanken, zowel in België als in Frankrijk bleven haperen aan de fictieve hindernis van de *scheiding der machten*.

Nu die twee bijzondere kenmerken om verschillende redenen vervaagd zijn, en het begrip van de machtsafwending is vertroebeld door het ontstaan van verwante theorieën, moet men trachten te vinden wat de machtsafwending nog aan eigen aard overhoudt.

AFDELING II

De controle op de machtsafwending als wettelijkheidscontrole.

§ 1. — Oudere stellingen.

29. — De tegenstanders van de stelling, volgens welke een met machtsafwending verrichte handeling is strijd is met de wet, hebben in de laatste jaren zoveel terrein verloren dat de vraag werkelijk aan actualiteit heeft ingeboet.

Hoewel een groeiende eensgezindheid omtrent deze eigenschap van de machtsafwending kan vastgesteld worden, kunnen andersluidende theorieën niet zonder meer voorbijgegaan worden.

Sommigen hebben geleerd dat de controle op machtsafwending op een loutere handhaving van de administratieve moraliteit neerkomt; anderen dat zij niets méér zou zijn dan een toezicht op de doelmatigheid van het administratieve handelen.

Voor al de eerstgenoemde theorie heeft zulk een aanzienlijke invloed gehad dat bij nagenoeg alle huidige auteurs er nog een naklank van te horen is.

30. — De idee van de controle op de administratieve moraliteit werd gelanceerd door M. Hauriou (noten onder Cons. d'Et., 2 aug. 1907, 14 febr. en 5 aug. 1908, S., 1909, 3, 1, en onder Cons. d'Et., 4 april en 1 mei 1914, S., 1917, 3, 25).

Zij werd overgenomen en verder ontwikkeld door verscheidene auteurs, doch voornamelijk door H. Welter in zijn even belangrijke als uitvoerige thesis, « *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative* ».

Volgens deze theorie is het optreden tegen machtsafwending niet een controle van de wettelijkheid, daar geen enkele preciese wetsbepaling wordt gesanctioneerd, maar veeleer de algemene geest der wetten, hetgeen neerkomt op de sanctie van een hoger rechtsbeginsel.

Naar het woord van Hauriou is het: « *un cas où la moralité administrative s'efforce de dépasser les exigences formelles de la loi* ».

En Welter (o.c., blz. 73 en volg.), is van oordeel dat het gezag van de wet geenszins in gevaar gebracht wordt door handelingen die een onregelmatig doel nastreven; hij meent dat de controle op de machtsafwending enkel een regelmatige werking van de administratieve instelling verzekert, door er over te waken dat de eigen disciplinaire regelen, waaraan deze instelling onderworpen is, niet worden overtreden.

De machtsafwending sanctioneert de gedragsregels, welke wegens de geest en de opdracht van de administratieve functie zelf aan de administratie zijn opgelegd; ziedaar wel de grondgedachte van de theorie der administratieve moraliteit.

31. — De andere opvatting, volgens welke het optreden tegen machtsafwending dient gelijkgesteld te worden met een beoordelen van de doelmatigheid van het administratieve handelen, wordt voornamelijk aangetroffen in de rechtspraak van de gewone hoven en rechtbanken.

De Franse *Cour de cassation* ziet al te vaak in het euvel van de machtsafwending een eenvoudige feitelijke hinder, *une simple gêne*, die voor de geadministreerden, voortspruit enkel uit de beoordeling van de doelmatigheid door de bevoegde administratieve overheid (zie Cass. fr., 23 febr. 1938, *Gaz. Pal.*, 1938, 1, 576; — Cass. fr., 22 nov. 1935, *Gaz. Pal.*, 1935, 2, 904; — zie ook in België o.m. Verbr., 18 jan. 1892, *Pas.*, 1892, I, 86).

Deze opvatting komt zeer zelden voor in de rechtsleer (zie toch noot P. L. onder Clermont-Ferrand, 27 febr. 1947, *Torrès*, S., 1947, 2, 105).

32. — In aansluiting hierbij dient te worden verwezen naar een strekking, welke van die aard is dat zij de uiteengezette opvattingen zou rechtvaardigen, en die eigenaardig genoeg, is tot uiting gekomen in de *Conseil d'Etat* zelf. Verscheidene regeringscommissarissen hebben, blijkbaar met de bedoeling de zetel tot grotere durf aan te sporen bij het beoordelen van de inhoud der administratieve beschikkingen, zich beroepen op de oorspronkelijke rol van de *Conseil d'Etat* als hiërarchische overheid om te betogen dat de controle van de administratieve rechter verder mocht

strekken dan het gebied van de wettelijkheid en de controle die wordt uitgeoefend door een hogere overheid, mocht benaderen (zie o.m. besluiten Teissier vóór het arrest Marc en cons., 5 april 1908, *S.*, 1909, 3, 120; — besl. Chardenet vóór arrest Olivier, 15 febr. 1909, *Rec. Cons. Et.*, 183).

Het gaat hier echter om opvattingen, waaraan weliswaar dikwijls wordt herinnerd, maar welke, sinds de beoogde evolutie in de rechtspraak van de *Conseil d'Etat*, in het begin van deze eeuw was voltrokken, nooit weer werden opgenomen.

33. — De nieuwste rechtsleer verdedigt nagenoeg eensgezind de opvatting dat de machtsafwending een onwettelijkheid is. Zij verliest daarbij niet altijd uit het oog dat de vroegere opvattingen verdienen hadden en voor een deel juist waren.

Zo laat G. Vedel (*Cours*, 1951-1952, blz. 495) aan de idee van Hauriou recht wedervaren, waar eerstgenoemde er op wijst dat de rechterlijke controle voorzeker met overwegingen van administratieve moraliteit kan zijn doordrongen, daar de rechter, bij het toetsen van het door de administratieve overheid nagestreefde doel aan de geest van de wet, altijd bij de wetgever een bekommernis om een goede en rechtvaardige administratie onderstelt.

R. Vidal heeft zelfs een poging ondernomen om beide opvattingen met elkaar te verzoenen (*L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1952, 313 en volg.). Het bestek van onderhavige studie laat echter niet toe daar verder op in te gaan.

De leer van de administratieve moraliteit dient echter ter zijde geschoven te worden, daar zij een gevaarvolle verwarring schept tussen recht en moraal en het in de logische ontwikkelingslijn van deze leer ligt de controle van de administratieve rechter uit te breiden over gans de vrije beoordelingsmacht van de administratie, waarna hij niet langer meer «rechter» zou kunnen genoemd worden (zie o.m. Bonnard, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1923, 365).

In zijn studie (*Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1930, 212) betwijfelt Waline van zijn kant of zuiver morele regels een rechterlijke sanctie kunnen krijgen.

34. — Ook aan de opvatting volgens welke de controle op de machtsafwending een beoordeling van de doelmatigheid van het administratieve handelen inhoudt dient een toegeving gedaan te worden.

Deze zienswijze vindt haar voedingsbodem in hetgeen G. Vedel zeer juist de tegenstelling tussen theoretische waarheid en praktische werkelijkheid heeft genoemd (Vedel, *o.c.*, blz. 233).

De theoretische waarheid plaatst de beoordeling van de wettelijkheid en de appreciatie van de doelmatigheid scherp tegenover elkaar, en leert dat de controle van de rechter strikt tot het gebied van de wettelijkheid beperkt is.

Het begrip wettelijkheid reikt echter veel verder dan hetgeen in formele wetteksten is uitgedrukt; het is de rechter zelf, die in ruime mate de grenslijnen van het gebied der wettelijkheid uitstippelt.

Wanneer deze algemene vaststelling wordt toegepast op onderhavig onderwerp, dan mag worden gezegd dat de machtsafwending niet op een absolute wijze tegenover het begrip opportuniteit kan worden geplaatst, daar beider begrenzing niet objectief kan geschieden en het juist de taak is van de rechter de scheidingslijn te trekken door het geoorloofd doel te bepalen (Goldenberg L., *Le Conseil d'Etat, juge du fait*, blz. 166).

Dergelijke practische antinomie mag er ons echter niet toe leiden de controle op de machtsafwending eenvoudigweg met de beoordeling van opportuniteit te vereenzelvigen, evenmin als zij geleid heeft tot het ontkennen van het onderscheid tussen wettelijkheid en opportuniteit.

Zelfs bij de interpretatie van een formele wettekst kan bij de rechter de uitoefening van een zekere discretionaire bevoegdheid worden onderkend; zo bepaalt hij door de keuze tussen de bredere en de engere interpretatie in zekere mate de scheidingslijn tussen wettelijkheid en opportuniteit.

Aan de hand van dergelijke bevindingen beweren, dat de rechter het terrein van de opportuniteit betreedt telkens als zijn tussenkomst iets verder gaat dan het eenvoudig toepassen van een duidelijke wettekst, zou niet enkel de meest vaststaande rechtsbegrippen aan het wankelen brengen, maar er tevens op neerkomen de specifieke taak van de rechter te miskennen.

Zie een grondige critiek van het onderscheid wettelijkheid-opportuniteit, alsmede zeer interessante beschouwingen nopens de specifieke kenmerken van het optreden van de rechter, bij Goldenberg (*o.c.*, blz. 29 en volg.).

35. — De opvatting, die de controle op de machtsafwending tot een beoordeling der opportuniteit wil herleiden, vindt ook steun in de beschouwing dat de rechter bij het onderzoek naar de machtsafwending vaak de waarde der motieven beoordeelt; bij ontstentenis van enige wetsbepaling desaangaande, behoort deze beoordeling tot het gebied der zuivere opportuniteit.

Hier dient echter aangemerkt te worden dat de rechter tot zulke beoordeling slechts overgaat in uiterste gevallen, waarin de motieven al te opvallend buiten verhouding staan tot de middelen die door het voorwerp van de handeling in werking gesteld worden.

Daarbij komt dan dat de rechterlijke sanctie niet slaat op het opportuniteits-element als zodanig, maar dat veeler in dit laatste een bewijs wordt gevonden, dat, meestal samen met andere bewijselementen, de onregelmatigheid van het doel, enig rechtstreeks voorwerp van de jurisdictionele sanctie, aan het licht zal brengen (zie in die zin Bonnard, *o.c.*, blz. 392).

Toch dient weer onmiddellijk te worden toegegeven dat al deze theoretische onderscheidingen geen werkelijk objectieve afbakening van de rechterlijke controle op de machtsafwending mogelijk maken.

De administratieve rechter in Frankrijk en de wetgever in België hebben aangevoeld, dat hier in de praktijk een gevaar school, dat de grenzen van de vrijheid der administratie zouden worden overschreden, en beiden hebben zij het gebrek aan objectieve afbakening van het rechterlijk optreden verholpen door het instellen van bepaalde practische waarborgen (zie verder, n^o 164 en 186).

§ 2. — Machtsafwending is een onwettelijkheid.

36. — Indien in de moderne rechtsleer een toenemende eensgezindheid waar te nemen is omtrent het gewoon wettelijkheidskarakter van de controle op machtsafwending, dan dient men dit ons inziens, in de eerste plaats toe te schrijven aan het ruimer inzicht waarmee de rechtsleer de taak van de rechter is gaan beoordelen.

Men mag niet uit het oog verliezen dat de leer der machtsafwending het licht heeft gezien in een tijdperk waarin de denkbelden van de school der exegese hoogtij vierden, en algemeen werd aanvaard dat het ganse recht in de geschreven wettekst stak. Hoe begrijpelijk is het dan niet dat deze theorie aanvankelijk als

uiterst revolutionair werd bejegend, en dat men er tegen opzag aan haar principes, die toch meestal niet in de wettekst worden uitgedrukt, een wettelijkheidswaarde toe te kennen.

Sinds Géný, is de rechtsleer de houding van de rechter bij de interpretatie van de wet realistischer gaan beoordelen. Zij heeft de werkelijkheid van een zekere discretionaire macht van de rechter ontdekt en heeft ingezien dat de rechter bij zijn interpretatie wellicht geleid wordt door een sociaal of een moreel determinisme, doch zeker niet door een juridisch determinisme (Goldenberg, *o.c.*, blz. 35).

Voorzeker heeft deze nieuwe houding het de rechtsleer gemakkelijker gemaakt om in de machtsafwending een controle op de gewone wettelijkheid te zien.

De rechter laat zich wellicht leiden door beschouwingen, ontleend aan de idee van de administratieve moraliteit, doch, daar aangenomen wordt dat nagenoeg elke interpretatie een rechtscreatie is, is het normaal ook deze handelwijze van de rechter in het domein van de toepassing der wettelijkheid onder te brengen.

37. — Welter huldigt een wel zeer enge opvatting van de wet, wanneer hij de mening uit dat het gezag van de wet niet in gevaar wordt gebracht door bestuurlijke handelingen die onregelmatige doeleinden nastreven.

De wet is geen levenloze regel die de rechter dwingt, louter door zijn formeel voorkomen. De rechter is gebonden door de formele wettekst in zoverre deze de uitdrukking is van de geest, van de wil van de wetgever.

Deze wil bindt de rechter, ook wanneer hij dient te worden opgespoord achter hetgeen woordelijk is uitgedrukt.

Welnu, het finaliteitsbeginsel is het fundament waarop elke publiekrechtelijke wet gevestigd is. De ideeën van administratieve moraliteit zijn het substraat van de moderne wetgeving, en als dusdanig erin geïntegreerd: « *La poursuite de l'intérêt général est sous-entendu dans toutes les lois de droit public...* » (Goldenberg, *o.c.*, blz. 36).

Afgezien van het zeer uitzonderlijke geval, waar de rechter door een gedurfde interpretatie een niet uitgedrukt bijzonder doel achterhaalt, houdt het geen steek te beweren dat het doel buiten de wettelijkheid ligt, eenvoudig omdat het niet telkens weer met zoveel woorden in de wettekst is uitgedrukt.

Het gezag van de wet zou wel nooit ernstiger in gevaar verkeren dan moest het blijken dat deze naar haar geest door een eenvoudige leugen zou kunnen geweld aangedaan worden.

38. — Bovendien heeft men terecht opgemerkt dat de machtsafwending in de meeste gevallen niet neerkomt op een krenking van een beginsel dat aan de basis ligt van de wetten in het algemeen, maar wel op de krenking van een bepaalde wet. Deze krenking schuilt dan in de miskennis van het speciaal doel van de wet, dat door de rechter gemakkelijk kan achterhaald worden, of dat niet zelden in de wet zelf met zoveel woorden is uitgedrukt (Waline M., *Les rapports du droit administratif et du droit pénal, Cours de doctorat, 1948-1949*, blz. 187; — Boasson, J. J., *De rechter tegenover de vrijheid der administratie*, blz. 314).

Dit is nagenoeg altijd het geval met de wetten welke een politiebevoegdheid toekennen, en juist deze wetten geven aanleiding tot de meeste gevallen van machtsafwending. De uitoefening van een politiebevoegdheid is zo nauw verbonden met een speciaal doel, en dit doel, zelfs wanneer het niet formeel werd uitgedrukt in de wettekst, dringt zich zo overduidelijk op, dat zelfs Hauriou daar niet blind voor is gebleven.

Op zulke ogenblikken verloochent hij de theorie, waarvan hij de vader is. Als bewijs daarvan volgend citaat uit zijn nota onder Cons. d'Et., 22 mei 1896, Carville (S., 1897, 3, 121): « *La Cour de cassation a mission de protéger la loi, non seulement dans son texte, mais dans son esprit; la légalité des arrêtés municipaux de police suppose que la police n'a pas été détournée de son but. Par conséquent, la Cour de cassation peut, aussi bien que le Conseil d'Etat, pourchasser les détournements de pouvoir des maires....* »

39. — De Franse rechtsleer is dan ook geleidelijk meer gaan hechten aan het wettelijkheidsstandpunt.

Sinds Michoud en Bonnard wordt vrij algemeen aanvaard dat het hier gaat om een beginsel van rationeel recht, dat door de *Conseil d'Etat* omgezet is in een regel van jurisprudentieel gewoonterecht (Vidal, R., o.c., blz. 314).

Voorzeker heeft een beschouwing van meer formele aard hierbij een aanzienlijke rol gespeeld, nl. dat de rechter niet kan sanctioneren tenzij op grond van een rechtsregel, daar hij anders niet meer zou optreden als rechter (Vedel, G., *Cours*, blz. 232).

Ook de voorstanders der theorie van de administratieve moraliteit hebben dit ingezien. Zij hebben er dan niets beters op gevonden dan het begrip der wettelijkheid te splitsen (Welter, H., blz. 193).

40. — In België werd omzeggens nooit betwist dat machtsafwending een onwettelijkheid is.

Zie reeds Wodon, L., *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, blz. 61; — Hayoit de Termicourt, R., *Le Conseil d'Etat et le pouvoir judiciaire* (mercuriale 1939), blz. 19; — Vauthier, M., *Précis du droit administratif de la Belgique*, n° 508.

Nagenoeg gans de huidige rechtsleer staat op dit standpunt; zie o.m. Mast, A., noot onder Brussel, 5 juli 1947, *R.J.D.A.*, 1947, 106, en met sterke nadruk daarop, Cambier, C., *Le contrôle de la légalité interne des actes de l'administration* (J.T., 1955, 50 en 71).

41. — Het positiefrechtelijk karakter van de machtsafwending wordt met klem verdedigd door de Nederlandse auteur Vegting, die in het hiernavolgend citaat tevens de evolutie die deze stelling begunstigde, kernachtig onderstreept:

« Het orgaan, dat een beschikking vaststelt ter verwezenlijking van een ander doel dan dat, waarvoor hem de bevoegdheid tot beschikken is gegeven, handelt in strijd met de wet, ook als het nagestreefde doel op zichzelf niet afkeurenswaard is. Het kan zijn dat het doel der wettelijke regeling niet met zoveel woorden daarin is neergelegd; door afwijking van het doel der regeling komt het overheidsorgaan dan misschien niet in strijd met de woorden der wet, maar wel met haar geest... »

Nadat de wetstoepasser en rechtsbeoefenaar zich op een ruimer standpunt gingen stellen dan dat van een enge woordinterpretatie, moesten zij gemakkelijker oog krijgen voor het positiefrechtelijk karakter van deze achter de woorden der wet liggende grondslagen » (*Administratiefrecht*, I, blz. 241).

Men kan inderdaad vaststellen dat de meeste auteurs in Nederland dit positief-rechtelijk karakter hebben verdedigd (Romeyn, H. J., *o.c.*, n^o 116; — Donner, A. M., *o.c.*, blz. 249; — Kranenburg, R., *Inleiding Nederlandsch administratief recht*, blz. 50; — zie nochtans *anders*: Stellinga, J. R., *o.c.*, blz. 195).

42. — De machtsafwending lijkt dus wel vast ingeschakeld in het begrip van de wettelijkheid, en het optreden van de rechter daartegen vertoont in dit opzicht geen bijzonder karakter meer.

AFDELING III

Machtsafwending is formeel gezien een bijzondere vorm van onwettelijkheid.

43. — Machtsafwending is in wezen een verholen gebrek van de administratieve handeling en de rechter moet de inhoud van deze handeling in zijn onderzoek betrekken om dat gebrek op te sporen.

Nagenoeg altijd is daartoe een kijk achter de schermen vereist, een vorsen naar de omstandigheden waarin de handeling is tot stand gekomen.

Dit onderzoek vergt noodzakelijkerwijze een kennisnemen van elementen die buiten het *instrumentum* liggen, waarin de handeling is vervat.

Dit aspekt van de machtsafwending heeft meer in het bijzonder de rechterlijke macht afgeschrikt, die hier de weg meende versperd te zien door het spookbeeld van de scheiding der machten.

(Zie voor België, Hayoit de Termicourt, R., *o.c.*, blz. 21; — voor Frankrijk, Pelletier, Chr., *L'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif*, blz. 140; — voor Nederland, Romeyn, H. J., *o.c.* n^o 115).

44. — Doch ook deze karaktertrek, die aanvankelijk zeer eigenaardig leek, is thans vervaagd.

Naast de machtsafwending zijn andere, zelfstandige middelen tot stand gekomen, nl. de controle van het feitelijk en wettelijk bestaan der motieven (zie boven, n^o 23) en de sanctie van de algemene rechtsbeginselen (zie verder, n^o 172), bij wier hantering de rechter evenzeer een kijkje gaat nemen achter het eigenlijke *instrumentum* van de administratieve handeling.

Daarbij komt nog dat de gewone rechter, althans in België, niet meer zo zeer schijnt terug te schrikken voor dergelijke onderzoeken, zodat deze aanvankelijk zo oorspronkelijke karaktertrek van de controle op de machtsafwending gemeengoed van elke rechterlijke controle aan het worden is.

45. — Heeft de machtsafwending dan geen enkele specifieke karaktertrek meer?

Toch wel; deze bestaat hierin dat zij een psychologisch element onderstelt.

Bij de controle van de motieven heeft de rechter op een objectief standpunt te blijven.

Bij het onderzoek naar de machtsafwending doorpeilt de rechter de drijfveren van de handelende persoon en plaatst hij zich dienvolgens op een subjectief standpunt.

Daarbij vertrekt hij noodzakelijkerwijze van objectieve gegevens, doch hij gebruikt deze om de psychologische gesteldheid van de handelende persoon te belichten.

46. — De nieuwste Franse rechtsleer legt zeer bijzonder de nadruk op deze karaktertrek, en terecht, want daarin ligt het enige criterium van onderscheid tussen machtsafwending en controle der motieven. Het vervagen van dit criterium zou de fusie van de twee theorieën voor gevolg hebben, hetgeen de rechter een stap dichtër bij de volledige beoordeeling van de doelmatigheid zou brengen (zie: Vidal, R., *o.c.*, blz. 292; — Vedel, G., *o.c.*, blz. 484; — Duez, P. et Debeyre, F., *Traité de droit administratif*, n^o 581; — de Laubadère, A., *Traité élémentaire de droit administratif*, n^o 691; — Odent, R., *Contentieux administratif*, blz. 616).

47. — In Nederland schijnt deze karaktertrek schier onopgemerkt gebleven. De rechtsleer aldaar heeft gans haar belangstelling geconcentreerd op het probleem der verhouding rechter—wet, en ziet bij de machtsafwending blijkbaar geen probleem in de verhouding rechter—administratieve handeling (zie b.v. Romeyn, H.J., *o.c.*, n^o 115 en 116 en Stellinga, R., *o.c.*, blz. 193 en volg.).

Men kan zich afvragen of de verklaring hiervan niet dient gezocht te worden in het feit dat het begrip machtsafwending in de Nederlandse rechtspraktijk voornamelijk schijnt binnengedrongen langs enkele bijzondere wetgevende bepalingen om, maar in de actieve rechtspraak blijkbaar weinig erkenning gevonden heeft.

AFDELING IV

Machtsafwending kan materieel gezien een bijzondere vorm van onwettelijkheid zijn.

48. — Wanneer de rechter het subjectief doel van de handelende persoon heeft achterhaald en alzo als het ware de werkelijke gedaante van deze handeling heeft ontdekt, blijkt het niet zelden dat zij één der gewone vormen van de machtsoverschrijding vertoont: onbevoegdheid, schending van substantiële vormen of schending der wet.

Zo wanneer de rechter heeft vastgesteld dat een politiemaatregel met een ander oogmerk dan de handhaving der openbare orde werd getroffen, vloeit daaruit voort dat de auteur onbevoegd was, daar de omvang der politiebevoegdheid juist door het doel, nl. handhaving van de openbare orde, meestal expliciet in de wet is omlijnd.

In zulk geval zegt men, dat de machtsafwending neerkomt op een onbevoegdheid, of nog, dat zij er mee gepaard gaat.

Materieel gezien, vertoont zulk geval geen bijzondere vorm van onwettelijkheid. Het begrip bevoegdheid dient wel zo ruim genomen te worden dat het in elk geval *in concreto* moet worden getoetst.

49. — Er kunnen echter gevallen voorkomen waar de rechter, na het subjectief doel te hebben achterhaald, een onregelmatigheid daarin vaststelt, die tot geen enkele andere vorm van machtsoverschrijding is te herleiden.

Dit zal altijd het geval zijn wanneer de handeling strijdig is met het algemeen doel der wet.

Kenschetsend is hier b.v. de uitoefening van de benoemingsmacht met een oogmerk dat vreemd is aan het algemeen belang en de goede werking van de dienst.

Wanneer de rechter dit oogmerk heeft achterhaald blijft de verrichte handeling niettemin een benoeming, gedaan door een bevoegde overheid. De onregelmatigheid, die zij vertoont, is niet te herleiden tot één van de andere vormen van machts-overschrijding, zij draagt een eigen stempel. Ten hoogste kan men zeggen dat zij een zekere gelijkenis met de onbevoegdheid vertoont.

De gevallen die dit kenmerk vertonen, zijn de meest karakteristieke gevallen van machtsafwending.



HOOFDSTUK V

Poging tot nadere omschrijving van het begrip

AFDELING I. — *Inhoud.*

50. — Het gaat hier niet in de eerste plaats om de eigenlijke inhoud van het begrip nader te bepalen.

Deze is moeilijk nauwer te vatten dan in de vorige hoofdstukken werd gepoogd.

Er mag niet uit het oog verloren worden dat het begrip een schepping van de rechtspraak is en daardoor in voortdurende evolutie. G. Jèze heeft op het onstandvastige van dit begrip gewezen: « ... *selon les époques et les circonstances, cette définition peut comprendre des nouveaux cas d'application* » (*La jurisprudence du Conseil d'Etat et le détournement de pouvoir*, Rev. Dr. Publ. Sc. Pol., 1944, 59).

Ook R. Odent streept het aan:

« *La notion de détournement de pouvoir est purement doctrinale et prétorienne; elle est, en conséquence, souple, fluide et essentiellement évolutive* » (o.c., blz. 616).

Alleen weze hier tot besluit uit de twee voorgaande hoofdstukken gezegd dat onder het begrip machtsafwending niet kunnen ondergebracht worden: die afwijkingen van het wettelijk doel, welke geen enkel der boven onderscheiden kenmerken (formeel noch materieel) vertonen (zie boven, n^{rs} 43 en volg.).

Dit zal voorkomen wanneer een onregelmatigheid betreffende het doel te herleiden is tot één der gewone vormen van machtsoverschrijding, en deze onregelmatigheid terzelfder tijd in de akte zelf (hetzij in de motivering, hetzij in de regeling) wordt uitgedrukt.

Dit standpunt vindt steun in de praktijk, want dergelijke gevallen werden in Frankrijk door de *Cour de Cassation* en door de *Conseil d'Etat* reeds gesanctioneerd vele jaren vooraleer het begrip machtsafwending vorm kreeg.

Ook in België werden zulke gevallen door het hof van verbreking gesanctioneerd, hoewel het begrip machtsafwending in de rechtspraak van het hof nooit erkenning had gevonden.

Nu komt het wel voor dat de *Conseil d'Etat* zulke gevallen ook machtsafwending noemt.

Er werd echter zeer terecht opgemerkt dat de in de arresten gebezigde terminologie op zichzelf niet de minste wetenschappelijke waarde heeft, en dat het de taak van de rechtsleer is de terminologie aan het juiste begrip aan te passen (Chapus, R., *Responsabilité publique et responsabilité privée*, n^o 386, voetnoot).

Wanneer men zou laten gelden dat een groot deel van de Franse rechtsleer machtsafwending even zo ruim opvat, dan kan daarop geantwoord worden dat deze uitbreiding van het begrip niet verantwoord is en het bestaan van een afzonderlijke *ouverture* niet rechtvaardigt (zie boven, n^{rs} 43 en volg.).

Meer in het bijzonder echter dient erop gewezen te worden dat zodanige uitbreiding niet verantwoord is ten aanzien van het Belgisch geschreven recht, dat een bijzondere rechtspleging voorschrijft voor vernietiging op grond van machtsafwending door de Raad van State (zie verder, n^o 184 en volg.).

AFDELING II. — *Toepassingsgebied.*

51. — Voornamelijk zal hier getracht worden de juiste omtrek van het toepassingsgebied van het begrip nader te bepalen.

1^o De machtsafwending is, naar het woord van Vedel, de *ultima ratio*, een bijzonder middel, dat een onwettelijkheid kan aan het licht brengen in handelingen, waarop al de andere middelen geen vat hebben.

Het is dan ook een reeds oude regel dat dit middel van enigszins subsidiaire aard is, d.w.z. dat de rechter het slechts in overweging neemt als hij geen andere vorm van onwettelijkheid heeft kunnen ontdekken.

R. Odent dient voor Frankrijk geciteerd te worden (*o.c.*, blz. 617).

Er werd echter reeds op gewezen dat deze subsidiaire aard in Frankrijk zeker niet altijd geldt ten opzichte van de controle der motieven.

In België schrijft Cambier, C. :

« Ce n'est qu'au cas où les investigations ne permettent point, à s'en tenir aux antécédents et à l'objet de l'acte, de déceler le vice recherché que le contrôle du détournement de pouvoir intervient. Il va tendre à découvrir dans la trame de l'acte un défaut qu'elle-même ne révèle pas ; il va s'appliquer à sonder les desseins de l'agent et à détecter l'objet qu'il a voulu atteindre par sa décision » (Le contrôle de la légalité interne des actes de l'administration, J.T., 1955, 71).

Zie ook Hoeffler, J., *L'annulation pour détournement de pouvoir* (Rev. adm., 1954).

De rechtspraak van de Raad van State vertoont een neiging om dit karakter van de machtsafwending te erkennen (zie verder, n^o 194).

De regel dat de machtsafwending een subsidiair middel is kan nochtans niet voor absoluut gelden.

De rechter houdt rekening met al de gegevens der zaak en kiest vrij het middel waarop hij een vernietiging zal gronden.

Zo zou de beschouwing, dat de machtsafwending flagrant is, of nog dat, gelet op de draagwijdte van het gezag van gewijsde, de zaak op een meer afdoende wijze zal beslecht worden, de rechter er kunnen toe aanzetten de machtsafwending vóór elk ander middel te weerhouden.

52. — 2^o Veel later heeft men uit de rechtspraak het beginsel afgeleid dat het middel van machtsafwending niet ontvankelijk is, telkens wanneer het handelend overheidsorgaan in elk geval verplicht was de getroffen maatregel te nemen, m.a.w. telkens wanneer hij handelde krachtens een gebonden bevoegdheid. Vanaf het ogenblik dat de handelende persoon geen vrijheid bezat bij het nemen zijner beslissing wordt het daarbij beoogde doel zonder belang.

Zie *Conseil d'Etat*, 11 januari 1935, Gras en 25 juni 1937, de la Renaudière met noot P.L. (S., 1937, 3, 121).

In deze noot wordt vastgesteld dat sommige handelingen aldus altijd aan het begrip machtsafwending ontsnappen, zoals de intrekking van een vroegere onwettelijke handeling ; de handelingen van de toezichhoudende overheden, die een controle van de wettelijkheid inhouden ; de rechtsprekende handelingen.

Betreffende deze laatste werd vastgesteld dat de *Conseil d'Etat* machtsafwending nooit als middel tot verbreking heeft aanvaard (de Font-Réaulx, P., *Les pourvois devant le Conseil d'Etat contre les décisions des autres tribunaux administratifs*, 1930, blz. 159).

Dit wordt verklaard als volgt:

« ... le juge a pour unique mission de trancher les litiges particuliers qui lui sont soumis, d'après une exacte application de la loi. Il n'a pas pour mission d'accomplir des actes de gestion continue d'un service public. Dans ces conditions, la notion de but s'estompe dans l'acte juridictionnel ».

(Zie nochtans verder, n° 195).

Bonnard heeft de ontleding van deze rechtspraak hernomen, en heeft daaruit het ruimer beginsel gehaald, dat het middel niet in overweging kan worden genomen telkens als het blijkt dat wettelijke motieven werkelijk aanwezig zijn (*Le détournement de pouvoir*, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1938, 138 en volg.).

