

This item is the archived peer-reviewed author-version of:

Tijd is geldigheid: objectieve verantwoording voor ongelijke behandeling van stellers van onwettige handeling in artikel 11bis RvS-Wet

Reference:

Fonteyn Floris, Proost Laure, Verbelen Vincent, Jenart Cedric, Leloup Mathieu.- Tijd is geldigheid: objectieve verantwoording voor ongelijke behandeling van stellers van onwettige handeling in artikel 11bis RvS-Wet
Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht - ISSN 0040-7437 - 76:3(2021), p. 139-155
To cite this reference: <https://hdl.handle.net/10067/1763660151162165141>

Tijd is geld-igheid:

Objectieve verantwoording ongelijke behandeling van stellers onwettige handeling in artikel 11*bis* RvS-wet

A. Inleiding	1
B. Objectieve aansprakelijkheid in artikel 11 <i>bis</i> RvS-wet	2
C. Arrest 68/2020 van het Grondwettelijk Hof	12
i. Feitenrelaas.....	12
ii. Beoordeling door het Hof.....	14
D. Evaluatie van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof	16
i. Inherente nadeel proceseconomie door keuze van verzoeker	16
ii. Het onderschatte onderscheid tussen fout en onwettigheid	17
iii. Insolvabiliteit van de steller van de handeling	19
E. Conclusie.....	33

A. Inleiding¹

1. Een van de meest fundamentele wijzigingen in het administratief procesrecht die de 21^{ste} eeuw tot nu toe heeft gekend, is de invoering van een tweede lid in artikel 144 van de Grondwet (hierna Gw.) en de invoering van artikel 11*bis* in de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 (hierna RvS-wet). Deze nieuwe bepaling gaf de Raad de bevoegdheid om in het kader van een vernietigingsberoep een schadevergoeding toe te kennen. De invoering van deze vorm van aansprakelijkheid deed evenwel meteen verschillende vragen rijzen, onder meer over zijn verhouding tot het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregime in artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek (hierna BW).

2. In deze bijdrage gaan we eerst over tot een inhoudelijke bespreking van de objectieve aansprakelijkheid in artikel 11*bis* Rvs-wet. Deze bespreking start met een kort overzicht van de verhouding tot artikel 1382 BW en het subjectieve contentieux, maar leidt snel tot een diepgaandere analyse van de argumenten die aan bod komen in de voorgaande rechtspraak van het

¹ De auteurs schrijven louter in eigen naam en verbinden hun instelling(en) niet.

Grondwettelijk Hof, met name arrest 70/2019. Vervolgens ontleden we de belangrijkste elementen van het arrest 68/2020 van het Grondwettelijk Hof, dat centraal staat in deze bijdrage. Zo staan we stil bij de feiten die aanleiding hebben gegeven tot het arrest. In het arrest 68/2020 moest het Grondwettelijk Hof zich immers uitspreken over een eerder indirect gevolg van de vordering tot schadevergoeding die in artikel 11*bis* RvS-wet werd ingeschreven. De vraag rees of deze bepaling wel in overeenstemming was met het discriminatieverbod, aangezien zij de schadevergoeding tot herstel enkel ten laste legt van de steller van de onwettig verklaarde handeling, met uitsluiting van elke andere partij die heeft bijgedragen aan haar totstandkoming. Er worden vervolgens drie kanttekeningen geplaatst bij de recente rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Hoewel deze kanttekeningen op sommige punten kritisch zijn ten opzichte van de redenering van het Hof, doen zij geen afbreuk aan de fundamentele correctheid van de uitkomst van het arrest. Dit laatste punt wordt ten slotte benadrukt in de conclusie van deze bijdrage.

B. Objectieve aansprakelijkheid in artikel 11*bis* RvS-wet

3. De discussie over de bevoegdheid van de Raad van State om een schadevergoeding toe te kennen, is zo oud als de Raad van State zelf.² Twee wetsartikelen staan centraal: artikel 11 RvS-wet en artikel 11*bis* RvS-wet. Het verhaal brengt ons langs de discussie tussen het objectieve en het subjectieve contentieux, de Zesde Staatshervorming en de noodzaak aan een adequate rechtsbescherming voor de burger. Om het arrest van het Grondwettelijk Hof beter te kaderen zal er daarom eerst een korte toelichting gegeven worden bij de totstandkoming van de bevoegdheid van de Raad van State om de burger een schadevergoeding toe te kennen op grond van artikel 11 en artikel 11*bis* RvS-wet.³ Daarnaast zullen we arrest 70/2019 bespreken waarin het Grondwettelijk Hof artikel 11*bis* RvS-wet voor de eerste maal getoetst heeft aan de Grondwet.

4. Al van sinds zijn oprichting beschikt de Raad van State over de bevoegdheid om de burger een herstelvergoeding toe te kennen wegens buitengewone schade veroorzaakt door de

² M. MAGITS, "De Raad van State in historisch perspectief" in L. WINTGENS, (ed.), *De adviesbevoegdheid van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2003, 33. Zie ook parlementaire voorbereiding: *Parl.St.* Kamer 1945-46, nr. 14, pp. 8-9.

³ Zie hierover uitgebreid: A. VAN OEVELEN, *Preadvies. Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in België*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 57-100; I. CLAEYS, "Schadevergoeding wegens een onwettige bestuurshandeling voor de hoven en rechtbanken of voor de Raad van State: een moeilijke keuze?" in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, 186-226.

overheid.⁴ In 1971 werd deze bevoegdheid gecoördineerd in artikel 11 RvS-wet.⁵ De Raad doet, als geen ander rechtscollege bevoegd is, uitspraak naar billijkheid en met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang over de eisen tot herstelvergoeding voor buitengewone morele of materiële schade, veroorzaakt door een administratieve overheid. Buitengewone schade wordt in de parlementaire voorbereiding gedefinieerd als “elk abnormaal, uitzonderlijk nadeel, dat uit zijn aard of belang de hinder overtreft of de gewone opofferingen die het leven in de maatschappij en het vredelievend behoud dezer maatschappij vergen”.⁶ Uit deze omschrijving blijkt dat artikel 11 RvS-wet gebaseerd is op de theorie van de gelijkheid van de burgers voor openbare lasten.⁷

5. Men moet zich hier de vraag stellen of het toekennen van een dergelijke herstelvergoeding het principiële onderscheid tussen het objectieve en subjectieve contentieux eerbiedigt. Zonder te diep in te gaan op deze discussie, schetsen we de belangrijkste overwegingen. Deze tweedeling is het gevolg van het onderscheid tussen het objectieve recht en subjectieve recht.

⁴ Art. 7 Wet 23 december 1946 houdende instelling van een Raad van State, *BS* 9 januari 1947, 190.

⁵ A. VAN OEVELEN, *Preadvies. Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in België*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 58. Zie hierover ook: A. VAN OEVELEN, “Het residuair karakter van de bevoegdheid van de Raad van State om uitspraak te doen over de eisen tot herstelvergoeding voor buitengewone schade” (noot onder Cass. 28 november 1997), *RW* 1998-99, 1416-1418; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1328-1340; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 1383-1394.

⁶ Verslag (W. VAN REMOORTEL) 26 juni 1946 inzake het Wetsvoorstel houdende de oprichting van een Raad van State, *Parl.St.* Senaat BZ 1946, nr. 58, 4-5, met verwijzing naar P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*, Parijs, Dalloz, 1938. Deze definitie is ook overgenomen door de Raad van State zie: RvS 12 maart 2007, *TBP* 2008, 631, noot J. NEUTS; RvS 23 juni 2008, nr. 184.428, *NV Preconex*; RvS 14 december 2010.

⁷ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2019, 636. Hierbij moeten we opmerken dat om die reden de herstellvordering van artikel 11 RvS-wet *de facto* waarschijnlijk zal uitdoven. In zijn arrest van 24 juni 2010 heeft het Hof van Cassatie immers geoordeeld dat het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten (GBOL-beginsel) een autonome rechtsgrond is die gelezen kan worden in artikel 16 Gw. (Cass. 24 juni 2010, *Arr.Cass.* 2010, afl. 6-7-8, 1903). Het Grondwettelijk Hof heeft daarop dat beginsel gebetonneerd door het te verheffen als een rechtsbeginsel met een grondwettelijk statuut (GwH 19 april 2012, nr. 55/2012 en GwH 27 november 2014, nr. 170/2014). De hoven en rechtbanken kunnen dus op grond van het GBOL-beginsel een schadevergoeding toekennen aan de burger naar aanleiding van de schade die veroorzaakt werd door een rechtmatige overheidsdaad. Aangezien de bevoegdheid van de Raad van State onder artikel 11 RvS-wet slechts subsidiair is en de hoven en rechtbanken zich over deze kwesties nu kunnen uitspreken, zal artikel 11 RvS-wet niet meer toegepast kunnen worden. Dat is des te meer het geval nu de voorwaarden van artikel 11 RvS-wet strenger zijn dan die van het jurisprudentieel ontwikkelde GBOL-beginsel. (Zie: A. ALEN en W. VERRIJDT, “Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof” in M. BOES, J. GHYSELS, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (1) 24; S. LIERMAN en W. VERRIJDT, “Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad” in R. PELMANS, D. LINDEMANS en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik. De invloed van overheidsmaatregelen op de waarde van onroerend goed*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (19) 34; W. VERRIJDT, “Artikel 144 van de Grondwet en de schadevergoeding tot herstel: enkele vragen over rechtsmacht en bevoegdheid” in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS, W. VERRIJDT, *Semper perseverans. Liber Amicorum André Alen*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (379) 384).

Het objectieve recht is het geheel van algemene regels voor de uiterlijke gedragingen van de in maatschappelijk verband levende mensen, die door de overheid afdwingbaar zijn.⁸ Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie is er sprake van een subjectief recht wanneer er door een regel van het objectieve recht een welbepaalde juridische verplichting wordt opgelegd aan een natuurlijke persoon of rechtspersoon, bij wier uitvoering de eiser voor het rechtscollege een belang heeft.⁹ Deze subjectieve rechten zijn nogmaals onderverdeeld in burgerlijke rechten (artikel 144 Gw.) en politieke rechten (artikel 145 Gw.).

6. Aansluitend heeft de Grondwetgever de bevoegdheid om uitspraak te doen over geschillen met betrekking tot het objectieve recht en het subjectieve recht onderverdeeld in het objectieve contentieux van het Grondwettelijk Hof en de Raad van State (artikelen 142 en 160 Gw.) en het subjectieve contentieux van de burgerlijke rechtbanken (artikelen 144 en 145 Gw.).¹⁰ Vóór de Zesde Staatshervorming bepaalde artikel 144 Gw. dat geschillen over burgerlijke rechten exclusief onder het subjectieve contentieux van de burgerlijke rechtbanken ressorteerden zonder enige uitzondering. Volgens vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie behoort het recht op schadevergoeding tot die burgerlijke rechten.¹¹ Dat vormde echter geen probleem voor artikel 11 RvS-wet. Aangezien de Raad van State de bevoegdheid kreeg om een herstelvergoeding toe te kennen wegens *billijkheidsoverwegingen* en dat bijgevolg geen subjectief

⁸ E. DIRIX, B. TILLEMEN en S. LIERMAN, *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 373.

⁹ Cass. 10 maart 1994, *Arr.Cass.* 1994, 236; Cass. 25 april 1996, *RW* 1996-1997, 432; Cass. 31 mei 1999, *Arr.Cass.* 1999, 743; Cass. 22 december 2000, *Arr.Cass.* 2000, 720; Cass. 13 februari 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 81, 250; Cass. 16 januari 2006, *RW* 2007-2008, 1772; Cass. 20 december 2007, *T.Gem.* 2008/3, 224, Cass. 24 september 2010, *Arr.Cass.* 2010, nr. 546, 2283; Cass. 24 januari 2014, *JT* 2014, 265.

¹⁰ Zie over deze ingewikkelde tweedeling: A. ALEN, “De controle van het Arbitragehof op de wettelijke kwalificatie van politieke rechten in de zin van artikel 145 van de Grondwet: meer rechtsbescherming, maar minder rechtszekerheid?”, *RW* 1996-97, 12-15 en 25-26; C. BERX en W. VERRIJDT, “Commentaar bij art. 144 GW” in S. DENYS, P. LEMMENS, J. VELAERS, L. WALLEYN, W. VERRIJDT, *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar*, Mechelen, Kluwer, losbl., 1-30; B. BLÉRO, “Les droits subjectifs et les droits politiques dans la Constitution relatives à l’arrêt de la Cour d’arbitrage n° 14/97 du 18 mars 1997”, *CDPK* 2005, 24-49; B. LOMBAERT, F. TULKENS en A. VAN DER HAEGEN, “Cohérence et incohérence de la théorie de l’objet véritable direct du recours”, in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Brussel, la Charte, 2007, 19; M. JOASSART, “Droits civils” in M. UYTEN, DALE en M. VERDUSSEN (eds.), *Dictionnaire de la sixième réforme de l’État*, Brussel, Larcier, 2015, 375-395; J. GOOSSENS, “Artikel 144” in *Duiding Federale Staatsstructuur*, Brussel, Larcier, 2018, 179-183; J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar. Deel III*, Brugge, die Keure, 2019, 70-89; W. VERRIJDT, “Artikel 144 van de Grondwet en de schadevergoeding tot herstel: enkele vragen over rechtsmacht en bevoegdheid” in R. LEYSEN, J. THEUNIS, W. VERRIJDT, K. MUYLLE (eds.), *Semper perseverans. Liber amicorum André Alen*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 379-398.

¹¹ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193. Zie hierover T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 198-200.

recht uitmaakt, moest de wetgever deze bevoegdheid niet exclusief toewijzen aan de burgerlijke rechtbanken.¹²

7. Hoewel de verzoeker bij de Raad van State artikel 11 RvS-wet kon aanwenden om een herstelvergoeding te bekomen wegens een rechtmatige overheidsdaad, kon een burger geen herstelvergoeding vorderen voor de Raad naar aanleiding van een onwettige overheidshandeling. Dat had als gevolg dat de verzoeker een procedure tot schadeloosstelling moest instellen bij de burgerlijke rechtbanken.¹³ Om deze bijkomende burgerrechtelijke procedure en de daarmee gepaard gaande kosten te vermijden, werd tijdens de Zesde Staatshervorming voorgesteld om de mogelijkheden van de Raad om een herstelvergoeding toe te kennen uit te breiden tot de situaties waar hij de administratieve handeling als onwettig gekwalificeerd had.¹⁴ Dat gebeurde mede op vraag van de Raad zelf.¹⁵

8. Vóór de Zesde Staatshervorming verzette de tekst van artikel 144 Gw. zich echter tegen een dergelijke bevoegdheidsuitbreiding. Het Hof van Cassatie had namelijk in het Flandria-arrest geoordeeld dat het bestuur veroordeeld kan worden tot een schadevergoeding voor een bestuurshandeling die een burgerlijk recht schendt.¹⁶ Deze rechtspraak had tot gevolg dat de vergoeding van schade veroorzaakt door een bestuurshandeling die later door de Raad vernietigd wordt, gebaseerd is op de schuldaansprakelijkheid van artikel 1382 BW. Dat vormde dan ook een burgerlijk recht dat uitsluitend onder de bevoegdheid van de burgerlijke rechtbanken viel.¹⁷ Daarom werd een uitzondering op die exclusieve bevoegdheid van de burgerlijke rechtbanken ingevoerd als tweede lid bij artikel 144 Gw.¹⁸ Dat tweede lid machtigt de federale wetgever om de Raad van State of de federale administratieve rechtscolleges de bevoegdheid te

¹² A. VAN OEVELEN, *Preadvies. Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in België*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 58-59.

