

HOOFDSTUK VII

Séparation des pouvoirs

T. Koopmans, 'Séparation des pouvoirs', in: *Vergelijkend Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986, pp.101-114.

33. Afgrenzingsproblemen

Het Franse stelsel, waarin een soort waterdicht schot is opgetrokken tussen de gewone rechter en de administratie-plus- administratieve jurisdictie, brengt de noodzaak met zich over een instrumentarium te beschikken om bevoegdheids-geschillen te voorkomen of op te lossen. Wij zullen daarvan eerst de institutionele, daarna de materiële kant bezien.

De conflictenregeling, waardoor de prefect een 'déclinatoire de compétence' kan opwerpen in elk geschil dat voor de gewone rechter aanhangig is, bestaat nog steeds. Sinds 1872 kan het gerecht evenwel een gemotiveerde beslissing nemen om de déclinatoire te weigeren; volhardt de prefect, dan neemt hij, eveneens gemotiveerd, een 'arrêté de conflit', waardoor het geschil automatisch aanhangig wordt gemaakt bij het Tribunal des Conflits. Dit hoge tribunaal, bestaande uit vier raadsheren van het Cour de cassation en vier staatsraden uit de Conseil d'Etat²⁹⁰, geeft een niet voor verder beroep vatbare beslissing; wordt het arrêté de conflit vernietigd, dan wikkelt de gewone rechter de zaak verder af, wordt het bevestigd, dan is daarmee de zaak definitief aan zijn oordeel onttrokken. Het Tribunal des Conflits kan voorts in beweging worden gezet door de justitiabele zelf in het geval van een zgn. negatief conflict: dat is het verdrietige geval van de man die in dezelfde zaak zowel een onbevoegdverklaring van de gewone rechter als van de administratieve rechter heeft weten uit te lokken; het Tribunal vernietigt dan de beslissing van de instantie die zich ten onrechte onbevoegd heeft verklaard. Sinds 1960 komt het negatieve conflict echter nauwelijks meer voor: een wetswijziging uit dat jaar opende de mogelijkheid voor elk gerecht van de 'ordre judiciaire' of van de 'ordre administratif', dat twijfelt aan zijn eigen rechtsmacht en dat weet dat de andere 'ordre de juridiction' zich onbevoegd heeft verklaard, om het Tribunal des Conflits te adiëren. Het laatste kan bovendien altijd geschieden door het Cour de cassation of de Conseil d'Etat, indien die instantie zich ziet geconfronteerd met een 'question de compétence soulevant une difficulté sérieuse'. Staatsrechtelijk is interessant dat de wetswijziging van 1960 het gevolg was van een gemeenschappelijk initiatief van Cour de cassation en Conseil d'Etat .

290. Staken de stemmen, dan geeft de opinie van de minister van Justitie (formeel voorzitter van het tribunaal) de doorslag; dit kwam in de eerste 100 jaar slechts 9x voor.

De aard van het geschil bepaalt welke 'ordre de juridiction' bevoegd is; maar het kan zeer wel voorkomen dat in de loop van dat geschil op een bepaald punt een beslissing moet worden genomen die naar haar aard veeleer tot het terrein van de andere 'ordre de juridiction' behoort. Dit doet zich bijv. voor wanneer de administratieve rechter een geboorteakte moet interpreteren, in verband met de wettigheid van het kind die van belang kan zijn voor de nationaliteit, en daarmee voor de mogelijkheid van uitzetting; of wanneer de burgerlijke rechter zich moet uitspreken over de wettigheid van een verleende vergunning, in verband met de betekenis van die vergunning voor een onrechtmatige-daadsactie tussen twee particulieren ten gevolge van hinder. Ook ingevallen van dit soort wordt de *séparation des pouvoirs* geëerbiedigd; het gerecht waar de hoofdzaak aanhangig is schorst de procedure en verwijst de beslechting van het incident als prejudicieel geschil naar de andere 'ordre de juridiction'.²⁹¹ Er is echter één belangrijke uitzondering: de strafrechter houdt het oordeel over de verbindendheid van lagere regelgeving (administratieve regelingen in de Franse terminologie) in eigen hand. De reden voor deze uitzondering schijnt te zijn dat de Code Pénal straf dreigt op overtreding van regelingen 'légalement' uitgevaardigd door administratieve organen; de wettigheid van de overtreden regeling maakt daarmee deel uit van de delictsomschrijving, en moet daarom door het openbaar ministerie worden gesteld en bewezen. Zodra de wettigheid van niet-regelgevende besluiten zoals beschikkingen voor de strafrechter aan de orde komt, heeft deze echter het oordeel van de administratieve rechter in te winnen.²⁹²