Zodra dit uitgemaakt is zou de handeling onvermijdelijk het wettelijk doel nastreven, en het eventueel bestaan van onrechtmatige drijfveren zou daaraan niets kunnen veranderen (zie nog latere rechtspraak: *Conseil d'Etat*, 3 jan. 1947, Sainteau, *Rec. Cons. Et.*, blz. 7; — *Conseil d'Etat*, 28 jan. 1948, Lacombe, *Rec. Cons. Et.*).

Er dient wel op gewezen te worden dat de werkelijke aanwezigheid van een geldig motief, volgens Bonnard de niet-ontvankelijkheid van het middel der machtsafwending ten gevolge heeft.

Deze zienswijze lijkt al te strak geformuleerd. Zij schijnt een belangrijk element van de discretionaire macht uit het oog te verliezen, nl. de mogelijkheid voor de bevoegde overheid, wanneer bepaalde geldige motieven tot handelen aanwezig zijn, handelingen van soms zeer verschillende draagwijdte te verrichten, of zelfs helemaal niet op te treden (zie Réglade, M., *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité*, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1925, 415).

De leer van Bonnard onttrekt dit element van de discretionaire macht aan de controle op het doel, en betekent aldus een stap terug op de weg van de rechtsverfijning.

Volgens het volle begrip van de machtsafwending is een handeling niet wettelijk verricht, vanaf het ogenblik dat men naar sommige antecedenten kan verwijzen die haar kunnen motiveren; zij zal eerst dan wettelijk verricht zijn, wanneer het handelend overheidsorgaan deze antecedenten werkelijk in acht nemend het wettelijk doel van de handeling gewild heeft.

Aldus kan vastgesteld worden, dat in de theorie van Bonnard een verwarring bestaat tussen motief en drijfveer enerzijds, tussen objectief doel en subjectief doel anderzijds.

Wel dient toegegeven te worden, dat in de praktijk in het bestaan van een geldig motief meestal een voldoende vermoeden zal te vinden zijn voor het bestaan van een geoorloofd subjectief doel. Doch dit vermoeden is niet altijd onweerlegbaar; het is niet gans ondenkbaar dat buiten alle objectieve motieven om, het bewijs geleverd wordt van het bestaan van een alléén determinerend ongeoorloofd subjectief doel.

Het bestaan van een geldig motief is dus niet méér dan een vermoeden van het bestaan van een wettelijk doel, doch geen middel van niet-ontvankelijkheid ten opzichte van de ingeroepen machtsafwending.

De opvatting van Bonnard heeft, louter praktisch gezien, voorzeker geen onmiddellijk diep-ingrijpende betekenis gehad voor de rechtspraak. Doch, op afstand beschouwd, lijkt het mogelijk in deze alleszins objectiverende opvatting de kiem te ontdekken van de latere strekking tot aftakeling van het begrip machtsafwending in de rechtspraak van de *Conseil d'Etat* (zie verder, n° 169 en volg.).

Deze strekking schijnt onvermijdelijk voor gevolg te zullen hebben: een vermindering van de rechtsbescherming der burgers enerzijds, en een verder verglijden van

de wettelijkheidscontrole naar een hiërarchische controle anderzijds, daar de rechter hoe langer hoe meer het algemeen belang volledig tracht te beoordelen en zich daarbij niet zelden volledig in de plaats stelt van het bevoegde overheidsorgaan.

53. — 3° Opdat machtsafwending als vernietigingsgrond zou kunnen gelden, moet het ongeoorloofd subjectief doel alléén aanwezig, of tenminste determinerend zijn.

De *Conseil d'Etat* heeft nooit machtsafwending aanvaard ingeval van veelheid van doeleinden (Vidal, R., *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, Rev. Dr. Publ. Sc. Pol., 1952, 302).

Deze regel is zo oud als de theorie van de machtsafwending zelf (zie reeds Cons. d'Et., 7 dec. 1888, Ponthas, S., 1890, 3, 69, verder uitvoeriger besproken onder n° 124; — zie later o.m. Cons. d'Et., 6 mei 1921, *Cie des omnibus et tramways de Lyon*, Rec. Cons. Et., 456).

Hij dient van de hierboven besproken theorie van Bonnard (zie boven, n° 52) onderscheiden te worden.

De aanwezigheid van geldige motieven is een zeer sterk vermoeden tegen de machtsafwending, zelfs indien het bestaan van een ongeoorloofd subjectief doel bewezen is. Dit vermoeden schijnt nochtans niet volstrekt onweerlegbaar te zijn.

Anderzijds moet het bewijs van de veelheid der doeleinden niet altijd uitsluitend in de motieven gezocht worden. In gevallen waar de motieven grotendeels buiten de beoordelingsbevoegdheid van de rechter vallen kan zij afgeleid worden uit al de gegevens der zaak en o.m. uit de onbelangrijkheid van het bewezen ongeoorloofd doel.

54. — 4° In Frankrijk wordt de toepassingsmogelijkheid van het middel tevens ingedijkt door de beperkingen die de administratieve rechter zichzelf bij het onderzoek ervan oplegt.

Vooreerst weze in dit verband opgemerkt dat het middel niet van openbare orde is, en nooit van ambtswege wordt ingeroepen.

R. Odent acht deze regel gerechtvaardigd wegens de al te onzekere en subjectieve beoordelingen waartoe het middel aanleiding geeft (*Contentieux administratif*, blz. 616).

Laferrière meende nochtans dat het middel van ambtswege moest ingeroepen worden wanneer het een geval van machtsafwending betrof dat op usurpatie van bevoegdheid neerkwam (o.c., II, blz. 550).

Verder moet volgens de klassieke opvatting het onderzoek beperkt blijven tot het dossier, dat door de administratie werd neergelegd (zie verder, n°s 164 en volg.). In België bestaat deze laatste beperking niet (zie verder, n° 202).

HOOFDSTUK VI

Machtsafwending en rechtsmisbruik

55. — Machtsafwending dient wel onderscheiden te worden van het burgerrechtelijk begrip rechtsmisbruik (*abus de droit*, ook *du droit* of *des droits*).

Beide begrippen vertonen evenwel verwantschap.

Een vergelijking wordt echter fel bemoeilijkt door de verwarring die omtrent het begrip rechtsmisbruik heerst.

In het besluit van een in 1921 over het rechtsmisbruik gepubliceerde studie kon J. Dabin met reden vaststellen: « *La théorie de l'abus est une théorie complexe, mal définie* » (Dabin, J., *L'abus du droit et la responsabilité dans l'exercice des droits*, B.J., 1921, 290).

De rechtsgeleerden blijven thans nog van mening verschillen zowel wat de betekenis en de draagwijdte als wat de grondslag van deze theorie betreft.

Een vergelijking van de machtsafwending met het begrip rechtsmisbruik als zodanig is derhalve onmogelijk.

De machtsafwending kan slechts vergeleken worden met iedere van de verschillende verschijningsvormen van het rechtsmisbruik in de rechtsleer.

56. — Het is hier vanzelfsprekend niet de plaats voor een studie en nog veel minder voor een kritiek van het leerstuk van het rechtsmisbruik (zie hierover, Tw. *Misbruik van recht*).

Met het doel het publiekrechtelijk begrip machtsafwending verder te verduidelijken wordt dit even aan de voornaamste opvattingen van het burgerrechtelijk begrip rechtsmisbruik getoetst.

Vooraf worde toch opgemerkt dat sommigen eenvoudigweg iedere juridische betekenis aan dit begrip betwisten (aldus Esmein, A., noot onder Cass. fr., 27 juni 1897, S., 1898, 1, 21; — Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, tiende uitg., II, n^o 871 en volg.).

Deze auteurs staan op het strikt juridisch-logische standpunt, dat het recht ophoudt waar het misbruik begint en dat er derhalve geen sprake kan zijn van misbruik van een recht, om de onweerlegbare reden dat éénzelfde handeling niet gelijktijdig én overeenkomstig én strijdig met het recht zijn kan.

Voor Planiol is het rechtsmisbruik dan ook niet méér dan *une logomachie*.

Men heeft opgemerkt, dat een dergelijke redenering uit het oog verliest dat het probleem van het rechtsmisbruik gesteld wordt door het erkennen van een recht buiten de wet.

Een algemeen beginsel buiten het wettelijk voorschrift brengt grenzen aan de toepassing van dit laatste. Het bijzonder begrip rechtsmisbruik is dus gerechtvaardigd, door de beschouwing dat het ongeschreven recht in sommige gevallen een corrigerende werking uitoefent op de toepassing van wettelijke rechten (Meyers, E. M., *Misbruik van recht en wetsonduiking*, Ann. Rg. Sw., V, 1936, blz. 710).

Naar de mening van anderen is de redenering van Planiol werkelijk onweerlegbaar, maar men kan haar het verwijt toesturen dat zij naast het probleem gaat.

Rechtsmisbruik is wel degelijk een rechtsoverschrijding (Dabin, J., *o.c.*, blz. 334), maar wegens de wijze waarop deze geschiedt, vertoont de schuld die eruit voortvloeit zulke eigenaardige kenmerken, dat de zelfstandigheid van het begrip verantwoord is (Chapus, R., *Responsabilité publique et responsabilité privée*, n^o 390).

57. — Naar de opvatting van velen kan het rechtsmisbruik bepaald worden als een uiterlijk normaal aanwenden van een subjectief recht, maar met oogmerken die niet stroken met het doel waarvoor het ingeroepen recht werd ingesteld of erkend.

Volgens deze theorie hebben de meeste rechten naast de zuivere objectieve grenzen, waarbinnen zij moeten uitgeoefend worden, ook een subjectieve grens. Deze grens wordt overschreden, en er is rechtsmisbruik, wanneer het subjectief recht aangewend wordt om onrechtmatige doeleinden te bereiken.

Er is echter verscheidenheid van opvatting nopens het onrechtmatig doel.

Volgens sommigen is het uitsluitend het oogmerk om te schaden (*animus vexandi*).

Men kan deze opvatting traditioneel noemen, daar zij aansluit bij een ver in de rechtsgeschiedenis teruggaand beginsel (Meyers, E. M., *o.c.*, blz. 711) en ook de enige was die in ons huidige rechtssysteem aanvankelijk gelding had.

Het ware verkeerdt deze opvatting thans als volledig voorbijgestreefd te doen doorgaan. Vele beslissingen, vooral in de Franse rechtspraak blijven erop steunen, en zij heeft ook nog haar plaats in de Franse rechtsleer (voornamelijk Ripert, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, tweede uitg., 1949, n^{rs} 89 en volg.). Bovendien is dit beginsel, dat in Frankrijk en in vele andere landen uitsluitend werd ontwikkeld door de rechtspraak en de rechtsleer, neergelegd in § 226 van het Duitse B.G.B., volgens hetwelk «*die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*».

58. — Deze opvatting van het rechtsmisbruik schiet echter te kort om alle beslissingen van de rechtspraak te verklaren.

De rechtsleer heeft zich dan beijverd om het begrip op een ruimere grondslag te vestigen en zij heeft het oogmerk om te schaden vervangen door de onrechtmatige drijfveer, d.w.z. iedere drijfveer die niet strookt met het economische en sociale doel waarvoor de wetgever het uitgeoefende recht heeft ingesteld (aldus voornamelijk Josserand, *De l'abus des droits*, Parijs, 1905).

Alzo wordt het misbruik gekarakteriseerd door het onrechtmatige doel of de onrechtmatige drijfveer, zo breed mogelijk genomen, en het oogmerk om te schaden is alleen nog het voornaamste en het meest algemene van de onrechtmatige drijfveren (Dabin, J., *o.c.*, blz. 321).

59. — Aldus opgevat, sluit het begrip rechtsmisbruik zeer nauw aan bij de machtsafwending. Beide begrippen wijzen op een intentioneel afwenden van een recht of een bevoegdheid, van de bestemming die aan dit recht of deze bevoegdheid door de positieve rechtsorde is toegewezen.

Een zelfde idee ligt aan beide theorieën ten grondslag: die van het bestaan van een interne wettelijkheid, die gehandhaafd wordt door de controle op het doel dat de titularis van een recht bij de uitoefening ervan heeft nagestreefd. Deze controle onderstelt het betrekken van een psychologisch element in het onderzoek van de rechter. Maar het onderzoek naar dit psychologisch element geschiedt niet op een rechtstreekse wijze,

d.w.z. door de betrokkene aan een soort gewetensonderzoek te onderwerpen. Juist zoals bij de machtsafwending, wordt het bestaan van het wezenlijk bestanddeel van het rechtsmisbruik, nl. het oogmerk om te schaden of om het even welke andere onrechtmatige drijfveer, afgeleid uit een samenstel van louter objectieve vaststellingen.

Wegens deze gemene grondkenmerken, heeft men het rechtsmisbruik de machtsafwending van het privaat recht kunnen noemen, daar deze theorie er zich tegen verzet dat een subjectief burgerlijk recht van zijn normaal doel wordt afgewend om uitsluitend doeleinden te dienen die onverenigbaar zijn met de sociale moraal (Welter, H., *o.c.*, blz. 109).

In het kader van een lofwaardige poging om het burgerlijk en het administratief recht op het stuk der aansprakelijkheidsleer nader tot elkander te brengen, heeft de Franse auteur R. Chapus zelfs een lans gebroken voor de volledige vereenzelviging van machtsafwending en rechtsmisbruik (Chapus, R., *Responsabilité publique et responsabilité privée*, n^o 377 en volg.).

Hij streeft dan ook konsekvent de opheffing van alle terminologisch onderscheid na, en verkiest daarbij de term, machtsafwending, te weerhouden.

Zijn kritiek van de term, rechtsmisbruik, is trouwens interessant en verdient hier even aangehaald te worden.

De term *détournement*, afwending, is sprekender dan de term *abus*, misbruik, en sluit beter aan bij het begrip van de afwijking van het doel.

Anderzijds is het juister te spreken van macht dan wel van recht. De rechten hebben inderdaad tot voorwerp aan hun titularis een macht, d.w.z. een bevoegdheid tot handelen te verlenen; welnu, niet zo zeer het recht, maar veeleer de bevoegdheid tot handelen, die eruit voortvloeit, wordt van het door de positieve rechtsorde boogde doel afgewend.

Wat de stelling zelf betreft, zoals uit het hiernavolgende zal blijken, is die ongetwijfeld geforceerd, hetgeen trouwens niet te verwonderen is in een werk met een vooropgezette thesis.

60. — Heeft de theorie van het rechtsmisbruik die gegrond is op het finaliteitsbeginsel, een algemene grondtrek met de machtsafwending sterk gemeen, toch vallen daarnaast onmiddellijk belangrijke verschillen op.

Een eerste onderscheid is gelegen in het feit dat het finaliteitsbeginsel, dat de uitoefening van de bevoegdheid volledig beheerst in het publiek recht, niet zo diep kan ingrijpen in het privaat recht.

Wel kan men zeggen dat de theorie van het rechtsmisbruik de regel *neminem laedit qui suo iure utitur*, enigermate heeft beknot of althans een engere interpretatie ervan heeft afgedwongen, doch dit doet niets af aan het vaststaand beginsel dat het burgerlijk recht nog altijd een recht *à esprit égoïste* is.

De particulieren oefenen de hun bij de wet toegekende rechten vrij uit. In principe hebben zij niet alleen de vrije keuze van de middelen die zij zullen in het werk stellen, maar ook de vrije keuze van het doel.

Zo heeft het doel waarmee een huwelijk wordt aangegaan geen weerslag op de geldigheid ervan, al weze dit doel zuiver geldelijk (Meyers, E. M., *o.c.*, blz. 725).

In het burgerlijk recht geldt nog als algemene regel, dat het doel waarvoor een recht wordt uitgeoefend, door de drager van dit recht wordt vastgesteld overeenkomstig zijn eigenmachtig beoordeeld eigenbelang. Aanvankelijk zeer voorzichtig, maar allengs verder ingrijpend, heeft de rechter getracht gans aan de buitenkant enige beperking aan te brengen, ten einde deze egoïstische inslag van het burgerlijk recht te verzoenen met de zich het duidelijkst opdringende sociale eisen.

Vanuit het enig standpunt van de finaliteit van het recht bekeken, is deze ommekeer in het privaatsrecht niet erg belangrijk.

In weerwil van sommige breder luidende formules, waarop hieronder wordt teruggekomen, is het doel dat de uitoefening van een privaatsrecht beperkt, in de overgrote meerderheid der gevallen enig; het kan bovendien enkel op een negatieve wijze worden omschreven: het doel mag niet zijn het louter kwaadwillig schaden van anderen.

In het administratief recht is het finaliteitsbeginsel fundamenteel.

Nooit wordt het doel, waarmee een bevoegdheid kan uitgeoefend worden, bepaald door de drager van die bevoegdheid. En naast één algemeen positief doel, het algemeen belang, is er nagenoeg altijd een bijzonder doel dat moet geëerbiedigd worden, d.w.z. het doel waarvoor de bepaalde bevoegdheid toegewezen is of het doel waarvoor de dienst is ingericht (*but du service*).

Daaruit volgt, dat, wanneer men machtsafwending en rechtsmisbruik op hun concreet toepassingsgebied beschouwt, het verschil tussen de twee theorieën méér is dan een louter kwantitatief verschil, zoals door sommigen wordt beweerd (Chapus, R., *Responsabilité publique et responsabilité privée*, n° 382). Zij verschillen veeleer zoals het essentiële van het bijkomstige verschilt.

61. — Er mag ook niet uit het oog verloren worden dat de rechter over de machtsafwending rekening heeft te houden met gans andere rechtsverhoudingen dan de rechter over het rechtsmisbruik. Eerstgenoemde heeft vóór zich het gebied van de discretionaire macht van de administratie, met op de achtergrond het beginsel van de scheiding der machten; laatstgenoemde bevindt zich vóór een gebied waarmee hij zich bij uitstek vertrouwd voelt, dit van de individuele vrijheid der burgers.

Het is dan gemakkelijk te begrijpen dat de twee begrippen bij hun toepassing tot een zeer verschillende techniek aanleiding hebben gegeven (o.m. ter zake van de beoordeling der feiten, het bewijs), hetgeen dan weer geleid heeft tot verschil in de theorieën.

62. — Een ander verschilpunt spruit voort uit het feit dat de twee theorieën betrekking hebben op categorieën van handelingen die naar hun aard totaal verschillen.

Zo censureert het begrip machtsafwending reeds de louter eenzijdige wilsuiking van de openbare ambtenaar, vanaf het ogenblik dat zij geconcretiseerd wordt in een uitvoerbare akte. De aldus geuite wil heeft immers onmiddellijk rechtsgevolgen voor de burgers.

De eenzijdige wilsuiking van een privaatrechtelijk persoon daarentegen blijft vreemd aan het recht, en het misbruik van recht zal slechts kunnen worden gekeerd in de uitvoering, in de concrete verwezenlijking van de oogmerken.

63. — Tenslotte geven de twee theorieën in de praktijk gewoonlijk, doch niet altijd, aanleiding tot rechtsvorderingen van verschillende aard.

Misbruik van recht geeft nagenoeg altijd aanleiding tot een vordering tot schadeloosstelling.

Opgemerkt dient te worden dat rechtsmisbruik nochtans ook kan gesanc-tioneerd worden met nietigverklaring of ontzegging van rechtsvordering.

Maar deze sancties en andere daarmee verwante, mogen beschouwd worden als een schadeloosstelling in specifieke vorm, aangepast aan de aard van de veroorzaakte schade (zie hierover, Ronse, Jan, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, n^{rs} 432 en volg., blz. 303 en volg.).

De vordering die rechtstreeks gesteund is op machtsafwending kan slechts leiden tot nietigverklaring van een administratieve beschikking.

In het begrip machtsafwending wordt slechts de administratieve beschikking op zichzelf beschouwd, en de vordering tot schadeloosstelling, waartoe een met machtsafwending genomen beschikking aanleiding kan geven, heeft niet de eigenlijke machtsafwending op het oog, maar de schade, die niet noodzakelijkerwijze alleen uit de uitvoerbare met machtsafwending genomen beschikking voortgevloeid is, maar die voortspruit uit gans het optreden van de administratie, dat complex is en omstandigheden kan omvatten die vreemd zijn aan de uitvoerbare beschikking.

64. — Een nieuwere opvatting van het rechtsmisbruik dringt de finaliteitsgedachte in dit begrip naar de achtergrond.

Deze opvatting erkent dat de burgerlijke rechten in beginsel op egoïstische grondslag worden uitgeoefend, maar zij meent dat de idee van het rechtsmisbruik dit beginsel heeft getemperd op grond van een objectief te controleren regel van sociale moraal.

Deze regel, die door de theorie van het rechtsmisbruik rechtsgeldig werd gemaakt, gebiedt bij de uitoefening van een recht in juiste mate rekening te houden met de daarbij betrokken belangen van de medemens.

Deze juiste maat zal verstoord zijn, wanneer men aanzienlijke belangen van anderen opoffert zonder voldoende en rechtmatig persoonlijk voordeel.

Dit zal zeker het geval zijn, wanneer de titularis van een recht handelt met het uitsluitend oogmerk om te schaden, vermits uit zulk een optreden geen enkel voordeel kan getrokken worden, waarvoor men kan uitkomen.

Dit is ook het geval wanneer de titularis van een recht, die tussen verschillende voor hem even nuttige wijzen van zijn recht uit te oefenen, die wijze van uitoefening kiest welke een ander het meest benadeelt.

Dit is nog het geval wanneer de uitoefening van een recht of de wijze van uitoefening wel voordeel oplevert voor de titularis ervan, maar dit voordeel buiten verhouding is tot de schade die er voor anderen uit voortvloeit.

De rechter zal het criterium van geval tot geval toepassen op grond van de objectieve gegevens der zaak.

Deze opvatting werd in Frankrijk verdedigd o.m. door Gény (*Méthode d'interprétation*, eerste uitg., blz. 543).

Zij schijnt vooral in België ingang te vinden (zie Campion, *La théorie de l'abus de droit*, Brussel, 1925, blz. 303; — De Bersaques, A., *L'abus de droit*, noot onder Gent, 20 nov. 1950, *R.C.J.B.*, 1953, 272).

Sommigen schrikken er niet voor terug de subjectieve en de objectieve opvattingen naast elkaar een plaats te geven en aldus de homogeniteit van het begrip in het gedrang te brengen (Meyers, E. M., *o.c.*, blz. 718).

65. — Al kan geredelijk aanvaard worden, dat machtsafwending en rechtsmisbruik aan éénzelfde kerngedachte ontsproten zijn, toch heeft hun respectieve ontwikkeling op zo zeer verschillende gebieden van het recht van stonden aan een diepgaande differentiatie tussen beide theorieën teweeggebracht.

Deze differentiatie werd de laatste tijd geaccentueerd doordat de opvatting die het rechtsmisbruik tracht te verklaren buiten alle finaliteitsgedachte om veld won, en dit begrip poogt te gronden op een verwerking van een ruim beginsel van sociale moraal in de positieve rechtsorde, volgens hetwelk men bij de uitoefening van een recht steeds in billijke mate de belangen van zijn medeburgers moet ontzien.

Er is nochtans een punt waar machtsafwending en rechtsmisbruik elkan- der alleszins blijven ontmoeten : de plaats waar gestreden wordt om de traditionele, strakke, formele grenzen van de handhaving der rechtsorde te doorbreken en het gebied van het recht te verruimen. Beide theorieën zijn de vrucht van zulk een inspanning.

In die zin heeft Stellinga het optreden tegen machtsafwending kunnen noemen « een taak van rechtsvervolmaking of rechtsverfijning » (*Grondtrekken van het Nederlands administratiefrecht*, blz. 195).

(Zie in eenzelfde zin betreffende het rechtsmisbruik : Ronse Jan, *Rechtsvernieuwing - Rechtsverfijning*, R.W., 1951-1952, 293).

66. — Het lijkt niet overbodig er ook even op te wijzen dat machtsafwending wel dient onderscheiden te worden van *wetsontduiking*, een begrip dat met dit van het rechtsmisbruik nauw verwant is.

Al bestaat geen volledige eensgezindheid nopens de verhouding van de twee laatstgenoemde begrippen, toch kunnen zij naar veler mening als volgt onderscheiden worden.

Bij *rechtsmisbruik* wordt een door de wet verleend subjectief recht of subjectieve bevoegdheid ingeroepen, doch wordt de handeling als onrechtmatig beschouwd, niet alleen wegens het nadeel, dat aan andere personen in de uitoefening van hun subjectieve rechten of bevoegdheden wordt toegebracht, maar hoofdzakelijk — althans naar de jongste opvattingen — wegens de bijzondere vorm die de schuld hierbij aanneemt, nl. : hetzij het handelen zonder redelijk belang, hetzij het handelen met een belang, geringer dan dat van hem tegen wie de handeling gericht is, hetzij het handelen met de bedoeling een andere te plagen of te schaden.

Bij *wetsontduiking* geschiedt hetzelfde ten opzichte van het objectieve recht, de wet : enerzijds, wordt beweerd dat men niet anders doet dan het objectieve recht, de wet, toepassen ; anderzijds, wordt de handeling als onrechtmatig beschouwd wegens de uitwerking van deze toepassing ten opzichte van andere wettelijke voorschriften, waarvan het doel of de strekking verijdeld wordt (zie advocaat-generaal Matthijs, J., *Wetsontduiking*, openingsrede vóór het hof van beroep te Gent, R.W., 1955-56, 116 ; — Meyers, E. M., o.c., blz. 709).

67. — Tenslotte weze nog opgemerkt, dat het Franse administratief recht een eigen begrip rechtsmisbruik kent, dat niet mag verward worden met het burgerrechtelijk begrip noch met de machtsafwending.

Bonnard heeft dit begrip gelanceerd in een noot onder Cons. d'Et., 22 november 1929, *Cie des mines de Siguiri* (S., 1930, 3, 17). Het is afgeleid uit het burgerrechtelijk begrip rechtsmisbruik en omvat elk abnormaal of ontijdig gebruik van een recht of een bevoegdheid door de administratie.

Dit begrip is door de *Conseil d'Etat* toegepast geweest op het gebied van de aansprakelijkheid, maar men is er niet in geslaagd het als wettelijkheidsmiddel te doen aanvaarden op het stuk van het vernietigings-contentieux (Odent, *Contentieux*, uitg. 1949-1950, 362 ; — de Laubadère, A., *Traité*, n° 384).

TITEL II

DE MACHTSAFWENDING IN DE RECHTSPRAAK VAN DE HOVEN EN RECHTBANKEN

HOOFDSTUK I

Algemene beschouwingen over de verhouding rechter-administratie

AFDELING I

De houding van de rechter in de schaduw van de scheiding der machten.

68. — De regel van de scheiding der machten, zoals die door de Franse revolutionaire wetgevers werd ontwikkeld, heeft, ten opzichte van de handelingen van de administratie, bij de rechtbanken, zowel in België als in Frankrijk, een terughoudendheid tweegg gebracht, die zij tot op heden niet volledig hebben kunnen afleggen.

Een historisch te verklaren wantrouwen heeft de revolutionaire wetgevers er toe aangespoord het beginsel van de scheiding der machten aan te wenden om de macht van de rechtbanken ten aanzien van de administratie totaal te fnuiken, zelfs daar waar het de uitoefening van hun strikt rechtsprekende bevoegdheid betrof.

Menige wetgevende bepaling getuigt van deze voor de rechterlijke macht uiterst ongunstige geestesgesteldheid.

Wet van 22 december 1789, Sect. 3, artikel 7 :

« Les assemblées de département et de district ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions par aucun acte du pouvoir judiciaire. »

Wet van 16-24 augustus 1790, titel 2, artikel 13 :

« Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, sous peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

Wet van 7-14 oktober 1790 :

« *L'Assemblée nationale décrète*

3° *Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux ; elles seront portées au Roi, chef de l'administration générale* »

Algemeen wordt aangenomen dat deze tekst het fundament geweest is waarop de *Conseil d'Etat*, aanvankelijk een consultatieve raad bij het staatshoofd, zijn rechtspraak inzake de *recours pour excès de pouvoir* heeft opgebouwd.

Het decreet van de Conventie van 26 september 1793 bepaalde dat « *toutes les créances sur l'Etat seront réglées administrativement* ».

Grondwet van 5 fructidor, jaar III, artikel 203 :

« *Les juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ni faire aucun règlement. Ils ne peuvent arrêter ou suspendre l'exécution d'aucune loi, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.* »

Wodon (*Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1920, blz. 9) heeft van deze teksten zeer juist gezegd, dat zij er niet enkel naar streefden aan de rechters elke eigenlijke administratieve handeling of inmenging in de administratie te ontzeggen ; dat ware de scheiding van machten geweest, opgevat als louter practische regel van bevoegdheidsverdeling. Maar men is veel verder willen gaan : door aan de rechtbanken het recht te ontzeggen tussen te komen in de werking van de administratie, heeft men hun willen verhinderen recht te spreken, dus hun eigen rechtsprekende werkrol ten aanzien van de administratie te vervullen.

69. — De eerste reactie tegen deze opvattingen kwam in Frankrijk van de rechterlijke macht zelf. In een arrest van 3 augustus 1810 (*Habitants de La Rochelle*, S., 1809-1811, 1, 224), gewezen op de besluiten van procureur-generaal Merlin, huldigde de *Cour de Cassation* het beginsel van de exceptie van onwettelijkheid.

Dit zuiver rationeel principe ligt besloten in het wezen van de rechterlijke macht zelf (Vander Stichele, A., *Het Toetsingsrecht*, R.T., 1946, 367). Procureur-generaal Merlin, wiens besluiten door het hof volledig bijgetreden werden, toonde dit voor de eerste maal aan. Hij verklaarde dat de rechtbanken de uitvoerende macht slechts in de mate van hun bevoegdheid mogen helpen. De rechtbanken hebben tot taak te waken op de toepassing van de wet. Daaruit volgt dat overtreders van reglementen, die niet vastgesteld zijn ter uitvoering van de wet, niet kunnen gestraft worden. Daardoor belemmert de rechter niet de uitvoering van een administratief reglement ; hij blijft eenvoudig passief.

De onwettige administratieve reglementen blijven bestaan, maar de rechtbank zal de uitvoering ervan niet helpen verzekeren.

Deze reactie werd in Frankrijk gevolgd door die van de wetgever, met de ordonnantie van 1 juni 1828 en de wet van 28 april 1832. Deze wet is het vijftiende lid van artikel 471 van de *Code pénal* geworden, waarop thans nog steeds de exceptie van onwettelijkheid in Frankrijk steunt, en dat luidt als volgt :

« *Article 471. Seront punis ... :*

15° *Ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative, et ceux qui ne se seront pas conformés aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale, en vertu des articles ...* »

70. — In België werd in de eerste plaats, en zeer uitgesproken, gereageerd door de grondwetgever.

In een zeer belangwekkende noot (onder Verbr., 11 juli 1935, *Pas.*, 1935, I, 321) schrijft procureur-generaal P. Leclercq dat de Franse wet aan de administratie een voorrecht en een almacht had geschonken waartegen men in België heeft willen ingaan; en hij staft deze zienswijze met te verwijzen naar de artikelen 78, 67, 107, 24, 92 en 93 van onze Grondwet.

Woton (*o.c.*, blz. 71 en volg.) heeft deze teksten grondig ontleed aan de hand van de parlementaire voorbereiding, en hij heeft op overtuigende wijze aangetoond dat de Grondwet de volledige inereherstelling van de rechterlijke macht heeft beoogd. Onze grondwetgever heeft gewild dat de rechtbanken hun rechtsprekende bevoegdheid ook ten opzichte van de administratie uitoefenen, en dat zij er over waken dat de wet door deze ten volle geëerbiedigd wordt.

Door deze belangrijke grondtrek van ons constitutioneel recht is het probleem van de verhouding rechterlijke macht - administratie in België helemaal anders dan in Frankrijk, waar, alle reacties ten spijt, de revolutionaire wetten in belangrijke mate de grondslag zijn gebleven van het moderne publieke recht.