¹³ A. WIRTGEN, "De schade vergoeding tot herstel door de Raad van State", *TBP* 2017, (459) 459.

¹⁴ MvT bij Voorstel (C. DEFRAIGNE e.a.) 25 juli 2013 tot herziening van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2013-2014, 5-2242/1, 1; Inleidende uiteenzetting 26 november 2013 bij Voorstel (C. DEFRAIGNE e.a.) tot herziening van artikel 144 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2013-2014, 5-2232/5, 93-94.

¹⁵ Opmerkingen bij en stemming van Wetsvoorstel (P. MAHOUX e.a.) 26 november 2013 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2013-2014, nr. 5-2232/5, 362.

¹⁶ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193.

¹⁷ Adv.RvS 27 augustus 2013, nr. 53.933/AV bij Wetsvoorstel met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2233/2, 5.

¹⁸ Een deel van de Franstalige rechtsleer was het er echter niet mee eens dat artikel 144 Gw. aangepast dan ook de vergoeding van schade als gevolg van overheidshandelen kon kwalificeren als een politiek recht (zie in deze zin: F. BELLEFLAMME en J. SOHIER, "Incidence de la réforme du Conseil d'État sur la responsabilité des pouvoirs publics" in F. TULKENS (ed.), *Actualités en droit public et administratif. La responsabilité des pouvoirs publics*,

verlenen om te beslissen over de burgerrechtelijke gevolgen van hun beslissingen.¹⁹ Uiteraard moet het tweede lid van artikel 144 Gw. restrictief geïnterpreteerd worden, aangezien het de uitzondering betreft op de regel.²⁰ Hoewel burgerlijke rechten dus in principe nog exclusief ressorteren onder de bevoegdheid van de burgerlijke rechtbanken, kan de federale wetgever hierop een uitzondering voorzien voor wat betreft de burgerlijke gevolgen van de beslissingen van de Raad van State of andere federale administratieve rechtscolleges.²¹

9. Dat heeft de wetgever gedaan door artikel 11*bis* RvS-wet aan te nemen bij wet van 6 januari 2014.²² Daarnaast werd het Algemeen Procedurereglement aangepast.²³ De Raad van State kan sindsdien, op grond van artikel 11*bis* RvS-wet, aan elke verzoekende of tussenkomende partij die de nietigverklaring van een akte, een reglement, of een stilzwijgend afwijzende beslissing vordert met toepassing van artikel 14, § 1 of § 3 RvS-wet een schadevergoeding tot

Brussel, Bruylant, 2014, (39) 43; I. MATHY, “Le nouveau contentieux de l’indemnité réparatrice : le juge administratif à l’assaut du droit civil ?” in F. VISEU en J. PHILLIPAERT (eds.) *La Justice administrative*, Brussel, Larcier, 2015, 193-195 ; A. PIRSON en M. VRANCKEN, « La réparation du dommage causé par l’illégalité d’un acte administratif et l’indemnité réparatrice : à quel saint se vouer ?” in A. DURVIAUX en M. PÂQUES (eds.), *Droit administratif et contentieux*, Brussel, Larcier, 2015, 31-33.

¹⁹ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2019, 605.

²⁰ W. VERRIJDT, “Artikel 144 van de Grondwet en de schadevergoeding tot herstel: enkele vragen over rechtsmacht en bevoegdheid” in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS, W. VERRIJDT, *Semper perseverans. Liber Amicorum André Alen*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (379) 385.

²¹ I. CLAEYS, “Schadevergoeding wegens een onwettige bestuurshandeling voor de hoven en rechtbanken of voor de Raad van State: een moeilijke keuze?” in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, (185) 189. Zie hierover ook nog: H. BOCKEN, “De kers op de taart? De herziening van artikel 144 van de Grondwet en de Raad van State”, *TPR* 2012, 7-25; J. GOOSSENS en J. MOLLIN, “Vlinderakkoord kondigt hertekening gerechtelijk landschap aan via artikel 144 Grondwet”, *CDPK* 2012, 76-105; A.-S. VANDAELE, “Bezint eer ge begint: enkele bedenkingen bij de herziening van artikel 144 G.W.”, *CDPK* 2012, 263-271; H. BOCKEN, “Beter een vogel in de hand dan tien in de lucht? De wijziging van art. 144 Grondwet en de bevoegdheid van de Raad van State om schadevergoeding toe te kennen”, *TOO* 2013, 428-438; C. MATHIEU, “De nieuwe bevoegdheid van de Raad van State: de schadevergoeding tot herstel. Vraag naar de implementeringswijze, doeltreffendheid en noodzaak”, *Jura Falc.* 2013, 77-111; S. VERSTRAELEN, “De burgerrechtelijke gevolgen van de uitspraken van administratieve rechtscolleges: wanneer het doel niet alle middelen heiligt” in J. VELAERS, J. VANPRAET, Y. PEETERS en W. VANDENBRUWAENE (eds.), *De zesde staatshervorming: instellingen, bevoegdheden en middelen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (215) 218; W. VERRIJDT, “Artikel 144 van de Grondwet en de schadevergoeding tot herstel: enkele vragen over rechtsmacht en bevoegdheid” in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS, W. VERRIJDT, *Semper perseverans. Liber Amicorum André Alen*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 379-397. Er bestaat discussie over de vraag of artikel 144 Gw. ook aan de gemeenschappen en gewesten de bevoegdheid verleent om aan de door hen opgerichte administratieve rechtscolleges de bevoegdheid tot het toekennen van schadevergoeding te verlenen. Zie voor een overzicht van deze discussie: W. VERRIJDT, “Artikel 144 van de Grondwet en de schadevergoeding tot herstel: enkele vragen over rechtsmacht en bevoegdheid” in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS, W. VERRIJDT, *Semper perseverans. Liber Amicorum André Alen*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 391-396.

²² Art. 6 wet 6 januari 2014 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, *BS* 31 januari 2014.

²³ KB 25 april 2014 betreffende de schadevergoeding tot herstel bedoeld in artikel 11*bis* van de wetten op de Raad van State gecoördineerd op 12 januari 1973, *BS* 16 juni 2014.

herstel²⁴ toekennen ten laste van de steller van de handeling indien zij een nadeel heeft geleden omwille van de onwettigheid van de akte, het reglement of de stilzwijgend afwijzende beslissing,²⁵ met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang.²⁶

10. We zullen nu de belangrijkste aspecten bespreken van artikel 11*bis* RvS-wet. Voor een uitgebreidere bespreking verwijzen we naar de rechtsleer in dat verband.²⁷ Ten eerste vormt de

²⁴ De toepassing van artikel 11*bis* RvS-wet kan er echter niet toe leiden dat de betwiste bestuurshandeling *erga omnes* en met terugwerkende kracht uit het rechtsverkeer verdwijnt (GwH 9 juli 2020, nr. 105/2020, B.11.1.).

²⁵ Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat een vordering tot schadevergoeding tot herstel veronderstelt dat de Raad van State een onwettigheid vaststelt in het beroep tot nietigverklaring. Een arrest waarbij de Raad van State het verlies van het voorwerp van het beroep tot nietigverklaring vaststelt, geldt niet als een arrest dat een onwettigheid vaststelt in de zin van artikel 11*bis* RvS-wet. Het komt de Raad van State dan ook niet toe om de vordering tot schadevergoeding ontvankelijk te verklaren, aangezien dat in strijd is met artikel 144 Gw. (Cass (ver.k.) 15 september 2017 (État belge / A.L.), AR C.15.0465.F).

²⁶ Het laatste deel van deze bepaling “met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang” wekt de indruk dat ook artikel 11*bis* RvS-wet een aansprakelijkheidsvergoeding op grond van de billijkheid voorziet zoals artikel 11 RvS-wet. In principe bestaat er tussen de twee wel degelijk een onderscheid. De wetgever wilde het herstel van de schade benadrukken en niet zozeer de uitspraak naar billijkheid. Dat verklaart waarom de billijkheid niet vermeld wordt in artikel 11*bis* RvS-wet. In de praktijk kan het verschil tussen ‘naar billijkheid uitspraak doen’ en ‘uitspraak doen met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang’ beperkt zijn (zie: I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2019, 651-652).

²⁷ Zie onder meer: F. GLANSDORFF, “L’indemnité réparatrice: une nouvelle compétence du Conseil d’Etat vue par un civiliste”, *JT* 2014, 474-4679; I. CLAEYS, “Schadevergoeding wegens een onwettige bestuurshandeling voor de hoven en rechtbanken of voor de Raad van State: een moeilijke keuze?” in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, 185-226; S. SOMERS, “Discretionaire bevoegdheid Raad van State om omvang schadevergoeding te bepalen. Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel”, *NJW* 2015, 618-625; I. MATHY, “Le nouveau contentieux de l’indemnité réparatrice: le juge administratif à l’assaut du droit civil?” in F. VISEUR en J. PHILIPPART (eds.), *La justice administrative*, Brussel, Larcier, 2015, 189-231; A.-S. VANDAELE, “Schadevergoeding tot herstel voor de Raad van State en de interpretatie van het actueel belang”, *RW* 2015-16, 803-814; L. DONNAY en M. PÂQUES, “L’indemnité réparatrice. Entre questions existentielles en réponses raisonnables” in D. RENDERS (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics. VIIes journées d’études juridiques Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 2016, 127-164; C. MATHIEU, “De Raad van State geeft geleidelijk aan vorm aan de schadevergoeding tot herstel: antwoorden en nieuwe vragen”, *CDPK* 2016, 40-54; A. PIRSON en M. VRANCKEN, “La réparation du dommage causé par l’illégalité d’un acte administratif et l’indemnité réparatrice: à quel saint se vouer?” in A.L. DURVIAUX en M. PAQUES (eds.), *Droit administratif et contentieux*, Brussel, Larcier, 2016, 27-75; D. RENDERS, B. GORS en A. PERCY, “L’indemnité réparatrice”, *APT* 2016, 355-390; M. NIHOUL en F. XAVIER, “Trois années d’indemnité réparatrice devant le Conseil d’Etat”, *CDPK* 2017, 679-704; A. WIRTGEN, “De schadevergoeding tot herstel door de Raad van State”, *TBP* 2017, 459-488; L. DONNAY en M. PAQUES, “L’indemnité réparatrice à l’épreuve de la pratique, entre avancées raisonnables et questions résiduelles”, *RFDL* 2018, 382-395; F. EGGERMONT, “De gevolgen van het verlies van het actuele belang gedurende het annulatieberoep bij de Raad van State en de vordering tot schadevergoeding tot herstel”, *TBP* 2018, 523-532; A.-S. VANDAELE, “Het actueel belang bij de Raad van State. De Algemene Vergadering mildert, het EHRM schiet met scherp”, *RW* 2018-19, 762-777; A. VAN STEENBERGE, “Artikel 11*bis* RvS-wet” in S. DENYS, P. LEMMENS, J. VELAERS, L. WALLEYN en W. VERRIJDT (eds.), *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., 80 p.; A.-S. VANDAELE, “Toegang tot schadevergoeding bij de Raad van State: puntjes op de i”, *Juristenkrant* 2019, nr. 387, 6; J. RIEMSLAGH, “Schadevergoeding door de Raad van State is grondwettig alternatief voor procedure bij burgerlijke rechter”, *Juristenkrant* 2019, afl. 391, 8; P. LEJEUNE, “L’indemnité réparatrice devant le Conseil d’Etat: une procédure en devenir”, *JT* 2019, 237-246; E. MEES, “De ontwikkeling van het schadevergoedingscontentieux bij de Raad van State”, *T.Aann.* 2019, afl. 3, 229-244; K. VANDORMAEL, “Schadevergoeding tot herstel”, *Limb.Rechtsleven* 2020, afl. 2, 172; F. EGGERMONT, “Capita selecta rechtspraak Raad van State inzake rechtsbescherming tegen de overheid 2018-19”, *RW* 2020, 42-54; N. VANDER PUTTEN en N.-B. BERNARD,

herstelvordering van artikel 11*bis* RvS-wet een *accessorium* bij het vernietigingsberoep.²⁸ Artikel 144 Gw. stipuleert namelijk dat de Raad van State zich enkel kan uitspreken over de burgerlijke *gevolgen* van zijn beslissing.²⁹ Dat betekent dat een burger enkel een herstelvergoeding kan vorderen als hij of zij ook een vernietigingsberoep ingesteld heeft tegen de overheidshandeling. Daarentegen is het niet noodzakelijk dat de Raad van State de overheidshandeling vernietigt. Om een herstelvergoeding te verkrijgen moet de Raad van State enkel een onwettigheid vastgesteld hebben.³⁰ Een tweede belangrijk kenmerk van artikel 11*bis* RvS-wet is de keuze die de verzoeker en de tussenkomende partij genieten tussen enerzijds de procedure van artikel 11*bis* RvS-wet en anderzijds de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsvordering voor de burgerlijke rechtbanken van artikel 1382 BW. De verzoeker en tussenkomende partij kunnen kiezen om ofwel de weg van artikel 11*bis* RvS-wet ofwel artikel 1382 BW te bewandelen. Ze kunnen ook ieder een andere keuze maken. De keuze is weliswaar definitief: een partij kan niet op grond van beide artikelen een vordering tot schadeloosstelling instellen krachtens het adagium *electa una via non datur recursus ad alteram*.³¹ Ten slotte heeft artikel 11*bis* RvS-wet ook een autonoom karakter, wat betekent dat het zich onderscheidt van artikel 11 RvS-wet en van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsvordering van artikel 1382 BW.³²

11. Deze twee laatste kenmerken, de keuzebevoegdheid van de verzoeker en het autonome karakter van artikel 11*bis* RvS-wet, hebben tezamen geleid tot een prejudiciële vraag bij het Grondwettelijk Hof die aanleiding gaf tot het arrest 70/2019.³³ Deze prejudiciële vraag drong zich op bij een vernietigingsberoep voor de Raad van State dat ingesteld was door een piloot tegen de schorsing van zijn vliegvergunning door het Directoraat-generaal Luchtvaart. De piloot betwistte de wettigheid van de schorsing en vorderde een herstelvergoeding van 100.000 euro. De Raad van State vernietigde de schorsing van de vliegvergunning, maar sprak zich niet

“La responsabilité civile de l’État pour faute de pouvoir exécutif – Anno 2020”, *JT* 2020, 734-739; P. LEWALLE, “Le Conseil d’État”, *APT* 2020, 367-372

²⁸ MvT bij Wetsvoorstel (P. MAHOUX e.a.) 25 juli 2013 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2233/1, 6.

²⁹ S. LUST en A. VANDAELE, “Slagkracht van de Raad van State vergroot: (ver)nieuw(d) sanctiearsenaal in handen van de Raad van State ” in J. VANDE LANOTTE, J. GOOSSENS en P. CANNOOT (eds.), *Rechtsbescherming in het publiekrecht: kan er nog gebouwd worden in Vlaanderen?*, Mechelen, Kluwer, 2016, 361-362.