Toch zitten hier nog wat haken en ogen. Het staat vast dat van individuele beslissingen zowel de wettigheid als de interpretatie ter beoordeling staan van de administratieve rechter; zou nu voor regelgevende besluiten, naast het oordeel over de wettigheid, niet ook de interpretatie aan die rechter moeten toekomen? Dat ging het Tribunal des Conflits te ver:

'que, s'il constitue un acte administratif en raison du caractère des organes dont il émane et si dès lors, à ce titre, il appartient à la compétence de la juridiction administrative seule d'en contrôler la légalité, il participe également du caractère de l'acte législatif, puisqu'il contient des dispositions d'ordre général et réglementaire, et qu'à ce dernier titre, les tribunaux judiciaires chargés de l'appliquer sont compétents pour en fixer le sens, s'il se présente une difficulté d'interprétation au cours d'un litige dont ils sont compétemment saisis...'²⁹³

Ook deze duidelijke uitspraak belichaamt echter niet de laatste wijsheid: de gewone rechter toonde de neiging zich toch ook met wettigheidsvragen in te

291. Voorbeeld: CE 10-12-1947, Djemame Abdallah, Rec. 282. Deze préjudiciële procedure heeft waarschijnlijk model gestaan voor art. 177 EEG-verdrag.

292. Tribunal des Conflits 5-7-1951, Avranche et Desmarets, Rec. 638.

293. Tribunal des Conflits 16-6-1923, Septfonds, Rec. 498.

laten zodra het ging om inbreuken op individuele vrijheden of op het eigendomsrecht. Het Tribunal des Conflits accepteerde dat tenslotte voor regelgevende besluiten, niet voor individuele beslissingen.²⁹⁴ De traditie – waarin de bescherming van de eigendom en van de individuele vrijheden vaak als rechterswerk bij uitstek wordt gezien – won het hier kennelijk van de systematiek.

Een tweede vertroebelende faktor is de gang van zaken die in het Franse recht bekend staat als 'voie de fait'. In zijn grondtrekken is dit een logische uitwerking van de scheiding van administratie en rechtspraak, maar de uitwerking ervan heeft een merkwaardige ontwikkeling ondergaan. In beginsel is voie de fait een handelen van een overheidsdienaar waarvoor in de verste verte geen wettelijke bevoegdheid te vinden is; de jurisprudentie spreekt van een handeling 'manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire' of 'manifestement insusceptible d'être rattaché à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration'.²⁹⁵ Een politie-agent neemt bijv. de film in beslag van een particulier die bezig is rustig de kathedraal van Chartres te fotograferen; of een gemeente laat lijken uitgraven op een begraafplaats.²⁹⁶ In dit soort gevallen heeft het handelen zich zover verwijderd van de kring van bevoegdheden die de wet aan de administratie toedeelt, dat het als puur feitelijk handelen wordt beschouwd – met als gevolg dat de burgerlijke rechter competent is om van de daaruit voortvloeiende actie uit onrechtmatige daad kennis te nemen. Voor de justitiabele is dat misschien niet helemaal bevredigend (als de administratie zó verkeerd handelde dat er zelfs geen schijn van bevoegdheid is, moet hij de omslachtiger en duurdere weg via de gewone rechter bewandelen); maar het past wel in 'la logique du système'. De leer van de voie de fait heeft evenwel een uitbreiding ondergaan die weer meer met de traditie dan met het systeem te maken heeft. Als nl. een administratief orgaan zoals de prefect (want hij is het meestal) op zichzelf wel bevoegd is tot een bepaald optreden, maar hij doet het op zulk een wijze dat hij op ongeoorloofde wijze inbreuk maakt op het eigendomsrecht van particulieren, of op hun 'libertés publiques', zoals de persvrijheid, dan wordt dat eveneens voie de fait geacht. Voor een onwettige inbeslagneming van kranten, door de prefect gelast op grond van zijn 'pouvoirs de police', moet de klager derhalve bij de burgerlijke rechter terecht en niet bij het tribunal administratif.²⁹⁷ De afgrenzing is, ondanks alle pogingen van de schrijvers tot systematisering, niet volledig duidelijk.