Nochtans zijn ook in België de opvattingen van het intermediaire recht, ondanks onze Grondwet, tot heden toe in de rechtspraak der rechtbanken blijven nawerken.

AFDELING II. — *Het toetsingsrecht van de rechter.*

71. — Een administratieve handeling kan in de regel niet op een rechtstreekse wijze vóór de rechtbanken aangevallen worden.

Als uitzonderingen op deze regel in België kunnen de artikelen 46 en 47 van het kieswetboek (K.B. 12 aug. 1928) worden aangewezen en artikel 66 van de wetten op de inkomstenbelasting (gecoördineerd bij B. Rgt, 15 jan. 1948).

In veruit de meeste gevallen rijst de vraag van de wettelijkheid van de administratieve regelingen en beschikkingen op vóór de strafrechter, die bevoegd is om na te gaan of de handelingen van de uitvoerende macht, die men hem vraagt toe te passen, wel zijn verricht ter uitvoering van de wet.

Dit toetsingsrecht dat, zoals wij hebben gezien, tot het wezen van de rechterlijke functie behoort, werd zowel in België als in Frankrijk positief-rechtelijk erkend (art. 471, vijftiende lid, van de *Code pénal* in Frankrijk; — art. 107 van de Grondwet in België).

De exceptie van onwettelijkheid kan ook in burgerlijke zaken worden opgeworpen (zie Confl., 16 juni 1923, Septfonds, *S.*, 1923, 3, 49, met noot Hauriou). Doch het onderzoek naar machtsafwending is op dit gebied zo uitzonderlijk dat de burgerrechtelijke rechtspraak gerust mag verwaarloosd worden.

In België kan de machtsafwending ook ingeroepen worden vóór de rechtbanken in een vordering tot schadeloosstelling wegens overheidsdaden.

In Frankrijk behoort dergelijke vordering tot de uitsluitende bevoegdheid van de administratieve rechter.

Steeds geschaduwd door de opvattingen van het intermediair recht, heeft zich een rechtspraak ontwikkeld, die onafgebroken heeft geworsteld met het tweevoudige probleem:

— hoe breed reikt het toetsingsrecht van de rechter, m.a.w. op welke administratieve handelingen slaat het ? (zie Tw. *Scheiding der machten*).

— hoe diep strekt het toetsingsrecht van de rechter, m.a.w. hoever reikt de wettelijkheidscontrole bij het beoordelen van een bepaalde administratieve handeling ?

De eerste vraag is geheel vreemd aan dit onderwerp ; maar het onderzoek naar de machtsafwending is juist de kern van de tweede.

In de twee volgende hoofdstukken zal onderzocht worden welke de concrete gedragslijn geweest is van de Franse en van de Belgische rechter ten opzichte van dit probleem.

HOOFDSTUK II

De Franse rechtspraak

AFDELING I. — *Algemene beschouwingen.*

72. — Indien het juist is dat, zoals sommigen voorhouden (o.m. Beurdeley, M., *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'administration*, blz. 44 ; — Waline, M., *Cours de Doctorat*, Paris, 1948, 1949, blz. 147), de *Cour de Cassation* het eerst de notie machtsafwending heeft gevat en haar aldus de eer van de originaliteit zou toekomen, dan heeft deze gebeurtenis toch geen grote betekenis gehad, omdat zij niet het uitgangspunt van een evolutie geworden is.

In het algemeen gezien heeft het er de schijn naar dat de Franse gewone rechter, met zijn traditioneel ver doorgedreven eerbied voor het principe van de scheiding der machten, het begrip wettelijkheid steeds beperkend heeft opgevat, en dat hij dienvolgens aan artikel 471, 15° van de *Code pénal* geen interpretatie heeft willen geven die voldoende breed was om de controle op de machtsafwending toe te laten.

Aldus lijkt er wel een principiële stelling te zijn, die in de regel de rechter van de controle op de machtsafwending weerhoudt.

Dit wordt door de Franse publicisten nagenoeg eensgezind betreurd (Laferrière, *o.c.*, II, blz. 559 ; — Aubry, blz. 93, met een verklaring getekend L. Rolland en F. Géný ; — Welter, *o.c.*, blz. 194 ; — Waline, *Cours*, blz. 148).

Terecht werd de inkonsekwentie van die auteurs aan de kaak gesteld, welke, zoals Welter (*o.c.*, blz. 193), weigeren in de machtsafwending een element van de wettelijkheid te zien, en anderzijds de houding van de gewone rechter critiseren. Indien de controle op de machtsafwending geen wettelijkheidscontrole is, is de omhouding van de gewone rechter voorzeker gerechtvaardigd.

In tegenstelling met Welter heeft Hauriou de logische gevolgtrekkingen uit zijn leer afgeleid en is deze auteur van oordeel dat alleen de *Conseil d'Etat* bevoegd is om van het middel der machtsafwending kennis te nemen (zie desaangaande Pelletier, C., *L'appréciation de la légalité des actes administratifs, par le juge répressif*, blz. 143).

73. — Tegenover die in het algemeen afwijzende houding, ingegeven door principiële bezwaren, staan uitzonderingsgevallen, waar de rechtspraak meestal schijnbaar, zeer zelden in werkelijkheid, van haar gedragslijn is afgeweken.

Zo geeft een overzicht van deze rechtspraak vaak een indruk van labiel evenwicht.

Hierdoor zijn de verbazend scherpe tegenstellingen te verklaren, die wij in de uitspraken van sommige auteurs aantreffen.

Zo lezen wij bij Réglade, M. (*L'exception d'illégalité en France, Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1923, 415):

« Du moment qu'on décide que le contrôle de la légalité des actes administratifs par les tribunaux judiciaires n'est pas contraire au principe de la séparation des autorités, on ne doit pas faire de différences entre les diverses violations de la légalité: les arguments qui valent pour les autres, valent pour le détournement de pouvoir. Aussi les tribunaux judiciaires se sont-ils engagés dans cette voie. »

Een zelfde zienswijze, hoewel meer genuanceerd, vinden wij weer o.m. bij Beurdeley (*o.c.*, blz. 39).

Alibert daarentegen schrijft (1929, blz. 254):

« Par une coïncidence curieuse, la Cour de Cassation, qui n'applique pas la théorie du détournement de pouvoir, a statué le même jour en sens contraire dans une espèce absolument identique ».

74. — Op het eerste gezicht is men geneigd, dergelijk verschijnsel toe te schrijven aan een te haastig besluiten na een slechts fragmentarisch onderzoek van de gevallen.

Voor wie nader toeziet wordt het nochtans duidelijk dat de verklaring dieper ligt, en dient te worden gezocht in fundamenteel uiteenlopende opvattingen over het begrip machtsafwending zelf.

De stelling volgens welke de *Cour de Cassation* de machtsafwending doorgaans heeft gecontroleerd, berust op een te ruime opvatting van het begrip. Volgens deze opvatting behoort een schijn van regelmatigheid niet tot de essentie van dit begrip, en is het niet vereist dat de rechter de drijfveren van de auteur van de akte werkelijk moet achterhalen.

De handeling, die zelf haar onregelmatigheid uitstalt, zodat de rechter ze zo kan sanctioneren bij een eenvoudige lezing van de tekst waarin ze ingekleed is, zou eveneens verricht zijn met machtsafwending zodra maar kan worden gezegd dat de onregelmatigheid in een miskenning van het doel der wet bestaat.

Wanneer gezegd wordt dat de gewone rechter de machtsafwending heeft gesanctioneerd, worden meestal dergelijke gevallen bedoeld. Deze gevallen liggen buiten een ten volle verantwoord begrip van de machtsafwending.

Welter (*o.c.*, blz. 208) had daar reeds de aandacht op gevestigd:

« il reste que, dans la presque totalité des cas dans lesquels les tribunaux judiciaires se verraient contraint de se livrer à un examen spécial des motifs d'un acte administratif pour en découvrir le vice, l'autorité judiciaire refuse de tenir compte du détournement de pouvoir. En tous cas, rien ne prouve qu'elle ait vraiment eu conscience d'appliquer cette théorie. »

AFDELING II. — *Overzicht van de rechtspraak.*

§ 1. — **GevalLEN waarin de machtsafwending niet werd gesanctioneerd.**

75. — De *Cour de Cassation* onderzoekt enkel of de administratieve handelingen uiterlijk gezien binnen het object van de bevoegdheid vallen van de overheid die ze verricht heeft. Zij verwaarloost of weigert na te gaan of ze niet genomen werden om een doel te dienen dat buiten het algemeen belang ligt.

76. — In sommige gevallen ziet de *Cour de Cassation* het middel van de machtsafwending eenvoudigweg over het hoofd.

Een gemeenteverordening, die alle muziekmaatschappijen van de gemeente verbiedt, in groep uit te gaan en in het openbaar te spelen op het grondgebied van de gemeente zonder voorafgaande toelating van de burgemeester, wordt als regelmatig aangezien, « *cette réserve ne comportant aucune restriction, l'autorisation peut être obtenue par chaque société musicale* » (Cass. fr., 12 nov. 1887, Cadieu, S. 1888, 1, 137).

Waar de belanghebbenden het willekeurig karakter van de maatregel aankloegen, glijdt het hof in zijn motivering langs de kern van de zaak heen wanneer het vaststelt dat de maatregel de objectieve wettelijkheid geen geweld aandoet. De voorgebrachte middelen liggen elders, en om deze middelen afdoende te beantwoorden en terzelfder tijd de geboden onderzoeksmogelijkheden uit te putten, had het hof tevens de regelmatigheid van de doelstelling der administratieve overheid moeten nagaan.

Het hof had dan in zijn arrest kunnen laten uitkomen dat het niet bewezen was dat deze overheid zich had laten leiden door oogmerken, vreemd aan de handhaving van de openbare orde en rust.

77. — De opvatting, dat een algemene verbodsmaatregel, waarvan al de betrokkenen ontheffing kunnen bekomen met een bijzondere toelating, niet als willekeurig kan worden beschouwd, vinden wij meer impliciet uitgedrukt in talrijke arresten weer (zie o.m. Cass. fr., crim., 11 april 1889, Quoniam en cons., S., 1889, 1, 492 ; — Cass. fr., 28 nov. 1896, Letendre, S., 1897, 1, 303).

Deze arresten getuigen van een niet-willen-kennen van het begrip machtsafwending. In werkelijkheid werd in al die gevallen aan het hof gevraagd uit te maken of de administratieve overheid bij het treffen van de gewraakte maatregelen zich wel door beschouwingen van algemeen belang had laten leiden.

Als enige voorwaarde voor de regelmatigheid van de hier bedoelde administratieve verbodsmaatregelen stelt het hof dat de bijzondere toelating, die de overheid voorschrijft, door elke betrokkene zonder onderscheid kan bekomen worden. Volgens de stelling van het hof sluit de algemeenheid van de maatregel elke mogelijkheid van willekeur uit (vgl.: Cons. d'Et., 5 april 1889, Société philharmonique de Marans, S., 1891, 3, 48).

78. — Een impliciete doch afdoende veroordeling van dergelijke kortzichtige stelling vinden wij in een later arrest van de *Cour de Cassation* zelf (12 dec. 1908, Gascon, S., 1909, 1, 61). Na de formulering van de bedoelde stelling treffen wij in dit arrest de volgende beschouwing aan : « zelfs het misbruik en vexatoir gebruik (*l'usage même abusif et vexatoire*) van deze verordening, namelijk wanneer de burgemeester tot viermaal toe systematisch en ongemotiveerd weigert aan de directeur van een muziekmaatschappij toelating te verlenen, kan niet tot gevolg hebben dat de betrokkenen zouden gerechtigd zijn de verordening te overtreden ; het beroep wegens machtsoverschrijding staat trouwens voor hen open bij de bevoegde overheid ; de politierechter mag de toepassing van dit reglement niet weigeren op een wegens overtreding vervolgd persoon. »

Hier wordt dus onomwonden erkend dat de controle op de strikte wettelijkheid, zoals die altijd opgevat werd, geen voldoende bescherming biedt tegen administratieve willekeur.

De *Cour de Cassation* heeft hier heel duidelijk de mogelijkheid van machtsafwending onder ogen gezien en heeft zelfs laten doorschemeren dat deze hier waarschijnlijk aanwezig was, maar laat onmiddellijk daarop volgen, zonder enige principiële beschouwing, dat de beoordeling van de machts-

afwending buiten de bevoegdheid van de gewone rechter valt. De belanghebbenden wordt bovendien te verstaan gegeven dat de enige bevoegde overheid de *Conseil d'Etat* is (zie in dezelfde zin: Cass. fr., 5 mei 1905, Méresse, S., 1908, 1, 203 en 9 jan. 1914, Carpentier, *Rec. Dall.*, 1916, 1, 184).

79. — De *Cour de Cassation* weigert in algemene regel de onwettelijkheid te erkennen van gemeentelijke verordeningen, die, onder de dekmantel der politiebevoegdheid, in werkelijkheid de plaatselijke financiële en economische belangen nastreven.

Op dit gebied treedt het verschil in opvatting tussen de administratieve en de gewone rechtspraak zeer duidelijk aan het licht.

De *Cour de Cassation* onderzoekt niet of de administratieve handelingen verricht werden in overeenstemming met het bijzonder doel waaraan de wetgever de uitgeoefende bevoegdheid heeft verbonden.

Zij controleert enkel de bevoegdheid *stricto sensu*, en zodra wordt vastgesteld dat de gewraakte maatregel binnen het object van de toegekende bevoegdheid valt, acht zij haar controle geëindigd, en wordt de maatregel wettelijk geacht.

80. — Een arrest (Cass. fr., 24 dec. 1880, Le Moal, S., 1881, 1, 435) verklaart wettelijk het verbod dat werd opgelegd enerzijds aan de marskramers, hun waren op de marktdagen elders te verkopen dan in de hallen, en anderzijds aan de inwoners, hun inkopen elders te doen dan op de markt, hetzij op de openbare weg hetzij zelfs te hunnen huize, terwijl toch duidelijk bleek dat deze maatregel enkel was genomen met het doel de belanghebbenden te verplichten standgeld te betalen en zo het inkomen van de gemeente te vermeerderen. Het arrest kijkt over het nagestreefde doel heen en aanvaardt de wettelijkheid der betwiste bepalingen, daar « *elles rentrent dans les objets que la loi du 24 août 1790 a confiés à la surveillance de l'autorité municipale* ».

81. — In het arrest Salled en cons. (8 maart 1928, *D.H.*, 1928, 239) heeft de *Cour de Cassation* nogmaals als regelmatig aangenomen een gemeenteverordening, waarbij elke verhandeling, verkoop of aankoop van koopwaar buiten de openbare markt verboden werd. Volgens artikel 97 van de wet van 5 april 1884, aldus het hof, valt elke regeling betreffende het houden van markten en de plaatsen waar zij mogen worden gehouden onder de bevoegdheid van de gemeentepolitie, aldus is het gemeentereglement, dat overtreden werd, genomen binnen de perken van de politiebevoegdheden van de burgemeester.

82. — Het arrest Bournac (31 jan. 1890, S., 1892, 1, 283) gaat nog verder, en bevestigt de bindende kracht van een gemeenteverordening die verbiedt in de gemeente in te voeren vlees van dieren, die niet in het gemeentelijk of in een ander openbaar slachthuis waren geslacht. Dergelijk reglement, aldus het hof, dat naar luid van zijn eigen motivering er toe strekt de gezondheid van het ingevoerde slachtvlees te waarborgen, is uit zichzelf wettelijk en verbindend (*est « par elle-même » légale et obligatoire*), daar het als politietiemaatregel binnen de wettelijke bevoegdheid van de gemeenteoverheid valt. Deze maatregel kan zijn eigen aard niet verliezen, zelfs al ware het uitgemaakt dat hij onrechtstreeks tot voorwerp heeft het innen van slachthuistaksen te bevorderen (Vergelijk het arrest Carville en de andere arresten van de Cons. d'Et., verder in n° 146).

83. — De ogen sluitend voor de werkelijke motieven van de administratieve handelingen heeft de *Cour de Cassation* hier eens te meer de kern van de zaak onbesproken gelaten. De vraag was niet te weten of er een middellijk voorwerp of gevolg was verbonden aan het reglement, maar wel of de wettelijkheid ervan niet aangetast was door het feit dat de

vermeerdering van de gemeenteinkomsten er het enige oogmerk van geweest was; had de gemeenteoverheid dan niet gebruik gemaakt van haar bevoegdheden buiten het door de wet gestelde doel? (Zie in dezelfde zin Cass. fr., 12 nov. 1864, Stréby, S., 1866, 1, 271; — *ibid.*, 19 juli 1889, Trémel, S., 1890, 1, 190; — *ibid.*, 10 juli 1890, Chevillon et Dano, S., 1892, 1, 46; — *ibid.*, 27 dec. 1890, Roussel, Grosdidier et Jaffré, S., 1891, 1, 495; — *ibid.*, 1 dec. 1934, Planche, S., 1935, 1, 313).

84. — Een reglement van de burgemeester van Biarritz van 1 augustus 1904 legde de baders verbod op zich uit of aan te kleden op het strand, op de klippen of op om het even waar elders dan in de gemeentelijke badinstellingen.

Vóór de *Cour de Cassation* werd opgeworpen dat dit reglement niet was vastgesteld met het oog op de openbare orde of de goede zeden, maar met het doel rechtstreeks of onrechtstreeks de financiële belangen van de gemeente te behartigen.

In het arrest Beaugé (6 juni 1924, *Gaz. Pal.*, 1924, 2, 231) antwoordde het hof dat het bedoeld reglement « *renferme des dispositions propres à assurer le bon ordre et la décence sur les plages de Biarritz réservées pour les bains de mer; que ces dispositions, édictées par l'autorité municipale dans la limite de ses pouvoirs, ont été prises légalement; qu'il suit de là que le moyen n'est pas fondé.* »

Opnieuw wordt in dit arrest zelfs geen toespeling gemaakt op de mogelijkheid van een machtsafwending, die door de beroeper was voorgehouden. (Hetzelfde reglement werd nietigverklaard door de *Conseil d'Etat*, bij arrest van 4 juli 1924, *Gaz. Pal.*, 1924, 2, 236).

85. — De meest schrille tegenstelling met de administratieve rechtspraak treffen wij aan op het gebied van de reglementering in verband met de godsdienstige plichtigheden in het openbaar. Talrijk zijn de arresten die de door de wet gestelde straffen toepasselijk verklaren op overtredingen van louter vexatoire reglementen.

Bij reglement van 1 september 1906 verbood de burgemeester van Sens alle godsdienstige manifestaties op de openbare weg, en meer in het bijzonder degene die tot dan plaats hadden bij begrafenissen.

De *Cour de Cassation* stelt in haar arrest van 26 april 1907 (abbés Olivier et Rouch, S., 1909, 1, 59) vast dat dergelijke bepaling wegens haar voorwerp onder de bevoegdheid van de gemeenteoverheid valt; dat zij immers tot doel heeft de politie van de openbare weg inzake begrafenissen en godsdienstige plichtigheden. Geen enkele wetsbepaling, aldus vervolgt het arrest, verplicht de gemeenteoverheid uitdrukkelijk te vermelden dat het reglement werd vastgesteld om de goede orde te verzekeren; het volstaat dat dit voorwerp blijkt uit de aard van zijn bepalingen.

Tenslotte verwerpt het hof, en wel uitdrukkelijk ditmaal, elk onderzoek betreffende de inhoud van de beraadslaging van de gemeenteraad, die aan de kwestie was gewijd, en waaruit, volgens het vonnis van de politierechtbank, de machtsafwending bleek; het is overbodig, aldus het hof, de draagwijdte daarvan te onderzoeken.

In een tweede arrest abbés Olivier et Rouch (28 febr. 1908, S., 1909, 1, 59), gewezen na vonnis op verwijzing, heeft de *Cour de Cassation* haar stelling gehandhaafd en opnieuw vernietigd (zie ook Cass. fr., 23 nov. 1906, abbé Corcuff, S., 1907, 1, 479; — *vgl.*: Cons. d'Et., 12 febr. 1909, Olivier, S., 1909, 3, 34 met besl. M. Chardinet).

H. Welter (*o.c.*, blz. 363) betreurt dat het hof de bijzonder geschikte gelegenheid, geboden bij het verbod van de uitoefening van traditionele ceremoniën van de katholieke godsdienst, niet heeft te baat genomen om zijn formules enigszins te versoepelen, daar de strakke toepassing er van in sommige gevallen wordt tot een ware bespotting van het gezond verstand.

86. — De *Cour de Cassation* heeft een identieke houding aangenomen tegenover een gemeentereglement, waarbij verboden wordt de klokken te luiden (Cass. fr., 19 dec. 1908, Ragot, S., 1909, 1, 57). In de zaak abbé Pire (7 jan. 1910, S., 1910, 1, 472) heeft zelfs de overweging dat het in de gemeente sinds onheuglijke tijden

een gebruik was de klokken te luiden na vijf uur 's avonds het hof er niet kunnen toe bewegen het vonnis te verbreken, dat de betichte had veroordeeld wegens overtreding van het reglement van de *maire*, waarbij het luiden der klokken na vijf uur 's avonds van 1 oktober tot 31 maart werd verboden.

87. — In algemene regel is het hof tot op heden aan zijn rechtspraak trouw gebleven.

Een bijzonder sprekende uiting daarvan vinden wij in het arrest Caubel (Cass. fr., 12 jan. 1939, *D.H.*, 1939, 166). Het hof gaat hier zo ver de feiten onder ogen te nemen en het willekeurig optreden van de administratie niet te ontkennen, maar anderzijds zeer duidelijk te verklaren dat machtsafwending geen machtsoverschrijding is. De controle daarop is een zuivere feitenkwestie, een opportuniteitsvraag, en niet een rechts- of legaliteitsvraag.

Een zuiver willekeurig optreden van de administratie brengt de wettelijkheid niet in het gedrang; daaruit vloeit enkel voort *une gêne*.

Duidelijker werd het standpunt wel nooit uitgedrukt en de engheid er van kwam nooit zo helder aan het licht.

Hetzelfde standpunt treffen we aan in een reeks arresten Ville de Lyon (22 nov. 1935, *Gaz. Pal.*, 1935, 2, 904; — 23 febr. 1938, *Gaz. Pal.*, 1938, 1, 576).

88. — Het wekt geen verwondering dat deze zo lang gevestigde rechtspraak van de *Cour de Cassation* doorgaans wordt gevolgd door de hoven van beroep en de lagere rechtbanken.

Zo verklaarde het hof te Rouen zich in een arrest van 21 mei 1952 (*Rec. Dall.*, 1953, *Somm.*, 17) onbevoegd om het middel van machtsafwending te beoordelen.

De politierechtbank van Châlons-sur-Marne had de wettelijkheid te beoordelen van een besluit van de prefect waarbij verboden werd op de openbare weg om een « *vote pour la paix* » te verzoeken.

In haar vonnis van 7 december 1949 (*Gaz. Pal.*, 1950, 1, 65) besliste zij: « *Attendu, toutefois, qu'il est de jurisprudence constante que les arrêtés réglementaires n'ont pas besoin d'être motivés pour être réguliers; que, partant, des motifs erronés ne les vicient pas à l'égard de l'autorité judiciaire, incompétente pour apprécier le détournement de pouvoir;* »

Volgens het *tribunal correctionnel de la Seine* (27 maart 1950, *Gaz. Pal.*, 1950, 1, 277) is het plegen van machtsafwending wel een misbruik, maar blijft het niettemin de wettelijke uitoefening van een bevoegdheid.

De beperkende opvatting van de wettelijkheid treffen wij dus aan tot in de meest recente beslissingen van alle instanties der rechterlijke macht.

§ 2. — Bedekte toepassing van het principe der machtsafwending.

89. — In vele gevallen waar de *Cour de Cassation* de theorie van de machtsafwending in feite wel toepast, wordt niet alleen angstvallig vermeden de term te vernoemen, maar er wordt bovendien naar gestreefd elke formulering te vermijden welke aan het begrip zelf zou kunnen doen denken.

Vaak worden omslachtige formules aangewend om de indruk te wekken dat men niet buiten de controle op de strikte wettelijkheid gaat.

Een treffend voorbeeld daarvan biedt het arrest Ricard, Gullet et cons. (19 april 1890, *S.*, 1892, 1, 425).

De burgemeester van de gemeente Robion had aan één van de twee in de gemeente gevestigde muziekmaatschappijen verboden in de gemeente in het openbaar te spelen, daarbij als beweegreden inroepend dat dit wanordelijkheden zou kunnen uitlokken.

De *Cour de Cassation* aanvaardt de exceptie van onwettelijkheid :

« ... attendu que, si les arrêtés municipaux, généraux de leur nature, peuvent exceptionnellement contenir des prohibitions particulières applicables seulement à certaines personnes déterminées, c'est lorsque l'objet à régler n'est susceptible que d'une mesure individuelle ; ... ».

Dit is niet het geval voor de reglementering van het uitgaan van muziekmaatschappijen, vervolgt de motivering, en men kan aan de burgemeester niet de arbitraire bevoegdheid toekennen om, onder voorwendsel de orde te verzekeren, de toegang tot de openbare weg te ontzeggen aan één bepaalde maatschappij, terwijl de andere vrije toegang hebben. Het hof ziet dus de onwettelijkheid in de individuele draagwijdte van de verbodsmaatregel, dan wanneer naar zijn mening het voorwerp der reglementering niet vatbaar was voor een individuele maatregel (*vgl.*: *Cass. fr.*, 23 febr. 1889, *Rendu, S.*, 1889, 1, 344).

90. — Het valt op dat men hier staat voor een vrij gekunsteld onderscheid. Kan zo bij wijze van algemene regel bevestigd worden dat een bepaald gebied, aan reglementering onderworpen, naar zijn voorwerp al dan niet vatbaar kan zijn voor een individuele reglementering? Kan, *in abstracto* gezien, bevestigd worden dat een reglement van de burgemeester, waarbij uitgaansverbod aan één enkele muziekmaatschappij opgelegd wordt om redenen welke betrekking hebben op de handhaving van de rust en de goede orde in de gemeente, te allen tijd onwettelijk zal zijn? Zeer zeker niet. Een strikte toepassing van de stelling van de *Cour de Cassation* verplicht nochtans tot een positief antwoord. Klaarblijkelijk heeft het hof in werkelijkheid vastgesteld dat elke speciale beweegreden, die de individuele beslissing zou kunnen rechtvaardigen hebben, ontbrak, zodat daaruit volgde dat de gewraakte beslissing een doel nastreefde, dat vreemd was aan dat van reglementeringsbevoegdheid van de burgemeester en aan elke goede administratie.

In zijn overdreven ijver om elke zweem van inmenging in de administratieve functie te vermijden heeft het hof echter zijn motivering zo gesteld dat zij enkel aan een onderzoek van de externe wettelijkheid zou doen geloven.

H. Welter (*o.c.*, blz. 198) zegt zeer gevat dat het hof, gedreven door zulke bekommernissen: « ... a essayé de ventiler le contenu des pouvoirs appartenant au maire en matière d'interdiction de sorties de sociétés, afin de découvrir, sans entrer dans l'appréciation des motifs, le vice de la mesure administrative enfreinte par le délinquant. » Aldus kwam de *Cour de Cassation* ertoe, in plaats van haar arrest impliciet of expliciet te motiveren op de machtsafwending (die zij in feite toch onderkend heeft), een beweegreden te formuleren, welke, alles wel beschouwd, niets méér inhoudt dan een aanwijzing van machtsafwending (*vgl.* *Cons. d'Et.*, 1 juli 1898, *Société la Seynoise, S.*, 1900, 3, 86).

91. — In andere gevallen aanvaardt de *Cour de Cassation* de exceptie van onwettelijkheid op grond van de overweging dat aan personen of groeperingen, die zich in dezelfde voorwaarden bevinden een ongelijke behandeling werd opgelegd, en dat daardoor inbreuk werd gepleegd op het beginsel van de gelijkheid voor de wet of op een of andere fundamentele vrijheid.

Een gelijkaardige strekking tekent zich af in de huidige rechtspraak van de *Conseil d'Etat* (zie verder, n^o 172).

Een karakteristiek voorbeeld daarvan is het arrest Frébourg (26 juli 1890, *S.*, 1892, 1, 46).

Een gemeentereglement, dat aan de beenhouwers van de gemeente verbiedt vlees te verkopen van dieren die niet in het gemeentelijk slachthuis zijn geslacht, en aan de beenhouwers-marskramers toelaat dit wel te doen mits sanitaire controle, wordt onwettelijk verklaard op grond van de volgende motivering:

« *attendu qu'en refusant aux bouchers de la ville, en dehors de toute préoccupation de salubrité publique, le droit qu'il conserve au profit des forains, le règlement susvisé, dans la disposition qui a servi de base à la poursuite, contient, au préjudice des premiers, une atteinte aux principes de la liberté du commerce et de l'égalité devant la loi ...* ».

Opmerkenswaard is het dat het hof terloops vermeldt dat de gewraakte maatregel genomen werd « *en dehors de toute préoccupation de salubrité publique* ».

In de eerste plaats toch is het arrest gemotiveerd op het begrip van de strikte wettelijkheid, en de overweging « *en dehors de toute préoccupation de salubrité publique* » wordt er slechts bijgehaald om wel te doen uitschijnen dat het verschil in de behandeling door niets gerechtvaardigd was.

Niets laat toe te bevestigen dat de *Cour de Cassation* hier een uitgesproken toepassing heeft gedaan van het beginsel der machtsafwending. Wel is dit arrest hierdoor beter gemotiveerd dan het vroeger geciteerde Ricard en cons., en deze motivering doet goed het oppervlakkige van de stelling aan het licht komen. De overtuiging dat inbreuk werd gepleegd op het beginsel der gelijkheid voor de wet steunt niet op de loutere vaststelling dat een verschillende behandeling werd opgelegd, maar in de eerste plaats op een voorafgaande appreciatie van de motieven, en het daaruit volgend inzicht dat deze behandeling een doel nastreeft, dat buiten de wet ligt.

§ 3. — Toepassing van het principe der machtsafwending met een beperkt gevolg.

92. — Soms omzeilt de *Cour de Cassation* het middel der machtsafwending door te aanvaarden dat de gewraakte maatregel wettelijk is, maar dat hij niet het karakter heeft van een politiereglement, dat gesanctioneerd wordt door artikel 471, 15°, van de *Code pénal*.

In die gevallen verklaart de *Cour de Cassation* de handelingen van de gedecentraliseerde overheden, waarin het een machtsafwending heeft onderkend, zonder strafsanctie, maar betwist de wettelijkheid er van niet.

Deze rechtspraak wordt het meest aangetroffen waar politiereglementen met een zuiver fiscaal doel vastgesteld werden (zie aldus Cass. fr., 22 maart 1883, *Rec. Dall.*, 1884, 1, 47; — *ibid.*, 29 okt. 1896, *Rec. Dall.*, 1898, 1, 26; — *ibid.*, 26 jan. 1924, Soc. Michelin et autres, *D. H.*, 1924, 165; — *ibid.*, 11 juli 1928, Sargès, *D.H.*, 1928, 480).

Een recente toepassing er van vinden wij in het arrest Daromat (11 jan. 1951, S., 1952, 1, 81, met noot Hugueney, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1951, 478, met noot Waline).

De politierechtbank van Valence had een prefectoraal besluit onwettelijk verklaard, waarbij de bijdragen werden vastgesteld die door de zaaluitbaters voor de inrichting van de ordedienst in de kinema's moesten worden gestort. De politierechter had dit besluit onwettelijk verklaard omdat het een niet bij de wet voorziene geldinning oplegt. De *Cour de Cassation* oordeelt dat dit motief niet opgaat vermits het besluit eenvoudig de wetbepalingen vermeldt waarop het steunde. Doch anderzijds oordeelt het hof dat dezelfde rechter terecht heeft gezegd dat de gewraakte bepalingen zonder strafsanctie waren, daar de sancties bepaald bij artikel 471, 15°, van de *Code pénal* slechts de politiereglementen betreffen, die vastgesteld werden om de openbare orde, rust en gezondheid te verzekeren, en niet die besluiten, welke een financieel of fiscaal object hebben.