³⁰ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2019, 640-641. Bovendien kan enkel een onwettigheid in aanmerking genomen worden wanneer die is vastgesteld in een arrest in het kader van een annulatieprocedure. Een ernstig bevonden middel in een schorsingsarrest vormt geen ‘onwettigheid’ onder artikel 11*bis* RvS-wet (conclusie advocaat-generaal Werquin bij Cass, 15 september 2017, nr. C.15.0465.F). Volledigheidshalve moet de onwettigheid ook in oorzakelijk verband staan met een reeds berokkend, vaststaand en dadelijk nadeel.

³¹ Art. 11*bis*, vierde en vijfde lid RvS-wet.

³² *Parl.St.* Senaat 2012-2013, 5 - 2233/1, 7

³³ GwH 23 mei 2019, nr. 70/2019.

meteen uit over de herstelvergoeding. De verwerende overheid was namelijk van oordeel dat artikel 11*bis* RvS-wet het gelijkheidsbeginsel schond, omdat het aan de verzoekende partij de keuze toekende tussen artikel 11*bis* RvS-wet en artikel 1382 BW. Wanneer de verzoeker dan voor artikel 11*bis* RvS-wet kiest, ontnemt dat aan de verwerende overheid een aantal waarborgen die bestaan onder artikel 1382 BW en niet onder artikel 11*bis* RvS-wet, gelet op het autonome karakter van die vordering. De Raad van State besloot daarop een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof met betrekking tot het verschil in behandeling tussen de verzoekende partij en de verwerende partij, waarbij die laatste geen invloed heeft op de keuze van de schadevergoedingsprocedure met alle daaraan gekoppelde gevolgen.³⁴

12. In zijn arrest van 23 mei 2019 besluit het Grondwettelijk Hof dat artikel 11*bis* RvS-wet op dat vlak wel in overeenstemming is met de artikelen 10 en 11 Gw. Het Grondwettelijk Hof oordeelt ten eerste dat de partij die een schadevergoeding tot herstel vordert en de tegenpartij in het kader van die vordering voldoende vergelijkbaar zijn.³⁵ Vervolgens beschrijft het Grondwettelijk Hof het autonome karakter van de procedure van artikel 11*bis* RvS-wet door acht kenmerken aan te voeren die haar onderscheidt van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsvordering van artikel 1382 BW. Ten eerste verschilt het toepassingsgebied in die mate dat de vordering van een herstelvergoeding gekoppeld is aan een vernietigingsberoep, terwijl artikel 1382 BW los van enige procedure bij de Raad van State bestaat. Daarnaast moet de verzoeker onder artikel 11*bis* RvS-wet enkel een onwettigheid aantonen, terwijl onder artikel 1382 BW een fout bewezen moet worden. Artikel 11*bis* RvS-wet kan enkel gebruikt worden door de verzoeker of tussenkomende partij in het vernietigingsberoep bij de Raad van State, terwijl artikel 1382 BW voor iedere schadelijder openstaat. Het vierde verschil heeft specifiek betrekking op het feit dat de vordering enkel ingesteld kan worden tegen de steller van de handeling,³⁶ terwijl de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsvordering gericht kan worden tegen eenieder die door een fout bijgedragen heeft aan de vernietigde handeling. Ook de aard van de schadevergoeding verschilt, aangezien onder artikel 11*bis* RvS-wet enkel een geldsom toegekend kan worden, terwijl artikel 1382 BW ook een herstel in natura mogelijk maakt. In de begroting van die geldelijke schadevergoeding dient de Raad van State alle omstandigheden van openbaar en particulier belang in acht te nemen. Daarnaast verschillen ook de verjaringstermijnen. Ten slotte staat er tegen een arrest van de Raad van State geen hoger beroep open, terwijl er tegen een

³⁴ RvS 26 oktober 2017, nr. 239.646, *Blomme*.

³⁵ GwH 23 mei 2019, nr. 70/2019, overw. B.6.

³⁶ Zie *infra* GwH 14 mei 2020, nr. 68/2020.

vonnis van een burgerlijke rechtbank in principe hoger beroep of een voorziening in cassatie ingesteld kan worden.³⁷

13. De procedure van artikel 11*bis* RvS-wet is dan ook geen op privaatrecht gebaseerde foutaansprakelijkheid, maar is een objectieve overheidsaansprakelijkheid op grond van autonome concepten. Een dergelijk systeem is volgens het Grondwettelijk Hof in principe verantwoord. Niettemin moeten de verschillen tussen artikel 11*bis* RvS-wet en artikel 1382 BW wel verantwoord kunnen worden binnen de logica van artikel 11*bis* RvS-wet.³⁸ Het Grondwettelijk Hof vereist met andere woorden een coherent en logisch systeem. Daarbij verwijst het Hof naar de proceseconomische doelstellingen van de wetgeving die door de objectieve aansprakelijkheid vergemakkelijkt worden.³⁹ Het gekozen criterium van onderscheid, namelijk de door de verzoeker gekozen procedure, is objectief.

14. Bovendien stelt het Grondwettelijk Hof dat het “toekennen van de forumkeuze aan de verzoekende partij in lijn [is] met de door de wet nagestreefde doelstelling.” Het Hof verklaart zich nader door te stellen: “Indien zij kiest voor de schadevergoeding tot herstel, wordt de aansprakelijkheidsvordering behandeld door de rechter die de nietigverklaring heeft uitgesproken en die het dossier dus kent.”⁴⁰ Bij deze principiële aanvaarding kan een kritische kanttekening gemaakt worden. De vordering tot een herstelvergoeding van artikel 11*bis* RvS-wet kan op zich wel dienstig zijn voor de vooropgestelde proceseconomische doelstellingen, maar kan men hetzelfde beweren van de exclusieve forumkeuze ten gunste van de verzoeker? De proceseconomische doelstellingen worden immers enkel bereikt *indien* de verzoeker de procedure van artikel 11*bis* RvS-wet kiest. Het Grondwettelijk Hof lijkt ervan uit te gaan dat de verzoeker voornamelijk voor het forum van de Raad van State zal opteren. Dat is goed mogelijk, maar het blijft nog altijd een keuze, waardoor de verzoeker of tussenkomende partij ook kan kiezen voor de gemeenrechtelijke procedure voor de burgerlijke rechtbanken, terwijl de verwerende partij mogelijks wel voor de Raad van State geopteerd zou hebben. In dat geval worden de proceseconomische doelstellingen net tegengewerkt en lijkt de maatregel niet steeds dienstig. Natuurlijk moet het dienstige karakter van de maatregelen beschouwd worden in het grotere geheel van artikel 11*bis* RvS-wet. De wetgever streefde naar alle waarschijnlijkheid ook het doel na

³⁷ GwH 23 mei 2019, nr. 70/2019, overw. B.7.2.

³⁸ *Ibid.*, overw. B.7.4.

³⁹ *Ibid.*, overw. B.8. en B.10.1.

⁴⁰ *Ibid.*, overw. B.10.1.

om de verzoeker voor de Raad van State meer opties te aan te reiken. Afgezien van deze kritische kanttekening, lijkt het onderscheid dus wel dienstig te zijn.

15. Nadat het Grondwettelijk Hof heeft vastgesteld dat het onderscheid ook pertinent is, onderzoekt het Hof of de toepasselijke procedureregels een onevenredige beperking van de rechten van de verwerende overheid inhouden. In dat verband oordeelt het Hof dat het toekennen van een forumkeuze aan de verzoekende partij geen afbreuk doet aan de rechten van de verwerende partij in zoverre de procedures het beginsel van de wapengelijkheid eerbiedigen.⁴¹ Daarenboven zou de mogelijkheid van de verwerende overheid om de procedure te onttrekken aan de Raad van State tegen de wil van de verzoeker nefast zijn voor de interne logica van artikel 11*bis* RvS-wet. In dezelfde zin besloot het Grondwettelijk Hof dat het de keuze is van de wetgever om enkel de onwettigheid als grondslag voor de herstelvergoeding te nemen in plaats van een fout, wat ook overeenstemt met de logica van het systeem van objectieve aansprakelijkheid. Dat wordt trouwens voldoende gecompenseerd, aangezien de Raad van State bij het begroten van de schadevergoeding rekening moet houden met “alle omstandigheden van openbaar en particulier belang”. Met verwijzing naar de parlementaire voorbereiding overweegt het Hof dat “de Raad van State onder meer rekening [kan] houden met de omstandigheid dat de tegenpartij niet over de mogelijkheid beschikt om de volgens haar meest voordelige procedurele weg te kiezen, aangezien ze gebonden is door de keuze van de partij die de vergoeding vraagt”. Het onderscheid in behandeling is daarom niet onevenredig.⁴²

Deze laatste overweging in de evenredigheidstoets moet toch evenzeer kritisch benaderd worden. Het Grondwettelijk Hof beweert dus dat de Raad van State het feit dat de verwerende overheid niet over een forumkeuzebevoegdheid beschikt, mag aanmerken als een omstandigheid van openbaar en particulier belang, op grond waarvan de Raad de vergoeding tot herstel mag matigen. Dat is een eigenaardige lezing van de parlementaire voorbereiding.⁴³ Daaruit blijkt namelijk dat onder andere de afwezigheid van een forumkeuzebevoegdheid voor de verwerende overheid een *rechtvaardiging* vormt van de matigingsbevoegdheid van de Raad. Die afwezigheid van keuzevrijheid vormt daarentegen geen *grondslag* waarop de Raad van State de herstelvergoeding mag milderen. Dat zou immers tot gevolg hebben dat de Raad in iedere

⁴¹ *Ibid.*, overw. B.10.2. en B.11.1. Het Grondwettelijk Hof komt hier evenwel niet meer op terug.

⁴² *Ibid.*, overw. B.13.

⁴³ MvT bij Wetsvoorstel (P. MAHOUX e.a.) 25 juli 2013 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2233/1, 7.

procedure van artikel 11*bis* RvS-wet zijn herstelvergoeding moet milderer, aangezien de overheid altijd de burger dient te volgen op het pad van artikel 11*bis* RvS-wet.

16. Het Grondwettelijk Hof heeft in arrest 70/2019 onderzocht of het uitsluitend toekennen van de forumkeuzebevoegdheid aan de verzoeker voor de Raad van State een discriminatoire behandeling uitmaakte in verhouding met de verwerende overheid. Het Hof oordeelde dat deze exclusieve bevoegdheid niet in strijd was met de artikelen 10 en 11 Gw. Om tot dat besluit te komen vergelijkt het Hof de kenmerken van de schadevergoedingsprocedure van artikel 11*bis* RvS-wet en artikel 1382 BW. Het Hof heeft dus op die manier de positie tussen een verwerende overheid in de procedure van artikel 11*bis* RvS-wet vergeleken met die van een verwerende overheid in de procedure van artikel 1382 BW. Hoewel de prejudiciële vraag de indruk wekt dat het onderscheid in forumkeuzebevoegdheid de essentie van de onderscheiden behandeling uitmaakt, besteedt het Hof vooral aandacht aan de gevolgen van de uitoefening van deze bevoegdheid in de kenmerken van de twee schadevergoedingsprocedures.

C. Arrest 68/2020 van het Grondwettelijk Hof

17. Nu we de algemene theorie en de voorgaande rechtspraak over de schadevergoedingsprocedures bij de Raad van State besproken hebben, gaan we dieper in op het arrest 68/2020 van het Hof. In wat volgt worden de feiten die aanleiding hebben gegeven tot de prejudiciële vraag in deze zaak kort uiteengezet, waarna de beoordeling door het Hof wordt weergegeven. In een volgende titel worden dan enkele kanttekeningen geplaatst bij deze uitspraak van het Hof.

i. Feitenrelaas

18. Gisèle Lovenfosse werd op 1 september 1981 als statutaire logopediste in vast verband benoemd in de Franstalige inrichtingen voor gespecialiseerd lager onderwijs in de stad Brussel. Door middel van twee brieven berichtte de Franse Gemeenschap mevrouw Lovenfosse dat zij, lijdend aan een langdurige ziekte, het maximum aantal ziekteverlofdagen uitgeput had, waardoor zij zich vanaf 24 november 2010 in disponibiteit wegens ziekte bevond.⁴⁴ De Franse

⁴⁴ Eenieder wiens ziektekapitaal is uitgeput, maar die wegens omstandigheden nog steeds afwezig is wegens ziekte, wordt van rechtswege in disponibiteit wegens ziekte geplaatst. Dat wil zeggen dat de afwezige recht heeft op een maandelijks wachtgeld dat gelijk is aan 60% van de laatste bruto activiteitswedde.

Gemeenschap informeerde mevrouw Lovenfosse bovendien dat zij diende te verschijnen voor de Pensioencommissie van MEDEX om haar blijvende ongeschiktheid te laten vaststellen en om zich bijgevolg in ruste te laten stellen.

19. Op 19 oktober 2012 deelde de Franse Gemeenschap aan mevrouw Lovenfosse mee dat zij vanaf 1 augustus 2011 ambtshalve in ruste werd gesteld, aangezien, krachtens artikel 165 van het koninklijk besluit van 22 maart,⁴⁵ geen enkele ambtenaar ter beschikking kan worden gehouden wanneer die meer dan zestig jaar oud is en dertig dienstjaren telt die in aanmerking komen voor de opening van het recht op het rustpensioen.⁴⁶

20. Opdat mevrouw Lovenfosse in ruste zou worden gesteld, diende zij eerst het hiervoor bestemde aanvraagformulier, ingevuld, aan de stad Brussel te bezorgen. Mevrouw Lovenfosse had echter de datum van opruststelling nergens aangegeven wanneer zij deze documenten op 6 november 2012 aan de stad Brussel bezorgde. De stad Brussel vervulde bijgevolg zelf het aanvraagformulier met de datum van 1 augustus 2011 en bezorgde deze documentatie aan de Franse Gemeenschap alsook aan de federale pensioendienst op 12 november 2012.

21. Uiteindelijk besliste de gemeenteraad van de stad Brussel op 29 april 2013 om mevrouw Lovenfosse in ruste te stellen met ingang van 31 juli 2011. De raadsman van mevrouw Lovenfosse kwam hiertegen op, omdat zij deze datum zelf nooit had opgegeven. De zaak kwam uiteindelijk voor de Raad van State, die het besluit van de gemeenteraad van de stad Brussel vernietigde. De afdeling Bestuursrechtspraak besliste hierbij om de Franse Gemeenschap in het geding te houden aangezien zij een actief aandeel had in de totstandkoming van de bestreden handeling, hoewel zij niet de steller ervan was.⁴⁷

22. Ten gevolge van de vernietiging door de Raad van State werd een procedure voor schadevergoeding tot herstel opgestart ten laste van de stad Brussel en de Franse Gemeenschap. In het kader van die procedure stelde de Raad van State, bij arrest nr. 242.967 van 16 november 2018, de volgende prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof:

⁴⁵ KB 22 maart 1969 tot vaststelling van het statuut van de leden van het bestuurs- en onderwijzend personeel, van het opvoedend hulppersoneel, van het paramedisch personeel der inrichtingen voor kleuter-, lager, gespecialiseerd, middelbaar, technisch onderwijs, onderwijs voor sociale promotie en kunstonderwijs van de Staat, alsmede der internaten die van deze inrichtingen afhangen en van de leden van de inspectiedienst die belast is met het toezicht op deze inrichtingen, *BS* 25 april 1969, 3840.