Het Tribunal des Conflits is niet bevoegd verklaard om geschillen over de rechtsmacht tussen de administratieve gerechten en de Conseil constitutionnel tot een oplossing te brengen. Toch zouden zich daar ook conflicten kunnen

294. Tribunal des Conflits 30-10-1947, Barinstein, Rec. 511.

295. Zie bijv. CE 18-11-1949, Carlier, Rec. 490.

296. Resp. Carlier, nt. 273; Tribunal des Conflits 25-11-1963, Commune de Saint-Just-Chaleyssin, Rec. 793.

297. Bijv. Tribunal des Conflits 8-4-1935, Action française, Rec. 1226.

voordoen. De Conseil d'Etat kan bijv., bij een recours pour excès de pouvoir gericht tegen een 'règlement' van een minister, beslissen dat de regeling onwettig is omdat zij inbreuk maakt op het 'domaine législatif'²⁹⁸; en het zou in theorie mogelijk zijn dat hij dit doet op grond van een uitlegging van grondwettelijke bepalingen welke afwijkt van die van de Conseil constitutionnel. De kans daarop is niet erg groot: enerzijds omdat de Conseil d'Etat als 'bestuurlijke' rechter – met de 'bestuurlijke' mentaliteit die daarbij hoort – niet gauw bewust zal afwijken van de jurisprudentie van de Conseil constitutionnel; anderzijds omdat dit laatste college zich in de praktijk juist vaak bedient van juridische begrippen en technieken, en van methoden van redeneren, die door de Conseil d'Etat tot ontwikkeling zijn gebracht.²⁹⁹

34. Vorm van bestuursgeschillen

De twee belangrijkste beroepsmogelijkheden op de administratieve rechter zijn het recours en annulation (of recours de légalité) en het recours de pleine juridiction. Het eerste is in wezen een 'procès fait à un acte': een belanghebbende tast een 'acte administratif' aan waarvan hij de wettigheid in twijfel trekt; geeft de rechter hem gelijk, dan wordt de bestreden handeling vernietigd, meer kan er in rechte niet gebeuren. Het recours de pleine juridiction lijkt daarentegen veel meer op een gewoon burgerlijk proces: een van de partijen vraagt een prestatie, bijv. schadevergoeding, van de andere, die daartoe door de rechter kan worden veroordeeld. Van het recours en annulation is het recours pour excès de pouvoir veruit de belangrijkste vorm; bij het recours de pleine juridiction gaat het meestal om overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of uit overeenkomst.

Voor het recht betreffende de onrechtmatige overheidsdaad werd de grondslag gelegd in 1873, door het arrest-Blanco van het Tribunal des Conflits. Een kind was overreden door een karretje van het staatstabaksbedrijf, en de vader vorderde schadevergoeding voor de gewone rechter. Deze werd onbevoegd verklaard³⁰⁰; en het Tribunal des Conflits voegde daaraan toe:

'Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier; que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ...'

298. Zie no. 25.

299. Een voorbeeld werd reeds gegeven in no. 25 (beroep op rechtsbeginselen via de preambule van de grondwet).

300. Blanco, nt. 258.

Op de grondslag van de laatstgenoemde beginselen heeft de Conseil d'Etat een uitvoerige jurisprudentie opgebouwd. Kern daarvan is dat de overheid aansprakelijk is voor een 'faute de service' begaan door een van haar organen, ambtenaren of hulpkrachten.³⁰¹ Indien de 'faute' niet begaan is 'dans le fonctionnement du service public', kan alleen sprake zijn van een 'faute personnelle' van de dader, die daartoe voor de gewone rechter kan worden aangepakt. Dit leidde tot een nogal splinterige jurisprudentie over de vraag wanneer de band met de 'service public' nog aanwezig kan worden geacht: is die band er bijv. wanneer een politie-agent in zijn zwarte dienstkar een omweg maakt om een glas fine te drinken?³⁰² Langzamerhand aanvaardde de Conseil d'Etat evenwel dat een faute personnelle tevens een faute de service zou kunnen opleveren wanneer het schade toebrengende gedrag 'ne saurait, dans les circonstances de l'affaire, être regardé comme dépourvu de tout lien avec le service'.³⁰³ Nadien is er slechts sprake van een pure faute personnelle, wanneer het gedrag helemaal los gedacht kan worden van het functioneren van de openbare dienst. Sinds 1951 gaat de rechtspraak nog een stapje verder: indien het gedrag zowel elementen van een faute de service als van een faute personnelle bevat, kan de gelaedeerde zowel voor de gewone als voor de administratieve rechter volledige schadevergoeding vorderen; de administratieve rechter heeft vervolgens te oordelen over de draagplicht, rekening houdend met het respectieve belang van de beide vormen van faute.³⁰⁴ Verhaal door de gelaedeerde op de ambtenaar persoonlijk komt dan slechts aan de orde in bijzondere gevallen, zoals opzettelijk berokkenen van schade om een persoonlijk tegenstander te treffen.³⁰⁵