De *Cour de Cassation* komt dus tot hetzelfde resultaat als de politierechtbank, maar langs verschillende motieven.

Volgens de stelling van de rechtbank is het besluit zonder sanctie omdat het onwettelijk is; volgens de opvatting van het hof is het wettelijk, maar zonder sanctie omdat het geen politiereglement is zoals bedoeld door artikel 417, 15° van de *Code pénal*.

De opgelegde geldelijke bijdragen waren inderdaad bij de wet bepaald, doch daaruit volgt niet dat het prefectoraal besluit wettelijk was, want de prefekt had machtsafwending gepleegd met zijn politiebevoegdheid aan te wenden voor een doel dat vreemd was aan het behoud van de openbare orde, en bovendien afwending van procedure met strafsancities te bepalen voor besluiten, waaraan elke strafsancie vreemd moest blijven.

Om het geoorloofd wettelijk doel te bereiken had de prefekt andere middelen moeten aanwenden: een contract, of een besluit met louter burgerlijke sancties, maar in geen geval een politiereglement gesanctioneerd overeenkomstig artikel 417, 15° van de *Code pénal* (zie Pelletier, C., o.c., blz. 131).

§ 4. — Uitzonderingsgevallen.

93. — Heeft de rechtspraak van de rechterlijke macht het beginsel der machtsafwending dan nooit wel te onderkennen in toepassing gebracht?

Vaak wordt tot staving van een bevestigend antwoord het arrest Bazin (Cass. fr., 29 okt. 1896, S., 1897, 1, 247) aangehaald.

(Zie o.m. Réglade, M., *L'exception d'illégalité en France*, Rev. Dr. Publ. Sc. Pol., 1923, 415).

Een gemeentereglement, waardoor de gemeente-overheid de uitvoering van een overeenkomst met een concessiehoudende maatschappij voor waterbedeling wilde verzekeren, verbood de inwoners van de gemeente die meer dan 500 fr. huishuur betaalden zich te bevoorraden aan de straatfontein.

De *Cour de Cassation* aanvaardde de exceptie van onwettelijkheid:

« *Attendu que cet arrêté est étranger à la salubrité publique et qu'il a un but exclusivement fiscal en ce qu'il tend à l'augmentation des abonnements à la compagnie concessionnaire des eaux en régie, intéressée avec la ville, et qu'ainsi le dit arrêté n'a pas été pris dans un intérêt de police.* »

De bewoordingen van het arrest schijnen voorzeker de zienswijze, volgens welke hier een toepassing van het beginsel der machtsafwending werd gedaan, in het gelijk te stellen.

Wij kunnen nochtans deze zienswijze niet bijtreden, daar de gemeente-overheid ter zake op een al te openlijke wijze haar macht had overtreden. Door de omstandigheid dat het verbod enkel werd opgelegd aan de inwoners die een bepaalde huishuur betaalden bleek bij eenvoudige lezing van het reglement dat het niet een maatregel tot vrijwaring van de openbare gezondheid tot voorwerp had en dat het dus niet in de uitoefening van de gemeentelijke politiebevoegdheid was vastgesteld (zie boven, n^{rs} 43 en 50, en ook verder, n^r 104).

In weerwil van de bewoordingen van het arrest staan we hier geenszins vóór een specifiek geval van machtsafwending (zie Welter, o.c., blz. 208).

94. — Bij het lezen van een recenter arrest, waarvan eveneens werd beweerd dat het een toepassing van het beginsel der machtsafwending inhield (Pelletier, C., o.c., blz. 132), komt men tot dezelfde vaststelling.

Het betreft hier het arrest Becker van 16 april 1935 (*D.H.*, 1935, 319), dat luidt als volgt :

« *Attendu que B. a, conformément à l'arrêté municipal, adressé au maire une demande d'autorisation de construire; que ... le magistrat municipal a répondu par un refus, motif pris de ce que l'autorisation ne pouvait être accordée, avant que la question d'évacuation des eaux « usées » de la fabrique n'eût été réglée définitivement; ».*

Er kan hier weer vastgesteld worden dat de gewraakte beslissing niet onder de dekmantel van de politiebevoegdheid werd genomen ; maar dat zij zelf een flagrante usurpatie van macht ten toon spreidt.

95. — Indien de *Cour de Cassation* het beginsel van de machtsafwending ooit werkelijk heeft toegepast, dan is het waarschijnlijk slechts geweest binnen een wel bepaald gebied, nl. ter zake van intrekking van wegvergunningen.

Op dit gebied heeft het hof, duidelijk afwijkend van zijn traditionele rechtspraak, een breed begrip van de wettelijkheid gehuldigd door te aanvaarden dat een wegvergunning enkel mocht worden ingetrokken met als doel het behoud in de bescherming van het openbaar domein.

Deze rechtspraak treffen we aan in de arresten Colette, 27 juli 1893 en Raoul Jay, 3 oogst 1893 (beide *Rec. Dall.*, 1894, 1, 197), Goret, 25 oktober 1900 (*S.*, 1903, 1, 303), alsook in een arrest van 31 december 1903 (*Rev. gén. d'adm.*, 1904, II, 307).

Zo vinden wij in het arrest Goret de volgende kenschetsende formulering :

« *... le maire n'a point agi, soit dans l'intérêt de la voirie, soit dans un intérêt public et de police, mais dans l'intérêt privé de la commune, et que, par suite, l'usage qu'il a fait de ses pouvoirs n'est pas conforme au but en vue duquel ils lui sont conférés ... ».* En om tot dit besluit te komen, heeft het hof zich laten leiden door vaststellingen buiten de tekst van de akte.

Toch heeft Welter (*o.c.*, blz. 214) hierbij aangestipt dat de machtsafwending zeer gemakkelijk kon worden achterhaald, zonder dat het nodig was de motieven van de administratieve handeling in detail te doorgronden. Hoewel deze rechtspraak merkwaardig is, blijkt zij dus toch niet opvallend afbreuk te doen aan het beginsel van de scheiding der machten, zoals dit door de gewone rechtbanken traditioneel werd opgevat.

96. — Het is opmerkenswaardig dat juist in de gevallen waarin de *Cour de Cassation* uitzonderlijk de machtsafwending heeft gesanctioneerd de rechtspraak van de *Conseil d'Etat* anders luidt (zie Welter, *o.c.*, blz. 216).

Het hoog administratief rechtscollege heeft er rekening mede gehouden dat de intrekkingen waren geschied om zich naar het gezag van gewijsde te schikken ofwel om veroordelingen tot zware en blijvende schadevergoeding te vermijden.

Zo is de *Conseil d'Etat* er toe gebracht geweest het beginsel te vestigen dat :

« *si en règle générale les permissions de voirie, bien que précaires et révocables, ne peuvent être retirées lorsque l'intérêt de la sécurité ou de la circulation n'en font pas une obligation, il doit en être autrement lorsque, au lieu de concerner de simples particuliers, ces permissions sont accordées en vue de favoriser des entreprises dont le maintien aurait pour effet d'engager la responsabilité pécuniaire des communes ou de consacrer une situation inconciliable avec l'autorité de la chose jugée.* » (*Cons. d'Et.*, 27 dec. 1901, Pécard, *S.*, 1902, 3, 33, aangehaald Beurdeley, *o.c.*, blz. 83).

HOOFDSTUK III

De Belgische rechtspraak

AFDELING I. — *Algemene beschouwingen.*

97. — Luidens artikel 107 van de grondwet passen de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen slechts toe voor zover zij met de wetten overeenkomen.

Deze bepaling is zo algemeen mogelijk gesteld, en uit de voorbereidende werkzaamheden van het Nationaal Congres blijkt bovendien dat een amendement werd verworpen strekkende tot vervanging van de woorden *non conforme aux lois* door *contraire aux lois*, hetgeen het aan de rechtbanken opgelegd verbod ongetwijfeld zou hebben verzacht, en plaats gelaten voor zekere onderscheidingen (Huyttens, II, blz. 483).

Anderzijds werd nooit beweerd dat het aanwenden van een bevoegdheid tot een doel waarvoor zij niet was toegekend een handelen zou zijn overeenkomstig de wetten (Wodon, L., *o.c.*, blz. 105).

En toch heeft de Belgische rechter de machtsafwending doorgaans niet gesanctioneerd.

In zijn mercuriale van 15 september 1939 getiteld « *Le Conseil d'Etat et le pouvoir judiciaire* » heeft procureur-generaal R. Hayoit de Termicourt de oorzaken nagevorst van deze enigszins paradoxale houding van onze rechtspraak.

Zij zijn tweërlei volgens de procureur-generaal.

98. — De eerste oorzaak ligt in de traditie, in de kracht van het precedent in de rechtspraak van ons hoogste rechterlijk college. Toen het hof van verbreking de aangelegenheid voor de eerste maal te beoordelen kreeg, had het juridisch begrip van de machtsafwending nog niet duidelijk vorm gekregen, en werd noch in België, noch in Frankrijk een onderscheid gemaakt tussen de discretionaire macht van de administratie en de willekeurige handelingen, welke onder de dekmantel van deze macht werden verricht.

Toen op 24 oktober 1866 het berucht arrest Meeus (*Pas.*, 1867, I, 11) in verenigde kamers werd uitgesproken, was onze rechtspraak nog volledig in de ban van een theorie, die terugging tot ver vóór onze grondwet, en de inzichten van onze grondwetgevers grotelijks miskende door een zo eng mogelijke opvatting te huldigen van de bevoegdheid van de rechterlijke macht bij het beoordelen van de wettelijkheid der overheidshandelingen.

Onder de dwang van deze enge opvattingen, waaraan de naam van Henrion de Pansey als grote promotor verbonden is gebleven, oordeelde het hof, op tegenstrijdig advies van procureur-generaal Mathieu Leclercq,

dat de rechterlijke macht niet bevoegd was om te onderzoeken of een vrouw, die door het college van burgemeester en schepenen krachtens artikel 96 van de gemeentewet aan de controle op de ontucht vrouwen werd onderworpen, zich wel kennelijk aan ontucht overleverde. Aldus ontzegde het hof zich niet enkel om het even welke controlebevoegdheid op de uitoefening van een bepaalde discretionaire macht, maar verklaarde het zich zelfs onbevoegd om te onderzoeken of deze macht wel binnen de door de wet uitdrukkelijk bepaalde grenzen was uitgeoefend.

Het hof van verbreking zou die moeizaam verworven rechtspraak, waaraan elk begrip van machtsafwending totaal vreemd was gebleven, slechts vele jaren nadien beginnen te herzien.

99. — Een tweede oorzaak van de weigerachtige houding van onze rechtspraak dient gezocht te worden in de wijze waarop de machtsafwending moet worden achterhaald en vastgesteld.

De gevallen waarin het bewijs van de non-conformiteit met het doel van de wet in de administratieve akte zelf openlijk voorhanden is, zijn zeldzaam. Meestal moet dit bewijs worden gezocht in administratieve bescheiden en in de verklaringen van de overheid welke de beschikking heeft getroffen. Buiten het geval van misdrijf zijn de rechtbanken voorzeker onbevoegd om een onderzoek naar de gedragingen van de administratieve overheden in te stellen en deze te ondervragen over de aard van hun bedoelingen. Uit deze onbevoegdheid is men gaan afleiden dat de rechtbanken nooit de motieven van een administratieve beschikking mogen critiseren, zelfs niet wanneer de machtsafwending kan worden afgeleid uit de motivering of uit de regeling van de beschikking zelf, of uit vaststaande feiten die aan de rechter worden voorgelegd.

Tot daar de verklaring van procureur-generaal Hayoit de Termicourt waarom er zich uit de Belgische rechtspraak geen theorie van de machtsafwending heeft ontwikkeld.

Daarbij kan nog ter overweging worden gegeven de kritiek van Wodon, die meent dat de rechtsleer op dit gebied niet actief genoeg heeft deelgenomen aan de vorming van de rechtspraak en er zich al te laks heeft toe beperkt de vonnissen en arresten eenvoudigweg te verzamelen (Wodon, *o.c.*, blz. 102).

100. — Zo in het algemeen beschouwd het begrip van de machtsafwending vreemd is gebleven aan onze rechtspraak, toch dient een constante strekking te worden genoteerd, waarvan zou kunnen gezegd worden dat zij bij uitzondering en binnen zeer enge perken de machtsafwending heeft gesanctioneerd.

Bovenal echter moet de kentering worden onderstreept, welke op dit gebied is ingetreden sinds de tweede wereldoorlog, en die toelaat te gewagen van een ommekeer in de rechtspraak.

AFDELING II. — *Overzicht van de rechtspraak.*

§ 1. — De traditionele opvatting.

101. — De arresten door het hof van verbreking gewezen op 18 januari 1892 en 8 juni 1892 (verenigde kamers, *Pas.*, 1892, I, 86 en 292), bevatten

zo wat de essentie van de opvattingen die onze rechtspraak er inzake machtsafwending heeft op nagehouden.

Vóór het hof werd bij wijze van exceptie de wettelijkheid betwist van drie politiereglementen, respectievelijk vastgesteld door de gemeenten Eeklo, Nevele en Aalter. Deze reglementen verboden het venten en verspreiden van dagbladen en andere drukwerken op de openbare weg zonder voorafgaande toelating van de burgemeester.

In eerste aanleg en beroep was de exceptie van onwettelijkheid aanvaard geworden, en de overtredders waren vrijgesproken.

In de besluiten van advocaat-generaal Bosch vóór het arrest van 18 januari komt duidelijk tot uiting de opvatting volgens welke de rechterlijke macht onbevoegd is om de intenties van de administratieve overheid te beoordelen.

Het schadelijk en abusief karakter van een reglement, aldus de advocaat-generaal, mag slechts worden opgespoord en gesanctioneerd door de administratieve macht of door de wetgevende kamers, en hij vervolgt :

« Nous avons à voir le règlement en lui-même avec les effets qu'il peut produire étant bonnêtement appliqué, selon ses termes. »

Voor de rechterlijke macht bestaat er dus een vermoeden *juris et de jure* dat hetgeen de administratieve overheid in haar reglementen heeft neergeschreven strookt met de waarheid.

Deze opvattingen konsekwent toepassend, besluit de advocaat-generaal tot de wettelijkheid van de reglementen van Eeklo en Nevele, daar in deze geschreven staat dat ze vastgesteld werden om de openbare orde te handhaven. Hij besluit tot de onwettelijkheid van het reglement van Aalter, daar er in te lezen is, dat het vastgesteld werd om de verspreiding van opstandige en immorele geschriften en drukwerken tegen te gaan, waardoor dus toegegeven wordt dat de bedoeling was een censuur in te stellen. De advocaat-generaal bewijst tenslotte zeer duidelijk de invloed van de motieven op de wettelijkheid :

« Et qu'on ne dise pas que les motifs d'un règlement ne peuvent, pas plus que ceux d'un jugement, influencer sur la légalité. Un jugement ne produit effet qu'une seule fois, et relativement au différend auquel il s'applique. Si son dispositif ne viole aucune loi, il n'existe point de raison de le casser, quels que soient ses motifs. Mais les motifs d'un règlement, lorsqu'ils indiquent le but visé par ce règlement, tracent des devoirs au bourgmestre chargé de l'exécuter, exercent sur cette exécution une influence prépondérante nécessaire. »

Het hof is deze besluiten volledig bijgetreden. De reglementen van Eeklo en Nevele werden wettelijk verklaard omdat zij zich beriepen op de noodzakelijkheid de openbare orde te handhaven ; het reglement van Aalter daarentegen werd voor onwettelijk gehouden, omdat het blijkens zijn motivering strekte tot het instellen van een censuur.

Sommige consideransen van het arrest zijn buitengewoon belangwekkend, daar zij, steunend op het beginsel van de scheiding der machten, onomwonden verklaren dat de rechter verplicht is zich te verlaten op de uiterlijke schijn van de administratieve handelingen en het alleen aan de Koning toekomt krachtens artikel 87 van de gemeentewet de eigenlijke machtsafwending te sanctioneren ; anderzijds is het opvallend dat geen duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen controle op de opportuniteit en controle op de machtsafwending :

« Que le principe de la séparation des pouvoirs forme obstacle à ce que les tribunaux puissent refuser l'application d'un règlement sur le seul fondement qu'il prêterait à l'arbitraire, ou bien que l'utilité en aurait été mal appréciée par l'autorité communale ;

Que ce pouvoir a été réservé au Roi par l'art. 87 de la loi communale, qui prévoit l'annulation des résolutions des conseils communaux, non seulement lorsqu'elles sont contraires aux lois, mais aussi lorsqu'elles blessent l'intérêt général ;

Qu'il lui appartient exclusivement de juger si les mesures préventives établies par un règlement communal sont nécessaires pour assurer l'ordre dans les rues et places publiques ou si, malgré une apparence contraire, elles sont, en réalité, prises dans le but de restreindre l'usage de la liberté de la presse et d'exercer sur celle-ci une sorte de censure ; ».

Nadat de correctionele rechtbank te Oudenaarde op verwijzing de drie reglementen van uit een standpunt van strikte wettelijkheid (dus geen machtsafwending) opnieuw onwettelijk had verklaard, bevestigde het hof van verbreking in verenigde kamers op 8 juni 1892 zijn eerste arrest. In zijn besluiten, die het arrest van 8 juni 1892 voorafgaan, bevestigde procureur-generaal Mestdach de ter Kiele uitdrukkelijk dat de rechter de plicht heeft de onwettelijke bedoelingen die de administratieve akte zelf zou laten doorschemeren te sanctioneren :

« C'est pourquoi, si les règlements locaux avaient pour objectif autre chose que des nécessités de voirie, s'ils étaient conçus de telle sorte qu'on pût y voir seulement quelque arrière-pensée de préoccupation censoriale, si entre plusieurs publications il devenait possible de favoriser les unes et d'opprimer les autres, il ne faudrait pas hésiter un instant et courir sus à la fraude faite à la loi. Jamais vous n'avez failli à ce devoir ... ».

102. — Het hof van verbreking houdt echter onveranderlijk voor wettelijk elke administratieve handeling die zelf haar onwettelijkheid niet uitstelt.

Een arrest van 11 maart 1889 (*Pas.*, 1889, I, 145) verklaart wettelijk een politiereglement van de gemeente Boisschot, waarbij verbod wordt opgelegd te zingen en muziek te maken op straat en op alle openbare plaatsen, zonder voorafgaande toelating van de politie, omdat : *« ... cette disposition, qui a pour but de maintenir le bon ordre sur la voie publique et d'assurer la tranquillité des habitants, ne porte nullement atteinte à la liberté individuelle garantie par la Constitution ».*

In zijn besluiten, die het arrest van 14 februari 1910 (*Pas.*, 1910, I, 94) voorafgaan, critiseert procureur-generaal R. Janssens zeer scherp de rechtbank, die een nochtans flagrante machtsafwending had achterhaald, en in volgender voege geeft hij aan de rechters de raad de ogen goed gesloten te houden voor alle onwettelijkheden die niet openlijk worden toegegeven door de administratieve overheden die ze beginen :

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

In het arrest worden deze besluiten volledig bijgetreden. Een arrest van 29 juni 1920 (*Rev. adm.*, 1921, 354) is in dezelfde zin.

103. — De opvatting volgens welke de onwettelijkheid van het doel, die blijkt uit de handeling zelf, en vooral uit de motivering er van, dient gesanctioneerd te worden lijkt wel een constante van onze rechtspraak te zijn (*anders*: Hoyoit de Termicourt, *Le conseil d'état*, blz. 21).

Reeds vóór de vroeger aangehaalde arresten van 1892 komt deze opvatting voor in een arrest van 9 november 1885 (*Pas.*, 1885, I, 274).

Een besluit van de burgemeester van Gent, dat het aanbrengen van opschriften en uithangborden aan een voorafgaande toelating onderwierp was gemotiveerd als volgt: « *Pour obvier aux inconvénients qui résultent de la similitude des enseignes et pour prévenir des dénominations dictées par l'esprit de parti, ou inconvenantes sous tout autre rapport* ».

Het voormeld arrest heeft beslist: « *Considérant que les dits arrêtés, sortant des attributions légales de l'autorité communale, n'ont aucune force obligatoire en tant que, voulant exercer une sorte de censure sur les inscriptions des enseignes, ils exigent l'autorisation préalable à d'autres fins que celles d'assurer la sûreté et la commodité du passage* ».

Dezelfde opvatting komt duidelijk uitgedrukt weer in een recenter arrest van 11 juli 1939 (*Pas.*, 1939, I, 359).

Het hof kreeg hier de wettelijkheid van een politiereglement der gemeente Balen te beoordelen, waarbij werd voorgeschreven dat de openbare danszalen in metselwerk of in andere niet onvlambare materialen moeten gebouwd zijn. Na vastgesteld te hebben dat deze bepaling uiteraard niet strijdig is met het beginsel van de vrijheid van handel neemt het hof de mogelijkheid van een machtsafwending onder ogen, en vervolgt:

« Overwegende dat noch uit den tekst zelf van hoogervermeld politiereglement, noch uit de redenen er van blijkt dat de gemeenteoverheid in onderhavig geval het inzicht zou gehad hebben een handel of beroep onmogelijk te maken, onder voorwendsel de algemeene veiligheid, rust en gezondheid te verzekeren; » (*Arr. Verbr.*, 1939, 203).

Hier worden treffend dezelfde opvattingen weergevonden als die welke werden gehuldigd in de vroeger geciteerde arresten van 1885 en 1892.

Het hof van beroep te Brussel laat in een arrest van 5 juli 1947 (*R.J.D.A.*, 1947, 102) duidelijk uitschijnen dat het hier naar zijn mening wel degelijk gaat om een vaste stelling van onze rechtspraak:

« que l'autorité judiciaire n'a pas qualité pour apprécier l'existence de l'excès de pouvoir ou de détournement de pouvoir; qu'il n'y a d'exception à ce principe que lorsque l'utilisation du pouvoir dans un autre but que celui pour lequel il est concédé ressort du libellé de l'acte critiqué lui-même ».

Er is ons geen enkel geval bekend waarin het hof van verbreking zou hebben geweigerd een onbetwistbaar onwettelijke bedoeling te sanctioneren, die in de motivering duidelijk tot uiting kwam.

Procureur-generaal Mestdach de ter Kiele bevestigt plechtig in zijn advies, dat het arrest van 8 juni 1892 voorafgaat, dat zulks tot dan toe dan toe nog niet was gebeurd:

« *Jamais vous n'avez failli à ce devoir ...* ».

De rechtspraak heeft zich sindsdien voorzeker niet ontwikkeld in de zin van een grotere laksheid.

104. — Dient dan niet te worden gezegd dat onze rechtspraak de machtsafwending in beginsel gecontroleerd heeft?

Dergelijke stelling ware misleidend en zeker overdreven, daar de houding van het hof van verbreking voor gevolg heeft gehad dat de machtsafwending practisch nagenoeg nooit kon worden vastgesteld, zeker niet wanneer zij met kwade trouw werd gepleegd. Verder zou dergelijke stelling ook op een theoretisch bezwaar stuiten, want terecht werd erop gewezen dat de gevallen die door de rechtspraak gesanctioneerd werden op het stuk van de controle der intrinsieke wettelijkheid weinig belang bieden, daar een handeling waarvan de onwettelijkheid openlijk wordt tentoongesteld, niet die zweem van regelmatigheid kan hebben die tot de eigen aard van de machtsafwending behoort, en deze onderscheidt van de gewone wets-overtreding (noot Mast, A., onder Brussel, 5 juli 1947, *R.J.D.A.*, 1947, 107; — zie ook boven, n^{rs} 50, 74 en 93).

105. — Bovendien de controle op het subjectieve doel in de gevallen waarin dit in de formulering van de akte zelf is uitgedrukt, heeft onze rechtspraak de inhoud van de administratieve handelingen vaak gecontroleerd door de beoordeling van de middelen die erdoor in werking worden gesteld. Hierbij wordt het onderscheid tussen de beoordeling van de opportuniteit en het toetsen van de inhoud der handeling aan het wettelijk doel wel in acht genomen, zoals treffend blijkt uit het advies van advocaat-generaal Gesché (Verbr., 19 maart 1928, *Par.*, 1928, I, 114).

De wet van 16 juli 1926, een zgn. volmachtwet, had aan de Koning de macht toegekend om alle dienstige maatregelen te treffen welke het verbruik van weelde-producten konden beperken. Op grond van deze wet had de Koning een sluitingsuur opgelegd voor de openbare gelegenheden, zoals café's, restaurants, dancings. Een overtreder van het koninklijk besluit, die vóór de rechtbank vervolgd werd, wierp de exceptie van onwettelijkheid op en beweerde dat de Koning zijn macht van haar doel, de beperking van het verbruik van weeldeproducten, had afgewend.

Na er aan herinnerd te hebben dat artikel 107 van de Grondwet, de hoven en rechtbanken niet toelaat de verdienste noch de doeltreffendheid te onderzoeken van de maatregelen, waardoor de uitvoerende macht de reglementeringstaak, die haar door de wetgever werd toevertrouwd, heeft gemeend te moeten volbrengen, vervolgt advocaat-generaal Gesché:

« La loi du 16 juillet 1926 a autorisé le Roi à prendre toutes mesures relatives à la consommation des produits de luxe, et il n'a évidemment pas pu suffire de mettre en tête d'un arrêté royal quelconque le texte de cette disposition, de dire qu'il était pris en vertu de celle-ci, pour que, les yeux fermés sur le contenu de cet arrêté, les tribunaux dussent le proclamer légal. Les mesures prises par cet arrêté royal sont-elles des mesures qu'il est possible de considérer comme dictées par l'intention de réduire les dépenses de luxe? C'est là, assurément, une question dont dépend la légalité de cet arrêté et sur laquelle les tribunaux ont le droit et le devoir de se prononcer ».

Na het criterium tot onderkenning van de wettelijkheid van het voorwerp der handeling zeer duidelijk gesteld te hebben: « is de maatregel van zulke aard dat het mogelijk is te aanvaarden dat hij werd ingegeven door een intentie welke overeen te brengen is met het doel van de wet? », past de advocaat-generaal dit toe op het concreet geval: « *Fixer une heure au delà de laquelle il ne sera plus permis de boire et de danser dans les établissements publics, c'est bien une mesure à laquelle on peut songer pour chercher à réduire les dépenses de luxe* ». Het arrest van 19 maart 1928 is dit advies volledig bijgetreden: « *Attendu que limiter le temps pendant lequel pourront rester chaque jour accessibles au public les établissements tels que cafés, restaurants, dancings, et autres lieux où sont offerts des divertissements, constitue essentiellement une mesure qui peut avoir pour effet de réduire la consommation des produits de luxe; que partant, l'arrêté royal du 24 juin 1926 n'est point sorti des limites du mandat confié au gouvernement par la loi du 16 juin 1926,* ».

Hieruit moge blijken dat onze rechtspraak niet altijd bij het louter uiterlijke is blijven stilstaan om de wettelijkheid van een administratieve handeling te beoordelen. Er weze nochtans opgemerkt, dat het hier geenszins gaat om de toepassing van het beginsel der machtsafwending, maar om een eenvoudig objectief ontleden van het voorwerp der getroffen regeling, en het toetsen van deze inhoud aan de juiste omvang van de wettelijk toegekende bevoegdheid.

§ 2. — De ommekeer.

106. — Enkele verspreide beslissingen van lagere rechtbanken niet te na gesproken (zie o.m. Pol. Bergen, 30 juni 1937, *Pas.*, 1938, III, 25) bleef het begrip van de machtsafwending als middel tot handhaving van de interne wettelijkheid der administratieve handelingen tot vóór enkele jaren vreemd aan onze rechtspraak.

Er is dan een kentering ingetreden, die te verwachten was, en waarvan de oorzaken niet ver dienen gezocht te worden.

H. Velge voorzag reeds in 1935 de mogelijkheid van een jurisprudentiële ommekeer op dit gebied en verklaarde er zich tevens voorstander van (*Y-a-t-il lieu de créer en Belgique une Cour du Contentieux administratif*, blz. 112).

De nieuwste rechtsleer heeft niet opgehouden de schroomvalligheid van de rechtspraak te critiseren (Zie noot Cambier, C., onder Rb. Aarlen, 13 juli 1946, *J.T.*, 1946, 473; — noot De Visschere, F., onder *ibid.*, *T. Best.*, 1946, 260; — noot De Visscher, P., onder Verbr., 21 febr. 1946, *R.J.D.A.*, 1946, 173; — noot Mast, A., onder Brussel, 5 juli 1947, *R.J.D.A.*, 1947, 106; — Vanderstichele, A., *Het Toetsingsrecht*, *R.T.*, 1946, 370).

Het schijnt nochtans de afkondiging van de wet van 23 december 1946 te zijn, waarin het begrip van de machtsafwending expliciet gehuldigd wordt (art. 9), die de ommekeer heeft afgedwongen.

Procureur-generaal Hayoit de Termicourt had dit reeds laten voorzien in zijn meer geciteerde mercuriale van 1939. Hij gaf daarin (blz. 23) als zijn mening te kennen dat, vanaf het ogenblik waarop ondubbelzinnig uit een wet kon worden afgeleid dat een administratieve beschikking met machtsafwending genomen onwettelijk is, de hoven en rechtbanken de plicht zullen hebben artikel 107 van de grondwet daarop toe te passen.

Het zou niet te rechtvaardigen zijn, aldus de procureur-generaal, dat de Raad van state bij de vaststelling van een machtsafwending de akte zou moeten onwettelijk verklaren en zelfs vernietigen, terwijl de rechtbanken, in dezelfde voorwaarden en in weerwil van artikel 107 der Grondwet, de akte voor wettelijk zouden moeten houden en ze toepassen (*anders*: Ockrent, R., *Contentieux administratif*, *Rev. Adm.*, 1937, 436).

De rechtspraak schijnt deze opinie thans geleidelijk bij te treden, en dit wettigt de hoop dat, in tegenstelling met Frankrijk, het begrip van de wettelijkheid in de Belgische rechtspraktijk enig zal blijven.

107. — Als eerste beslissingen, die getuigen van de jurisprudentiële ommekeer, kunnen worden aangewezen een vonnis van de burgerlijke rechtbank te Brussel van 7 februari 1945 (*J.T.*, 1945, 234 met noot C. Cambier), en vooral een vonnis van de burgerlijke rechtbank van Aarlen van 13 juli

1946 (*J.T.*, 1946, 473, insgelijks met noot C. Cambier, en *T. Best.*, 1946, 260 met noot F. De Visschere).

Een besluitwet van 12 oktober 1918 heeft aan het krijgsauditoraat de macht verleend, om een bevel tot opsluiting uit te vaardigen, tegen om het even welke persoon wiens houding gedurende de oorlog laat vermoeden dat zijn vrijheid gevaar oplevert voor de openbare veiligheid.

Een persoon die op grond van deze besluitwet geïnterneerd was, vroeg aan de rechtbank te Brussel zijn invrijheidstelling te bevelen daar, zo beweerde hij, hij in hechtenis werd gehouden, omdat een vooronderzoek tegen hem aan gang was en het krijgsauditoraat derhalve een machtsafwending pleegde met hem in hechtenis te houden op grond van de besluitwet van 12 oktober 1918, dan wanneer de rechtspleging van de voorhechtenis diende te worden gevolgd.

Na in haar vonnis te hebben vastgesteld dat de uitvoerende macht alléén oordeelt over de opportuniteit van een interneringsmaatregel en het aan de rechterlijke macht krachtens het beginsel van de scheiding der machten niet toekomt, dergelijke maatregel te critiseren of te niet te doen, vervolgt de rechtbank :

« Attendu qu'il n'en est toutefois ainsi que pour autant que cette mesure soit la manifestation sincère de l'intention du pouvoir exécutif, qu'elle ait été prise dans les conditions prévues par la loi et ne constitue dès lors pas un abus ou un détournement de pouvoir ; ... ».