⁴⁶ RvS 16 november 2018, nr. 242.967, *Dantinne en Dantinne*, overw. 3.

⁴⁷ RvS 14 maart 2017, nr. 237.637, *Dantinne en Dantinne*.

“Schendt artikel 11bis van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, ingevoegd bij de wet van 6 januari 2014 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het de schadevergoeding enkel ten laste legt van de steller van de nietig verklaarde handeling, met uitsluiting van de partijen die hebben bijgedragen tot de totstandkoming van de handeling en die in de procedure zijn behouden als tegenpartijen in het kader van de procedure tot nietigverklaring van de handeling in kwestie ?”

ii. Beoordeling door het Hof

23. In de prejudiciële vraag werd het Hof verzocht te onderzoeken of het verschil in behandeling tussen de stad Brussel en de Franse Gemeenschap bestaanbaar was met de artikelen 10 en 11 Gw. De stad Brussel, als steller van de onwettige bestuurshandeling, kon immers als enige worden veroordeeld tot de betaling van een schadevergoeding tot herstel. De Franse Gemeenschap, die niet de steller van de onwettige bestuurshandeling was, kon echter niet worden veroordeeld tot de betaling van een schadevergoeding tot herstel, ondanks het feit dat zij wel de “eindverantwoordelijkheid” in deze procedure bezat en dat zij betrokken was in dezelfde procedure voor de Raad van State.

24. Het moet in herinnering worden gebracht dat het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie niet uitsluit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.⁴⁸

25. Het Hof oordeelt dat, door aan de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State de bevoegdheid te verlenen een schadevergoeding tot herstel toe te kennen, de wetgever heeft willen vermijden dat de verzoekende partij, die bij dat rechtscollege in het gelijk is gesteld, een

⁴⁸ GwH 14 mei 2003, nr. 63/2003, overw. B.5; GwH 25 februari 2013, nr. 24/2013, overw. B.3.2; GwH 14 november 2019, nr. 179/2019, overw. B.3.2. Zie ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 504-508.

nieuwe procedure bij de burgerlijke rechter moet inleiden om een herstel te verkrijgen van het nadeel dat zij wegens de onwettigheid van de bestreden bestuurshandeling heeft geleden.⁴⁹

26. Uit de parlementaire voorbereiding leidt het Hof af dat zowel de Grondwetgever als de wetgever een gewettigde, proceseconomische doelstelling nastreefde door een regeling in te voeren die de kosten van de procedure verminderde door de verzoekende partij de mogelijkheid te bieden bij de Raad van State een schadevergoeding tot herstel voor het nadeel geleden wegens de vastgestelde onwettigheid te verkrijgen. Dat komt ten goede aan alle bij het geding betrokken partijen, met inbegrip van de steller van de onwettige handeling.⁵⁰

27. In tegenstelling tot wat de stad Brussel aanvoert, oordeelt het Hof dat uit de parlementaire voorbereiding geenszins blijkt dat door die proceseconomische doelstelling na te streven, de wetgever ook heeft willen vermijden dat andere partijen dan de verzoekende partij, zoals de tussenkomende partij die de wettigheid van de handeling heeft ondersteund of de tegenpartij, later een procedure voor de burgerlijke rechter zou moeten inleiden om een vergoeding te verkrijgen voor een nadeel dat zij zou hebben geleden.

28. Vervolgens buigt het Hof zich over de objectieve aansprakelijkheid die de wetgever bijgevolg ingevoerd heeft ten opzichte van de steller van de (onwettige) handeling. Aangezien die objectieve aansprakelijkheid van de steller van de onwettige handeling impliceert dat de Raad van State niet dient te onderzoeken of hij een fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 BW heeft begaan, strookt deze werkwijze met de proceseconomische doelstelling van de betwiste bepaling.⁵¹ Het gegeven dat de verzoekende partij geen fout bij de steller van de onwettige handeling dient aan te tonen en dat de schuldenaar van de schadevergoeding tot herstel gemakkelijk kan worden geïdentificeerd, vergemakkelijkt immers het debat voor de Raad van State en vergroot bijgevolg het belang voor de verzoekende partij om te kiezen voor die procedure veeleer dan voor een burgerlijke rechtsvordering op grond van de artikelen 1382 en 1383 BW.

⁴⁹ GwH 14 mei 2020, nr. 68/2020, overw. B.5.1.

⁵⁰ MvT bij Voorstel (C. DEFRAIGNE e.a.) 25 juli 2013 tot herziening van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2013-2014, 5-2242/1, 1; Inleidende uiteenzetting 26 november 2013 bij Voorstel (C. DEFRAIGNE e.a.) tot herziening van artikel 144 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2013-2014, 5-2232/5, 94.

⁵¹ GwH 14 mei 2020, nr. 68/2020, overw. B.6.1.

29. Bijgevolg oordeelt het Grondwettelijk Hof dat artikel 11*bis* RvS-wet bestaanbaar is met artikelen 10 en 11 Gw., aangezien deze geen onevenredige gevolgen doet ontstaan ten aanzien van de tegenpartij als steller van de onwettige handeling, die als enige tegenpartij door de Raad van State kan worden veroordeeld tot de betaling van een schadevergoeding tot herstel. Hierbij benadrukt het Hof ook dat die overheid over de mogelijkheid beschikt om bij de burgerlijke rechter een aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen de overheid die tijdens de totstandkoming van de handeling geheel of gedeeltelijk heeft bijgedragen tot de onwettigheid ervan.⁵²

D. Evaluatie van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof

30. In arrest 68/2020 oordeelde het Grondwettelijk Hof dus dat het verschil in behandeling tussen enerzijds de overheid die de onwettige bestuurshandeling heeft genomen en anderzijds de overheden die hebben bijgedragen aan deze onwettige handeling, waarbij enkel de eerste aansprakelijk gesteld kan worden onder artikel 11*bis* RvS-wet, in overeenstemming is met artikel 10 en 11 Gw. Hoewel we ons principieel aansluiten bij de conclusie van het Hof, wensen we drie kritische kanttekeningen te maken bij deze uitspraak. Deze kritiek heeft betrekking op i) de inherente zwakte van de keuze van de verzoeker voor de proceseconomie, ii) het onderschatte onderscheid tussen onwettigheid en fout en iii) de mogelijke insolventie van de steller van de handeling.

i. Inherente nadeel proceseconomie door keuze van verzoeker

31. In het arrest 68/2020 moest het Grondwettelijk Hof zich, net zoals in arrest 70/2019, buigen over de objectieve aansprakelijkheid die artikel 11*bis* RvS-wet in het leven roept. Volgens het Hof is de objectieve aansprakelijkheid ten laste van alleen de steller van de onwettige handeling relevant voor de proceseconomische doelstellingen. Het gegeven dat de verzoekende partij geen fout in hoofde van de steller van de handeling moet bewijzen en dat de steller van de handeling eenvoudig kan worden geïdentificeerd, vergemakkelijkt immers het debat voor de Raad van State. Dat heeft volgens het Hof als gevolg dat het belang van de verzoeker vergroot om een vordering in te stellen op grond van artikel 11*bis* RvS-wet in plaats van de gemeenschappelijke vordering te benutten van artikel 1382 BW.⁵³

⁵² GwH 14 mei 2020, nr. 68/2020, overw. B.7.

⁵³ GwH 14 mei 2020, nr. 68/2020, overw. B.6.1.

32. Het feit dat de steller van de handeling uitsluitend aansprakelijk gesteld kan worden, vormt met andere woorden een dienstig middel om de proceseconomische doelstellingen te bereiken. Waar het dienstig aspect van een exclusieve forumkeuze voor de verzoeker om proceseconomie te bereiken nog betwijfeld kon worden,⁵⁴ staat het buiten kijf dat de Raad van State sneller een herstelvergoeding kan toekennen aan de verzoeker wanneer hij niet moet onderzoeken hoe en in welke mate de verschillende voorgaande overheden hebben bijgedragen tot de totstandkoming van de onwettigheid en aldus tot de veroorzaking van de schade.⁵⁵ Dat draagt vast en zeker bij aan de proceseconomische belangen van de verzoeker voor de Raad van State. Niettemin kunnen we ons de vraag stellen of dat ook bijdraagt aan de proceseconomie in haar geheel. Als enkel de steller van de handeling aansprakelijk gesteld kan worden onder artikel 11*bis* RvS-wet, dan zal hij telkens een nieuwe procedure onder artikel 1382 BW moeten instellen tegen de overheid die bijgedragen heeft bij de totstandkoming van de onwettige handeling (als er een dergelijke overheid aanwezig is natuurlijk). Dat heeft als gevolg dat er een nieuwe procedure voor de burgerlijke rechtbanken gevoerd wordt die tijd en middelen kost, terwijl dat vermeden had kunnen worden door de bijdragende overheid te betrekken in de procedure van artikel 11*bis* RvS-wet. Deze eerder holistische kanttekening, doet naar onze mening echter geen fundamentele afbreuk aan de principiële correctheid van de stelling van het Grondwettelijk Hof dat het onderscheid in behandeling verantwoord is onder artikel 10 en 11 Gw.

ii. Het onderschatte onderscheid tussen fout en onwettigheid

33. In de vorige titels werd besproken hoe het Hof in het arrest 68/2020 en het arrest 70/2019 het systeem van de foutloze aansprakelijkheid waarin artikel 11*bis* RvS-wet voorziet, goedkeurt. Het feit dat het in eerste instantie de steller van de handeling is die de schadevergoeding tot herstel moet dragen, werd door het Hof niet problematisch bevonden in het licht van het gelijkheidsbeginsel. Het ultieme, doorslaggevende argument voor het Hof in zijn laatste overweging was het feit dat de overheid die de steller van de handeling is daarna nog steeds over de mogelijkheid beschikt “om bij de burgerlijke rechter een aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen de overheid die tijdens de totstandkoming van de handeling geheel of gedeeltelijk heeft bijgedragen tot de onwettigheid ervan”.⁵⁶

⁵⁴ Zie *supra* randnummer 14.

⁵⁵ Zie ook een gelijkaardige overweging: GwH 23 mei 2019, nr. 70/2019, overw. B.10.1.: “De objectieve aansprakelijkheid van de steller van de onwettige handeling impliceert dat niet dient te worden onderzocht of hij een fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek heeft begaan. Aldus wordt de taak van de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, aanzienlijk vergemakkelijkt.”

⁵⁶ GwH 14 mei 2020, nr. 68/2020, overw. B.7.

34. Dat argument van het Hof is echter niet sluitend. In essentie valt deze kwestie terug te brengen tot het onderscheid tussen fout en onwettigheid, een thema dat de Belgische rechtsleer (zeker in het verleden) al vaak heeft beziggehouden.⁵⁷ Reeds in 1980 oordeelde het Hof van Cassatie dat de uitvoerende macht inderdaad een fout begaat wanneer ze de wettelijke grenzen van haar verordenende bevoegdheid te buiten gaat.⁵⁸ Enkele jaren later stelde het Hof dat “behoudens onoverkomelijke dwaling of enige andere oorzaak van vrijstelling van aansprakelijkheid, de bestuursoverheid een fout begaat wanneer zij een verordening vaststelt of goedkeurt waarin zij grondwettelijke of wettelijke regels schendt die haar voorschrijven op een bepaalde wijze niets of wel iets te doen, zodat zij burgerrechtelijk aansprakelijk is als die fout schade veroorzaakt.”⁵⁹ Datzelfde standpunt geldt evenzeer wanneer de overheid een individuele beslissing neemt eerder dan verordenend op te treden. Hieruit volgt dat wanneer er een burgerlijke aansprakelijkheidsvordering wordt ingesteld gebaseerd op een arrest van de Raad van State, waarin deze laatste een onwettigheid heeft ingesteld, de rechter zal moeten besluiten tot een fout in de zin van artikel 1382 BW.⁶⁰

35. Het Hof van Cassatie volgt in deze arresten dus de eenheidstheorie tussen onwettigheid en fout,⁶¹ waarbij de schending van een regel die een bepaald gedrag gebiedt of verbiedt door het bestuur eveneens als buitencontractuele fout wordt aangemerkt.⁶² Dat is evenwel een relatieve eenheid en geen absolute eenheid.⁶³ Als de onwettigheid voortvloeit uit een onoverkomelijke dwaling of andere oorzaak van vrijstelling van aansprakelijkheid, is er namelijk wel sprake van een onwettigheid, maar maakt deze geen fout uit in de zin van artikel 1382 BW. Het Hof

⁵⁷ Zie onder meer: I. CLAEYS, “Het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid: zijn wet-schending en fout nog één?” in *XXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2006-07, Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 193-231.

⁵⁸ Cass. 19 december 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 499.

⁵⁹ Cass. 13 mei 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1134.

⁶⁰ Cass 21 juni 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1353.

⁶¹ De eenheidstheorie kan worden geplaatst tegenover de opvatting van de dualiteit van onwettigheid en fout. Deze laatste betekent dat de fout van de overheid niet noodzakelijkerwijze volgt uit een door de Raad vastgestelde onwettigheid, maar dat de burger in kwestie dus eveneens zal moeten aantonen dat de overheid onzorgvuldig heeft gehandeld. Zie: D. DE ROY, “La responsabilité quasi-délictuelle de l’administration: unité et dualité des notions d’illégalité et de faute?” in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.) *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Brussel, la Charte, 2007, (67) 73.

⁶² T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 205.

⁶³ T. MOONEN, “Aansprakelijkheid van de staat voor ongrondwettige wetgeving. Vanzelfsprekend, of niet bepaald?”, *CDPK* 2017, (653) 655.

maakt hierbij met andere woorden een onderscheid naargelang de wetgevende norm een resultaats- dan wel een middelenverbintenis oplegt.⁶⁴ Wanneer de onwettigheid een gevolg is van de schending van een norm die een resultaatsverbintenis oplegt, maakt dit steeds een fout uit. Legt de wet enkel een middelenverbintenis op, dan maakt de onwettigheid enkel een fout uit als de rechter vaststelt dat de overheid onzorgvuldig heeft gehandeld.⁶⁵

36. Wat betekent dat nu voor het arrest van het Grondwettelijk Hof? Hoewel in een meerderheid van de gevallen de vastgestelde onwettigheid door de Raad van State ook meteen een fout zal uitmaken, is dat niet altijd het geval. In de minderheid van de gevallen waar de onwettigheid geen fout uitmaakt, zal de overheid die steller is van de handeling dus geen vordering tot schadevergoeding op grond van artikel 1382 BW kunnen instellen tegen de overheid die heeft bijgedragen tot de totstandkoming van de bestreden bestuurshandeling. In dat soort gevallen zal de steller van de handeling dus voor de ganse vergoeding moeten opdraaien, ook al is deze niet – of niet uitsluitend – aan haar te wijten in de zin van het traditionele foutbegrip.