Ook ten aanzien van overeenkomsten, aangegaan door overheidslichamen, kunnen zowel de gewone als de administratieve rechter competent zijn. Er is slechts een 'contrat administratif', indien de overeenkomst strekt tot vervulling van de service public; ook een overeenkomst tussen een overheidslichaam en een particulier kan in die categorie vallen, bijv. wanneer de medecontractant krachtens die overeenkomst deelneemt aan de vervulling van de service public, zoals bij arbeidsovereenkomsten het geval kan zijn, of bij aanbesteding van militaire werken. Is de band met de service public niet aanwezig, dan is sprake van een gewoon privaatrechtelijk contract. Maar er is één belangrijke uitbreiding van het begrip 'contrat administratif': zijn in een — op het oog gewone — overeenkomst clausules opgenomen die in een privaatrechtelijk

301. Soms wordt daartoe ook een particuliere organisatie gerekend, als haar een 'mission d'intérêt général' is toevertrouwd; zie Tribunal des Conflits 25-1-1982, Mme. Cailloux, RDP 1983 p. 829.

302. In het Nederlandse recht deden dezelfde vragen zich voor ten aanzien van het 'verband met de dienstbetrekking', onder de oude Ongevallenwet 1901.

303. CE 18-11-1949, Demoiselle Mimeur, Rec. 492. De eerste uitspraak in deze richting was CE 26-7-1918, Lemonnier, Rec. 761.

304. CE 28-7-1951, Delville et Laruelle, Rec. 464.

305. Zie Michel Paillet, La faute du service public en droit administratif français (Parijs 1980) no. 24-25.

contract niet zouden voorkomen, dan is er een contrat administratif. Zulke 'clausules exorbitantes de droit commun' kunnen hetzij hieruit bestaan dat de bedongen prestaties niet door particulieren overeengekomen kunnen worden (bijv. verlot een busdienst te exploiteren), hetzij daaruit dat er voorwaarden aan het contract zijn verbonden die particulieren in feite niet vrijelijk met elkaar zouden overeenkomen (bijv. eenzijdige opzegmogelijkheid om redenen van algemeen belang).³⁰⁶

Voor de overeenkomst geldt, evenals voor de onrechtmatige daad, dat de Conseil d'Etat zich niet gebonden acht aan de bepalingen van de Code civil, al kunnen deze wel naar analogie worden toegepast. In verband daarmee is een afzonderlijk administratief contractenrecht ontwikkeld, dat een aantal oorspronkelijke trekken vertoont. Aanvankelijk alleen voor concessies, later ook voor andere contrats administratifs, heeft de Conseil d'Etat bijv. de leer van de 'imprévision' ontwikkeld.³⁰⁷ Deze leer heeft betrekking op de situatie waarin de uitvoering van het contract bijzonder onereus wordt voor de particuliere contractant ten gevolge van ontwikkelingen die bij het aangaan van het contract niet te voorzien waren (zoals steile stijging van de prijs van grondstoffen voor een elektriciteitsbedrijf ten gevolge van oorlogstoestand). De Conseil d'Etat gaat er van uit dat die situatie niet kan worden opgelost op basis van wat partijen hebben bedongen; het belang van de openbare dienst eist dat de benadeelde partij niet van haar contractuele verplichtingen wordt ontslagen; de administratie dient echter haar mede-contractant tegemoet te komen door het nadeel, voortvloeiend uit de gestegen lasten, gedeeltelijk voor haar rekening te nemen. De administratieve rechter bepaalt in laatste instantie welk gedeelte 'raisonnable' is. Als de situatie zo verslechterd is dat financiële bijstand niet meer helpt, is de administratie echter gerechtigd het contract te beëindigen op grond van overmacht; in dat geval overheerst het hoofdmotief: de service public moet kunnen doordraaien.³⁰⁸