Daarop onderzoekt de rechtbank het bestaan van de machtsafwending aan de hand van de door de aanlegger voorgebrachte elementen, waaronder de inhoud van een brief, die door het auditoraat was gericht aan de raadsman van de aanlegger. Daar zij het bewijs niet geleverd acht, verklaart de rechtbank zich o n b e v o e g d .

Ook de rechtbank te Aarlen heeft in haar vonnis van 13 juli 1946 aan degene die beweert het slachtoffer van een machtsafwending te zijn (ter zake een willekeurige weigering een bewijs van burgerdeugd af te leveren) toegelaten het bewijs hiervan te leveren door alle middelen van recht, getuigen inbegrepen.

108. — Deze rechtspraak heeft sindsdien bevestiging en bekroning gevonden in verscheidene arresten van het hof van verbreking (*Verbr.*, 14 juni 1948, *Pas.*, 1948, I, 375, met de besluiten van het openbaar ministerie ; — *Verbr.*, 28 mei 1951, *Pas.*, 1951, I, 652 met noot 2 ; — *Verbr.*, 19 oktober 1953, *Pas.*, 1953, I, 110).

De besluiten van het openbaar ministerie, die het arrest van 14 juni 1948 voorafgaan, bevatten als het ware een duidelijke beginselverklaring op dit punt :

« Le détournement de pouvoir une fois constant, entache d'illégalité l'acte administratif au même titre que tout autre excès de pouvoir ; partant les cours et tribunaux, auxquels l'application d'un règlement ou d'un acte administratif est demandée, ont compétence pour vérifier s'il résulte soit du texte de l'acte administratif soit d'éléments acquis aux débats qu'un détournement de pouvoir est constant. Dans l'affirmative l'acte est illégal et les cours et tribunaux doivent en refuser l'application (Const., art. 107) ».

Het hof van zijn kant maakt een duidelijk onderscheid tussen de vrije beoordelingsmacht van de administratie en de machtsafwending, waarvan het voor de eerste maal de klassieke formulering geeft :

« Overwegende dat de wetten, samengeschapeld door koninklijke besluiten van 15 september 1919 en van 5 mei 1919, de uitvoerende macht, inzonderheid de

mijningenieurs, met het politietoezicht op de mijnen belasten; dat de beoordeling van het bestaan van een dreigend gevaar voor de gaafheid ener mijn en van de noodzakelijkheid van onmiddellijke maatregelen om hetzelfde te voorkomen, luidens voormelde bepalingen, aan de mijningenieur toebehoort;

Overwegende dat aanlegger vóór het hof van beroep de gegrondheid der beoordeling betwistte welke de hoofdingenieur, mijnbestuurder te Bergen, alzo had uitgedrukt, dat echter noch uit de vaststellingen van het arrest, noch uit de door aanlegger genomen conclusiën blijkt dat deze zou staande gehouden hebben; hetzij dat de werkelijke beoordeling van de hoofdingenieur niet diegene was welke hij in de akte van opvordering had uitgedrukt, hetzij dat die ambtenaar van zijn beoordelingsbevoegdheid tot een ander doel gebruik gemaakt had dan tot datgene met het oog waarop de wet hem dezelve toekent; » (Arr. Verbr., 1948, 324).

109. — De eenvormigmakende invloed van het hof van verbreking zal zich ongetwijfeld vrij spoedig laten gelden in de rechtspraak van alle rechtbanken.

Een merkwaardig vonnis van de politierechtbank van Ekeren verdient in dit verband vermelding (Pol. Ekeren, 20 jan. 1955, *R.W.*, 1954-55, 1565).

Dit uitvoerig en stevig gemotiveerd vonnis herinnert er zeer gepast aan, dat de gemeentelijke verordeningsmacht enkel mag worden aangewend voor doeleinden van algemeen belang en dat, meer bepaald de regelingen inzake verkeer, enkel mogen vastgesteld worden om het verkeer te vergemakkelijken en de veiligheid van het publiek te verzekeren.

Hoewel de motivering van het ter zake betwiste reglement zich uitdrukkelijk beriep op de eisen van het verkeer en de veiligheid van het publiek en de getroffen regeling, abstract beschouwd, hiermede enig verband kon hebben (zie boven, n° 105), stelde de politierechtbank aan de hand van de haar voorgelegde bescheiden, vast, dat het ware en uitsluitend oogmerk van de auteurs van het reglement geweest was de commerciële belangen van bepaalde personen te beschermen, aan wie zij ter gelegenheid van een sportgebeurtenis de exclusiviteit van de reclame op de openbare weg wilden verzekeren.

Het vonnis besluit derhalve tot de onwettelijkheid van het reglement, en ontslaat de wegens overtreding vervolgde persoon van vervolgingen.

Anderzijds dient opgemerkt te worden, dat sommige recente vonnissen nog geen rekening houden met de ommekeer in de rechtspraak van ons hoogste rechterlijk college. De motivering van zulke vonnissen doet soms zeer ouderwets aan (zie o.m. Rb. Antwerpen, 9 maart 1955, *R.W.*, 1955-56, 85).

110. — In de nieuwste rechtspraak (zie o.m. de boven aangehaalde vonnissen van de rechtbanken te Brussel en Aarlen) schijnt een strekking te willen voortleven, welke aansluit bij traditionele opvattingen in onze rechtspraak (zie besluiten van proc.-gen. P. Leclercq vóór Verbr., 5 nov. 1920, *Par.*, 1920, I, 224), maar die een ongerechtvaardigde beperking van het begrip machtsafwending inhoudt. Volgens deze zienswijze zou er alleen van machtsafwending kunnen sprake zijn wanneer er k w a d e t r o u w bestond.

De rechtsleer stelt zich eensgezind te weer tegen deze beperkende opvatting.

De overheid kan ook te goeder trouw, schrijft prof. F. De Visschere (*T. Best.*, 1946, 260) om het algemeen belang te dienen een naar de uiterlijke vorm correcte beslissing nemen om een ander dan het door de wet bepaalde doel te bereiken. Dat ook is typische machtsafwending en is onwettelijk (zie ook noten Cambier, C., *J.T.*, 1945, 234 en 1946, 473 en noot De Visscher, P., *R.J.D.A.*, 1946, 174).

III. — Mits dit voorbehoud mag de evolutie van onze rechtspraak als voltrokken worden beschouwd. Maar ondanks deze principiële ommekeer ligt het toch in de lijn der verwachtingen dat de hoven en rechtbanken op dit gebied de grootste omzichtigheid zullen blijven in acht nemen.

In de reeds meer geciteerde mercuriale van procureur-generaal Hayoit de Termicourt komt (blz. 23) een wenk in die zin voor :

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

TITEL III

DE MACHTSAFWENDING IN DE RECHTSPRAAK DER ADMINISTRATIEVE RECHTSCOLLEGES

HOOFDSTUK I

De Franse rechtspraak

AFDELING I

Wording van het begrip in de rechtspraak van de Conseil d'Etat.

112. — De machtsafwending is tot stand gekomen in de ontwikkeling van de *recours pour excès de pouvoir* (beroep wegens machtsoverschrijding), de beroemde creatie van de *Conseil d'Etat*.

De klassieke classificatie van de Franse rechtsleer onderscheidt vier vormen van machtsoverschrijding, waaraan evenveel *ouvertures*, d.w.z. categorieën van middelen op grond waarvan vernietiging kan worden bekomen, beantwoorden, t.w.: onbevoegdheid, schending van substantiële vormvereisten, schending van de wet en machtsafwending.

113. — Oorspronkelijk was machtsoverschrijding een zeer beperkt begrip, dat enkel aanduidde de schending van de regel van de scheiding der machten.

De *Cour de Cassation*, die als bijzondere opdracht had er over te waken dat deze regel niet werd overschreden door de leden der rechterlijke macht, breidde het begrip uit tot de gevallen waarin een instantie van de rechterlijke macht zich een bevoegdheid van een andere, van diezelfde macht afhangerende instantie, had toegeëigend, alsook tot de meest duidelijke gevallen van schending der vormen.

114. — Het aldus lichtjes uitgebreid begrip werd door de *Conseil d'Etat* als uitgangspunt genomen voor de uitbouw van de *recours pour excès de pouvoir*, zonder dat daar aanvankelijk een wettekst bij te pas kwam. Eerst later, in 1832, dacht de *Conseil d'Etat* er aan de wet van

7-14 oktober 1790 in te roepen, die aan het Staatshoofd, bijgestaan door zijn Raad, de bevoegdheid verleende uitspraak te doen over elk bezwaar wegens onbevoegdheid der administratieve instanties.

115. — Een strekking in de rechtsleer is zich dan gaan beijveren om de ganse uitbouw, die het beroep wegens machtsoverschrijding later heeft gekregen aan deze wettekst vast te knopen (zie Vidal, R., *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, Rev. Dr. Publ. Sc. Pol., 1952, 278).

Tot deze strekking behoort E. Laferrière, die met zijn «*Traité de la juridiction administrative*» wordt beschouwd als de grondlegger van de moderne leer inzake het beroep wegens machtsoverschrijding.

Deze auteur leert dan ook dat de machtsafwending is gegroeid uit een uitbreiding van het begrip onbevoegdheid en hij beschouwt de machtsafwending als *une sorte d'incompétence*.

Vele latere auteurs zijn deze zienswijze bijgetreden.

Onder hen heeft wellicht Alibert zich het meest opvallend in die zin uitgesproken. Deze auteur doet de werkelijkheid klaarblijkelijk geweld aan waar hij schrijft: «*L'adjonction du vice de forme et du détournement de pouvoir ou moyen d'incompétence n'a donc été, dans le développement de la théorie de l'excès de pouvoir, qu'un progrès relatif; elle a impliqué une analyse plus complète de la notion, mais celle-ci n'en a pas été transformée. Les trois premiers cas d'ouverture ont un trait commun, logiquement dérivé de leur nature et du fait qu'ils ont été déduits les uns des autres: ce trait commun, c'est qu'ils ne permettent au juge de l'excès de pouvoir que d'apprécier les conditions extrinsèques de la légalité.*» (Le contrôle juridictionnel, blz. 36).

Naar het voorbeeld van Laferrière onderscheidt hij nochtans de machtsafwending van de onbevoegdheid (o.c., blz. 236):

«*A y regarder de près, le détournement est une sorte d'incompétence. Une décision qui renferme un détournement de pouvoir est, dans une certaine mesure, entachée d'incompétence, sinon par les prescriptions qu'elle édicte, du moins par le but qu'elle poursuit.*»

(Zie in dezelfde zin Rolland, *Précis de droit administratif*, 1947, blz. 397; — Réglaide, *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*, Rev. Dr. Publ. Sc. Pol., 1925, 426).

116. — Duguit is nog een stap verder gegaan, en heeft de machtsafwending volledig in het begrip onbevoegdheid opgenomen. Voor hem is de onbevoegdheid: «*un pouvoir de vouloir avec un effet de droit quand l'acte est déterminé par un but reconnu légitime par la loi*» (*Traité de droit constitutionnel*, 1921, I, blz. 251).

Het standpunt van Duguit is nochtans niet interessant voor de studie van de ontwikkeling der machtsafwending, want het valt onmiddellijk op dat hij het begrip van de onbevoegdheid zelf uitermate heeft uitgebreid. Zulk een begrip van de onbevoegdheid is nergens in de rechtspraak terug te vinden en zijn opvatting zou er tenslotte op neerkomen gans het beroep wegens machtsoverschrijding rechtstreeks te gronden op de onbevoegdheid (Vidal, *L'évolution du détournement de pouvoir*, blz. 282).

117. — De nieuwere recht sleer heeft zich van de invloed van Laferrière kunnen losmaken, en heeft over diens hoofd heen vastgesteld dat vele auteurs vóór hem de machtsafwending beschouwden als een begrip totaal onafhankelijk van de onbevoegdheid (zo Aucoc, Ducrocq, Dareste, Batbie).

P. Landon heeft in zijn thesis (*Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, n^{rs} 136 en volg.), vastgesteld dat het begrip bij de oudere auteurs veel meer voorkomt als een uitdieping van de intrinsieke wettelijkheid, zodat men daaruit zou kunnen besluiten dat het uit het begrip schending der wet is voortgesproten.

In dit verband haalt deze auteur volgende belangwekkende passus van Aucoc aan: « *Ce n'est plus ici la violation du texte de la loi qui est réprimée, c'est la violation de son esprit. Ce n'est plus seulement le dispositif de l'acte attaqué qui est examiné, ce sont ses motifs, c'est l'intention qui l'a dicté. Il est difficile de pousser plus loin la recherche scrupuleuse de la légalité.* ».

Dergelijke stelling brengt wel een juridisch logische, maar geen historische verklaring van de machtsafwending.

118. — Het heeft er wel de schijn van dat dit begrip (zoals trouwens gans het beroep wegens machtsoverschrijding) een bij uitstek gewoonterechtelijke oorsprong heeft.

Vidal (*o.c.*, blz. 284) heeft opgemerkt dat Laferrière zelf deze gewoonterechtelijke oorsprong in feite heeft erkend, maar dat hij anderzijds, nog gedreven als hij was door de opvattingen van de XIXe eeuw, de ganse jurisprudentiële ontwikkeling toch aan teksten heeft willen vastknopen. Vandaar dat zijn leer enigszins paradoxaal voorkomt.

119. — De zelfstandige wording en groei van de machtsafwending vinden een stevige verklaring — en ook dit werd reeds door Laferrière opgemerkt — in de hiërarchisch gekleurde controle, die de rechtspraak van de *Conseil d'Etat* tot in 1872 (einde van de « *période de la justice retenue* » — zie Tw. *Machtsoverschrijding*) uitgesproken kenmerkte.

Vidal (*o.c.*, blz. 285) heeft dit kernachtig uitgedrukt: « *Il ne nous paraît pas douteux que l'intervention d'un élément hiérarchique puisé dans le principe de la justice retenue a particulièrement favorisé le détournement de pouvoir. Sa recherche conduit le juge fort loin dans le contrôle de l'activité administrative et le fait se décider sur la base de considérations politiques, économiques ou morales dans lesquelles les éléments personnels d'appréciation jouent un très grand rôle.* ».

Merken wij met dezelfde auteur nog op dat de stelling volgens welke de machtsafwending een zelfstandige wording heeft gekend onder invloed van een hiërarchisch element in het optreden van de *Conseil d'Etat*, absoluut niet de noodzakelijkheid in zich sluit een bijzondere juridische aard aan deze *ouverture* toe te schrijven.

Het hiërarchisch kenmerk heeft immers de ontwikkeling van de ganse *recours pour excès de pouvoir* beheerst en bevorderd, zodat de leer van de *moralité administrative* (zie boven, n^r 30) in deze thesis nopens de oorsprong van de machtsafwending geen steun kan vinden.

AFDELING II

Overzicht van de rechtspraak van de Conseil d'Etat.

§ 1. — Sanctie van het doel dat vreemd is aan het algemeen belang.

120. — De administratie heeft een opdracht van algemeen belang te vervullen; en de prerogatieven van openbare macht, die haar zijn toegekend, zijn juist gerechtvaardigd wegens het doel van algemeen belang waarop elke administratieve handeling moet afgestemd zijn.

Wanneer vastgesteld wordt dat aan een bepaalde administratieve handeling elk doel van algemeen belang vreemd is gebleven, staan wij dus vóór de ergste vorm van machtsafwending.

Het nagestreefde doel kan in zulk geval zijn een persoonlijk materieel belang of dit van een derde, of nog — en dit is de meest verwerpelijke uiting van machtsafwending — het voldoen van een politieke of louter persoonlijke passie.

A. — *Het algemeen doel bij de uitoefening van de politiemacht.*

121. — Op dit gebied komen de meeste gevallen van machtsafwending voor.

De verklaring daarvan is tweeërlei.

Vooreerst leent de aard van deze bevoegdheid zich daar bijzonder toe. De omtrek er van is moeilijk vooraf te bepalen en een uitgebreide discretionaire macht kan zich hier tot in een oneindige verscheidenheid van gevallen doen gelden.

Daarbij komt dat deze bevoegdheid gewoonlijk wordt gehanteerd door plaatselijke overheden, die veel meer dan de centrale overheid vatbaar zijn voor allerlei persoonlijke belangen.

122. — Het arrest Lesbats (25 febr. 1864, S., 1864, 2, 307) wordt door de rechtsleer aangewezen als een der eerste beslissingen van de *Conseil d'Etat*, waarin de theorie der machtsafwending in toepassing wordt gebracht.

Het arrest huldigt het beginsel dat de bevoegdheid, toegekend inzake de politie van het openbaar domein, enkel mag aangewend worden om dit domein te beveiligen, het onderhoud en het normaal publiek gebruik ervan te verzekeren. Meer in het bijzonder mag deze politiebevoegdheid niet aangewend worden om monopolies of voorrechten ten bate van particulieren in het leven te roepen.

Ter zake had de prefekt aan de ondernemer van vervoer, Lesbats, de vergunning geweigerd om rijtuigen op de binnenplaats van het station van Fontainebleau te stationeren, terwijl hij dezelfde vergunning aan een andere ondernemer, Richard, wel had verleend.

Op beroep van Lesbats kon de *Conseil d'Etat* zonder moeite de machtsafwending vaststellen, daar uit de prefecturale beslissing bleek, dat men enkel op het oog had gehad de uitvoering van een overeenkomst te verzekeren, die was gesloten tussen de Compagnie des chemins de fer d'Orléans en de heer Richard, en waarbij deze laatste zich verbonden had voldoende rijtuigen ter beschikking te stellen om de reizigers van al de treinen te bedienen, onder voorwaarde evenwel dat alleen zijn rijtuigen op de binnenplaats van het station zouden worden toegelaten.

In het arrest treffen wij de later klassiek geworden formule aan, volgens welke de bevoegdheid, die wettelijk aan de prefekt is toegekend tot regeling van het verkeer en het stationeren van rijtuigen in de binnenplaatsen der spoorwegstations, enkel mag worden uitgeoefend « *dans un intérêt de police et de service public* ».

Toen de prefekt daarop met tegenzin en onder allerlei beperkende voorwaarden een vergunning verleende, werd deze beslissing opnieuw vernietigd, daar de opgelegde voorwaarden enkel tot doel hadden de vrije concurrentie onder de vervoerondernemingen te verstoren, en alzo niet kon worden aangenomen dat de beslissing genomen was « *dans l'exercice des pouvoirs de police, qui ont été conférés au préfet par* » (7 juni 1864, Lesbats, S., 1865, 3, 218).

123. — Welter (*o.c.*, blz. 164) doet opmerken dat deze arresten de machtsafwending nog niet ten volle kenschetsen, daar de censuur van de rechter nog veeleer het voorwerp van de administratieve handeling schijnt te betreffen dan wel het determinerend doel. Voorzeker is hier nog geen diep indringen in de subjectieve ondergrond van de handeling te bespeuren.

Ongetwijfeld staat het tweede arrest Lesbats, veel dichter bij de onbevoegdheid dan bij de eigenlijke machtsafwending (*vgl.*: boven, n° 105).

124. — De arresten Bouchardon (2 aug. 1870, *S.*, 1872, 2, 288) en Roblin (9 aug. 1889, *S.*, 1892, 3, 3) sluiten nauw aan bij het eerste arrest Lesbats.

In het arrest Bouchardon heeft de *Conseil d'Etat* gepreciseerd dat de bestreden beslissing als enig doel had, de uitvoering van overeenkomsten te verzekeren, aldus er de nadruk op leggend dat elke bekommernis van algemeen welzijn bij de beschikking uitgesloten was. Want in het tegenovergesteld geval, indien het blijkt dat de beschikking niet getroffen werd buiten elke bekommernis eigen aan het politiebegrip, verwerpt de *Conseil d'Etat* het beroep, al moge de beschikking sommige particulieren of ondernemingen bevoordelen (7 dec. 1888, Ponthas, *S.*, 1890, 3, 69).

125. — Ook de politie op het wegverkeer mag niet worden aangewend om tegemoet te komen aan particuliere belangen.

Zo heeft de *Conseil d'Etat* in een arrest Ville de Cannes (8 juni 1917, *S.*, 1920, 3, 1 met noot Hauriou), een beschikking van de *maire* van Cannes nietigverklaard, waarbij geweigerd werd een vergunning tot het uitbaten van een stationerend huurrijtuig te verlenen. Deze beschikking was genomen op aanstoken van de eigenaars van taxi-wagens, die een corporatie hadden gevormd. In zijn arrest stelt de *Conseil d'Etat* vast dat uit het onderzoek is gebleken dat de weigering van de *maire* werd ingegeven door belangen, vreemd aan de goede orde en het wegverkeer, en dat de verzoeker terecht beweert dat de *maire* bij het nemen van de bestreden beschikking « *s'est servi des pouvoirs qu'il tient de dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés* ».

Een arrest van 29 december 1948, Trapy (*Rec. Cons. Et.*, 403) vernietigt een verordening, waarbij de *maire* het aantal taxi's, die op de daartoe voorbehouden plaatsen mogen stationeren, verminderde, met het oogmerk een taxi-ondernemer uit te sluiten, aan wie een plaatselijk syndicaat de uitoefening van zijn beroep wenste te verbieden.

Een arrest van afwijzing in een gelijkaardige zaak gewezen (8 aug. 1921, sieur Rabé, *Rec. Cons. Et.*, 843), doet ons aanvoelen dat wij ons hier op een zeer delicaat terrein bevinden, waar de minste nuance de beoordeling van de rechter kan beïnvloeden, en dat het onmogelijk is uit deze rechtspraak algemene richtlijnen af te leiden.

126. — De gemeentelijke politie wordt veelvuldig van haar doel van algemeen belang afgewend.

In het arrest Froment (29 dec. 1922, *Rec. Cons. Et.*, 1005) heeft de *Conseil d'Etat* een besluit van de *maire* nietigverklaard, waarbij aan alle uitbaters van drankgelegenheden van de gemeente verbod werd opgelegd publieke bals te organiseren.

Uit de bewoordingen van het besluit zelf bleek dat de *maire* enkel op het oog had een uitbater van een danstent te bevoordelen ten koste van de plaatselijke handelaars.

In het arrest Tarau (15 dec. 1926, *S.*, 1927, 3, 37) heeft de *Conseil d'Etat* vastgesteld dat een maatregel, waarbij aan de verzoeker verbod werd opgelegd bioscoopvoorstellingen te houden op zon- en feestdagen, enkel genomen was met het oogmerk de uitbaters van lokale drankgelegenheden ter wille te zijn en hen tegen de concurrentie van de onderneming van de verzoeker te beschermen.

Ook dit besluit werd nietigverklaard, omdat de machtsafwending overduidelijk was.

Een arrest Haincourt (14 dec. 1932, *Rec. Cons. Et.*, 1073) vernietigt de beschikking van de *maire*, waarbij aan een hotelhouder toelating om een publiek bal in te richten op de dag der gemeentekermis wordt geweigerd, daar was uitgemaakt dat de bedoeling van die weigering was de concurrentie voor een bal in een naburig hotel uit te schakelen.

127. — Dergelijke maatregelen worden soms genomen ten voordele van de auteur ervan zelf. Zo wordt in het arrest Dlle Rault (14 maart 1934, *Rec. Cons. Et.*, 337) vastgesteld dat de *maire* de regeling had getroffen de dagen en uren voor het inrichten van bals en openen van dancings te beperken, om de concurrentie met zijn eigen zaak te weren.

128. — Tenslotte kunnen zulke maatregelen soms ingegeven zijn door politieke of filosofische gezindheid.

Zo richtte een *maire* in zijn gemeente op 15 augustus een laïek en proletarisch feest in, enkel om daarin een voorwendsel te vinden tot het verbieden van een processie die in de gemeente sinds 77 jaar zonder incidenten uitging, en het gevaar voor onlusten te kunnen invoeren dat uit het samentreffen van die twee manifestaties voortspoot (*Cons. d'Et.*, 11 febr. 1927, Abbé Veyras, *Rec. Cons. Et.*, 176).

129. — In de oudere rechtspraak treffen wij op dit gebied vele kenschetsende gevallen aan in de beschikkingen die aan muziekmaatschappijen uitgaansverbod opleggen.

Het arrest, Société La Seynoise (1 juli 1898, *S.*, 1900, 3, 86) heeft op dit gebied een vaste rechtspraak ingeluid. Dit arrest stelt vast dat de *maire* de hem opgedragen politiebevoegdheid slechts kan uitoefenen door bij wijze van algemene maatregel aan de muziekmaatschappijen verbod op te leggen in groep de openbare weg te betreden, en het vervolgt:

« il n'a pu, sans excéder ses pouvoirs, prononcer, en dehors de tout motif spécial mentionné à son arrêté, cette interdiction contre la seule société « La Seynoise » ».

Dit arrest is bijzonder belangwekkend omdat het een richtlijn aangeeft die de *Conseil d'Etat* zal volgen om machtsafwending in de uitoefening van de gemeentelijke politiebevoegdheid te achterhalen.

Deze richtlijn steunt op de overweging dat de politie die het wegverkeer en de openbare orde regelt hoofdzakelijkerwijze een karakter van algemeenheid moet vertonen, en dat geen maatregelen ten opzichte van bepaalde enkelingen of groeperingen mogen worden getroffen zonder dat daarbij bijzondere omstandigheden kunnen worden ingeroepen (*vgl.*: boven, n^o 90).

130. — Alles wel beschouwd gaat het hier om een toepassing van het beginsel der gelijkheid voor de wet, dat in de huidige rechtspraak van de *Conseil d'Etat* meer algemeen gelding heeft gevonden (zie verder, n^o 172).

Daarenboven heeft de *Conseil d'Etat* het eigenlijke doel, dat door de auteur van de akte werd nagestreefd, niet achterhaald; hij heeft enkel vastgesteld dat geen enkel bijzonder motief de aangevochten beslissing rechtvaardigde.

Er dient nochtans opgemerkt te worden dat, wanneer op dit gebied maatregelen met een algemeen karakter getroffen worden, de mogelijkheid van een machtsafwending niet absoluut is uitgesloten. Doch, daar de *Conseil d'Etat* het bewijs van de machtsafwending niet vindt in de aard van de maatregel zelf, zal de bewijslevering meestal zeer moeilijk zijn.

(*Cons. d'Et.*, 2 dec. 1887, Union musicale de Rugles, *S.*, 1889, 3, 55; — 5 april 1889, Société philharmonique de Marans, *S.*, 1891, 3, 48; — 13 jan. 1893, Potiron, *S.*, 1894, 3, 114; — 21 april 1899, Molin, *S.*, 1901, 3, 115; — 18 nov. 1921, Soc. l'Etoile de Saint Hilaire, *Rec. Cons. Et.*, 951).

131. — De politie van de waterlopen is opgedragen aan de prefekt, om de normale afwatering te verzekeren, de openbare gezondheid te beschermen en het gevaar voor overstromingen te bestrijden.

Ook deze bevoegdheid wordt niet zelden aangewend om op onrechtstreekse wijze privé-personen of groeperingen te bevoordelen.

Zo pleegt machtsafwending, de prefekt die betreffende een afdamming, een regeling treft met het oogmerk een meer stroomopwaarts gelegen bedrijf te beschermen (Cons. d'Et., 22 mei 1914, Dame Bodeau, *Rec. Cons. Et.*, 634; — zie ook, Cons. d'Et., 10 nov. 1905, Bouisson, *Rec. Cons. Et.*, 808 en Cons. d'Et., 30 jan. 1914, Colomb, *Rec. Cons. Et.*, 116).

B. — *Het algemeen doel in de beschikkingen die het openbaar ambt betreffen.*

132. — Gans de negentiende eeuw door, werden de beschikkingen die betrekking hadden op het begeben en bekleden van het openbaar ambt, beschouwd als bij uitstek discretionaire handelingen. Zij ontsnapten als dusdanig aan elke rechterlijke controle, behoudens in geval van onbevoegdheid en later ook van schending van substantiële vormvereisten.

Een ommekeer in de rechtspraak, welke zich voordeed bij het begin van deze eeuw, leidde tot de uitschakeling van de discretionaire administratieve handeling.

133. — Vanaf dit ogenblik ging de *Conseil d'Etat* de theorie van de machtsafwending toepassen op de benoemingen.

Zoals regeringscommissaris Helbronner zeer treffend zegde in zijn besluiten, die het arrest Bouteyre (10 mei 1912, S., 1912, 3, 145) voorafgaan, is de openbare functie enkel « *un ensemble de pouvoirs et de devoirs organisés par la loi en vue d'assurer l'accomplissement d'un service public déterminé* ».

Op grond van dit beginsel nu zal de *Conseil d'Etat* ten strijde trekken tegen de zogenaamde benoemingen « *pour ordre* », d.w.z. die gedaan worden niet om in de behoeften van de dienst te voorzien, maar enkel in het voordeel van de betrokken ambtenaar, die de functies, tot welke hij benoemd werd nooit zal uitoefenen.

Zeër kenschetsend op dit gebied is het arrest Monzat (19 nov. 1926, *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1927, 77) met de besluiten van regeringscommissaris Cahen-Salvador.

De heer Monzat was tot *sous-préfet* van Gourdon benoemd. Zonder ooit zijn functies te hebben uitgeoefend, werd hij enige tijd nadien ter beschikking gesteld. Hij zette zijn loopbaan te Parijs voort en werd vervolgens tot *sous-préfet* van Montargis benoemd.

Daags na zijn benoeming werd hij op zijn schriftelijk verzoek opnieuw ter beschikking gesteld. Onmiddellijk daarop werd zijn laatste benoeming bij decreet ongedaan gemaakt. Tegen dit decreet stelde de belanghebbende beroep in bij de *Conseil d'Etat*.

In zijn arrest stelde de *Conseil d'Etat* vast dat de benoeming van de heer Monzat niet in het belang van de dienst was geschied, maar louter om het persoonlijk belang van de verzoeker te dienen, en hij verklaart uitdrukkelijk dat deze benoeming vatbaar was voor vernietiging op grond van machtsafwending.

(Zie eveneens Cons. d'Et., 3 december 1948, Association des Fonctionnaires du Ministère de l'Intérieur contre Ciosi, *Rec. Cons. Et.*, 451).

De *Conseil d'Etat* heeft de benoemingen *pour ordre* op een gans bijzondere wijze willen laken en bestrijden; daarom verklaart hij deze benoemingen *nulles et de nul effet*, waaruit volgt dat zij geen enkel rechtsgevolg kunnen hebben, steeds vatbaar zijn voor intrekking, en altijd kunnen worden aangevochten, ook buiten de termijn (zie Cons. d'Et., 30 juni 1950, Massonau, *Rec. Cons. Et.*, 400, met de besluiten van M. Delvolvé; — Cons. d'Et., 20 jan. 1954, Gouet, geciteerd door R. Odent, *o.c.*, blz. 621).

134. — Buiten de zogenaamde benoemingen *pour ordre* kunnen er benoemingen geschieden, weliswaar met de bedoeling de benoemde de vacante functie te doen bekleden, maar desniettemin met machtsafwending, omdat zij niet met het oog op het belang van de dienst werden gedaan, maar wel om de persoonlijke belangen van één der gegadigden te dienen.

Dit zal het geval zijn wanneer de benoemingsvoorwaarden voor een bepaald ambt gewijzigd werden om de benoeming van een persoon mogelijk te maken, die de vroeger gestelde voorwaarden niet vervulde (Cons. d'Et., 4 jan. 1936, Association des Agents des Contributions de l'Inde Française, *Rec. Cons. Et.*, 10), of nog, wanneer bevorderingsvoorwaarden werden gesteld met het uitsluitend oogmerk een bepaalde ambtenaar te bevoordelen (Cons. d'Et., 8 april 1938, Botton, *Rec. Cons. Et.*, 364; — *vgl.*: verder, n^o 204).

135. — Het arrest Maugras (16 nov. 1900, S., 1901, 3, 57 met noot M. Hauriou) is het eerste arrest dat van de jurisprudentiële ommekeer getuigt op het gebied van de uitoefening van het tuchtrecht.