37. Deze omissie in de eindredenering van het Hof hoeft niet noodzakelijk het antwoord op de prejudiciële vraag te beïnvloeden. Er valt veel te zeggen voor de opvatting dat het risico voor overheden om in het uitzonderlijke geval waarin ze een handeling stellen die door mede een andere overheid werd voorbereid en die onwettig is zonder een fout in de zin van artikel 1382 BW uit te maken niet opweegt tegen het proceseconomische voordeel dat uit artikel 11*bis* RvS-wet voortvloeit. Als sluitsteen van de argumentatie waarom de ongelijke behandeling evenredig was, had het Hof evenwel een ander argument kunnen ontwikkelen of minstens dat argument preciezer kunnen formuleren.

iii. Insolvabiliteit van de steller van de handeling

38. Tot slot enkele bedenkingen bij één van de gevolgen van de objectieve aansprakelijkheid uit artikel 11*bis* RvS-wet. Hoewel de schadevergoeding tot herstel slechts de schade vergoedt die niet hersteld werd door de vernietiging van de onwettige bestuurshandeling⁶⁶ – het herstel *in natura* –, zijn hoge schadevergoedingen niet ondenkbaar. Zo kan gedacht worden aan

⁶⁴ Bij wijze van voorbeeld: Cass. 25 oktober 2004, S.03.0072.F, RW 2006-07, afl. 36, 1485.

⁶⁵ C. MATHIEU, “De nieuwe bevoegdheid van de Raad van State: de schadevergoeding tot herstel”, *Jura Falc.* 2013-2014, (77) 82-83.

⁶⁶ Onder meer: RvS 16 januari 2018, nr. 240.459, *Van Der Elst*; RvS 19 september 2019, nr. 245.491, *Chevalier*; RvS 19 september 2019, nr. 245.492, *Lecomte*; A. WIRTGEN, “De schadevergoeding tot herstel door de Raad van State”, *TBP* 2017, (459) 474; L. VERMEIRE en E. THIBAUT, “Historique et premières applications de l’indemnité réparatrice au Conseil d’Etat de Belgique”, *APT* 2019, (208) 215-216.

de toepassing van artikel 11*bis* RvS-wet in het overheidsopdrachtencontentieux,⁶⁷ bijvoorbeeld bij een onwettig gegunde overheidsopdracht. Voor een steller van de handeling met een kleine begroting kan dergelijke hoge schadevergoeding uitdraaien op een grote en vaak onvoorziene last voor zijn budget.⁶⁸ Dat kan vervolgens aanleiding geven tot financiële problemen en eventueel zelfs insolventie.⁶⁹ Zo een gevolg is des te pijnlijker wanneer de steller geen ‘fout’ heeft aan de onwettigheid, of deze onwettigheid niet alleen heeft begaan, maar ook een andere overheid betrokken was. Die eerste blijft immers exclusief aansprakelijk op grond van artikel 11*bis* RvS-wet, terwijl die laatste vrijuit gaat – alvast tot de steller zich, indien mogelijk, op grond van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid tot hem richt. De schadevergoeding uit artikel 11*bis* RvS-wet kan dus een financiële ravage nalaten, in het bijzonder voor lagere en/of autonome overheidsniveaus met een welomlijnd budget.

Overigens is het risico op insolventie niet enkel nadelig voor de steller van de handeling, maar ook voor de verzoeker in de schadevergoedingsprocedure voor de Raad van State. Immers, een overheid die onvoldoende gelden voorhanden zou hebben, zal niet, of alvast niet onmiddellijk, de schadevergoeding kunnen betalen. De nietsvermoedende verzoeker ziet de geleden schade door de onwettigheid dan ook niet vergoed.

⁶⁷ Zie inzake artikel 11*bis* RvS-wet in het overheidsopdrachtencontentieux, bijvoorbeeld RvS 31 maart 2017, nr. 237.894, *sa TRBA (in casu 47.713,97 euro)*; RvS 16 mei 2019, nr. 244.490, *NV TNS Dimarso (in casu 21.837,50 euro)*. Zie verder onder meer: C. DE CONINCK, “De Raad van State kent een schadevergoeding tot herstel toe wegens het verlies van een kans tot het verkrijgen van een overheidsopdracht” (noot onder RvS 16 mei 2019, nr. 244.490), *T.Aann.* 2019, 278-290; P. FLAMEY en C. DE CONINCK, *Overheidsopdrachten. Bijzonder deel, APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 1618-1638; P. TEERLINCK m.m.v. C. DE CONINCK, L. GALOT, J. VUYL-STEKE en P. ALLAERT, *De aanbestedende overheid & Capita selecta met focus op de rechtspraak*, Antwerpen-Gent-Cambridge, Intersentia, 2020, 367-373.

⁶⁸ Ook BOCKEN stelt zich de vraag of de wetgever de budgettaire implicaties van deze nieuwe aansprakelijkheidsregeling heeft overwogen, zie: H. BOCKEN, “Beter een vogel in de hand dan tien in de lucht? De wijziging van art. 144 Grondwet en de bevoegdheid van de Raad van State om schadevergoeding toe te kennen”, *TOO* 2013, (428) 434. Zie algemeen over het in overeenstemming brengen van overheidsaansprakelijkheidsrecht met de financiële mogelijkheden van de overheid, bijvoorbeeld: L. CORNELIS, *Samenlevingsgericht (aansprakelijkheids)recht. Grondwettelijke zuurstof voor het op de adem trappende aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 63-70; E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en tegen de overheid in tijden van budgettaire krapte” in N. CARETTE en B. WEYTS (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, 295-313.

⁶⁹ Dergelijke gevolgen zijn afhankelijk van diverse factoren. Zo zal het beschikbare budget relevant zijn, net als al dan niet bestaande voorzieningen voor kosten in de begroting ten gevolge van gerechtsprocedures. Gedacht kan ook worden aan de frequentie waarmee een overheid in contact komt met aangelegenheden die eventueel tot een vernietigingsberoep leiden voor de Raad van State. Het is bijvoorbeeld waarschijnlijker dat een overheid die regelmatig een openbare aanbesteding uitschrijft met vernietigingsberoepen – en dus eventuele schadevergoedingen tot herstel – geconfronteerd wordt dan een overheid die dat slechts uitzonderlijk doet. Die verschillende factoren maken het ook onzeker om zonder verdere en diepgaandere kennis van de financiële capaciteit van een welbepaalde overheid uitspraken te doen over de impact van door de Raad toegekende schadevergoedingen daarop.

39. Het risico om ‘geld voor te schieten’ kan weliswaar eigen zijn aan een objectieve aansprakelijkheid, maar bemoeilijkt wel een later verhaal tegen de (andere) foutieve overheid (of derde) voor de burgerlijke rechter, of maakt dat zelfs onmogelijk wanneer de veroordeelde overheid krachtens artikel 11*bis* RvS-wet echt geen buffer zou hebben. Zoals hierboven reeds werd vermeld, is deze verhaalsmogelijkheid nochtans het doorslaggevend argument in het arrest 68/2020.⁷⁰ De partijen brachten dat penibele gevolg niet aan, waardoor het Grondwettelijk Hof hieraan ook weinig aandacht heeft besteed. Dat geldt voor beide arresten inzake artikel 11*bis* RvS-wet. Bij het onderzoek naar een eventuele afbreuk aan de wapengelijkheid tussen de verzoekende en verwerende partij door de forumkeuze van die eerste, erkent het Hof in het arrest 70/2019 evenwel dat overheden in het algemeen beschikken over voldoende menselijke en financiële middelen vergeleken met particuliere verzoekers, maar dat er verschillen kunnen bestaan tussen overheden.⁷¹ Volgens VAN STEENBERGE geldt die verantwoording ook voor de situatie waarin de onwettigheid door een andere overheid is begaan. De steller “beschikt in beginsel immers over voldoende middelen om het bedrag van de schadevergoeding tot herstel terugbetaald te krijgen op grond van artikel 1382 BW van diegene die verantwoordelijk is voor de onwettigheid.”⁷² Niettemin dient de veralgemening van bovenstaande overweging van het Hof voorzichtig benaderd te worden: schadevergoedingen tot herstel kunnen vele malen hoger uitvallen dan verdedigingskosten in een schadevergoedingsprocedure, waarnaar het Hof verwijst. Die schadevergoedingen kunnen tot een tussentijdse insolventie van de steller leiden, die een verhaal op de andere overheid of derde bemoeilijkt of zelfs onmogelijk maakt. Verder doet het Hof in het arrest 68/2020 ook geen uitspraak over financiële implicaties van die aansluiting van procedures, maar rechtvaardigt de exclusieve aansprakelijkheid van de steller onder artikel 11*bis* RvS-wet louter op grond van de mogelijkheid dat die zich via de burgerrechtelijke procedure keert tegen de andere overheid of derde.⁷³

⁷⁰ Zie ook: GwH 23 mei 2019, nr. 70/2019, overw. B.7.2.

⁷¹ *Ibid.*, overw. B.11.2. Zie reeds: A. PIRSON en M. VRANCKEN, “La réparation du dommage causé par l’illégalité d’un acte administratif et l’indemnité réparatrice: à quel saint se vouer?” in A.L. DURVIAUX en M. PAQUES (eds.), *Droit administratif et contentieux*, Brussel, Larcier, 2016, (27) 52.

⁷² A. VAN STEENBERGE, “Artikel 11*bis* RvS-wet” in S. DENYS, P. LEMMENS, J. VELAERS, L. WALLEYN en W. VERRIJDT (eds.), *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., (3) 35-36.

⁷³ GwH 14 mei 2020, nr. 68/2020, overw. B.7. VAN STEENBERGE verwijst naar die overweging van het Hof om zijn stelling te onderbouwen (A. VAN STEENBERGE, “Artikel 11*bis* RvS-wet” in S. DENYS, P. LEMMENS, J. VELAERS, L. WALLEYN en W. VERRIJDT (eds.), *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., (3) 36, vn. 1).

40. Dat een steller van de handeling, of ruimer een overheid, insolvabel wordt, is niet “geheel onrealistisch”.⁷⁴ Dat geldt *a fortiori* voor ernstige financiële problemen die een (haast) feitelijke insolvabiliteit betekenen. De Amerikaanse stad Detroit, die in 2013 het faillissement aanvraag, is een bekend voorbeeld daarvan.⁷⁵ Ook verschillende crises toonde aan dat overheden er niet immuun voor zijn. Zo bracht de globale financiële crisis, gestart in 2007, en de daaropvolgende economische crisis, enkele staten op de rand van de afgrond.⁷⁶ Ook de COVID 19-crisis toont aan dat overheden niet immuun zijn voor ernstige financiële problemen. De *Council of European Municipalities and Regions* (CEMR), een Europese organisatie bestaande uit associaties van lokale besturen, concludeerde na een enquête bij associaties van lokale besturen uit verschillende landen dat vele lokale besturen zich in een “*very challenging financial situation*” bevonden ten gevolge van de COVID 19-crisis.⁷⁷ Ook de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) waarschuwt voor de financiële impact van de COVID 19-crisis op de financiën van overheden.⁷⁸ Vanuit de Vlaamse lokale besturen weerklinkt eenzelfde signaal.⁷⁹ Het Rekenhof stelt dan weer “bezorgd” te zijn over het Vlaamse meerjarenbegrotingstraject en de schuldtoename ten gevolge van de genomen coronamaatregelen.⁸⁰ Hoewel dergelijke crises niet in omvang te vergelijken zijn met een schadevergoeding tot herstel, tonen ze wel aan dat overheden in financiële problemen terecht kunnen komen. Boven-

⁷⁴ I. CLAEYS, “Schadevergoeding wegens een onwettige bestuurshandeling voor de hoven en rechtbanken of voor de Raad van State: een moeilijke keuze?” in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, (185) 207.

⁷⁵ Zie United States Bankruptcy Court Eastern District of Michigan, nr. 13-53846, *City of Detroit, Michigan*. Het zij opgemerkt dat dit voorbeeld natuurlijk in de Amerikaanse context geplaatst moet worden, met relevante verschillen in toepasselijke regelgeving. Zie voor een algemeen overzicht van de insolventiecrisis waarin verschillende Amerikaanse steden betrokken zijn, en de relevante regelgeving: C.J. TYSON, “Exploring the Boundaries of Municipal Bankruptcy”, *Willamette Law Review* 2014, 661-684.

⁷⁶ In de Europese Unie kan Griekenland als voorbeeld aangehaald worden, zie bijvoorbeeld: G.P. KOURETAS en P. VLAMIS, “The Greek Crisis: Causes and Implications”, *Panoeconomicus* 2010, 391-404.

⁷⁷ CEMR, *CEMR Analysis. COVID-19's impact on local and regional finances*, 2020, 15 p., https://ccre.org/img/uploads/piecesjointe/filename/200629_Analysis_survey_COVID_local_finances_EN.pdf (laatst geraadpleegd op 7 januari 2021).

⁷⁸ OESO, *The territorial impact of COVID-19: Managing the crisis across levels of government*, 2020, 12-25, https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128287-5agkkojaaa&title=The-territorial-impact-of-covid-19-managing-the-crisis-across-levels-of-government (laatst geraadpleegd op 7 januari 2021).

⁷⁹ K. SNIJKERS (directeur VVSG) in Verslag (P. VAN MIERT en K. DE LOOR) 12 mei 2020 van de gedachtewisseling over de rol van de lokale besturen bij de exitstrategie uit de coronacrisis, *Parl.St.* VI.Parl. 2019-2020, nr. 306/1, 4-6. Zie ook de studie van BELFIUS, *De financiële situatie van de Vlaamse lokale besturen*, 2020, 28 p., <https://research.belfius.be/wp-content/uploads/2020/06/Financiële-situatie-van-de-Vlaamse-lokale-besturen.pdf> (laatst geraadpleegd op 7 januari 2021).

⁸⁰ REKENHOF, *Onderzoek van de tweede aanpassing van de Vlaamse begroting voor 2020 en de Vlaamse begroting voor 2021. Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams Parlement*, 2020, 14, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4aa8c5ce-8f7c-4c0d-a75c-a0d96d29d399> (laatst geraadpleegd op 7 januari 2021).

dien is een schadevergoeding tot herstel geen geïsoleerde aangelegenheid en kan ze tot dergelijke problemen leiden als ze wordt opgelegd tegen de achtergrond van een crisis die de overheid reeds voor financiële uitdagingen stelt.

41. Deze voorbeelden tonen aan dat overheden wel degelijk in financiële problemen kunnen komen. Nochtans wordt vaak opgeworpen dat zowel het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst als wetgeving (in materiële zin) insolventie van een overheid uitsluiten. Indien die uitgangspunten kloppen, kan men op deze wijze de impact van artikel 11*bis* RvS-wet op de begroting van overheden nuanceren. Beide voorkomen evenwel niet op sluitende wijze financiële moeilijkheden.

42. Volgens een deel van de rechtsleer⁸¹ voorkomt het algemene rechtsbeginsel⁸² van de continuïteit van de openbare dienst dat overheden insolvent of failliet verklaard worden.⁸³ Dat beginsel vereist immers dat een openbare dienst, die beantwoordt aan een behoefte van algemeen belang, voortdurend, regelmatig en zonder onderbreking wordt verstrekt.⁸⁴ Verlieslatende activiteiten en erge(re) financiële problemen vormen dus geen obstakel.

⁸¹ LOMBAERT stelt dat de rechtspraak die strekking niet bevestigt (B. LOMBAERT, “La loi de continuité du service public, la grève des agents publics et le service minimum. Quand les usagers s’en mêlent” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public. 2. Les “lois” du service public*, Brussel, la Chartre, 2009, (53) 64). Voor (de weliswaar weinige) rechtspraak die dat uitgangspunt evenwel bevestigt, zie: A. MAYENCE en E. SLAUTSKY, “L’inapplicabilité du droit commun de l’insolventie aux personnes morales de droit public à l’épreuve du droit des aides d’État”, *TBH* 2018, (827) 831.
⁸² Cass. 24 april 1998, C.97.0252.F; Cass. 28 januari 1999, C.97.0333.F; Cass. 12 februari 2004, C.01.0248.N; Cass. 13 april 2012, F.09.0056.F.