Terwijl het bij het contractenrecht om tweezijdige handelingen gaat, en bij de onrechtmatige daad meestal om feitelijke handelingen, heeft het recours pour excès de pouvoir betrekking op eenzijdige rechtshandelingen, op besluiten. Er zijn enige gevallen waarin het recours kan samenlopen met een recours de pleine juridiction, of zelfs met een procedure voor de gewone rechter, maar in die technische complicatie zullen wij ons hier niet steken.³⁰⁹ Het recours pour excès de pouvoir staat slechts open tegen een besluit indien dit is 'de nature à faire grief': dus niet tegen zuivere procedurebeslissingen zoals die om een onderzoek in te stellen, of tegen adviezen. Als een raadgeving in feite een min of meer dwingend karakter heeft wordt zij echter wel geacht nadeel te kunnen toebrengen; zo werd een beroep tegen een 'uitnodiging' van de Orde

306. Zie CE 31-7-1912, Société des Granits porphyroïdes des Vosges, Rec. 909.

307. Sinds CE 30-3-1916, Compagnie générale d'Eclairage de Bordeaux, Rec. 125.

308. CE 9-12-1932, Compagnie des Tramways de Cherbourg, Rec. 1050. Recente rechtspraak in RDP 1983 p. 236 e.v. (jurisprudentie-overzicht).

309. Zie daarover Auby et Drago, Traité de contentieux administratif (Parijs 1962) no. 988 e.v.

van geneesheren aan een arts om een bepaalde titel van de naamplaat voor zijn praktijkruimte te verwijderen, ontvankelijk geacht.³¹⁰ Het beroep moet worden ingesteld door de belanghebbende, doch dit begrip wordt ruim uitgelegd. Als een regeling of een beschikking bijv. het belang van een groep raakt, en er bestaat een vereniging die zich ten doel stelt dat belang te behartigen, kan die vereniging een recours pour excès de pouvoir instellen. Zij kan zich niet in de plaats stellen van haar leden door op te treden als de belangen van sommigen daarvan worden benadeeld; maar zij kan zelf partij zijn als de collectieve belangen van de groep in het geding zijn. Zo is ook de kwaliteit van belastingbetaler voldoende om als belanghebbende bij gemeentelijke of departementale besluiten met financiële implicaties te worden aangemerkt; maar het betalen van belasting aan de Staat is geen voldoende belang om financiële maatregelen op centraal niveau aan te kunnen vechten.³¹¹

Van de verschillende elementen van het excès de pouvoir is de violation de la loi thans het belangrijkste geworden. Zij wordt niet alleen aanwezig geacht bij rechtstreekse strijd van het aangevochten besluit met een wetstekst, maar ook in twee andere categorieën van gevallen. In de eerste plaats staat de Conseil d'Etat op het standpunt dat er violation de la loi is wanneer inbreuk wordt gemaakt op 'les principes généraux du droit' waaraan wettelijke – en via de preambule van de grondwet zelfs grondwettelijke – status wordt toegekend.³¹² Tot die principes généraux worden o.a. gerekend de gelijkheid voor de wet in haar verschillende verschijningsvormen, de eerbiediging van de individuele vrijheden, de 'droits de la défense' en het niet-terugwerkend karakter van de acte administratif. In de tweede plaats acht de Conseil d'Etat violation de la loi aanwezig wanneer de motivering van het besluit – helemaal afgezien van het resultaat daarvan – juridische feilen vertoont. Deze feilen kunnen er uit bestaan dat een juridisch onjuiste redenering wordt gevolgd (erreur de droit); maar zij worden eveneens aanwezig geacht als de motivering steunt op een bepaald feitenbestand dat zich in werkelijkheid niet in die vorm heeft voorgedaan. Deze laatste vorm van controle ('contrôle de l'exactitude matérielle des faits') gaat terug op een oude jurisprudentie, die werd ingeluid toen de burgemeester van Hendaye door de prefect werd geschorst omdat hij een politieke tegenstander zelfs na diens dood zou hebben pogen te treiteren (o.a. door opdracht te geven een te kleine kuil te laten graven op de gemeentelijke begraafplaats) – maar van dit hele zelfs naar Baskische maatstaven bizarre verhaal bleek uit de stukken maar heel weinig waar te zijn, en de Conseil d'Etat vernietigde de schorsing wegens excès de pouvoir.³¹³

310. CE 9-7-1958, *Sieur Ean*, Rec. 427.

311. De Laubadère (nt. 219) no. 913-914; Jacques Puisoye, *Le contentieux administratif* (Parijs 1969) no. 98. Het eerste belastingbetalarrest was CE 29-3-1901, *Casanova*, Rec. 333.