Dit arrest vernietigt een beschikking van de *maire*, tot schorsing van een politieagent, omdat duidelijk gebleken was dat de ware beweegreden van deze tuchtmaatregel te vinden was in het feit dat de betrokken politieagent een door de *maire* beschermde persoon bekeurd had.

Met dit arrest herinnert de *Conseil d'Etat* er aan dat het tuchtrecht enkel mag uitgeoefend worden om een doel van algemeen belang te bereiken, dat geen ander kan zijn dan het handhaven van de goede werking van de dienst. Vanaf dit ogenblik zal hij streng de hand houden aan dit beginsel, en regelmatig al die beschikkingen vernietigen, die ingegeven werden door persoonlijke of politieke wrok.

136. — Aanvankelijk toch was de *Conseil d'Etat* zeer schuchter bij het opsporen van de werkelijke drijfveren, en sprak hij enkel dan vernietiging uit wanneer de onregelmatigheid van het nagestreefde doel door de administratie zelf practisch werd toegegeven (zie Cons. d'Et., 19 juni 1913, Ledochowski, *Rec. Cons. Et.*, 452).

De *Conseil d'Etat* zag echter in dat hij alzo het gevestigd beginsel in de praktijk nagenoeg nooit zou kunnen handhaven, en legde vrij spoedig zijn al te grote terughoudendheid af (daarvan getuigen o.m. de twee arresten van 22 mei 1914, Ville d'Auray en Laval, *Rec. Cons. Et.*, 614 en 615).

137. — Bij de uitoefening van zijn toezicht bepaalt de *Conseil d'Etat* zijn aandacht niet bij het uiterlijk voorkomen van de handelingen, die hem worden voorgelegd, maar speurt naar hun werkelijke inhoud.

Zo worden soms bedekte tuchtmaatregelen achterhaald (*révocations déguisées*).

Een voorbeeld daarvan vinden wij in het arrest Louarn (10 febr. 1948, *Rec. Cons. Et.*, 79), waarin wordt vastgesteld dat een ambt werd opgeheven met de bedoeling een ambtenaar uit de dienst te verwijderen; hetzelfde ambt werd immers onmiddellijk weer ingesteld en een nieuwe titularis benoemd.

Alibert (*o.c.*, blz. 240) onderscheidt drie procédés van bedekte afzetting: wijziging van het statuut (Cons. d'Et., 15 nov. 1912, Rey, *Rec. Cons. Et.*, 1041), oppensioenstelling (Cons. d'Et., 2 dec. 1899, Foutain, *Rec. Cons. Et.*, 756), en ambtsopheffing (Cons. d'Et., 23 juli 1909, Commune de Cotignac, *Rec. Cons. Et.*, 727).

138. — Alibert (*o.c.*, blz. 239), vestigt er terecht de aandacht op dat een om politieke of confessionele redenen tegen een ambtenaar genomen maatregel niet altijd en noodzakelijkerwijze machtsafwending insluit. Er bestaan inderdaad sommige politieke functies, waarvan de uitoefening onver-

enigbaar kan zijn met het volgen van een bepaalde politieke gedragslijn of het aankleven van bepaalde opinies.

Bij uitzondering zou de regering een ambtenaar, bij wie zulke onverenigbaarheid werd vastgesteld, op een regelmatige wijze uit zijn functies kunnen verwijderen. Zo aanvaardt Alibert dat een prefekt, die uitgesproken politiek vijandig staat tegenover de regering, wier voornaamste vertegenwoordiger hij is, uit zijn ambt zou mogen ontslagen worden.

139. — In dit verband kan het reeds aangehaalde arrest Abbé Bouteyre (10 mei 1912, S., 1912, 3, 145 met noot M. Hauriou) vermeld worden, dat tot heelwat betwisting heeft aanleiding gegeven. In dit arrest heeft de *Conseil d'Etat* de wettelijkheid erkend van een beslissing van de Minister van Openbaar Onderwijs, waarbij de candidatuur van een katholiek priester voor een aggregaatswedstrijd van het secundair onderwijs was geweigerd. De *Conseil d'Etat* heeft bepaald dat het openbaar onderwijs wettelijk een lekenonderwijs is en dat de minister, het verantwoordelijk hoofd van het openbaar secundair onderwijs, in het belang van de dienst, waarover hij gezag heeft, geoordeeld heeft dat er een onverenigbaarheid is tussen de geestelijke staat en de candidatuur van leraar van het openbaar secundair onderwijs. De *Conseil d'Etat* heeft dus de mogelijkheid van een machtsafwending wel onder ogen genomen, doch hij heeft deze mogelijkheid ter zijde gezet door te aanvaarden dat het verantwoordelijk hoofd van de dienst bij het in acht nemen van de in de administratie algemeen geldende regel, volgens welke er onverenigbaarheid bestaat tussen de geestelijke staat en het leraarschap aan het openbaar secundair onderwijs, niet uit partijdigheid tegen de bedienaars van de eredienst gehandeld had, maar enkel uit bezorgdheid voor de goede werking van de dienst.

Dergelijke gevallen, waar afgeweken wordt van de algemene regel, moeten natuurlijk met de grootste omzichtigheid beoordeeld worden en mogen slechts zeer uitzonderlijk voorkomen.

140. — Vedel (o.c., blz. 488) leert dat zekere politieke beschouwingen in aanmerking mogen komen bij de benoeming en de beoordeling van het gedrag van sommige ambtenaren, wier taak zeer nauw verbonden is met die van de regeerders, hetgeen o.m. het geval is voor de prefekten en de hogere officieren.

Dezelfde auteur merkt daarbij zeer gepast op :

« En revanche, il faut admettre que la masse des agents publics ne se trouvant pas dans ces situations exceptionnelles sont des citoyens comme les autres, et ont, en dehors de leur service, le droit de mener l'action politique de leur choix. »

Cette idée, de simple bon sens, doit être rappelée car les partis politiques, selon qu'ils sont au pouvoir ou dans l'opposition, commettent les confusions les plus contradictoires, mais aussi les plus grossières. Quand un parti est au pouvoir, ses membres s'indignent volontiers de ce que certains agents publics manifestent hors de leur service des opinions anti-gouvernementales, et ceci sans distinguer entre la nature des fonctions assumées par ces agents. Dans l'opposition au contraire, les partis ont tendance à revendiquer le droit à la propagande anti-gouvernementale pour tous les fonctionnaires sans en excepter aucun ».

Tenslotte legt Vedel er de nadruk op dat de algemene regel geen enkele uitzondering dult, zolang het gaat om verhoudingen administratie—geadministreerden.

C. — Het algemeen doel in beschikkingen van verscheiden aard.

141. — De naoorlogse rechtspraak biedt talrijke kenschetsende voorbeelden van machtsafwending, waar tot bevoordeling van derden, woonruimte werd opgeëist.

In het arrest Dame Viala (17 dec. 1948, *Rec. Cons. Et.*, 483) wordt vastgesteld dat een opeising was bevolen enkel om een bezitter zonder titel toe te laten de woning ongestoord verder te betrekken.

Het arrest Boulogne (1 april 1949, *Rec. Cons. Et.*, 165) vernietigt een opeising verricht ten voordele van een huisvader, die zijn gezin had verlaten, en met een bijzit wenste te gaan wonen.

142. — Op een gans ander gebied heeft de *Conseil d'Etat* vastgesteld dat machtsafwending werd gepleegd door de Departementale Commissie, die een private weg als openbare landweg openstelde en erkende, niet voor het nut van de inwoners der gemeente, maar alleen om de toegang tot twee huizen, eigendom van gemeenteraadsleden, te vergemakkelijken (*Cons. d'Et.*, 2 febr. 1938, *Rulhe, Rec. Cons. Et.*, 127).

143. — Vermelden wij tenslotte nog het eigenaardige arrest van 5 maart 1954, Dlle Soulier (*Rec. Cons. Et.*, 139), waarbij een besluit werd nietigverklaard, houdende oprichting van een tapijtwerkschool te Djibouti, daar men met de oprichting van deze school uitsluitend het belang van de persoon, die het bestuur er van zou waarnemen, had op het oog gehad.

§ 2. — Sanctie van het bijzonder doel dat niet overeenstemt met het doel waarvoor de uitgeoefende bevoegdheid was toegekend.

144. — De meest voorkomende vorm van machtsafwending is diegene, waarin de overheid wel het algemeen belang op het oog heeft gehad, maar niet bepaald die strook van het algemeen belang, tot handhaving waarvan de bevoegdheid, die wordt uitgeoefend, was toegekend.

Iedere overheidspersoon heeft zijn bevoegdheid gekregen om een bepaald deel van het algemeen belang te behartigen.

Wanneer het bovendien voorkomt, dat een overheid verscheidene bevoegdheden heeft, op verschillende wijze uit te oefenen, dan mag zij ieder daarvan enkel uitoefenen om dat bepaald doel van algemeen belang te bereiken, waarvoor ze werd ingericht.

De rechtsleer heeft dit beginsel de regel van de specialiteit der functies genoemd.

Zoals uit de hiernavolgende casuïstiek zal blijken, is het nagestreefde ongeoorloofde doel meestal van financiële aard. Daarnaast komen meer zeldzame gevallen van de grootste verscheidenheid voor.

A. — Het bijzonder doel bij de uitoefening van de politiemacht.

145. — Klassiek geworden is het geval dat gesanctioneerd werd door de arresten Laumonnier-Carriol en Pariset (26 nov. 1875, *S.*, 1877, 2, 311).

Het ging hier om besluiten waarbij de prefekt, in de uitoefening van zijn politiebevoegdheid inzake gevaarlijke, hinderlijke en ongezonde inrichtingen, de sluiting van sommige lucifersfabrieken had bevolen. Deze maatregelen waren klaarblijkelijk niet tot bescherming van de openbare gezondheid of veiligheid getroffen, maar enkel om aan de Staat de betaling der vergoedingen te besparen, welke hij krachtens de wet op de vestiging van het staatsmonopolie aan de onteigende nijveraars zou verschuldigd geweest zijn.

De *Conseil d'Etat* had niet de minste moeite om de machtsafwending vast te stellen; die bleek duidelijk uit de ministeriële instructies, ter uitvoering waarvan de prefektorale besluiten genomen waren.

Om de volle draagwijdte van deze rechtspraak in het licht te stellen, worde wel aangestipt dat het bestaan van de inrichtingen, waarvan de sluiting bevolen werd, op dat ogenblik niet wettelijk beschermd was, daar zij geen regelmatige vergunning bezaten, en hun werking enkel te danken was aan een administratieve tolerantie.

De auteurs hebben deze arresten begroet als een der merkwaardigste toepassingen van de theorie der machtsafwending. De toepassing van het specialiteitsbeginsel werd hier met een uiterste konsekventie doorgevoerd.

146. — Het aanwenden door de gemeenteoverheden van haar politie-bevoegdheden, uitsluitend om de gemeentelijke financiën te bevorderen, of om de lokale handel te beschermen, heeft de talrijkste voorbeelden van machtsafwending geleverd.

Interessant blijft op dit gebied het arrest Carville (22 mei 1896, S., 1897, 3, 121, met noot Hauriou).

Het besluit van de *maire*, waarvan de nietigverklaring gevraagd werd, had invoer en verkoop in de gemeente verboden van vlees van dieren die niet in het gemeentelijk of een ander openbaar slachthuis waren geslacht. De *Conseil d'Etat* heeft vastgesteld dat deze maatregel niet was genomen om toezicht te houden op het verbruik en de gezondheid der eetwaren, en dat hij derhalve inbreuk pleegde op het beginsel van de vrijheid van handel, gehuldigd door de wet van 2-17 maart 1791 (zie nagenoeg gelijkaardig geval in het arrest, *Syndicat des bouchers de Bolbec*, 3 juni 1892, S., 1894, 3, 54).

147. — Hierbij dient te worden opgemerkt dat de *Conseil d'Etat* de nietigverklaring heeft uitgesproken op grond van gewone machtsoverschrijding, en meer bepaald wegens schending van de wet.

Doch het is duidelijk dat hij eerst tot deze bevinding kon geraken na de machtsafwending bij de uitoefening van de politiebevoegdheid te hebben vastgesteld. Een regelmatig uitgeoefende politiebevoegdheid kan immers altijd de wettelijk erkende vrijheden en rechten beperken.

148. — In het arrest Trotin (21 dec. 1900, S., 1903, 3, 57 met noot Hauriou), heeft de *Conseil d'Etat* eveneens besluiten van de *maire*, wegens schending van de vrijheid van handel vernietigd, weerom echter na vastgesteld te hebben dat: « ... *le maire a, pour accroître les recettes communales, réglementé la vente du poisson de façon à obliger tous les pêcheurs à se servir de l'intermédiaire des facteurs de la halle, sans distinction entre le poisson consommé sur place et celui destiné à l'expédition* ».

Op te merken valt, dat dit arrest niet enkel het ontbreken van het wettelijk doel vaststelt, zoals het arrest Carville, maar dat op een positieve wijze het ongeoorloofde doel wordt aangeduid: « ... *pour accroître les recettes communales*. »

149. — Waar het enkel eetwaren betreft, die voor het lokaal verbruik bestemd zijn, heeft de *Conseil d'Etat* de verplichte openbare verkoop in een verkoopzaal regelmatig bevonden, omdat de controle op de gezondheid der eetwaren daardoor werkelijk vergemakkelijkt wordt en een eventueel fiscaal doel zeker niet het enige doel van een dergelijke maatregel is (zie arresten Tostain, 9 febr. 1895, S., 1897, 3, 89 en Pillard, 4 mei 1900, S., 1902, 3, 84).

In het aangehaalde arrest Trotin heeft de *Conseil d'Etat* dus blijkbaar het uitsluitend fiscaal doel bespeurd in het feit dat de maatregel was uitgebreid tot de eetwaar die niet voor het verbruik in de gemeente bestemd was.

150. — De *Conseil d'Etat* gaat uiterst omzichtig te werk, en wanneer hij vaststelt dat de bestreden maatregel, objectief gezien, zonder twijfel een politioneel doel nastreeft, verwerpt hij zeer vaak het beroep, ook al is het waarschijnlijk of zelfs bewezen dat d a r n a s t een subjectief ongeoorloofd doel bestaat.

In dit verband kan nog worden aangehaald het arrest Syndicat professionnel des marchands forains (2 dec. 1910, *Rec. Cons. Et.*, 860), waarin de *Conseil d'Etat* heeft beslist dat een nieuwe afbakening van de aan de marskramers voorbehouden standplaatsen geen machtsoverschrijding inhoudt, al heeft deze maatregel onrechtstreeks een bevoordeling van de lokale handel tot gevolg; het bleek immers dat de inkrimping van de vroeger aan de marskramers toegewezen ruimte bevorderlijk is voor het verkeer.

Zie eveneens in die zin Cons. d'Et., 29 jan. 1926, Société des plâtrières de Bagnolet (*Rec. Cons. Et.*, 97).

151. — Daartoe aangespoord door de prefekt hadden sommige burge-meesters van landelijke gemeenten aan de handelaars verbod opgelegd de eieren rechtstreeks op de hoeve af te halen. Het beoogde doel was aan de verbruikers uit de stad de mogelijkheid te bieden hun eieren rechtstreeks van de producent aan te kopen op de markt. De desbetreffende besluiten werden vernietigd omdat zij niet het belang van de geadministreerden op het oog hadden, maar enkel dat van de verbruikers uit de stad (Cons. d'Et., 29 juli 1950, Fédération nationale des syndicats de grossistes, *Rec. Cons. Et.*, 482).

152. — Terugkerend tot het financieel doel kan nog het volgend kenschetsend geval aangehaald worden.

In uitoefening van zijn politiebevoegdheden, mag de *maire* voorzeker, met het oog op de handhaving van de openbare zedelijkheid, aan de baders verbod opleggen zich op het strand te ontkleden. Maar hij mag niet de verplichting opleggen voor het ontkleden uitsluitend gebruik te maken van de gemeentelijke badkabinen, daar zulke maatregel enkel kan ingegeven zijn door financiële overwegingen, hetgeen buiten het doel van de politiebevoegdheid ligt (Cons. d'Et., 4 juli 1924, Beaugé, *Rec. Cons. Et.*, 641).

153. — Hierbij weze nog aangestipt dat de vroeger zeer duidelijk gevestigde regel, volgens welke de politiebevoegdheid niet voor een financieel doel mag worden aangewend in de rechtspraak van de laatste jaren, een neiging vertoont om te vervagen.

Zo wordt in een arrest van 30 juli 1949, Grange (*Rec. Cons. Et.*, 413) aanvaard, dat een opeising een financieel doel mag nastreven (zie nochtans *anders* Cons. d'Et., 9 april 1948, Ste imm. marseillaise, *Rec. Cons. Et.*, 156).

Er werd zelfs opgemerkt, dat in de rechtspraak der laatste jaren een strekking waar te nemen is, welke streeft naar het uitschakelen van het begrip machtsafwending, betrekking hebbend op het speciaal doel (zie hierover verder, n^{rs} 173 en volg.).

B. — *Het bijzonder doel bij de uitoefening van de toezichthoudende bevoegdheid.*

154. — Aanwending van de toezichthoudende bevoegdheid met een oogmerk, vreemd aan haar wettelijk doel, staat vaak zeer dicht bij gewone onbevoegdheid.

Soms neemt de ongeoorloofde uitoefening van deze bevoegdheid de vorm aan van een machtsusurpatie ten opzichte van de rechterlijke macht.

Zo heeft de *Conseil d'Etat* geoordeeld dat de prefekt een besluit van de gemeenteraad niet wettelijk kon vernietigen, wanneer hij zich daarbij enkel beroept op de schending van rechten, die voor derden uit een contract van gemeen recht voortvloeien

387), of nog, wanneer hij enkel de wettelijkheid van door de gemeente afgesloten contracten betwist (Cons. d'Et., 23 juni 1911, Larnaudie, *Rec. Cons. Et.*, 712; — Cons. d'Et., 16 juli 1915, De Noailles, *Rec. Cons. Et.*, 240).

155. — Wanneer dergelijke gevallen soms moeilijk van de gewone onbevoegdheid te onderscheiden zijn, daar de overheid al te klaarblijkelijk buiten het door de wet nauwkeurig bepaald object van haar bevoegdheid treedt, toch kan de uitoefening van de toezichthoudende bevoegdheid vaak aanleiding geven tot kenschetsende gevallen van machtsafwending.

De wet van 5 april 1884 verleent aan de prefekt een recht van toezicht op de gemeentelijke begroting, om enkele wel bepaalde belangen te handhaven.

Nu gebeurt het dat de prefekt weigert een begroting goed te keuren om redenen welke met deze belangen geen verband houden, maar omdat hij de gemeenteraad sommige maatregelen van openbaar belang wil doen treffen, waaromtrent deze wettelijk volledige vrijheid van beoordeling heeft (Cons. d'Et., 13 dec. 1912, Commune de Montlaur, *Rec. Cons. Et.*, 1194; — Cons. d'Et., 8 mei 1914, Commune de Saint-Thélo, *Rec. Cons. Et.*, 554).

156. — Ook de centrale overheid pleegt soms machtsafwending op deze wijze. Zo heeft de *Conseil d'Etat* het optreden van een minister gecensureerd, die zijn bevoegdheid van toezichthoudende overheid had aangewend om een stichting, die financiële tegemoetkomingen ontving van een publieke instelling, maar bestuurlijk autonoom was, te dwingen haar gemachtigde beheerder af te zetten (Cons. d'Et., 10 maart 1948, Maison de la Chimie et Gérard, *Rec. Cons. Et.*, 123).

AFDELING III. — *De "Détournement de procédure"*.

157. — *Détournement de procédure* is een bijzondere vorm van machtsafwending, welke door de rechtsleer afzonderlijk is belicht geworden.

Er is *détournement de procédure* wanneer de Administratie een bepaalde rechtspleging aanwendt om een doel te bereiken dat uitsluitend langs een andere rechtspleging om mocht worden nagestreefd.

Vedel legt er terecht de nadruk op dat het moet gaan om een rechtmatig doel (*Cours de droit administratif*, blz. 492).

Indien het doel in geen geval mocht worden nagestreefd, dan is de gevolgde rechtspleging van geen belang; hoogstens kan daarin een bewijselement van de gewone machtsafwending worden gevonden. Zo is het van geen belang vast te stellen dat de disciplinaire procedure niet werd gevolgd zodra is uitgemaakt dat een ambtenaar om louter persoonlijke redenen uit de dienst werd verwijderd.

158. — Sommigen hebben het belang van deze aparte vorm zodanig overdreven dat zij hem van het oorspronkelijk begrip hebben willen afzonderen, ja zelfs een nieuwe, vijfde *ouverture* er van hebben willen maken.

Dergelijke buitensporigheid heeft geen ingang gevonden in de rechtsleer, en de moderne Franse auteurs zijn het eens om de *détournement de procédure* te noemen hetzij *une variété* (Vedel, *o.c.*, blz. 492), hetzij *un aspect particulier* (Odent, *Contentieux administratif*, blz. 624), hetzij *une forme particulière* (de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, n° 698) van de machtsafwending.

159. — Het begrip en de term treffen wij reeds aan bij Welter (*Le contrôle juridictionnel*, blz. 182) die M. Hauriou aanwijst als de eerste auteur die zou gesproken hebben van « *l'emploi détourné d'une procédure administra-*

tive » of nog van « *procédure administrative détournée de son but* » (noten S., 1903, 3, 97 en 1923, 3, 17).

Niet zonder verwondering moet dan vastgesteld worden dat sommige moderne auteurs de *détournement de procédure* als een gans nieuwe vondst voorstellen.

Zo Vedel (*l.c.*) en Odent (*l.c.*), welke laatste niet aarzelt een arrest van 1947 aan te wijzen als zijnde de eerste rechtspraak waaruit de nieuwe notie zich heeft ontwikkeld.

Bij L. Letourneur vinden we hiervoor de volgende verklaring: « *On a parfois voulu voir dans le détournement de procédure un nouveau cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir. En réalité, il s'agit d'une forme du détournement de pouvoir, plus précisément d'un détournement de pouvoir juridique, qui existait déjà depuis longtemps (par exemple, la jurisprudence sur l'emploi limité de la procédure d'alignement), mais qui a reçu une extension plus grande depuis 1947 ...* » (*L'appréciation du fait par le Conseil d'Etat de France, R.J.D.A., 1952, 83*).

160. — Een andere moderne auteur, de Laubadère (*Traité élémentaire*), wijst als eerste arrest, waarin de notie kennelijk toepassing vond, hetzelfde arrest aan als Welter.

Het is het arrest Lalaque (14 febr. 1902, S., 1903, 3, 97 met noot M. Hauriou). Voor de aanleg van een buurtspoor op de berm van een verkeersweg, die volgens het lastenkohier een breedte van tenminste 6 meter 50 moest behouden, werd besloten, om de onteigeningsprocedure te vermijden, een algemeen rooiplan voor de weg goed te keuren, ten einde de aanleg van het buurtspoor te vergemakkelijken.

Op beroep van de belanghebbenden heeft de *Conseil d'Etat* beslist dat, tenzij de nodige gronden vrijwillig werden afgestaan, deze enkel door onteigening konden worden verkregen, en « *qu'ainsi le conseil général avait fait usage de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés* ».

161. — L. Imbert (*L'évolution du recours pour excès de pouvoir*, blz. 159) geeft een hele reeks gevallen van *détournement de procédure* op, welke het arrest Lalaque zijn voorafgegaan. Niet alle echter lijken onder dit begrip onder te brengen. Vermelden wij toch de arresten Gauchet (6 dec. 1895, *Rec. Cons. Et.*, 794) en Pomeux (18 dec. 1896, *Rec. Cons. Et.*, 849).

Welter van zijn kant vermeldt nog als toepassingen van het begrip de arresten Ville de Paris (3 aug. 1900, S., 1902, 3, 41) en Sommelet (5 mei 1893, S., 1895, 3, 1, beide met noot M. Hauriou), waarbij de *Conseil d'Etat* beschikkingen vernietigde, die weigerden bouwtoelatingen of regelmatige rooilijnen te verlenen om onteigeningen te vermijden die nodig waren wegens het uitvoeren van openbare werken.

162. — De nieuwste rechtsleer haalt als kenschetsend geval van *détournement de procédure* het volgende aan.

Een ordonnantie van 7 januari 1944 verleende, met het oog op een verjonging van de ambtenarenkaders, aan de ministers bevoegdheid om alle ambtenaren met 15 jaar dienst op rust te stellen. Sommige ministers hebben op grond van de bevoegdheid, hun bij deze ordonnantie toegekend, ambtenaren gepensioneerd omwille van hun gedrag tijdens de bezetting.

De *Conseil d'Etat* heeft vastgesteld, dat een bijzondere epuratieprocedure was ingesteld bij ordonnantie van 27 juni 1944, en dat feiten die slechts langs deze procedure om wettelijk konden worden bestraft, niet konden worden gesanctioneerd krachtens een bevoegdheid en een procedure, die waren ingericht met een gans ander doel, en dan ook andere modaliteiten voorzagen (zie *Cons. d'Et.*, 29 jan. 1947, Rosanvallon, *Rec. Cons. Et.*, 37; — *Cons. d'Et.*, 16 april 1948, Richard, *Rec. Cons. Et.*, 163 en S., 1948, 3, 69 met noot M.L.).

Zie nog, aanwending van de opreisingsprocedure in plaats van de onteigening (*Cons. d'Et.*, 4 juli 1947, Navelle, *Rec. Cons. Et.*, 297) en in plaats van de nationa-

lisatie (Cons. d'Et., 6 juni 1947, Soc. prov. de constructions navales, S., 1947, 3, 69 met besluiten M. Delvolvé), of nog, in plaats van de toepassing van het contractueel straffebeding bij niet-uitvoering van contractuele verplichtingen (Cons. d'Et., 4 nov. 1949, Daval, *Rec. Cons. Et.*, 463).

AFDELING IV. — *Het bewijs van de machtsafwending.*

163. — Overeenkomstig het beginsel van gemeen recht rust de bewijslast op de verzoeker, die de machtsafwending inroept (Cons. d'Et., 14 febr. 1925, Albertini, *Rec. Cons. Et.*, 155; — Cons. d'Et., 24 maart 1950, Lassalle, *Rec. Cons. Et.*, 189).

De inquisitoria aard van de rechtspleging, vóór de *Conseil d'Etat* gevolgd, zal echter de bewijslast voor de verzoeker in feite verlichten. Indien deze laatste genoegzame elementen voorbrengt om de machtsafwending waarschijnlijk te doen voorkomen, zal de *Conseil d'Etat* zelf het onderzoek zo ver mogelijk doordrijven.

164. — De *Conseil d'Etat* heeft nochtans steeds het onderzoek naar de machtsafwending vrijwillig binnen zekere grenzen gehouden.

L. Goldenberg (*Le Conseil d'Etat*, blz. 166 en volg) heeft deze houding, die een jurisprudentiële politiek mag worden genoemd, met realistisch doorzicht ontleed.

Wanneer de rechter de machtsafwending naspoort bevindt hij zich op de grens tussen wettelijkheid en doelmatigheid.

De administratie zal gewoonlijk trachten haar houding te rechtvaardigen. Zo worden in het debat vóór de rechter zeer dikwijls zuivere doelmatigheidselementen voorgebracht, en de rechter zal zich deze ten nutte maken. Goldenberg heeft dan ook terecht kunnen schrijven :

« On peut donc dire que moralement, sinon juridiquement, ce contrôle déborde sur celui de l'opportunité: le dossier du recours mêle les deux questions. Dans l'instruction on va au delà de la compétence du juge pour être sûr de ne pas rester en deça. Sans doute, le Conseil d'Etat, plus strict que les parties, fait-il en principe, un départ (dont elles s'abstiennent) entre les deux questions. Mais nous avons déjà montré l'inévitable arbitraire de cette séparation. Est-il d'ailleurs beaucoup d'exemples d'un tribunal qui ne tienne pas compte des données extra-juridiques que lui a apportées l'instruction lorsque ces données lui paraissent convaincantes en équité? Tout de même que les tribunaux judiciaires tiennent souvent compte de ces considérations d'équité, qui influencent leurs motifs juridiques, le Conseil d'Etat pour juger le détournement de pouvoir, subit nécessairement l'influence de la discussion sur le bien fondé ». (o.c., blz. 172).

In dergelijke overwegingen dient de verklaring voor de houding van de rechter te worden gezocht. En Goldenberg heeft deze verklaring samengevat in één zin : « C'est dans la passivité forcée de son juge que réside la garantie de liberté de l'Administration. »

In de vrijwillige beperking van zijn onderzoeksmacht zoekt de rechter een tegengewicht voor het gevaar dat hij inbreuk zou plegen op de vrijheid van de administratie.

Zo konden Duez en Debeyre schrijven : « en posant ainsi des limites à son pouvoir d'investigation, le Conseil d'Etat ne veut pas être accusé d'énervier l'action administrative.

Et ces limites sont en pleine harmonie logique avec le caractère de ce recours, procès fait à un acte administratif » (*Traité*, n° 581).

165. — De rechtspraak van de *Conseil d'Etat* op dit punt wordt door de rechtsleer gewoonlijk in twee klassieke regels uitgedrukt :

- 1° De *Conseil d'Etat* vergenoegt zich niet met louter gissingen of zekere vermoedens, maar eist een volledig bewijs.
- 2° Het bewijs moet blijken uit het dossier, of uit de door de partijen vrijwillig voorgebrachte verklaringen.

Nooit gaat de *Conseil d'Etat* over tot de ondervraging van de betrokken ambtenaren of tot andere eigenlijke onderzoeksmaatregelen.

166. — De eerste regel moet niet te letterlijk opgenomen worden. Hij betekent dat de *Conseil d'Etat* streng is voor de bewijslevering, echter niet dat er altijd een materiële zekerheid moet bestaan.

Wanneer machtsafwending wordt aanvaard, is dit gewoonlijk gesteund op « *des présomptions graves, précises et concordantes* » (Welter, *o.c.*, blz. 420) of hetgeen de rechtsleer ook noemt « *le faisceau de présomptions* » (de Laubadère, *o.c.*, n° 700).

167. — Ook de tweede regel biedt meer mogelijkheden dan op het eerste gezicht zou blijken. Bovendien heeft de rechtspraak op dit gebied een belangrijke evolutie ondergaan.

Aanvankelijk verklaarde de *Conseil d'Etat* dat het hem niet toekwam de motieven van de hem voorgelegde beschikkingen na te vorsen. Hij beperkte dus zijn onderzoek tot hetgeen in de akte zelf (motivering of regelend gedeelte) of in de begeleidende stukken was uitgedrukt (Cons. d'Et., 16 nov. 1900, Maugras, *S.*, 1901, 3, 57).

Deze houding had voor gevolg dat het enig mogelijk bewijsmiddel was : « *l'aveu ou le quasi aveu de l'administration* » (Appleton, J., *Traité élémentaire du contentieux administratif*, blz. 344).

Weldra bleek dat de controle op de machtsafwending op die manier praktisch tot niets zou worden herleid, en de *Conseil d'Etat* breidde het onderzoek uit tot gans het overgelegd dossier : briefwisseling, beraadslagingen, enz.

De uitdrukking *les pièces du dossier* dient echter zeer breed opgevat te worden. Daarin zijn niet alleen alle administratieve bescheiden begrepen, maar ook de door partijen gewisselde memories, met de aantijgingen, rechtvaardigingen soms ook stilzwijgende bekentenissen die daarin zijn vervat.

In de latere rechtspraak moet men daarbij nog rekening houden met « *les circonstances de fait révélées par l'ensemble du dossier* » (Goldenberg, *o.c.*, blz. 170).

De *Conseil d'Etat* beoordeelt vrij de vermoedens welke uit de gegevens der zaak voortvloeien.

Een der zwaarste vermoedens is het ontbreken van aanvaardbare motieven (Cons. d'Et., 18 aug. 1944, Union syndicale des débitants de Nice, *Rec. Cons. Et.*, 237).