⁸³ D. DEOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 424; I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2019, 428 (met nuancering in vn. 484); L. VANSNICK en D. RENDERS, “La place des lois du service public dans la hiérarchie des normes” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public. 2. Les “lois” du service public*, Brussel, la Chartre, 2009, (1) 29; J. VELU m.m.v. P. QUERTAINMONT en M. LEROY, *Droit public. Tome 1: Le statut des gouvernants*, Brussel, Bruylant, 1986, 116. Zie ook: M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1989, 52; M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd”, *TBH* 2018, (207) 220. Ook de wetgever verwees naar de publiekrechtelijke waarborgen en de goede werking van de overheid, en dus hoogstwaarschijnlijk impliciet naar het continuïteitsbeginsel, om de uitsluiting van overheden uit het toepassingsgebied van boek XX WER te verantwoorden (MvT bij Wetsontwerp 20 april 2017 houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2016-2017, nr. 2407/001, 28).

⁸⁴ D. D’HOOGHE en P. DE KEYSER, “Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel” in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (363) 364; B. LOMBAERT, “La loi de continuité du service public, la grève des agents publics et le service minimum. Quand les usagers s’en mêlent” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public. 2. Les “lois” du service public*, Brussel, la Chartre, 2009, (53) 56; V. VUYLS-TEKE en S. DE SOMER, “Le principe de continuité du service public. The show must go on...” in S. BEN MESSAOUD en F. VISEUR (eds.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Brussel, Larcier, 2017, (229) 239.

Recente rechtsleer nuanceert en bekritiseert evenwel dat uitgangspunt, dat overigens zoals PEE-TERS opmerkt⁸⁵ vaak weinig onderbouwd is. Enerzijds geldt de nuance dat die redenering enkel opgaat voor organieke publiekrechtelijke rechtspersonen en niet voor privaatrechtelijke rechtspersonen, ook al oefenen die laatste een taak van algemeen belang uit.⁸⁶ Anderzijds bekritiseert een steeds groter wordende groep auteurs op diverse en uiteenlopende gronden dat uitgangspunt. Zo beroepen sommige auteurs zich op de gelijkheid (artikelen 10 en 11 Gw.) van schuldenaars en schuldeisers⁸⁷ en de (eigendoms)rechten van de schuldeiser zoals beschermd door artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en bijhorende rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.⁸⁸ Ook recente evoluties inzake economische openbare diensten, zoals de liberalisering ervan⁸⁹ en

⁸⁵ B. PEETERS, *De continuïteit van het overheidsondernemen: een begrippenanalyse en een kritiek op de uitvoeringsimmuniteit*, Antwerpen, Maklu, 1989, 331-332.

⁸⁶ D. D'HOOGHE en P. DE KEYSER, "Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (363) 370; B. LOMBAERT, "La loi de continuité du service public, la grève des agents publics et le service minimum. Quand les usagers s'en mêlent" in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public. 2. Les "lois" du service public*, Brussel, la Chartre, 2009, (53) 63 (kritisch); A. MAYENCE en E. SLAUTSKY, "L'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public à l'épreuve du droit des aides d'État", *TBH* 2018, (827) 831 (kritisch). Zie ook: I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2019, 428.

⁸⁷ R. ERGEC en H. DELWAIDE, "Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite?", *JT* 1995, (713) 717; B. LOMBAERT, "La loi de continuité du service public, la grève des agents publics et le service minimum. Quand les usagers s'en mêlent" in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public. 2. Les "lois" du service public*, Brussel, la Chartre, 2009, (53) 64; A. MAYENCE en E. SLAUTSKY, "L'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public à l'épreuve du droit des aides d'État", *TBH* 2018, (827) 831; V. VUYLSTEKE en S. DE SOMER, "Le principe de continuité du service public. The show must go on..." in S. BEN MESSAOUD en F. VISEUR (eds.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Brussel, Larcier, 2017, (229) 284-285. Zie ook: P.-O. DE BROUX, "La continuité du service public: l'étonnante destinée d'un principe élémentaire", *JT* 2014, (640) 642.

⁸⁸ R. ERGEC en H. DELWAIDE, "Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite?", *JT* 1995, (713) 717; B. LOMBAERT, "La loi de continuité du service public, la grève des agents publics et le service minimum. Quand les usagers s'en mêlent" in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public. 2. Les "lois" du service public*, Brussel, la Chartre, 2009, (53) 64; V. VUYLSTEKE en S. DE SOMER, "Le principe de continuité du service public. The show must go on..." in S. BEN MESSAOUD en F. VISEUR (eds.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Brussel, Larcier, 2017, (229) 285.

⁸⁹ B. LOMBAERT, "La loi de continuité du service public, la grève des agents publics et le service minimum. Quand les usagers s'en mêlent" in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public. 2. Les "lois" du service public*, Brussel, la Chartre, 2009, (53) 63-64.

het Europese mededingingsrecht dat de gelijkheid tussen private en publieke actoren voorstaat,⁹⁰ en de relativering van de uitvoeringsimmunititeit van overheden⁹¹ vormen struikelblokken. Gelet op die verschillende internationale en nationale evoluties en gronden, kan bezwaarlijk beweerd worden dat het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst zonder meer voorkomt dat een steller van de handeling insolvable wordt door toepassing van artikel 11bis RvS-wet.

43. Daarnaast voorziet wetgeving soms in maatregelen die financiële moeilijkheden voor overheden moeten voorkomen dan wel uitsluiten. Vooreerst kan opgemerkt worden dat overheden zelf een verantwoordelijkheid dragen inzake het eigen financiële beleid. Zo krijgen Vlaamse lokale besturen een basisfinanciering van het Gemeentefonds,⁹² maar kunnen ze bijkomend ook belastingen heffen.⁹³ Dat laat hen toe het eigen beleid te organiseren, financieren en verzekeren.⁹⁴ Daarnaast bepaalt sommige wetgeving dat bepaalde overheden niet failliet verklaard kunnen worden.⁹⁵ Tot slot kunnen ook preventieve en corrigerende maatregelen vermeld worden. Preventieve maatregelen, zoals begrotingsregels,⁹⁶ kunnen de kans op financiële moeilijkheden aanzienlijk beperken. Indien een overheid toch dreigt insolvable te worden, kan via corrigerende maatregelen ingegrepen worden. In Wallonië geldt bijvoorbeeld dat lokale

⁹⁰ R. ERGEC en H. DELWAIDE, “Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite?”, *JT* 1995, (713) 716; B. LOMBAERT, “La loi de continuité du service public, la grève des agents publics et le service minimum. Quand les usagers s’en mêlent” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public. 2. Les “lois” du service public*, Brussel, la Charte, 2009, (53) 63-64. Zie ook: A. MAYENCE en E. SLAUTSKY, “L’inapplicabilité du droit commun de l’insolvabilité aux personnes morales de droit public à l’épreuve du droit des aides d’État”, *TBH* 2018, (827) 831.

⁹¹ R. ERGEC en H. DELWAIDE, “Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite?”, *JT* 1995, (713) 716-717; B. PEETERS, *De continuïteit van het overheidsondernemen: een begrippenanalyse en een kritiek op de uitvoeringsimmunititeit*, Antwerpen, Maklu, 1989, 348-349.

⁹² Vl.Decr. 5 juli 2002 tot vaststelling van de regels inzake de dotatie en de verdeling van het Vlaams Gemeentefonds, *BS* 31 augustus 2002, 38.780.

⁹³ Art. 170, §§ 3-4 Gw.

⁹⁴ Cass. 9 mei 2019, F.18.0010.F; RvS 14 maart 2000, nr. 85.916, *Gillion e.a.*; RvS 20 november 2007, nr. 176.930, *sa Mobistar*; J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar. Deel III*, Brugge, die Keure, 2019, 476.

⁹⁵ Bijvoorbeeld art. 8, tweede lid wet 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *BS* 27 maart 1991, 6.155; art. XX.1, § 1, lid 1, b-c) WER. ERGEC en DELWAIDE, daarin gevolgd door andere auteurs, stellen dat dergelijke afwijking van het gemeen insolventierecht enkel geldig is wanneer de wetgever die wil expliciet of impliciet uitdrukt. Zie: R. ERGEC en H. DELWAIDE, “Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite?”, *JT* 1995, (713) 716; en verder onder meer: P.-O. DE BROUX, “La continuité du service public: l’étonnante destinée d’un principe élémentaire”, *JT* 2014, (640) 642, vn. 28; B. LOMBAERT, “La loi de continuité du service public, la grève des agents publics et le service minimum. Quand les usagers s’en mêlent” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public. 2. Les “lois” du service public*, Brussel, la Charte, 2009, (53) 63-64.

⁹⁶ Bijvoorbeeld inzake Vlaamse lokale besturen: artt. 249-275 Vl.Decr. 22 december 2017 over het lokaal bestuur, *BS* 15 februari 2018.

besturen met een structureel begrotingstekort “*aide extraordinaire*” kunnen ontvangen. Daarvoor dient het lokale bestuur in kwestie wel een beheersplan op te stellen,⁹⁷ waarop het daartoe opgerichte *Centre Régional d’Aide aux Communes* (CRAC) nauwgezet⁹⁸ toezicht houdt.⁹⁹

Maar ook die wetgeving en bijhorende instellingen sluiten niet uit dat een steller van de handeling in woelige financiële wateren terechtkomt. De wettelijke regelingen zijn selectief, soms onzeker¹⁰⁰ en voorkomen geen feitelijke financiële problemen.¹⁰¹ Preventieve maatregelen en de eigen verantwoordelijkheid zijn dan weer niet sluitend, want vereisen dat bedragen worden voorzien voor een eventuele veroordeling tot schadevergoeding op grond van artikel 11*bis* RvS-wet, waarvan het bestaan en de hoegrootheid uiteraard onbekend zijn. Ook corrigerende maatregelen zijn onzeker, aangezien ze vaak afhankelijk zijn van het ingrijpen door een andere (hogere) overheid en mogelijk te laat komen.

44. Zowel het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst als wetgeving voorziet niet in een absolute voorkoming of uitsluiting van ernstige financiële problemen voor of insolventie van een overheid. Het gemeen bestuurs- en insolventierecht brengt dus onvoldoende zekerheid dat een steller, die de onwettigheid niet of slechts deels beging, beschermd is tegen de mogelijk ernstige gevolgen van artikel 11*bis* RvS-wet. Vanuit een ander standpunt, dat hierboven reeds werd aangehaald, verzekert het niet dat de verzoeker de toegekende schadevergoeding ook effectief ontvangt. Immers, een steller die te kampen krijgt met ernstige financiële problemen, in het bijzonder insolventie, zal de schadevergoeding hoogstwaarschijnlijk niet (volledig) en alvast niet onmiddellijk betalen. De verzoeker ziet zo een effectieve betaling aan haar of zijn neus voorbijgaan.

45. De vraag rijst of artikel 11*bis* RvS-wet zelf in een dergelijke bescherming voorziet. Dat lijkt, althans op het eerste gezicht, het geval te zijn. De Raad van State kan immers, indien daar

⁹⁷ Artt. L3311-1-L3313-3 Wetboek 22 maart 2004 van de plaatselijke democratie en decentralisatie, *BS* 12 augustus 2004, *err.* *BS* 22 maart 2005.

⁹⁸ A. COENEN, *Les services publics locaux aux coeur de l’effervescence sociétale*, Brugge, die Keure, 2017, 58.

⁹⁹ W.Decr. 23 maart 1995 houdende oprichting van een Gewestelijk Hulpcentrum voor gemeenten dat moet zorgen voor de opvolging en de controle op de beheersplannen van de gemeenten en provincies en dat het financiële evenwicht van de gemeenten en provincies van het Waalse Gewest moet helpen handhaven, *BS* 5 april 1995, 8.495. Zie uitgebreid: Omz. 2020 betreffende de entiteiten onder toezicht van het *Centre Régional d’Aide aux Communes*, <https://crac.wallonie.be/sites/default/files/uploads/1%20-%20Circulaire%20Budgétaire%202020%20-%20PG.pdf> (laatst geraadpleegd op 7 januari 2021).

¹⁰⁰ Zie bijvoorbeeld inzake art. XX.1, § 1, lid 1, b-c) WER: M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd”, *TBH* 2018, (207) 219-220.

¹⁰¹ B. PEETERS, *De continuïteit van het overheidsondernemen: een begrippenanalyse en een kritiek op de uitvoeringsimmunitet*, Antwerpen, Maklu, 1989, 335.

redenen toe zijn, de schadevergoeding tot herstel matigen na “alle omstandigheden van openbaar en particulier belang” in acht genomen te hebben.¹⁰² Zo kan de Raad die matigingsbevoegdheid uitoefenen indien een integrale schadevergoeding tot een hoge financiële last voor of zelfs insolventie van de steller zou leiden.¹⁰³ PIRSON en VRANCKEN zien zelfs geen andere dan budgettaire redenen voor de uitoefening van de matigingsbevoegdheid.¹⁰⁴

Niettemin dient die matigingsbevoegdheid sterk genuanceerd te worden. Ten eerste benadrukte de wetgever in de parlementaire voorbereidingen dat artikel 11*bis* RvS-wet tot doel heeft de geleden schade te herstellen. Daarom werd enige verwijzing naar billijkheid, zoals dat wel het geval is in artikel 11 RvS-wet, achterwege gelaten.¹⁰⁵ Zo maakt de wetgever duidelijk dat het vergoeden van de schade prioritair is en slechts in ondergeschikte orde (financiële) belangen van anderen, zoals de steller, in aanmerking worden genomen. Verder had de wetgever tot doel met artikel 11*bis* RvS-wet een proceseconomisch voordelig alternatief te bieden voor de burgerrechtelijke procedure. Grote verschillen in de bedragen van de schadevergoedingen op grond van artikel 11*bis* RvS-wet dan wel het burgerrechtelijk aansprakelijkheidsrecht zijn vanuit dat perspectief niet wenselijk.¹⁰⁶ Op die laatste gedachtegang ging, ten tweede, de Raad van State,

¹⁰² Het Grondwettelijk Hof wees er reeds in het eerste arrest inzake artikel 11*bis* RvS-wet op dat deze matigingsbevoegdheid dient ter compensatie van de nadelen voor de steller van de handeling (GwH 23 mei 2019, nr. 70/2019, overw. B.13), zoals ook de wetgever deed (MvT bij Wetsvoorstel (P. MAHOUX e.a.) 25 juli 2013 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2233/1, 7). Die verantwoording wordt evenwel bekritiseerd (S. LUST, *Integraal rechtsherstel door administratieve rechtscolleges*, Brugge, die Keure, 2016, 60; A. PIRSON en M. VRANCKEN, “La réparation du dommage causé par l’illégalité d’un acte administratif et l’indemnité réparatrice: à quel saint se vouer?” in A.L. DURVIAUX en M. PAQUES (eds.), *Droit administratif et contentieux*, Brussel, Larcier, 2016, (27) 52).