312. CE 9-3-1951, *Société des Concerts du conservatoire*, Rec. 151; *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, nt. 203. Zie ook C.A.J.M. Kortmann, 'Egalité' en 'défense', een rechtsvergelijkend onderzoek naar enige algemene rechtsbeginselen (diss. Nijmegen 1971).

313. CE 14-1-1916, *Camino*, Rec. 15.

35. De omvang van de controle

Hiermee zijn wij langzamerhand in andere afgrenzingsvragen beland, waarbij het niet meer gaat om de grensafbakening tussen de rechtsmacht van de gewone en de administratieve rechter, maar om die tussen de oordeelsvorming door de administratie en de controle daarop door de administratieve rechter.

Uit het voorgaande zou men de indruk kunnen overhouden dat de Conseil d'Etat, via de principes généraux du droit en de contrôle des motifs, in staat is gesteld om tot een volledige natoetsing te komen van het oordeel van de administratie. Dat is echter niet het geval; maar er schuilt wel een kern van waarheid in, in zoverre dat de Conseil d'Etat niet uitgaat van een theorie of algemeen gezichtspunt omtrent een bestuurlijke sfeer waarbinnen de administratie vrij moet zijn naar bevind van zaken te handelen (zoals wij in het Duitse recht zullen aantreffen), maar veeleer op pragmatische wijze, van geval tot geval, poogt de omvang van de rechterlijke controle te omlijnen. Als er klemmende redenen zijn, van welke aard dan ook, om het oordeel van de administratie te eerbiedigen, dan onthoudt de rechter zich geheel of gedeeltelijk van natoetsing, met een beroep op de bijzondere omstandigheden van het geval. In de Franse literatuur, en in de conclusies van de 'commissaires du gouvernement' bij de Conseil d'Etat³¹⁴, zijn echter wel pogingen gedaan om tot een zekere systematisering te komen.

Daar is in de eerste plaats de leer van de 'acte du gouvernement'. In het begin van de 19e eeuw deed de Conseil d'Etat wel eens een beroep op het politieke karakter van een besluit om een recours pour excès de pouvoir niet-ontvankelijk te verklaren, maar deze opvatting werd in 1875 verlaten.³¹⁵ Het college bleef echter op het standpunt staan dat er besluiten zijn die als typische beleidsbeslissingen van de regering aan elke rechterlijke controle ontsnappen. Langzamerhand zijn er echter maar twee categorieën van zulk soort besluiten overgebleven: in de eerste plaats regeringsbesluiten die te maken hebben met de betrekkingen met het parlement, bijv. een besluit tot kamerontbinding; in de tweede plaats regeringsbesluiten die deel uitmaken van de buitenlandse politiek van de regering. De rechtspraak bezigt niet meer de term 'acte du gouvernement', maar zegt bijv. dat het besluit 'échappe, à raison de sa nature, à tout contrôle juridictionnel'; dit geschiedde o.a. in een geval waarin radio-Andorra klaagde dat de Franse staatsradio haar uitzendingen stoorde, maar waarin deze elegante handelwijze gebaseerd bleek te zijn op een instructie van de minister van Buitenlandse Zaken.³¹⁶ De literatuur bezigt nog wel het begrip 'acte du gouvernement'; men zij er op bedacht dat de hantering daarvan sinds 1875 niet meer vergelijkbaar is met die van de 'political

314. Hun rol is vergelijkbaar met die van het openbaar ministerie bij het Cour de cassation en bij de Hoge Raad. Zie Georges Maleville, Conseiller d'Etat, témoignage (Parijs 1979) p. 213-216.