Daarnaast kunnen verschillende omstandigheden in acht genomen worden, zoals het stelselmatig weerkeren van een weigering (Cons. d'Et., 17 mei 1907, Soc. philh. de Fumay, *S.*, 1909, 3, 133), de overhaasting waarmee een beschikking werd genomen (Cons. d'Et., 3 maart 1949, dame Laurent, *Rec. Cons. Et.*), een voorafgaande politieke of syndicale drukking (Cons. d'Et., 29 okt. 1948, Trapy, *Rec. Cons. Et.*, 403), de ongelijkheid in behandeling (Cons. d'Et., 15 juni 1936, Darras, *Rec. Cons. Et.*,) enz.... (zie een zeer volledige lijst bij M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, vijfde uitg., blz. 144).

Het bewijs van machtsafwending wordt gemakkelijker aanvaard wanneer de administratie een handeling, die vernietigd werd, schier ongewijzigd hermaakt (Cons.

d'Et., 25 febr. 1864 en 7 juni 1865, Lesbats, *Rec. Cons. Et.*, 209 en 624, S., 1864, 2, 307 en 1865, 2, 218; — Cons. d'Et., 8 febr. 1889 en 9 juni 1893, Thorrand, *Rec. Dall.*, 1890, 3, 51 en 1894, 3, 64; — Cons. d'Et., 4 febr. 1921 en 4 aug. 1922, Compagnie du Bourbonnais, S., 1924, 3, 64).

168. — Het eigenaardige van het bewijs inzake machtsafwending is wel, dat de rechter, behoudens in geval van bekentenis, uitgaande van objectieve gegevens besluit tot het al dan niet aanwezig zijn van een psychologisch element. Vedel merkt hierbij op: « *Il va de soi que la preuve d'un fait psychologique, d'une intention est plus difficile que toute autre. Mais elle n'est pas impossible* » (*Cours de droit administratif*, blz. 494).

AFDELING V

Teruggang van het begrip machtsafwending in de rechtspraak van de Conseil d'Etat.

169. — Er werd de laatste jaren veel aandacht gewijd aan hetgeen sommige auteurs hebben genoemd « *le déclin du détournement de pouvoir* ».

In werkelijkheid onderging de toepassing van het middel van de machtsafwending reeds vanaf het begin van deze eeuw een inkrimping ingevolge de ontwikkeling van het nieuw begrip van schending der wet wegens ontstentenis van motieven ook ontstentenis van wettelijke basis of van rechtsoorzaak genaamd. Dit nieuw middel, dat, niet zonder tegenstand, werd ingeschakeld in de *ouverture* wegens schending van de wet, maakte het mogelijk deze *ouverture* in zeer vele gevallen in de plaats te stellen van die wegens machtsafwending.

Later werd deze strekking tot objectivering van de machtsafwending beklemtoond door het meer en meer invoeren van de overtreding der algemene rechtsbeginselen (voornamelijk dat van de gelijkheid der burgers) als grond tot nietigverklaring.

Deze wijzigingen in de rechtspraak hadden nochtans geen verstrekkende gevolgen. Zij brachten wel een inkrimping van het toepassingsgebied van de machtsafwending mee, maar aan de betekenis van het begrip zelf werd hierdoor niet geraakt.

Anderzijds werd hier niet in de minste mate getornd aan de rechtsbescherming in het algemeen, want, hetgeen onttrokken werd aan het toepassingsgebied der machtsafwending, werd door een eenvoudige wijziging van juridische kwalificatie ondergebracht binnen het gebied der objectieve wettelijkheid.

Wanneer ten huidige dage gesproken wordt over *le déclin du détournement de pouvoir*, dan wordt daarmee een veel meer onrustwekkend verschijnsel bedoeld: de tekenen van een aanweten van de inhoud zelf van het begrip machtsafwending, welke de nieuwste rechtspraak van de *Conseil d'Etat* vertoont.

In deze rechtspraak is de neiging tot uiting gekomen om elke beoordeling van het nagestreefde subjectieve doel te laten varen en in de plaats daarvan te stellen een eenvoudig onderzoek betreffende de vraag of de gewraakte handeling door een motief van algemeen belang werd bepaald.

Het valt onmiddellijk op dat deze strekking er naar streeft niet enkel aan de machtsafwending een deel van haar toepassingsgebied te onttrekken, maar door een volledige objectivering het begrip in te schakelen in dit van schending der wet.

Moest deze strekking doorbreken, dan zou het voornaamste gevolg daarvan zijn dat de rechter een belangrijk gebied, dat aan zijn toezicht was onderworpen, prijsgeeft, namelijk de controle op het bijzonder doel der administratieve handeling.

170. — De uitbreiding, die de rechtspraak gaf aan de *ouverture* wegens schending van de wet, door een steeds verder doorgedreven onderzoek van de feiten, had een eerste inkrimping van het belang der machtsafwending tot gevolg.

Vedel (*o.c.*, blz. 484) licht deze wending in de rechtspraak toe aan de hand van een gevat voorbeeld. Hij gaat uit van het reeds meer genoemd arrest Maugras (S., 1901, 3. 57). In een kleine gemeente had een politieagent een herbergierster bekeurd, omdat zij het sluitingsuur niet in acht had genomen. De *maire*, die de caféhoudster onder zijn bescherming wenste te nemen, legde de nauwgezette politieagent een tuchtstraf op.

Op beroep van de agent Maugras vernietigde de *Conseil d'Etat* deze beschikking op grond van de volgende motivering:

« S'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de rechercher les motifs des décisions prises par les maires dans l'exercice de leur autorité, il résulte des termes mêmes de la lettre du maire de Dessain qu'en frappant d'une peine disciplinaire l'agent Maugras, ledit maire a agi dans un but autre que la sauvegarde des intérêts qui lui sont confiés. »

Vedel laat hierbij opmerken dat, moest de *Conseil d'Etat* heden opnieuw dergelijke zaak te beoordeelen krijgen, hij zeer waarschijnlijk zou vernietigen op grond van schending der wet. De *Conseil d'Etat* kent zich thans het recht toe het werkelijk bestaan der ingeroepen feiten te onderzoeken en te oordelen of zij als een dienstfout kunnen worden aangemerkt. Hij zou dus kunnen vaststellen dat de feiten die Maugras ten laste gelegd werden geen fout waren en derhalve niet een tuchtstraf konden rechtvaardigen.

De *Conseil d'Etat* zou dan de beschikking vernietigen wegens het ontbreken van motieven of van wettelijke basis.

Dit voorbeeld laat duidelijk inzien hoezeer de machtsafwending aan belang heeft ingeboet, sinds de ontwikkeling van het onderzoek der feiten binnen het kader van de *ouverture* wegens schending der wet.

171. — Dezelfde auteur merkt hierbij terecht op dat de moderne techniek doeltreffender is.

Had de *maire* in het geval Maugras zijn kwade trouw beter verdoken gehouden, of had hij zich eenvoudigweg te goeder trouw vergist nopens de materialiteit der feiten, dan zou het middel der machtsafwending op zijn beschikking zonder vat zijn gebleven.

Thans volstaat het dat het bewijs geleverd wordt dat geen dienstfout werd begaan; hetgeen veel gemakkelijker is.

172. — Later werd het gebied van de schending der wet verder uitgebreid door de ontwikkeling van de theorie der algemene rechtsbeginselen (zie M. Letourneur, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, *Conseil d'Etat - Etudes et Documents*, 1951, 19).

Onder deze algemene rechtsbeginselen, die in de rechtspraak meer en meer vaste gestalten hebben verworven, en die gelding hebben buiten elke geschreven regel om, zolang zij niet door een wet (*sensu stricto*) worden

teggengesproken, verdient hier bijzonder onze aandacht het beginsel van de gelijkheid der staatsburgers.

Waar de *Conseil d'Etat* vroeger in de ongelijke behandeling van personen of groepen, die zich in gelijke omstandigheden bevonden, een aanwijzing of vermoeden van machtsafwending zag, verkiest hij heden dikwijls rechtstreeks op grond van deze objectieve regel te sanctioneren.

Er kan nochtans geen vaste lijn in de rechtspraak worden ontdekt.

Nu eens vernietigt de *Conseil d'Etat* wegens machtsafwending wanneer het beginsel der gelijkheid klaarblijkelijk werd geschonden, ja zelfs roept hij de ongelijke behandeling in om de machtsafwending te bewijzen (Cons. d'Et., 3 aug. 1927, *Stade Olympique de Chabanaïs*, *Rec. Cons. Et.*, 917; — Cons. d'Et., 23 dec. 1932, *Soc. l'Eveil de Contres*, *Rec. Cons. Et.*, 1129). Dan weer wordt het beginsel der gelijkheid ingeroepen, nadat in feite een machtsafwending werd vastgesteld (Cons. d'Et., 10 juli 1946, *Soc. Charles Frères*, *Rec. Cons. Et.*, 198).

Tenslotte komt het ook voor dat beide te gelijk worden voorgebracht, zoals blijkt uit volgende considerans: « *Considérant qu'en frappant la société requérante d'une mesure d'exclusion, à raison des incidents sus relatés, sans qu'aucun motif tiré de l'intérêt général put justifier cette décision, l'Administration de la Radiodiffusion française a usé de ses pouvoirs pour un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés et a méconnu le principe de l'égalité qui régit le fonctionnement des services publics* » (Cons. d'Et., 9 maart 1951, *Soc. des concerts du Conservatoire, Droit social*, 1951, 368 met besluiten M. Letourneur en noot J. Rivero).

Benoît Jeanneau (*Les Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, blz. 37), doet opmerken dat, wanneer de *Conseil d'Etat* het beginsel der gelijkheid toch hoe langer hoe meer heeft ingeroepen, de verklaring van dit verschijnsel ongetwijfeld dient gezocht te worden in het feit dat de *ouverture*, wegens schending van de wet, gemakkelijker handelbaar is dan de machtsafwending.

En dezelfde auteur stelt vast, net als Vedel deed, met betrekking tot de controle der motieven, dat de *Conseil d'Etat* vroeger vaak zijn toevlucht moest nemen tot de machtsafwending bij gebrek aan een ander middel, dan wanneer hij zich toch maar steunde op een louter objectieve vaststelling.

De ontwikkeling van de theorie der algemene rechtsbeginselen is dus een tweede facet van de uitbreiding der objectieve wettelijkheid ten koste van de machtsafwending.

173. — De nieuwste rechtspraak vertoont een neiging om de klassieke betekenis van het begrip zelf aan te tasten.

In dit verband werd opgemerkt dat, waar de uitbreiding van het economisch interventionisme normaal een opbloei van de jurisprudentiële toepassingen inzake machtsafwending mocht laten voorzien, dit verschijnsel juist een teruggang van het begrip heeft ingeleid (J. de Soto, *Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique, Conseil d'Etat - Etudes et Documents*, 1952, 77).

De *Conseil d'Etat* is uiterst voorzichtig geworden in zijn toepassingen.

Het gebeurt niet zelden dat hij, in plaats van het beoogde subjectieve doel op te sporen, eenvoudig nagaat of de gewraakte handeling al dan niet werd bepaald door een motief van algemeen belang.

Zulk onderzoek is veel objectiever, en betekent een verglijden van de machtsafwending naar de schending van de wet (M. Letourneur, *L'appréciation du fait par le Conseil d'Etat de France*, *R.J.D.A.*, 1952, 82).

Zo rechtvaardigt de *Conseil d'Etat* een economische begunstiging van bepaalde regelmatige scheepvaartlijnen door de Administratie, met eenvoudigweg te verklaren dat het algemeen belang daarbij betrokken was, zonder dit begrip nader te bepalen (15 maart 1946, Co d'exportation de Madagascar, *Rec. Cons. Et.*, 81).

Een andere maal wordt eenvoudig gezegd: « *qu'il ne résulte pas du dossier que le Directeur général ait méconnu, pour des fins étrangères à l'intérêt général, le principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics* » (*Cons. d'Et.*, 27 mei 1949, Blanchard et Dachary, *Rec. Cons. Et.*, 245).

Het motief van het algemeen belang mag door de rechter ambtshalve worden opgespoord, zelfs wanneer de auteur van de handeling praktisch heeft bekend zijn bevoegdheid van haar wettelijk doel te hebben afgewend (*Cons. d'Et.*, 22 juli 1949, Soc. des Automobiles Berliet, *Rec. Cons. Et.*, 367).

M. Letourneur (*l.c.*) heeft terecht opgemerkt dat deze rechtspraak streeft naar de uitschakeling van de voornaamste modaliteit der machtsafwending, nl. het nastreven van een doel dat vreemd is aan het speciaal doel van de functie of van de uitgeoefende bevoegdheid.

Hij vermeldt in dit verband een arrest van 9 december 1949 (Bellon, *Rec. Cons. Et.*, 548).

De verzoeker beweerde dat een bouwtoelating was verleend om de enige reden dat de belanghebbende een stuk bouwgrond aan de gemeente had afgestaan; deze beschikking was derhalve genomen met machtsafwending, daar zij niet de stedbouw op het oog had, maar wel het financieel belang van de gemeente. De *Conseil d'Etat* heeft daarop in zijn arrest enkel geantwoord:

« *Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les arrêtés attaqués aient été pris pour une fin étrangère aux intérêts dont les autorités municipales ont la charge.* »

174. — In een noot onder het arrest van 29 juni 1951 (Syndicat de la raffinerie de soufre française, *Rec. Dall.*, 1951, 661) heeft M. Waline deze strekking in de rechtspraak fel gecritiseerd: « *Le moins qu'on puisse dire, c'est que, s'il devait faire jurisprudence, il manquerait une restriction considérable (et regrettable pour les justiciables) de la notion de détournement de pouvoir, telle qu'elle résulte de toute la jurisprudence antérieure du Conseil, en assimilant la notion de détournement de pouvoir à celle d'usage du pouvoir dans un intérêt autre que l'intérêt public. Il ne suffisait pas jusqu'ici, en effet, pour justifier un acte administratif de grief de détournement de pouvoir d'affirmer et même d'établir que cet acte avait été fait en vue de l'intérêt général. Il fallait encore établir que l'acte avait été fait en vue du but même envisagé par le législateur lorsqu'il avait conféré à l'autorité administrative le pouvoir de faire cet acte ...* ».

M. Letourneur (*l.c.*) is geneigd te geloven dat deze rechtspraak eigen is aan het economisch gebied (zie nochtans anders het vroeger geciteerd arrest Bellon); en binnen deze grens rechtvaardigt hij ze als volgt:

« *Etant donnés les larges pouvoirs que le système, dit de l'économie dirigée, confère nécessairement à l'Etat, on peut considérer qu'en cette sphère d'activité spéciale, il suffit que l'autorité publique agisse dans un but d'intérêt général: les pouvoirs qui lui sont conférés ne sont limités que par l'obligation d'agir dans l'intérêt général; autrement dit, agissant dans l'intérêt général, les ministres agissent, par là-même, dans le but en vue duquel leurs pouvoirs leur ont été attribués.* »

Een gelijkaardige zienswijze treffen wij aan bij J. de Soto die het normaal vindt dat de rechter zich op dit gebied nog wat onwennig voelt:

« *Surtout, sans doute, le juge administratif a-t-il pensé qu'en déterminant lui-même et d'une manière précise le but spécial vers lequel devaient pour chacun de leurs actes statuer les autorités professionnelles et économiques, il statuait sur une matière qui lui est étrangère et qu'il risquait un peu de son prestige auprès des administrés à affirmer officiellement ce but; ajoutons que ce but n'était pas toujours facile à déceler et que l'expérience manque encore pour avoir des vues sûres* » (*Recours pour excès de pouvoir*, blz. 78).

M. Letourneur staaft zodanige zienswijze, die hijzelf optimistisch noemt, met te verwijzen naar een arrest van 25 juli 1951 (Mme Garand, *Rec. Cons. Et.*, 433) gewezen in een gans andere aangelegenheid, en waarin het klassieke begrip van de machtsafwending is weergekeerd: « *Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que la commission paritaire se soit fondée, pour écarter la candidature de la dame Garand, sur un motif étranger à l'appréciation des titres et de la valeur professionnelle de l'intéressé* ».

Een weinig later kon ook M. Waline, naar aanleiding van een arrest van 19 februari 1952, Saurel (*Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1953, 723 met noot), met genoegen vaststellen dat: « *... le détournement de pouvoir dans un but financier, et spécialement le détournement de procédure, continuent d'être sanctionnés par le Conseil d'Etat sur le double terrain de l'excès de pouvoir et de la responsabilité pour faute* ».

175. — Benevens de welbepaalde wijzigingen van de juridische gesteldheid der machtsafwending, die hierbovenesignaleerd werden, heeft de rechtsleer in de rechtspraak een algemeen gevoelen van schuchterheid en weerzin ontwaard om machtsafwending vast te stellen. Zo werd er op gewezen dat de *Conseil d'Etat* machtsafwending nog moeilijker bewezen acht dan voorheen, dat hij het subsidiair karakter ervan nog meer heeft beklemtoond, en er steeds op bedacht is, bij voorkeur te vernietigen op grond van om het even welk ander middel, en tenslotte dat hij vernietigde op grond van machtsafwending zonder de term te vernoemen (M. Letourneur, *o.c.*, blz. 83 en 84; — J. de Soto, *o.c.*, blz. 78).

176. — Tot slot is het interessant, hiertegenover te wijzen op de eensgezindheid waarmee de Frans rechtsleer zich heeft verzet tegen de aantasting van het klassiek begrip der machtsafwending, alsmede op de overtuiging waarmee zij haar vertrouwen uitsprekt in het voortbestaan en het verder belang er van voor de rechtsbescherming der burgers (zie benevens de vroeger geciteerde noot van M. Waline: R. Odent, *o.c.*, blz. 618; — G. Vedel, *o.c.*, blz. 487; — J. de Soto, *o.c.*, blz. 78).

M. Letourneur, geeft zeer gevat de opinie weer van de overgrote meerderheid der hedendaagse Franse rechtsleer, waar hij schrijft (*o.c.*, blz. 165):

« *D'autre part, les gains acquis au titre de la violation de la loi compensent-ils l'affaiblissement du détournement de pouvoir? En un sens, sans aucun doute, ils le compensent très largement; la violation de la loi est un cas d'ouverture beaucoup plus fréquent, beaucoup plus usité; et une partie de ce qui a été perdu au titre du détournement de pouvoir se retrouve exactement ou sous une modalité un peu différente au titre de la violation de la loi.*

Mais il faut reconnaître que le détournement de pouvoir a un domaine qui lui est propre: celui des recherches subjectives, et, par suite, une utilité spéciale qu'aucun autre cas d'ouverture ne saurait — tout au moins dans un grand nombre de cas — remplacer. D'autre part, il a un champ d'application plus étendu puisqu'il permet d'atteindre même les actes purement discrétionnaires, pour l'accomplissement desquels aucune condition légale n'existe, et, en conséquence, contre lesquels la violation de la loi est sans effet.

Il faut donc espérer que le détournement de pouvoir ne subit qu'une éclipse passagère, et qu'il retrouvera sa place traditionnelle dans la jurisprudence administrative française. »

HOOFDSTUK II

De Belgische rechtspraak

AFDELING I

De toestand vóór de wet van 23 december 1946.

177. — Vóór het inwerkingtreden van de wet van 23 december 1946, houdende instelling van een Raad van State, vond het begrip machtsafwen- ding slechts een gering toepassingsgebied in België, en wekte dienvolgens weinig belangstelling (voor de toepassing er van in de rechtspraak van hoven en rechtbanken, zie n^{rs} 97 en volg.).

In de wetgeving zijn er slechts een paar bepalingen voorhanden waarin het begrip toepassing heeft gevonden, d.w.z. artikel 85 *bis* van de gemeen- tewet, dat een beroep openstelt bij de bestendige deputatie tegen die maat- regelen van de gemeenteraad, welke klaarblijkend strekken tot de bedekte afzetting van een titularis van een gemeentebediening, en artikel 4 van de wet van 6 augustus 1909, dat een gelijkaardige bepaling bevat ten voordele van de bedienden der commissies van openbare onderstand.

Daarnaast hebben de toezichthoudende overheden krachtens artikel 108, 5° van de Grondwet steeds een algemene bevoegdheid gehad, om op te treden tegen alle mogelijke gevallen van machtsafwen- ding gepleegd door de gedecentraliseerde besturen (Wigny, P., *Principes généraux de droit administratif belge*, n^o 36).

Voorbeelden van toepassing van het begrip door de centrale overheid kan men aantreffen in het arrest van de Raad van State van 21 mei 1953, C.O.O. Hornu, n^o 2485 en de twee arresten, Braine l'Alleud, van 29 juni 1950 en 17 december 1953, n^{rs} 962 en 3000, waarin een toepassing voorkomt van artikel 85 *bis* van de gemeentewet door de centrale overheid.

Behoudens in enkele uitzonderlijke gevallen bestaat er geen georgani- seerd beroep bij de toezichthoudende overheden, zodat deze meestal niet verplicht zijn uitspraak te doen over de bij haar ingediende bezwaren.

Anderzijds zijn deze overheden niet verplicht een individueel beroep af te wachten, alvorens hun vernietigingsmacht uit te oefenen; zij nemen meestal zelf het initiatief hiertoe.

N.B. — De aangehaalde arresten van de Raad van State zijn gepubliceerd volgens hun volgnummer in *Verzameling der arresten en adviezen van de Raad van State* door de hh. Baeyens en Dumont, Kortrijk.

De meeste van deze arresten zijn ook verschenen in het *Tijdschrift voor bestuurs- wetenschappen*, en in de *Revue de jurisprudence administrative et du Conseil d'Etat*.

De uitoefening van de administratieve voogdij heeft dus niet het karakter van een *contentieux*; zij heeft enkel tot doel aan de centrale overheid de mogelijkheid te bieden sommige misbruiken uit te schakelen indien zij het gewenst acht (Velge, H., *Le Conseil d'Etat*, n^o 118, blz. 169).

Tegen machtsafwending gepleegd door de centrale overheid zelf bestond vóór de wet van 23 december 1946, de beperkte controle die werd uitgeoefend door de rechtbanken niet te na gesproken, niet de minste mogelijkheid van beroep.

AFDELING II

De machtsafwending in de wet van 23 december 1946.

§ 1. — Inleiding.

178. — De wet van 23 december 1946 heeft het begrip van de machtsafwending zo algemeen mogelijk gehuldigd in zijn artikel 9, dat luidt :

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

In de wet zelf is niet de minste precisering van het begrip te vinden. Verlangen wij de opvattingen te achterhalen die de wetgever nopens dit begrip er op nahield, dan moet de parlementaire voorbereiding geraadpleegd worden.

§ 2. — De parlementaire voorbereiding.

179. — Al is de parlementaire voorbereiding vanuit een doctrinair standpunt gezien, nu juist geen goudmijn, toch geeft zij zeer belangrijke aanwijzingen. Deze kunnen samengevat worden in drie punten :

1^o De wetgever heeft gewild dat de Raad van State voor zijn rechtspraak als basis zou nemen de jurisprudentie van de *Conseil d'Etat* en de theorie welke de Franse rechtsleer daarop heeft gebouwd. Dit ligt eigenlijk zo vóór de hand, maar vindt tevens bevestiging in de verstrekte bepalingen en in verscheidene uitdrukkelijke verwijzingen.

Zo staat reeds in de gebrekkige Nederlandse tekst van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Carton de Wiart te lezen (*Parlem. Besch.*, Kamer, tweede buitengewone zitting 1936, n^o 106, blz. 9) :

« Wanneer het de woorden machtsafleiding gebruikt, verwijst het voorstel naar de terminologie die door den Staatsraad van Frankrijk op dit gebied is aanvaard. De tekst laat toe nietig te verklaren, niet alleen de handeling die op zichzelf een waarmachtsmisbruik uitmaakt, omdat de essentiële formaliteiten verzuimd werden, omdat de handeling de wet overtreedt of verkeerd uitlegt, doch ook omdat de overheid waarvan de handeling uitgaat, de macht waarover zij beschikt van haar waar doel heeft afgeleid.

Naar de uitdrukking van de heer Duguit, professor aan de Rechtsfaculteit te Bordeaux, wordt de waarde van de handeling ditmaal beoordeeld, niet meer volgens

haar voorwerp, doch volgens het doel dat de wil beïnvloedt, waarvan zij uitgaat ; dit doel wordt aldus een element van bevoegdheid.»

Dat de opvattingen van de wetgever op dit punt later niet zijn gewijzigd, blijkt o.m. uit de bepaling die van het begrip werd gegeven in het verslag dat werd uitgebracht door de heer Devèze namens de Kamercommissie over het door de Senaat gewijzigd ontwerp (*Parlem. Besch.*, Kamer, 1945-46, n° 14, blz. 12), en uit de in de Kamer afgelegde verklaring van de Minister van Binnenlandse Zaken (*Parlem. Hand.*, Kamer, 1945-46, 11 dec. 1945, blz. 104).

180. — 2° Naar de opvatting van de wetgever is machtsafwending zeer zeker een vorm van onwettelijkheid. Dit blijkt nergens duidelijker dan uit het verslag dat werd uitgebracht namens de Verenigde Senaatscommissies van Justitie en van Binnenlandse Zaken, belast met het onderzoek van het wetsontwerp houdende instelling van een Raad van State (*Parlem. Besch.*, Senaat, buitengewone zitting 1939, n° 80, blz. 45) :

« In werkelijkheid hadden wij ons er toe kunnen bepalen de vernietiging wegens overschrijding van gezag (*sic*) voor te stellen. Immers, zodra een administratieve daad om enige reden niet strookt met de wetten, bestaat er overschrijding van gezag. Wij hebben evenwel geoordeeld dat de omstandige formule (aanbevolen door de *Journées universitaires*) iets goeds heeft, voor zover zij de Raad van State zal helpen om het toepassingsgebied van het beroep af te bakenen.

Quod abundat, non viciat

Zijn macht overschrijden is een daad stellen waartoe men niet bevoegd is bij de wet (onbevoegdheid) ofwel nog deze daad zo stellen dat men de essentiële vormen waarmede deze daad moet zijn ingekleed, verwaarloost. Voorbeelden :

Een gezag afwenden is een daad van zijn ambt stellen met al de voorgeschreven vormen, doch waardoor een heel andere uitslag wordt bereikt dan deze door de wet bedoeld. Met den geest van de wet te overtreden heeft men het gezag waarmede men is bekleed van zijn echt doel afgeleid.

Voorbeeld : een gemeentelijke overheid, onder de schijn van een politiereglement, knevelt in werkelijkheid de vrijheid van handel, de vrijheid van drukpers, de vrijheid van mening en van erediens, of het recht van vereniging. De Raad van State zal dus kennis hebben te nemen van de uitwendige en inwendige wettelijkheid van de administratieve daden. »

181. — 3° De wetgever heeft welbewust slechts enkele vage aanwijzingen gegeven. Voor het overige, heeft hij vertrouwen gesteld in de Raad van State zelf, om het begrip door zijn rechtspraak verder te ontwikkelen.

« Het is de Raad van State die door zijn rechtspraak de grenzen van het toepassingsgebied van dit begrip zal bepalen : wij hebben het recht te vertrouwen in zijn nauwgezetheid en zijn gezag in rechtszaken opdat die taak tot een goed einde zou gebracht worden », aldus drukte de heer Devèze zich uit in zijn verslag namens de Kamercommissie (*Parlem. Besch.*, Kamer, 1945-46, n° 14, blz. 12).

182. — Anderzijds toch bestond een grote bezorgdheid wat de toepassing van dit begrip betreft, en de regering heeft daaraan uiting gegeven door bij de Senaat een amendement in te dienen, waarbij voor vernietiging op grond van machtsafwending als waarborg een bijzondere rechtspleging werd ingesteld.

183. — Samenvattend kan worden vastgesteld dat de wetgever heeft gewild dat de Raad van State bij de ontwikkeling van zijn rechtspraak inzake machtsafwending bij het Franse begrip zou aanleunen.

Anderzijds heeft de wetgever aan de Raad van State uitdrukkelijk een zekere vrijheid gelaten bij de uitbouw van het begrip.

Nergens is de bedoeling tot uiting gekomen een begrip tot stand te brengen dat in enig opzicht zou verschillen van het Franse.

Vanuit een wettelijk standpunt kan dan ook niet worden gesproken van een eigen Belgisch begrip van de machtsafwending.

De enige innovatie van de wetgever ligt op het gebied van de rechtspleging.

§ 3. — De bijzondere rechtspleging.

184. — Artikel 48 van de wet van 23 december 1946 bepaalt :

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

185. — De verwijzing naar de algemene vergadering in geval van machtsafwending werd door de minister van Binnenlandse Zaken in volgender voege vóór de Senaat gerechtvaardigd :

« M. Devèze, Min. de l'Int. — Permettez-moi de relever que cette notion est particulièrement délicate, difficile et sera pleine de dangers si l'application n'était pas très sévèrement contrôlée.

Je crois qu'il est impossible de l'écarter, elle existe d'ailleurs en France, mais je me suis permis de suggérer au Sénat un amendement auquel je crois que le rapporteur ne s'opposera pas et qui tend à dire que lorsqu'une Chambre du Conseil d'Etat reconnaît qu'il y a lieu à annulation pour détournement de pouvoir, l'affaire est, ipso facto, renvoyée au Conseil d'Etat, toutes chambres réunies, pour y statuer avec toutes les garanties, sous la Présidence du Premier Président et avec, comme ministère public, l'auditeur général, afin que, dans ce cas exceptionnel, une maladresse, une erreur d'interprétation soit aussi invraisemblable que possible. Je pense que le Sénat se ralliera à cette suggestion, qui est une garantie pour tout le monde.

M. Orban. — Elle n'enlève rien au principe.

M. Devèze, Min. de l'Int. — Elle n'enlève rien au principe et elle donne un caractère exceptionnel et solennel à l'avis du Conseil d'Etat, parce qu'il en résultera une véritable condamnation morale pour l'autorité qui aura pris une mesure et détourné un pouvoir. Il est nécessaire qu'une telle mesure ne soit prise que dans des conditions de solennité et de prudence qui excluent toute impulsion, tout manque d'étude et de partialité, même inconsciente (Parlem. Hand., Senaat, buitengewone zitting 1939, blz. 535).

186. — Deze verklaringen leken voldoende belangrijk om *in extenso* te worden opgenomen.

Er blijkt daaruit dat de regering met deze procedure een dubbel doel beoogde : vooreerst het scheppen van een bijzondere waarborg voor de administratie tegen een zo geducht middel dat een delikate feitenbeoordeling noodzaakt, en anderzijds, wanneer het aanvaard wordt, gewoonlijk een blaam inhoudt voor de auteur van de vernietigde handeling ; daarnaast,

ten voordele van het prestige van de Raad zelf, het omkleden met een bijzonder gezag van die uitspraken, die de nietigverklaring van een administratieve handeling gronden op het middel van machtsafwending.

187. — Wanneer een kamer van de afdeling Administratie van oordeel is dat een administratieve handeling, die haar werd voorgelegd, dient nietig verklaard te worden op grond van machtsafwending, is zij dus verplicht de zaak naar de algemene vergadering te verwijzen.

Door de verwijzing wordt de zaak onttrokken aan de kamer, waaraan ze was onderworpen. De voortzetting van het onderzoek wordt opgedragen aan de algemene vergadering, die samengesteld is uit de drie verenigde kamers van de afdeling administratie, hetzij negen raadsheren, en voorgezeten wordt door de eerste voorzitter, de voorzitter of de oudste der tegenwoordige raadsheren.

De verwijzing gebeurt door de bijeenroeping van de algemene vergadering door de eerste voorzitter op voorstel van de kamer.

Al de bepalingen die gelden inzake onderzoek, onderzoeksmaatregelen en terechtzitting (art. 13 tot 29 van het besluit van de Regent van 23 aug. 1948, tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State) zijn van toepassing bij de behandeling van de zaak door de algemene vergadering.