¹⁰³ Zie in die zin: I. CLAEYS, “Schadevergoeding wegens een onwettige bestuurshandeling voor de hoven en rechtbanken of voor de Raad van State: een moeilijke keuze?” in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, (185) 212; J. GOOSSENS, “De vervaagde grens tussen burgerlijke en administratieve rechter”, *TBP* 2014, (275) 291; A. VAN STEENBERGE, “Artikel 11*bis* RvS-wet” in S. DENYS, P. LEMMENS, J. VELAERS, L. WALLEYN en W. VERRIJDT (eds.), *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., (3) 28; S. VERSTRAELEN, “De burgerrechtelijke gevolgen van de uitspraken van administratieve rechtscolleges: wanneer het doel niet alle middelen heiligt” in J. VELAERS, J. VANPRAET, Y. PEETERS en W. VANDENBRUWAENE (eds.), *De zesde staatshervorming: instellingen, bevoegdheden en middelen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (215) 230 en 233; A. WIRTGEN, “De schadevergoeding tot herstel door de Raad van State”, *TBP* 2017, (459) 467. Zie ook: I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2019, 652.

¹⁰⁴ A. PIRSON en M. VRANCKEN, “La réparation du dommage causé par l’illégalité d’un acte administratif et l’indemnité réparatrice: à quel saint se vouer?” in A.L. DURVIAUX en M. PAQUES (eds.), *Droit administratif et contentieux*, Brussel, Larcier, 2016, (27) 70-71.

¹⁰⁵ MvT bij Wetsvoorstel (P. MAHOUX e.a.) 25 juli 2013 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2233/1, 7.

¹⁰⁶ A. VAN STEENBERGE, “Artikel 11*bis* RvS-wet” in S. DENYS, P. LEMMENS, J. VELAERS, L. WALLEYN en W. VERRIJDT (eds.), *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., (3) 9.

afdeling Wetgeving in haar advies verder. De Raad maakte de opmerking dat indien de schadevergoeding voor de Raad vaker lager ligt dan voor de burgerlijke rechter, de burger telkens voor die laatste kiest. Om artikel 11*bis* RvS-wet aantrekkelijk te maken en te houden voor de burger, dient het onderscheid tussen de schadevergoeding voor de Raad dan wel de burgerlijke rechter zodoende beperkt te blijven.¹⁰⁷ Dat uitgangspunt werd vervolgens bevestigd door de toenmalige voorzitter van de Raad¹⁰⁸ en werd gevolgd door de rechtsleer.¹⁰⁹ Het uitoefenen van de matigingsbevoegdheid zal beide vergoedingen doen verschillen, omdat de Raad kan matigen, terwijl de burgerlijke rechter een vergoeding van de volledige schade dient uit te spreken. Dat maakt artikel 11*bis* RvS-wet minder aantrekkelijk voor de verzoekende partij. Het uitgangspunt van de Raad doet dus vermoeden dat de matigingsbevoegdheid, als die al zou worden uitgeoefend, slechts uitzonderlijk gebruikt wordt. Tot slot lijkt de Raad dat uitgangspunt ook na te leven. Hoewel verplicht de omstandigheden in acht te nemen,¹¹⁰ gaat de Raad tot nu toe haast nooit over tot matiging.¹¹¹

¹⁰⁷ Adv.RvS 27 augustus 2013, nr. 53.933/AV bij Wetsvoorstel met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2233/2, 8.

¹⁰⁸ Toenmalig voorzitter van de Raad R. STEVENS in interview met R. BOONE, “Wij zijn zoals de scheidsrechter in het voetbal: we hebben het altijd gedaan”, *Juristenkrant* 2014, nr. 282, (8) 8.

¹⁰⁹ C. MATHIEU, “De nieuwe bevoegdheid van de Raad van State: de schadevergoeding tot herstel”, *Jura Falc.* 2013-2014, (77) 105; J. GOOSSENS, “De vervaagde grens tussen burgerlijke en administratieve rechter”, *TBP* 2014, (275) 290-291; M. NIHOUL en F. XAVIER, “Trois années d’indemnité réparatrice devant le Conseil d’Etat”, *CDPK* 2017, (679) 697-699; A. VAN STEENBERGE, “Artikel 11*bis* RvS-wet” in S. DENYS, P. LEMMENS, J. VELAERS, L. WALLEYN en W. VERRIJDT (eds.), *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., (3) 9. Maar zie kritisch over die stelling: F. GLANSDORFF, “L’indemnité réparatrice: une nouvelle compétence du Conseil d’État vue par un civiliste”, *JT* 2014, (474) 478; S. VERSTRAELEN, “De burgerrechtelijke gevolgen van de uitspraken van administratieve rechtscollèges: wanneer het doel niet alle middelen heiligt” in J. VELAERS, J. VANPRAET, Y. PEETERS en W. VANDENBRUWAENE (eds.), *De zesde staatshervorming: instellingen, bevoegdheden en mid-delen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (215) 233.

¹¹⁰ Zie: MvT bij Wetsvoorstel (P. MAHOUX e.a.) 25 juli 2013 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2233/1, 7; I. CLAEYS, “Schadevergoeding wegens een onwettige bestuurshandeling voor de hoven en rechtbanken of voor de Raad van State: een moeilijke keuze?” in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, (185) 197; L. DONNAY en M. PAQUES, “L’indemnité réparatrice à l’épreuve de la pratique, entre avancées raisonnables et questions résiduelles”, *RFDL* 2018, (381) 390; J. GOOSSENS, “De vervaagde grens tussen burgerlijke en administratieve rechter”, *TBP* 2014, (275) 290; M. NIHOUL en F. XAVIER, “Trois années d’indemnité réparatrice devant le Conseil d’Etat”, *CDPK* 2017, (679) 699; A. WIRTGEN, “De schadevergoeding tot herstel door de Raad van State”, *TBP* 2017, (459) 467. Zie ook: L. DONNAY en P. LEWALLE, *Manuel de l’exécution des arrêts du Conseil d’Etat*, Brussel, Larcier, 2017, 482: “[...] la possibilité, sinon l’obligation [...]”.

¹¹¹ Zie wel in: RvS 8 december 2016, nr. 236.697, *VZW Milieusteunpunt Huldenberg e.a.*; RvS 27 februari 2017, nr. 237.495, *Dubreccq en Dochy*. Zie voor deze vaststelling ook: L. DONNAY en M. PAQUES, “L’indemnité réparatrice à l’épreuve de la pratique, entre avancées raisonnables et questions résiduelles”, *RFDL* 2018, (381) 390; P. LEJEUNE, “L’indemnité réparatrice devant le Conseil d’État: une procédure en devenir”, *JT* 2019, (237) 244; I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2019, 652; A.-S. VANDAELE, “Toegang tot schadevergoeding bij de Raad van State: puntjes op de i”, *Juristenkrant* 2019, nr. 387, 6; A. VAN STEENBERGE, “Artikel 11*bis* RvS-wet” in S. DENYS, P. LEMMENS, J. VELAERS, L. WALLEYN en W. VERRIJDT (eds.), *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., (3) 38.

De matigingsbevoegdheid die artikel 11bis RvS-wet aan de Raad van State geeft, lijkt op het eerste gezicht een middel om eventuele verregaande gevolgen voor de financiële toestand van de steller te beperken. Het kan ook niet uitgesloten worden dat de Raad dergelijke situaties aanmerkt als omstandigheden van openbaar belang en vervolgens de vergoeding matigt. Er valt zelfs heel wat te zeggen voor een toepassing van de matigingsbevoegdheid in dergelijke omstandigheden, om te voorkomen dat een steller zwarte sneeuw ziet. De gevolgen kunnen immers vanzelfsprekend groot zijn en ook de burger raken. Niettemin geven zowel de wetgever als de Raad aan dat een zo volledig mogelijke vergoeding van de schade het doel is en dat matiging eerder uitzonderlijk zal worden uitgeoefend. Wederom bestaat er dus geen sluitende bescherming tegen financiële moeilijkheden voor of insolvabiliteit van de steller.

46. Evenwel geldt dat ook voor een schadevergoeding op grond van artikel 1382 BW. Immers, in het Belgische aansprakelijkheidsrecht, waaraan overheden eveneens zijn onderworpen,¹¹² geldt sinds lang de regel van integrale vergoeding van de schade.¹¹³ Dat betekent dat de burgerlijke rechter de vergoeding slechts kan begroten aan de hand van de *in concreto* berokkende schade.¹¹⁴ Andere elementen, zoals de impact van de schadevergoeding op de financiën van de steller van de handeling, worden niet in aanmerking genomen.¹¹⁵ Ook artikel 1382 BW

¹¹² Zie onder meer: A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2017, 1112-1157; de verschillende bijdragen in D. RENDERS (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics. XIIes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 2016, 683 p.; H. VANDENBERGHE, "Overheidsaansprakelijkheid", *TPR* 2010, 2013-2097; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 198-258.

¹¹³ GwH 23 mei 2019, nr. 70/2019, overw. B.7.2; Cass. 17 februari 2012, C.11.0451.F; Cass. 11 februari 2016, C.15.0031.N; Cass. 27 mei 2016, C.15.0509.F; P. GILLAERTS, *Deviating From The Principle Of Full Compensation In Belgian Tort Law*, Brugge, die Keure, 2017, 69-73; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 665-666; A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, B. DE TEMMERMAN en G. JOCQUÉ, "Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)", *TPR* 2007, (941) 975. Er bestaan evenwel uitzonderingen op de regel (zie bijvoorbeeld: P. GILLAERTS, *Deviating From The Principle Of Full Compensation In Belgian Tort Law*, Brugge, die Keure, 2017, 252 p.).

¹¹⁴ Onder meer: E. DIRIX, "Abstracte en concrete schade", *RW* 2000-01, (1329) 1329; P. GILLAERTS, *Deviating From The Principle Of Full Compensation In Belgian Tort Law*, Brugge, die Keure, 2017, 71-72; S. STIJNS en I. SAMOY, *Leerboek verbintenissenrecht – Boek Ibis*, Brugge, die Keure, 2020, 136; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 666; A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, B. DE TEMMERMAN en G. JOCQUÉ, "Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)", *TPR* 2007, (941) 976. Zie ook: GwH 21 januari 2016, nr. 7/2016, overw. B.9.1; Cass. 16 april 2015, C.13.0305.F; Cass. 8 januari 2016, C.15.0271.F; Cass. 28 oktober 2019, C.19.0013.F.

¹¹⁵ Zie onder meer in die zin: I. DURANT, "La réparation dite intégrale du dommage" in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Brussel, Bruylant, 2015, (441) 449; P. GILLAERTS, *Deviating From The Principle Of Full Compensation In Belgian Tort Law*, Brugge, die Keure, 2017, 108; A.M. KEIRSE en B. WEYTS, "Schadebeperkingsplicht in rechtsvergelijkend perspectief", *TBBR* 2016, (63) 64; S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL,

voorziet dus niet, integendeel zelfs, in een sluitende bescherming tegen insolventie of ernstige financiële problemen voor de steller van de handeling.

47. De hierboven aangeduide pijnpunten kunnen echter op één belangrijke wijze genuanceerd worden. Het alternatief voor het aanvankelijk exclusieve verhaal tegen de overheid die de onwettige handeling stelde krachtens artikel 11*bis* RvS-wet is de zogenaamde ‘*in solidum*-aansprakelijkheid’. Dat kan ofwel, zoals sommige auteurs beargumenteren, door te trachten de deelnemende overheden die de onwettige handeling zelf niet stelden mee aansprakelijk te laten stellen door de Raad van State krachtens artikel 11*bis* RvS-wet.¹¹⁶ Ofwel kan dat door onmiddellijk voor de burgerrechtelijke weg te kiezen. De *in solidum*-aansprakelijkheid maakt immers een zeker instrument van de burgerlijke rechter uit.¹¹⁷ Niettemin vereist dat wel dat alle overheden – of minstens twee van hen – een onwettigheid hebben begaan die eveneens een fout

“Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaot- en publiekrecht”, *TPR* 2016, (489) 543; S. STIJNS en I. SAMOY, *Leerboek verbintenissenrecht – Boek Ibis*, Brugge, die Keure, 2020, 136; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 666; B. WEYTS, *Fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2003, 48. Zie ook: E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en tegen de overheid in tijden van budgettaire krapte” in N. CARETTE en B. WEYTS (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, (295) 306. Volledigheidshalve dient vermeld te worden dat de schadevergoeding ook naar billijkheid (*ex aequo et bono*) kan vastgesteld worden, indien de concrete schade niet te begroten valt. Die mogelijkheid is dus slechts subsidiair aan de integrale schadevergoeding en het gebruik ervan dient gemotiveerd te worden (bijvoorbeeld Cass. 19 februari 2020, P.19.1090). Het valt bij deze begroting niet uit te sluiten – en het is eveneens moeilijk te controleren – dat rechters de financiële toestand van de partijen in rekening brengen. Zie: P. GILLIAERTS, “De vergoeding van morele schade bij een collectief belang: ieder vogeltje zingt zoals het gebekt is?” (noot onder GwH 21 januari 2016, nr. 7/2016), *TBBR* 2017, (261) 265.

¹¹⁶ Zie: D. RENDERS, B. GORS en A. PERCY, “L’indemnité réparatrice”, *APT* 2016, (355) 375-376; A. VAN STEENBERGE, “Artikel 11*bis* RvS-wet” in S. DENYS, P. LEMMENS, J. VELAERS, L. WALLEYN en W. VERRIJDT (eds.), *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., (3) 30; A. WIRTGEN, “De schadevergoeding tot herstel door de Raad van State”, *TBP* 2017, (459) 466. In RvS 12 april 2016, nr. 234.362, *asbl Association du Val d’Amlève*, waarnaar bovenstaande auteurs verwijzen, lijkt de Raad dergelijke *in solidum*-aansprakelijkheid te erkennen, maar gaat uiteindelijk niet over tot een veroordeling. Gelet op dat gebrek aan bevestiging en op de prejudiciële vraag die tot het arrest 68/2020 van het Grondwettelijk Hof leidde (gesteld door de Raad in RvS 16 november 2018, nr. 242.967, *Dantinne en Dantinne*) kan geconcludeerd worden dat er nog geen zekerheid bestaat over deze mogelijkheid. Ook de partijen in het arrest 68/2020 voerden hierover een betwisting. Het Hof spreekt zich niet expliciet uit, maar geeft wel duidelijk aan dat de vereiste onwettigheid geen fout is in de zin van het burgerrechtelijke aansprakelijkheidsrecht (overw. B.5.4). Bovendien, indien ze erkend wordt, lijkt het praktisch nut ervan beperkt. De Raad van State, die door de inquisitoriale aard van de rechtsprocedure zelf de verwerende partij(en) aanduidt (RvS 24 mei 2016, nr. 234.822, *Verkoyen*; RvS 21 november 2017, nr. 239.928, *XXXX*; RvS 4 oktober 2018, nr. 242.535, *Point*), wijst immers vaak slechts één verwerende partij aan, namelijk de overheid die verantwoordelijk is voor de aangevochten handeling – vaak dus de steller van de handeling (R. STEVENS en K. DIDDEN, *Raad van State. I. Afdeling Bestuursrechtspraak. 2. Het procesverloop*, Brugge, die Keure, 2018, 47-60, met talloze verwijzingen naar de rechtspraak van de Raad). Een *in solidum*-aansprakelijkheid is dan uitgesloten.