315. CE 19-2-1875, Prince Napoléon, Rec. 155.

316. Tribunal des Conflits 2-2-1950, Radiodiffusion française, Rec. 652; radio-Andorra had zich tot de gewone rechter gewend omdat de storing 'voie de fait' zou opleveren (zie no. 33).

question'-doctrine in de VS waarmee aanvankelijk enige verwantschap bestond.³¹⁷

In de tweede plaats weigert de Conseil d'Etat het oordeel van de administratie na te toetsen wanneer dat een technisch karakter heeft; de gedachte is dat de administratie daartoe beter is geëquipeerd dan de rechter. Beslissingen als die dat een stof gebezigt bij de vervaardiging van een haarlotion giftig is, of dat een wijn goed genoeg van kwaliteit is om in aanmerking te komen voor een 'appellation contrôlée', ontspringen op die grond de dans van het rechterlijk toezicht.³¹⁸

In alle andere gevallen acht de Conseil d'Etat zich gerechtigd het oordeel van de administratie na te toetsen, maar het college houdt daarbij rekening met de mate waarin de toepasselijke wetstekst belang hecht aan het eigen oordeel van de administratie. Wanneer een waardering van een feitelijke constellatie, of een afweging van belangen, de inzet vormt van dat oordeel, is de rechter voorzichtig; maar hij heeft in de loop van de tijd de omvang van zijn controle uitgebreid. Wij zullen bij twee van die ontwikkelingen kort stilstaan.

De eerste daarvan betreft de controle op de vraag of bepaalde feiten al dan niet gedekt worden door een (enigszins feitelijk gekleurde) wettelijke kwalificatie. Krachtens enkele oude wetten kon bijv. een bouwvergunning worden geweigerd voor bouwwerkzaamheden in Parijs, wanneer daardoor afbreuk zou worden gedaan aan een 'perspective monumentale'; de prefect meende dat de place Beauvau (zetel van het Ministerie van Binnenlandse Zaken) zulk een perspectief bood en weigerde op die grond een bouwvergunning. In dit geval vernietigde de Conseil d'Etat de weigering met een minimum aan motivering:

'... considérant qu'il appartient au Conseil d'Etat de vérifier si l'emplacement de la construction projetée est compris dans une perspective monumentale existante ...;
que la Place Beauvau ne saurait être regardée, dans son ensemble, comme formant une perspective monumentale'.³¹⁹

Gevallen als deze, waarin de rechter zijn eigen waardering gewoon in de plaats stelt van die van de administratie, zijn evenwel betrekkelijk zeldzaam. Meestal is hij terughoudender. Als de wet bijv. spreekt van feiten die een gevaar kunnen opleveren voor de openbare orde, of van gedrag dat een goed ambtenaar niet betaamt, gaat de rechter alleen maar na of de in het aangevochten besluit aangevoerde feiten of gedragingen (indien niet 'matériellement inexactes' zoals in het Baskische geval) 'sont de la nature de ceux qui peuvent légalement justi-

317. Zie daarover no. 21. Verg. hierbij overigens Pres. 's-Gravenhage 21 mei 1984, Natuurmonumenten en Groninger Landschap, AB 1985 no. 12, en de opmerkingen van annotator F.H. van der Burg.

318. CE 27-4-1951, Société Toni, Rec. 236; CE 14-10-1960, Syndicat agricole et viticole de Lalande-de-Pomerol, Rec. 529.

319. CE 4-4-1914, Gomel, Rec. 488.

fier la décision'. De controle is dan minder strikt: de rechter waardeert niet zelf de feiten, maar kijkt slechts of zij een dusdanig karakter hebben dat een redelijke prefect er die waardering aan had kunnen geven.