Daaruit volgt dat de algemene vergadering het ganse onderzoek kan overdoen.

De vertraging in de afhandeling, die noodzakelijkerwijze voortvloeit uit deze bijkomende procedurevormen, is gerechtvaardigd door de bijzondere belangrijkheid van de zaak, welke reden de beoordeling ervan door de algemene vergadering wettigt (zie Cambier, Cyr., *La section d'administration du Conseil d'Etat*, blz. 93-97).

De bijzondere belangrijkheid is gelegen in de kiese feitenbeoordeling waartoe het middel meestal noopt.

§ 4. — Belang van de bijzondere rechtspleging voor de ontwikkeling van de rechtspraak.

188. — Toen de wetgever de verwijzing naar de algemene vergadering voorschreef voor elke nietigverklaring op grond van machtsafwending, had hij enkel op het oog een bijzondere waarborg in te voeren voor de beoordeling van zaken, die hem bijzonder delikaat leken.

Een onrechtstreeks gevolg van deze rechtspleging, dat de wetgever voorzeker niet heeft beoogd, maar dat niettemin onafwendbaar lijkt, is dat de afbakening van het begrip machtsafwending zelf in de rechtspraak van de Raad van State langzamerhand daarvan de stempel zal gaan dragen.

De wetgever lijkt daar ongewild een element geschapen te hebben, dat, naast andere, nog latente factoren, in vrij belangrijke mate zou kunnen medewerken aan het modelleren van een eigen Belgisch begrip van de machtsafwending, dat mettertijd een min of meer diepgaande differentiatie zou kunnen gaan vertonen ten opzichte van het Franse begrip van de *détournement de pouvoir*, waarin het thans nog vast zit gevat.

189. — Deze zienswijze steunt op een drietal overwegingen :

1° De speciale rechtspleging geeft aan het middel een bijzonder belang, omdat het daardoor op een zichtbare, praktische, en niet meer zoals in Frankrijk zuiver doctrinaire wijze, van de andere vormen van machtsoverschrijding gescheiden wordt. Hoewel door de wetgever zelf erkend als een vorm van onwettelijkheid, wordt het aldus scherp geplaatst tegenover alle andere vormen van onwettelijkheid samen.

190. — 2° Daaruit volgt, en dit werd reeds opgemerkt (zie Hoefler, J., *L'annulation pour détournement de pouvoir*, *Rev. Adm.*, 1954, 105), dat het begrip een scherpe omschrijving zal vergen en dat het vooral zeer strikt en oprecht zal dienen toegepast te worden.

Wanneer de *Conseil d'Etat* in Frankrijk vernietiging uitspreekt op grond van machtsafwending, is hij niet verplicht dit uitdrukkelijk te vermelden, en hij doet het ook zelden. Vaak ook vernietigen de Franse arresten op grond van schending van de wet, wanneer deze vernietiging in feite steunt op een vooraf vastgestelde machtsafwending. Indien in België een kamer van de Raad van State zo moest handelen, zou zij zelf een onwettelijkheid begaan, die veel weg heeft van een machtsafwending.

191. — 3° Het voorschrijven van een bijzondere rechtspleging verwekt rond het begrip machtsafwending naar Belgisch recht een zekere spanning.

Enerzijds schuilt daarin een aansporing om het begrip zo dicht mogelijk te houden bij het klassieke Franse begrip, in zijn breedste ontwikkeling, want daarnaar toch heeft de wetgever verwezen, bij onmogelijkheid van nadere verduidelijking.

Anderzijds is daar het aspect belemmering en vertraging van deze procedure, hetwelk aanstuurt niet alleen op een beklemtonen van het subsidiair karakter van de machtsafwending, maar op een inkrimping van het begrip zelf.

192. — In dit verband kan niet worden aanvaard de stelling volgens welke de Raad van State niet zou mogen vernietigen op grond van ontstentenis van motieven (aldus Hoefler, J., *l.c.*). Deze vernietigingsgrond, welke kan worden aangevoerd ook tegen de meest discretionaire handelingen is weliswaar een van de machtsafwending afgeleide vorm, maar heeft toch een halve eeuw zelfstandig bestaan in de Franse rechtspraak (zie boven, n^{rs} 23 en volg.). Hij is dan ook reeds vast gevestigd in de rechtspraak van de Raad van State (zie Cambier, C., *Le contrôle de la légalité interne des actes de l'Administration*, *J.T.*, 1955, 55 en 69).

Wel komt het raadzaam voor dat de Belgische administratieve rechter bij het hanteren van dit middel behoedzaam zou wezen en zich zou houden aan die appreciaties welke strikt objectief kunnen geschieden.

Aldus lijkt een ver doorgedreven toepassing van de theorie van *les motifs déterminants* (Jèze, G., *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1922, 377) in het kader van de controle van de machtsoverschrijding (*sensu stricto*) in België onaanvaardbaar.

AFDELING III. — *Overzicht van de rechtspraak.*

§ 1. — Ontvankelijkheid.

193. — De Belgische rechtspraak aanvaardt evenmin als de Franse (zie boven, n^o 54) dat de machtsafwending een middel van openbare orde is. Het wordt dienvolgens niet ambtshalve ingeroepen.

Dit blijkt uit enkele arresten waarin de Raad van State heeft beslist dat niet ontvankelijk is het middel van machtsafwending dat ter zitting of in de memorie van wederantwoord voor het eerst wordt ingeroepen (24 nov. 1950, Martin, n^o 581; — 9 juli 1953, Leloup, n^o 2660; — 6 mei 1955, Thomu en Colin, n^o 4264).

Uitzondering op deze algemene regel zou slechts kunnen worden aanvaard in geval men langs het middel van machtsafwending om een gewone machtsoverschrijding, vooral dan een usurpatie van bevoegdheid, zou ontdekken (zie Moureau, L., et Simonard, A., *Le Conseil d'Etat de Belgique, Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1948, 178).

Volgens de gevestigde jurisprudentiële regel zou ook het middel, dat voor de eerste maal in de memorie van wederantwoord wordt ingeroepen, ontvankelijk zijn, zo is bewezen dat het steunt op gegevens die slechts door de memorie van antwoord of het overgelegd dossier aan de verzoeker bekend zijn geworden (26 juni 1954, Huybrechts, n^o 3521; — 8 juli 1954, Buchet, n^o 3562).

De Raad van State is breed bij de beoordeling van de formulering van het middel in het verzoekschrift (19 nov. 1954, Xhaet, n^o 3824).

194. — Machtsafwending is een bijzonder rechtsmiddel, dat de rechter gewoonlijk slechts onderzoekt wanneer alle andere middelen uitgeput zijn.

(Zie Vauthier, M., *Précis du droit administratif de la Belgique*, blz. 717: « *Le détournement de pouvoir ne sera introqué en pratique, que si l'acte ou la décision ne peuvent être attaqués pour excès de pouvoir* »).

Deze karaktertrek van de machtsafwending werd in België op een gans bijzondere wijze onderstreept door de wetgever, die een speciale rechtspleging inrichtte voor het uitspreken van vernietiging op grond van dit middel (art. 48, wet van 23 dec. 1946).

Dit subsidiair karakter van de machtsafwending werd reeds erkend in een paar arresten (9 mei 1949, N.V. Universal Film, n^o 44; — 23 jan. 1950, P.V.B.A. Luxor Film, n^o 225).

Zulks kan nochtans niet gelden als een absolute regel in de rechtspraak (zie boven, n^o 51).

195. — In Frankrijk wordt doorgaans aanvaard dat het middel van machtsafwending niet-ontvankelijk is tegen rechtsprekende handelingen (zie boven, n^o 52).

In België werd dezelfde stelling verdedigd (Moureau, L. et Simonard, A., *Le Conseil d'Etat de Belgique, Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1948, 172).

De Raad van State heeft echter reeds in twee arresten het middel, ingeroepen tegen rechtsprekende handelingen, ten gronde onderzocht (9 maart 1954, Lachaert, n^o 3208; — 21 dec. 1954, Van Neys, n^o 3936).

Deze houding lijkt de juiste te zijn, vermits enerzijds artikel 9 van de wet van 23 december 1946 uitdrukkelijk de mogelijkheid openstelt al de administratieve beslissingen in betwiste zaken door het middel van de machtsafwending aan te vallen, en anderzijds het argument waarop de

traditionele zienswijze steunt en volgens hetwelk de rechtsprekende handeling naar essentie het resultaat is van een volledig gebonden optreden niet altijd geldt voor de lagere rechter, die vrij de hem voorgelegde feiten beoordeelt en kwalificeert.

196. — In navolging van een theorie die in Frankrijk vooral door Bonnard werd verspreid door zijn commentaar op sommige arresten van de *Conseil d'Etat*, schijnt de Raad van State een onderzoek naar het bestaan van een onwettelijk doel te weigeren, indien er voldoende rechtmatige motieven blijken voorhanden te zijn, opdat de gewraakte handeling objectief gezien, haar wettelijk doel zou nastreven (28 febr. 1955, *Etablissements Smets - Usé N.V.*, n^o 4114).

De theorie van Bonnard werd hierboven (zie boven, n^o 52) kritisch onderzocht. Ongetwijfeld, en Bonnard zelf zegt het trouwens uitdrukkelijk (*o.c.*, blz. 142), hebben wij hier te doen met een grond van niet-ontvankelijkheid van het middel: zodra de aanwezigheid van geldige motieven is vastgesteld wordt het middel terzijde geschoven.

Deze grond van niet-ontvankelijkheid is gesteund op de regel dat de machtsafwending uitsluitend ongeoorloofde doeleinden onderstelt, maar gaat, wegens zijn objectiverende strekking nog iets verder dan die regel.

§ 2. — Grondvoorwaarden.

197. — De rechtspraak heeft tot nog toe weinig gegevens aan de hand gedaan, die zouden toelaten de omtrek van het begrip naar Belgisch recht nader te bepalen.

Toch is het mogelijk in deze rechtspraak drie grondvoorwaarden te ontdekken (Cambier, C., *Le contrôle de la légalité interne des actes de l'administration*, J.T., 1955, 72).

In enkele arresten werd gepreciseerd dat de machtsafwending slechts kan worden weerhouden, indien wel uitgemaakt is dat de handelende persoon uitsluitend geleid geweest is door drijfveren vreemd aan het belang van de dienst. Het ongeoorloofde doel moet dus alléén aanwezig, of tenminste determinerend zijn geweest (10 dec. 1952, *Kindt*, n^o 2030; — 3 dec. 1953, *Lafontaine*, n^o 2957).

De regel, volgens welke de machtsafwending niet dient onderzocht te worden wanneer objectief kan worden vastgesteld, dat een voldoende wettelijk motief voorhanden is, mag niet worden verward met de hier bedoelde hypothese.

Deze onderstelt meestal handelingen met een sterke discretionaire inslag, hetgeen veelal het geval is bij benoemingen. In deze gevallen is de op de geschreven rechtsregel gesteunde controle van de rechter zeer beperkt. Hij zal veelal de motieven van de handeling enkel kunnen nagaan vanuit het oogpunt van hun materieel bestaan; daarbuiten heeft hij het voor hem onbetreedbaar terrein van de discretionaire macht vóór zich.

De theorie van de niet-ontvankelijkheid gesteund op het bestaan van voldoende wettelijke motieven heeft hier niet veel te betekenen, en gewoonlijk ziet de rechter zich vrij vlug genoopt het onderzoek naar het beweerde onrechtmatig doel aan te vatten.

Nu kan het voorkomen dat hij bij dit onderzoek bepaalde feiten aantreft die wel sommige onzuivere drijfveren aan het licht brengen, maar dat deze niet belangrijk genoeg zijn om te wijzen op een doel, dat voldoende gewichtig is om te kunnen aannemen dat het de handeling alléén heeft gedetermineerd.

In zulke gevallen wordt de machtsafwending niet weerhouden.

De regel mag niet te strak opgevat worden, en betekent geenszins dat het bewijs van de ontstentenis van elk rechtmatig doel in alle gevallen op een positieve wijze gelijktijdig met het bewijs van het onrechtmatig doel zou moeten geleverd worden.

De rechter zal trouwens het bestaan van een rechtmatig doel zelden afdoende kunnen vaststellen omdat dit meestal een indringen in het gebied van de beoordelingsvrijheid van de administratie zou veronderstellen.

In werkelijkheid zal de machtsafwending meestal worden vastgesteld door één volledige visie op het geheel van de gegevens der zaak. Tot de ontstentenis van een rechtmatig doel zal dan gewoonlijk op een middellijke wijze kunnen besloten worden, n.l. wegens de ernst van de onrechtmatige doeleinden en wegens de zwaarwichtigheid van de aanwijzingen en vermoedens die ze aan het licht brengen.

Aldus blijkt deze regel nauw verbonden met het probleem der bewijislevering.

198. — Het beoogde doel dient totaal vreemd te zijn aan de uitgeoefende wettelijke bevoegdheid.

Dit is niet het geval indien de keuze van een politiecommissaris in een Vlaamse gemeente zou zijn bepaald geweest door de Vlaamse afkomst van de gegadigde, alsmede door een wens uitgedrukt door de Federatie der politiecommissarissen (4 jan. 1954, Kerger, n° 3026).

199. — Er moet vanzelfsprekend een oorzakelijk verband zijn tussen de feiten die als vermoedens van machtsafwending worden aangevoerd en de handeling, waarvan wordt beweerd dat zij met machtsafwending is verricht.

Zo zijn feiten, die machtsafwending moeten bewijzen in een tuchtmaatregel getroffen door de gemeenteraad, niet dienend ten opzichte van het koninklijk besluit, waarbij deze maatregel werd goedgekeurd (27 jan. 1950, Degrave, n° 230, en in dezelfde zin 10 dec. 1953, Calewaerts, n° 2980).

Er kan geen aanwijzing van machtsafwending worden gevonden in een feit dat met de gewraakte handeling geen uitstaans heeft (23 dec. 1953, Keber, n° 3012; — 24 okt. 1949, Doeveenspeck, n° 140).

§ 3. — Het bewijs.

200. — De bewijslast rust overeenkomstig het gemeenrecht op de verzoeker, die het middel inroept (zie Hoeffler, J., *o.c.*, 109, bij het arrest Lafontaine, n° 2957).

De inquisitoriale rechtspleging zal nochtans de bewijislevering vergemakkelijken. Zij brengt mee dat de Raad van State het middel zelf verder zal onderzoeken, zo de verzoeker voldoende zwaarwichtige aanwijzingen heeft voorgebracht. Van hem wordt dus in feite slechts een begin van bewijs gevergd.

201. — De Raad van State heeft er talloze malen op gewezen dat eenvoudige gissingen of aantijgingen niet kunnen weerhouden worden. Enkel aan wel bepaalde en ernstige gegevens kan aandacht geschonken worden (3 mei 1950, Rijckeboer, n° 349; — 13 juli 1951, Winand, n° 1019; — 31 juli 1951, Van Langendonck, n° 1029; — 10 april 1952, Frennet, n° 1456; — 30 nov. 1951, Thonnard, n° 1189; — 24 okt. 1952, Masy, n° 1900; — 12 okt. 1953, Verspeelt, n° 2805; — 7 jan. 1953, De Bock, n° 2074 en vele andere).

202. — Aan de Raad van State is door de wet uitdrukkelijk de bevoegdheid opgedragen machtsafwending op te sporen en tegen te gaan (art. 9, wet van 23 december 1946).

Hij beschikt te dien einde over al de onderzoeksmachten, die hem zijn toegekend bij het besluit van de Regent van 23 augustus 1948, tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State (art. 16 tot 25).

De regel die de *Conseil d'Etat* zichzelf heeft opgelegd, en volgens welke het onderzoek moet beperkt blijven tot het dossier (zie boven, n^{rs} 156 en volg.) geldt niet in België (Wigny, P., *Droit administratif*, n^r 506; — De Visscher, P., noot onder R. v. St., 30 jan. 1951, Exelmans, n^r 985, *R.J.D.A.*, 1952, 20; — Hoeffler, J., *o.c.*, 110).

De Raad heeft reeds gebruik gemaakt van de hem geboden onderzoeksmogelijkheden om een beweerde onwettelijkheid nopens het nagestreefde doel op te sporen (3 dec. 1953, Lafontaine, n^r 2957).

203. — De raadsheer of het lid van het auditoraat, door de kamer aangesteld om tot onderzoeksverrichtingen over te gaan, beschikken te dien einde over uitgebreide bevoegdheden.

Zij zijn er toe gerechtigd zich alle bescheiden door de administratieve overheden te doen overleggen. Zij kunnen van de partijen alle aanvullende ophelderingen vorderen, de partijen en alle andere personen horen (art. 16 en 17).

Zij kunnen ter plaatse overgaan tot alle vaststellingen, deskundigen aanstellen en hun opdracht bepalen (art. 19 en 20).

De kamer kan getuigen horen ter terechtzitting, en hun de eed opleggen.

204. — De machtsafwending wordt doorgaans aangezien als een subsidiair middel waarvan het bewijs zeer moeilijk te leveren is.

De vaststelling dat tot op het einde van 1954 op ongeveer 4000 beslissingen slechts vier vernietigingen werden uitgesproken op deze grond, moge dit treffend illustreren (zie Cambier C., *Le contrôle de la légalité interne des actes de l'administration*, J.T., 1955, 72).

Deze vernietigingsarresten zijn uitgesproken geweest in zaken die onderling veel gelijkenis vertonen.

Deze zaken hebben dit gemeen dat zij alle betrekking hebben op de benoeming van een gemeentesecretaris in een kleine gemeente.

205. — De gemeenteraad van Averbode had de betrekking van gemeentesecretaris vacant verklaard en de benoemingsvoorwaarden vastgesteld.

Wanneer de benoeming van één der gegadigden, zoon van de vroegere gemeentesecretaris, aan de bestendige deputatie wordt voorgelegd, stelt deze vast dat de benoemde de gestelde leeftijdsgrens had overschreden. Zij weigert dienvolgens de benoeming goed te keuren.

Daarop herziert de gemeenteraad de benoemingsvoorwaarden, brengt daarin de leeftijdsgrens van 25 op 30 jaar, en gaat daarna over tot dezelfde benoeming.

Deze benoeming wordt goedgekeurd, en, ondanks het protest van de gouverneur treedt de centrale toezichthoudende overheid niet op.

Een der gegadigden wendt zich daarop tot de Raad van State, en vraagt de nietigverklaring van de benoeming.

In een arrest van 29 mei 1951 verklaart de vierde kamer van de Raad van State dat, moesten de aangehaalde feiten bewezen zijn, «er uit zou kunnen besloten worden dat de gemeenteraad een bevoegdheid, die hem bij de wet is verleend om, met het oog op het algemeen belang, de goede werking te verzekeren van een openbare dienst, ter zake zou hebben gebruikt om de persoonlijke belangen te dienen van X en aldus zijn bevoegdheid van haar

wettelijk doel zou hebben afgewend; dat grond bestaat tot verwijzing naar de algemene vergadering van de afdeling administratie ».

De algemene vergadering van de afdeling administratie heeft de benoeming vernietigd op grond van machtsafwending.

De nauwkeurige, zwaarwichtige en overeenstemmende vermoedens of indicieën, die de overtuiging van de Raad hebben gevormd, worden in het arrest duidelijk weergegeven en kunnen samengevat worden als volgt :

1. Toen de gemeenteraad de benoemingsvoorwaarden voor de eerste maal vaststelde, verkeerde hij in de overtuiging dat de later benoemde gegadigde de voorwaarden vervulde; dit blijkt reeds voldoende uit het feit dat hij een eerste maal benoemd werd;

2. Toen de bestendige deputatie haar goedkeuring geweigerd had aan deze benoeming, werden de voorwaarden gewijzigd juist derwijze dat de benoemde de nieuw gestelde voorwaarden vervulde.

3. Hoewel een oorlogsinvalide hierom had verzocht, had de gemeenteraad het niet nodig geoordeeld de leeftijdsgrens te wijzigen vooraleer hij tot de eerste benoeming overging.

4. De gemeenteraad verklaarde het ambt opnieuw vacant om nieuwe benoemingsvoorwaarden te kunnen stellen, en zulks wanneer hij bij de eerste benoeming de hoogdringendheid om het ambt te begeven had ingeroepen; de gemeenteraad hervatte gans de procedure hoewel een voldoende aantal geschikte kandidaten overbleven.

5. De gouverneur had aan de minister van Binnenlandse Zaken gesignaleerd dat de nieuwe vaststelling der benoemingsvoorwaarden klaarblijkelijk uitsluitend was ingegeven door het persoonlijk belang van één kandidaat; de daaropvolgende benoeming bevestigde het vermoeden van de gouverneur.

6. De gemeenteraad had in zijn beschikking niet gezegd waarom de leeftijdsgrens moest worden gewijzigd, en hij heeft bij het voorbrengen van zijn middelen ter verdediging vóór de Raad van State evenmin getracht dit te rechtvaardigen.

Uit dit samenstel van aanwijzingen leidt de Raad van State af :

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

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

Dit arrest illustreert op treffende wijze hoe de rechter, bij de uitoefening van een zuiver discretionaire bevoegdheid, het subjectief doel kan achterhalen en sanctioneren aan de hand van een aantal wel bepaalde en overeenstemmende objectieve gegevens (R. v. St., alg. verg., 30 juni 1951, Exelmans, n° 985, met noot P. De Visscher, *R.J.D.A.*, 1952, 17).

206. — Het arrest Schraepen onmaskert de vindingrijkheid van een gemeentebestuur, dat bij de benoeming van een gemeentesecretaris de wet op de voorkeurrechten wilde ontduiken.

De gemeenteraad van Beverlo had de plaats van gemeentesecretaris vacant verklaard, de benoemingsvoorwaarden gesteld, en was daarna overgegaan tot een voorlopige benoeming. De beneficiaris van deze benoeming vervulde niet de voorwaarden om vast benoemd te worden.

Het gemeentebestuur wist echter de definitieve benoeming te verdagen totdat zijn beschermeling de vereiste diploma's had behaald.

Toen het ogenblik was gekomen om tot de definitieve benoeming over te gaan, bleek echter dat deze beschermeling door een andere gegadigde, krachtens de wet op de voorkeurrechten werd voorbijgestreefd. Deze vaststelling ontmoedigde het gemeentebestuur niet. Het benoemde zijn kandidaat tot opsteller, ambt dat door deze nooit effectief werd uitgeoefend daar de titularis er van als tijdelijke in dienst bleef. Als laatste stadium kon nu de definitieve benoeming tot gemeentesecretaris geschieden bij wijze van bevordering, zonder dat hierbij de mededinging van een voorkeurrechthebende moest worden gevreesd (de voorkeurrechten kunnen niet worden ingeroepen ten opzichte van een personeelslid in dienst, dat een vacante functie solliciteert bij wijze van bevordering: art. 6 van de wetten van 3 aug. 1919 en 27 mei 1947).

Ook hier heeft de Raad van State beslist dat :

« Overwegende dat uit de samenloop van omstandigheden die de raadsbeslissing van 8 november 1949 voorafgingen, alsmede uit de voorwaarden in dewelke deze beslissing werd genomen, dient besloten dat de gemeenteraad X tot opsteller benoemde niet om de goede werking van de gemeentelijke diensten te verzekeren, maar enkel om hem bij wijze van bevordering tot gemeentesecretaris te kunnen benoemen en zodoende de normale toepassing te ontwijken van de wet van 3 augustus 1919 en 27 mei 1947 ; dat derhalve de gemeenteraad de bevoegdheid om een opsteller te benoemen en een opsteller tot gemeentesecretaris te bevorderen van haar wettelijk doel heeft afgewend ; » (R. v. St., alg. verg., 11 juni 1952, Schraepen, n° 1632, met noot M. Dumont, *R.J.D.A.*, 1953, 12).

207. — De twee andere zaken waarin de Raad van State vernietiging heeft uitgesproken op grond van machtsafwending, zijn slechts herhalingen met varianten van de zaak Exelmans. Ook hier was de kern van de bewijsvoering een wijziging van de benoemingsvoorwaarden, die niet door het belang van de dienst kon gerechtvaardigd worden (16 juni 1953, Matthys, n° 2574 en 26 okt. 1954, Detry, n° 3748).

208. — Het ware nochtans verkeerd te menen dat een nieuwe oproep tot de gegadigden, of het wijzigen van de benoemingsvoorwaarden steeds op zichzelf een voldoende aanwijzing van machtsafwending zou inhouden (22 dec. 1950, Cheppe, n° 636 ; — 18 febr. 1954, Haine, n° 3165 ; — 10 dec. 1952, Kindt, n° 2030).

Machtsafwending wordt slechts voor bewezen gehouden als er een samenstel van overeenstemmende vermoedens voorhanden is.

209. — In verband met benoemingen, gedaan op grond van artikel 18 van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937, houdende statuut van het rijkspersoneel, gewijzigd bij het besluit van de Regent van 12 maart 1948, werd beslist : dat het enkel feit dat sommige gegadigden de voorwaarden vervulden om bij wijze van bevordering of van mutatie benoemd te worden, de machtsafwending niet kan bewijzen (13 nov. 1953, Bihain en cons., n° 2910) ;

dat het niet volstaat aan te voeren dat de met het oog op de benoeming krachtens artikel 18 gestelde bijzondere voorwaarden blijkbaar werden afgestemd op de persoonlijke toestand van één bepaalde gegadigde, indien niet tevens blijkt dat deze voorwaarden geen rechtstreeks verband hebben met het te begeven ambt, en aldus de verzekering van de goede werking van de dienst niet kunnen beogen (28 juni 1955, Van Tichelen en cons., n° 4397).

210. — De vaststelling, dat de ambtenaar wiens benoeming wordt aangevallen, een reeks vlug op eikander volgende bevorderingen heeft bekomen en de bewering dat die te danken zijn aan politieke verdiensten is niet een voldoende bewijs van machtsafwending (27 juni 1950, Van de Werke, n^o 406). Evenmin kunnen herhaalde gunstmaatregelen ten opzichte van andere personeelsleden genomen, al waren zij zelfs onregelmatig, op zichzelf en buiten elk ander gegeven het bewijs leveren van een kwade bedoeling ten opzichte van de verzoeker (18 nov. 1952, Gossiaux, n^o 1959).

211. — Anderzijds kan een aanwijzing van machtsafwending worden gevonden in de meest verscheiden gegevens.

Zo heeft de Raad van State de juistheid onderzocht van de bewering volgens welke « door het uitzonderlijk negeren van de eigen gevestigde rechtspraak het ministerie in het geval D de eenvormigheid van de repressie niet heeft op het oog gehad », en vastgesteld :

« dat tussen de bij het dossier door verzoeker gevoegde excerpten van in het Staatsblad verschenen Regentsbesluiten, waarbij uitspraak werd gedaan op de beroepen ingesteld door gemeenteambtenaren die wegens hun houding tijdens de bezetting geschorst of ontzet werden, er geen enkel is dat een opeenstapeling bevat van feiten die kunnen gelijkgesteld worden met deze die verzoeker ten laste worden gelegd » (24 okt. 1949, Doevenspeck, n^o 140).

AFDELING IV. — *Samenvatting.*

212. — Het gaat hier om een beperkte poging om het begrip machtsafwending naar Belgisch recht, aan de hand van de parlementaire voorbereiding van de wet van 26 december 1946, de rechtspraak en de algemene rechtsleer, in het kort herhalend, in het licht te stellen.

1. Naar haar aard een uitiem middel, dat dank zij een verglijden in het onderzoek van de rechter van het objectieve naar het subjectieve plan, onwetelijkheden kan aan het licht brengen waartegen alle andere middelen machteloos zijn, wordt de machtsafwending meestal als een subsidiair middel beschouwd en behandeld.

Met de inrichting van een bijzondere rechtspleging voor de behandeling van het middel door de Raad van State, schijnt de wetgever in België een factor tot stand gebracht te hebben die dit subsidiair karakter zou kunnen beklemtonen.

Het zou nochtans niet verantwoord zijn dit subsidiair karakter als een algemene regel op te vatten (zie boven, n^{rs} 1 tot 3, 9 tot 11, 28, 51 en 194).

2. In verband met het hierboven onder 1 aangeduide, verkrijgen de middelen die het dichtst bij de machtsafwending staan een gans bijzonder belang. Het zijn middelen die uit de machtsafwending zijn afgeleid en die van lieverlede een afzonderlijk bestaan hebben verworven.

De leer van de ontstentenis der motieven kan worden toegepast, telkens het ontbreken in feite of in rechte van voldoende motieven aan de hand van objectieve gegevens, in of buiten de akte, kan vastgesteld worden.

Daarentegen lijken de algemene rechtsbeginselen, en meer in het bijzonder dit van de gelijkheid voor de wet, niet zeer dienstig in België.

De gelijkheid in feite is geen rechtsbeginsel, en het waarom van een ongelijke behandeling dient dan ook in ieder geval opgespoord te worden. Dit zal eerder zelden op louter objectieve wijze kunnen geschieden, zodat de vaststelling van de schending van het beginsel van de gelijkheid voor de wet veelal zal neerkomen op de vaststelling van een machtsafwending.

In zulke voorwaarden is een toepassing van dit beginsel door de administratieve rechter in België niet toegelaten (zie boven, n^{rs} 23 tot 27, 130, 170, 172, 190 en 192).

3. Voor de toepassing door de Raad van State, lijkt er meer reden dan ooit om die gevallen, waarin het onrechtmatig doel in de akte zelf tot uiting gebracht is, zoveel mogelijk buiten het begrip te sluiten. Het is immers duidelijk dat de bijzondere rechtspleging werd in het leven geroepen, niet met het oog op het vaststellen van het wettelijk doel (er zijn tekstinterpretaties die heelwat delikater problemen stellen), maar enkel wegens de kiese feitenbeoordeling die vaak met het opsporen van het verborgen subjectief doel gepaard gaat (zie boven, n^{rs} 50, 74, 93 tot 95, 104, 184 tot 188).

4. De Raad van State vertoont een neiging om machtsafwending eerst dan te onderzoeken, wanneer hij na een hem geoorloofd objectief onderzoek naar de motieven geen genoegzame wettelijke motieven heeft kunnen ontdekken.

Deze rechtspraak leunt kennelijk aan bij de grondregel dat het onrechtmatig doel determinerend moet zijn, maar heeft bovendien een sterk objectiverend karakter.

Het verdient wellicht aanbeveling hierin vooralsnog gaan absoluut middel van niet ontvankelijkheid te zien, zoals in Frankrijk geleerd wordt, maar wel een sterk vermoeden dat het beweerde onrechtmatige doel niet determinerend is (zie boven, n^{rs} 52 en 196).

5. Er kunnen in de rechtspraak drie grondvoorwaarden voor de machtsafwending worden gevonden :

het beoogde onrechtmatige doel moet determinerend zijn ;

dit doel moet gans vreemd zijn aan de uitgeoefende wettelijke bevoegdheid ;

tenslotte moet er een oorzakelijk verband zijn tussen de feiten en vermoedens die op het bestaan van dat doel wijzen, en de bestreden handeling.

De eerstgenoemde voorwaarde is zeer kies.

Indien zij te strak opgevat werd, zou zij kunnen leiden tot een aftakeling van het begrip machtsafwending en de vervanging ervan door een ruim opgevat objectief onderzoek naar het algemeen belang, waartoe de recente Franse rechtspraak een neiging vertoont.

Tegen deze rechtspraak moet gewaarschuwd worden : zij is niet gevestigd, zij is het voorwerp van de eensgezinde kritiek van gans de Franse rechtsleer. Bovendien kan men zich afvragen of de Belgische Raad van State van de wetgever bevoegdheid gekregen heeft om het algemeen belang op zodanige wijze te beoordelen.

Anderzijds heeft de wetgever aan de burgers een ruime rechtsbescherming willen verlenen en in dit opzicht heeft hij de sanctie van het overwegend onwettelijk subjectief doel voorzeker beoogd (zie boven, n^{rs} 52, 173 tot 176 en 197).