¹¹⁷ Onder meer: Cass. 17 oktober 2014, C.13.0452.N; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, “De verbintenissen in solidum” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., (159) 166-172; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 835-841.

Ter volledigheid dient vermeld te worden dat ook een hoofdelijke aansprakelijkheid zou kunnen uitgesproken worden, op grond van een algemeen rechtsbeginsel, indien de betrokken overheden een gemeenschappelijke fout

uitmaakt, wat, zoals hierboven reeds toegelicht, vaak maar niet altijd het geval is. Bovendien dient dan bewezen te worden dat zonder de begane fouten (door één van de overheden) de schade zich niet op eenzelfde wijze had voorgedaan.¹¹⁸ Dat kan tot netelige situaties leiden waar de overheid de onwettigheid begaan door een andere overheid had kunnen herstellen, maar dat niet deed, om welke reden dan ook. Het brengt alvast extra bewijsmoeilijkheden met zich mee. En zelfs indien een *in solidum*-aansprakelijkheid zou uitgesproken worden, zijn de problemen niet van de baan. De verzoeker kan de steller van de onwettige handeling immers nog altijd alleen voor het volledige bedrag kan aanspreken. Daarna kan de steller zich dan keren tegen de andere aansprakelijke overheden.¹¹⁹ Zoals hierboven reeds opgemerkt voor het beslissende argument van de verhaalmogelijkheid uit het arrest 68/2020, kan dergelijke tussenstap – de volledige schadevergoeding van de steller eisen – ertoe leiden dat de steller reeds met financiële problemen geconfronteerd wordt en de daaropvolgende verhaalprocedures niet kan stellen.

Zelfs het alternatief van *in solidum*-aansprakelijkheid beschermt de financieel zwakkere overheid dus niet tegen insolventie.¹²⁰ Maar in dat geval beschikt de verzoeker reeds over een uitvoerbare titel en zal deze allicht – eventueel via de openbaarheid van bestuur –¹²¹ de meest vermogende overheid aanspreken. Vervolgens kunnen de foutieve overheden de precieze foutlast onder zich verdelen voor de burgerlijke rechter zonder dat een zwaard van Damocles hangt

hebben begaan (Cass. 15 februari 1974, *Arr.Cass.* 1974, 661, concl. DUMON). Dat lijkt evenwel minder waarschijnlijk, aangezien een gemeenschappelijk vereist dat de overheden wetens hebben bijgedragen tot het schadeverwekkende feit (zie: Cass. 3 mei 1996, C.95.0016.F). De hoofdelijke aansprakelijkheid vereist dus een intentioneel element (M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, “Hoofdelijkheid” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., (95) 114).

¹¹⁸ M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, “De verbintenis in solidum” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., (159) 168.

¹¹⁹ Cass. 18 januari 2007, C.05.0529.F; Cass. 10 december 2012, C.12.0270.N; Cass. 19 juni 2015, C.14.0169.N. Hetzelfde geldt voor de hoofdelijke aansprakelijkheid (T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 839-840).

¹²⁰ Hoewel in het licht van de bijdrage de hypothese werd besproken dat de steller dreigt insolvent te worden of geconfronteerd wordt met ernstige financiële problemen, kan evengoed een andere overheid die bijdroeg aan de handeling insolvent worden bij toepassing van de *in solidum*-aansprakelijkheid. In dat geval geldt de redenering zoals hier beschreven *mutatis mutandis*.

¹²¹ Zie bijvoorbeeld: art. 32 Gw.; wet 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur, *BS* 30 juni 1994, 17.662; titel II VI.Decr. 7 december 2018 Bestuursdecreet, *BS* 19 december 2018. Weliswaar bestaan uitzonderingen op die openbaarheid, maar die dienen strikt geïnterpreteerd te worden (GwH 12 maart 2020, nr. 43/2020, overw. B.39.6; GwH 29 november 2018, overw. B.7.2; RvS 16 november 2018, nr. 242.960, *asbl Association belge des consommateurs Test-Achats*; RvS 3 oktober 2011, nr. 215.506, *Baumwald*).

boven de overheid die de onwettige handeling stelde en het minst vermogend blijkt. Een bijkomend voordeel van de *in solidum*-aansprakelijkheid is dat de burgerlijke rechter die aansprakelijkheidsverdeling normaal reeds zal vastleggen,¹²² wat latere verhaalprocedures vereenvoudigt.

48. Het zij voorts nog opgemerkt dat de toepassing van de hierboven beschreven mogelijkheden en de bescherming die ze respectievelijk (niet) bieden tegen insolventie en ernstige financiële problemen, afhankelijk is van de feitsituatie. Enerzijds is het daarbij relevant wie een bijdrage aan de aangevochten handeling heeft geleverd: enkel de steller, enkel de andere overheid of beide? Anderzijds zal de aard van de onregelmatigheid, gesteld door de steller dan wel een andere overheid, relevant zijn: is die onregelmatigheid louter een onwettigheid of maakt die eveneens een fout uit?¹²³ Afhankelijk van de antwoorden die de feiten op deze vragen bieden, zal artikel 11*bis* RvS-wet dan wel ook artikel 1382 BW van toepassing zijn. Bovendien ligt de uiteindelijke forumkeuze niet bij de betrokken overheid, maar bij de verzoeker. Het is evenwel ook in diens belang dat de aansprakelijkheidsprocedure wordt gekozen die een effectieve betaling van de schadevergoeding garandeert.

49. Het besluit luidt dat, hoewel nuances kunnen worden gemaakt, artikel 11*bis* RvS-wet, zoals geïnterpreteerd door het Grondwettelijk Hof, geen absolute bescherming biedt tegen de verregaande financiële gevolgen die de objectieve aansprakelijkheid kan hebben voor de steller. Het standpunt van het Hof in het arrest 70/2019 dat de aansprakelijkheidsregeling uit artikel 11*bis* RvS-wet, vergeleken met artikel 1382 BW, het gelijkheidsbeginsel respecteert,¹²⁴ zal dus niet veranderen indien de bescherming – of het gebrek eraan – van de steller, die als enige de onwettigheid heeft begaan, tegen insolventie en financiële problemen in beide vergoedingssystemen wordt vergeleken.¹²⁵ Vanuit het perspectief dat het Hof hanteert in het arrest 68/2020,

¹²² Cass. 4 februari 2008, C.06.0236.F; Cass. 2 oktober 2009, C.08.0168.F; Cass. 16 mei 2011, C.10.0214.N.

¹²³ Deze vraag dient gelezen te worden in het licht van de bijdrage, die artikel 11*bis* RvS-wet en niet algemeen het overheidsaansprakelijkheidsrecht tot voorwerp heeft. Daar artikel 11*bis* RvS-wet een onwettigheid vereist, dient deze dus minstens aanwezig te zijn. Ruimer dan het voorwerp van deze bijdrage kan een overheid ook een fout maken die geen onwettigheid is. In dat geval is louter het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht van toepassing.

¹²⁴ GwH 23 mei 2019, nr. 70/2019, overw. B.7.2.

¹²⁵ Integendeel zelfs: met de matigingsbevoegdheid wijkt artikel 11*bis* RvS-wet zelf af van de regel van integrale schadevergoeding die geldt in het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht (I. CLAEYS, “Schadevergoeding wegens een onwettige bestuurshandeling voor de hoven en rechtbanken of voor de Raad van State: een moeilijke keuze?” in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, (185) 209-216; F. GLANSDORFF, “L’indemnité réparatrice: une nouvelle compétence du Conseil d’État vue par un civiliste”, *JT* 2014, (474) 477; A. VAN STEENBERGE, “Artikel 11*bis* RvS-wet” in S. DENYS, P. LEMMENS, J. VELAERS, L. WALLEYN en W. VERRIJDT (eds.), *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., (3) 37), weliswaar niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel (GwH 23 mei 2019, nr. 70/2019, overw. B.7.4 en B.14). Zoals hierboven uiteengezet dient de praktische relevantie van de matigingsbevoegdheid sterk genuanceerd te worden.

waarin het de steller vergeleek met een andere overheid die had bijgedragen aan de handeling, kan niettemin de vraag gesteld worden of het gebrek aan bescherming niet tot een ander besluit inzake de proportionaliteit had doen leiden, in bijzonder indien de steller niet – of slechts gedeeltelijk – fout heeft in de onwettigheid. Daarbij moet men ook indachtig houden dat het gemeen (bestuurs)recht niet voorziet in een sluitende bescherming tegen die gevolgen van artikel 11*bis* RvS-wet. Deze bedenkingen werden evenwel (nog) niet door de partijen opgeworpen en vervolgens ook niet door het Grondwettelijk Hof gemaakt.¹²⁶ De vraag rijst dan ook of het in aanmerking nemen van dat gebrek aan bescherming tegen desastreuze financiële gevolgen tot een ander besluit had geleid inzake de proportionaliteit en ruimer de overeenstemming van artikel 11*bis* RvS-wet met de artikelen 10 en 11 Gw.

E. Conclusie

50. Het team van de Universiteit Antwerpen, dat de Ministerraad vertegenwoordigde in een fictieve casus die gebaseerd was op de feitenconstellatie van arrest 68/2020, opende de finale van de pleitwedstrijd grondwettelijk recht 2019 als volgt:

“De Notre-Dame van Parijs staat in lichterlaaie. Het enige dat telt voor alle Franse burgers, is dat de brand zo snel als mogelijk geblust wordt door de dichtstbijzijnde brandweerlieden. Maar wat als de brandweerlieden aankomen en slechts $\frac{3}{4}$ van de brand doven en deze verkondigen dat voor het resterende $\frac{1}{4}$ deel een andere kazerne gebeld moet worden aangezien dit laatste deel niet onder hun verantwoordelijkheid valt? Plots sta je daar als Parijse burger, sprakeloos... Wel, eenzelfde situatie wordt vandaag onderzocht voor uw Hof. In wat volgt, zal de Ministerraad aantonen dat de Belgische wetgever door middel van artikel 11*bis* RvS-wet terecht een procedure heeft gecreëerd die op een economische en tijdsefficiënte wijze de belangen van de burger dient, waarbij de precieze verdeling van verantwoordelijkheden onder overheidsdiensten later uitgeklaard kan worden.”

¹²⁶ Zie algemeen over de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake de begroting van de Staat, die vaak als legitiem doel voor de betreffende beperking aangevoerd wordt en waar een ruime appreciatiemarge voor de betrokken entiteit geldt: C. BERHENDT en X. MINY, “La Cour constitutionnelle belge face aux enjeux budgétaires”, *Rev.dr.ULg.* 2018, 17-30; J. SPREUTELS en E. PEREMANS, “Le budget de l’État dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Belgique” in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds.), *Semper perseverans. Liber amicorum André Alen*, Antwerpen-Antwerpen, Intersentia, 2020, 509-527.

De essentie van dat argument overtuigde het Grondwettelijk Hof. Dat gold niet enkel in de pleitwedstrijd, maar blijkt ook in werkelijkheid op het Koningsplein. Het Grondwettelijk Hof aanvaardt immers als gerechtvaardigde ongelijke behandeling dat de schadevergoeding tot herstel krachtens artikel 11*bis* RvS-wet enkel ten laste wordt gelegd van de steller van de nietig verklaarde handeling, met uitsluiting van elke andere partij die heeft bijgedragen aan haar totstandkoming.

51. Het Grondwettelijk Hof had het bij het rechte eind met het arrest, dat ook volledig in het verlengde ligt van zijn voorgaande rechtspraak. ‘Tijd is geld’, vooral voor de burger die de wetgever bijkomend trachtte te beschermen door middel van de objectieve aansprakelijkheid in artikel 11*bis* RvS-wet. Dat legitieme doel van de wetgever leidt tot de ‘geldigheid’ van de wettelijke verankering van dat systeem zolang het aangebrachte onderscheid objectief en pertinent blijft, het gehanteerde middel adequaat is en de uitkomst evenredig blijkt. Zo lang de onderscheiden behandeling op een logische wijze past in het systeem van objectieve aansprakelijkheid voor de Raad van State, lijkt het Grondwettelijk Hof geneigd om deze toe te staan. De rechtsonderhorige kan er enkel wel bij varen.

52. Wel passen minstens drie kanttekeningen bij de ontwikkelde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over de onderscheiden behandelingen in artikel 11*bis* RvS-wet.

Ten eerste leidt dat systeem van objectieve aansprakelijkheid niet noodzakelijk tot meer proceseconomie voor het gehele rechtssysteem, aangezien wanneer de steller van de onwettige bestuurshandeling niet de enige of geen fout heeft begaan, er steeds twee schadevergoedingsprocedures moeten volgen (artikel 11*bis* RvS-wet voor de verzoeker en stellende overheid, gevolgd door artikel 1382 BW voor de overheden onderling), waar de schadevergoeding voordien gebundeld werd in één procedure krachtens artikel 1382 BW. Daar komt nog eens bij dat de verzoekende partij de gehele proceseconomie kan fnuiken door voor artikel 1382 BW te kiezen, waar de steller(s) van de onwettige bestuurshandeling voor de procedure van artikel 11*bis* geopteerd zouden hebben.

Ten tweede raakt het Hof zelf verstrikt in het onderscheid tussen fout en onwettige handeling door te stellen dat geen onevenredige gevolgen zouden ontstaan voor de steller van de onwettige bestuurshandeling door aanvankelijk uitsluitend aansprakelijk gesteld te worden, “aangezien die overheid over de mogelijkheid beschikt om bij de burgerlijke rechter een aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen de overheid die tijdens de totstandkoming van de handeling geheel of gedeeltelijk heeft bijgedragen tot de onwettigheid ervan”. Dat is niet het

geval wanneer die andere overheid geen ‘fout’ heeft begaan. Als ultiem argument in de motivering van de Hof had deze bewering meer nuance verdiend.

Ten derde wordt op geen enkel moment stilgestaan bij de mogelijkheid dat de overheid die de onwettige bestuurshandeling gesteld heeft (nagenoeg) insolvabel zou kunnen worden doordat deze uitsluitend aansprakelijk wordt gesteld voor een handeling, zelfs wanneer zij daarin mogelijk geen of slechts een gedeelde fout heeft. Hier moet dan voornamelijk gedacht worden aan autonome, lagere, overheidsniveaus. Dat financiële zwaard van Damocles is tevens aanwezig bij een burgerrechtelijke procedure. Maar in het geval van meerdere aansprakelijke overheden bestaat daar reeds de *in solidum*-aansprakelijkheid. Daarbij is tenminste de gedeelde aansprakelijkheid reeds vastgesteld, wat vervolprocedures voor de onbemiddelde overheid vereenvoudigt. De vraag rijst toch of deze mogelijkheid een impact uitoefent op de proportionaliteit van de onderscheiden behandeling en aldus minstens een overweging in het arrest had verdiend

Hoewel het Grondwettelijk Hof aldus gesteund kan worden in zijn recente rechtspraak met betrekking tot artikel 11*bis* van de RvS-wet kunnen de geformuleerde aandachtspunten in deze bijdrage hopelijk helpen bij de preciezere afbakening en motivering van welke onderscheiden behandelingen toegelaten zijn in het creëren van dat belangrijke systeem van objectieve aansprakelijkheid.