De tweede ontwikkeling heeft betrekking op de – in het bestuursrecht altijd wat moeizame – gevallen waarin de wet geen enkel criterium geeft maar de administratie geheel vrijlaat: de staatssecretaris 'kan' een Fransman een paspoort weigeren, of hij 'kan' kandidaten toelaten tot een vergelijkend examen. Aanvankelijk kon dit soort beslissingen alleen maar aangevochten worden op grond van détournement de pouvoir – dat echter, zeker in dit soort gevallen, vaak moeilijk te bewijzen is. Toen de contrôle des motifs tot ont-plooiing kwam werd ook een beroep op erreur de droit of op de inexactitude matérielle des faits mogelijk; ook daarmee blijft de rechterlijke controle echter beperkt: de administratie handelt dikwijls zorgvuldig, maar zij neemt beslissingen op grond van bepaalde waarderingen – en de vraag of die waarderingen voor de rechter kunnen worden aangevochten is dan toch eigenlijk de crux. De Conseil d'Etat heeft lang getwijfeld, maar tenslotte een zeker toezicht op deze waarderingen mogelijk gemaakt. In enkele geïsoleerde gevallen gebeurde dat in die zin dat aan de administratie een 'erreur manifeste dans l'appréciation' werd verweten die op violation de la loi neerkwam (ook al sprak die 'loi' met geen woord over enigerlei 'appréciation'); maar de controle bleef in die gevallen marginaal. Sinds 1954 toetst de Conseil d'Etat de besluiten echter ook aan de principes généraux du droit, en met name aan de grondrechten; zodra deze in het geding zijn springt de rechter als het ware over de barrière van de discretionaire bevoegdheid van de administratie heen. Het arrest van 1954 betrof een typerend geval.³²⁰ De staatssecretaris had een vijftal kandidaten niet op de lijst gezet voor het vergelijkend examen voor toelating tot de Ecole Nationale d'Administration; en via een perslek vernamen zij dat dit was geschied omdat zij communist waren. Zij vochten de beslissing aan met een beroep op hun vrijheid van politieke overtuiging, maar de staatssecretaris verwees naar zijn onbeperkte discretionaire bevoegdheid: de wet stelde geen enkel criterium dat hij bij zijn beslissing omtrent de toelating tot het examen in acht had te nemen. De Conseil d'Etat gaf hem echter ongelijk:

'Considérant que, s'il appartient au secrétaire d'Etat, chargé par les textes précités, d'arrêter la liste des candidats admis à concourir, d'apprécier, dans l'intérêt du service, si les candidats présentent les garanties requises pour l'exercice des fonctions auxquelles donnent accès les études poursuivies à l'Ecole nationale d'administration, et s'il peut, à cet égard, tenir compte de faits et de manifestations contraires à la réserve que doivent observer ces candidats, il ne saurait, sans méconnaître le principe de l'égalité de l'accès de tous les Français aux emplois et fonctions publics, écarter de ladite liste un candidat en se fondant exclusivement sur ses opinions politiques'.

320. CE 28-5-1954, Barel et autres, Rec. 308.

De staatssecretaris kreeg daarom de gelegenheid om door overlegging van de stukken te laten zien dat hij zich niet 'exclusivement' op die politieke overtuiging had gebaseerd — een bewijslast waaraan hij overigens niet voldeed. De vrijheid van de administratie in het gebruik van haar discretionaire bevoegdheden is daarmee in belangrijke mate beperkt; want de mogelijkheid van strijd met de principes généraux du droit betekent, zoals het geval van 1954 ook illustreert, dat het administratief orgaan eventueel het afwegingsproces dat het tot de betwiste beslissing heeft gebracht, voor de rechter zal moeten reconstrueren. En ook de mogelijkheid van 'erreur manifeste dans l'appréciation' brengt de rechter ertoe strengere motiveringseisen te stellen.³²¹

36. De leer van het Ermessen

De leer dat het bestaan van een 'freies Ermessen' een van de wezenskenmerken van het bestuur uitmaakt is vooral in Duitsland tot ontwikkeling gekomen.

De administratieve rechtspraak gaat in verschillende Duitse landen terug tot diep in de 19e eeuw; de opkomst ervan is verbonden geweest met die van de gedachte van de 'rechtsstaat': het bestuur mocht dan, in die tijd, niet langs democratische weg controleerbaar zijn, er moesten wel garanties zijn dat het niet trad buiten de door het recht getrokken grenzen. In de Bondsrepubliek is daar thans een grondwettelijke basis voor gelegd:

'Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.'³²²

Het Bundesverfassungsgericht heeft al vrij spoedig uitgemaakt dat de 'Rechtsweg' van de eerste zin niet de Verfassungsbeschwerde omvat: deze komt immers pas aan de orde als de 'Rechtsweg' juist 'erschöpft' is.³²³ Er is thans een 'Verwaltungsgerichtsbarkeit', met het Bundesverwaltungsgericht aan de top; en voor de subsidiaire rechtsmacht van de gewone rechter, waarvan het grondwetsartikel gewaagt, is niet veel plaats meer overgebleven. Daarbij dient evenwel bedacht te worden dat het gehele aansprakelijkheidsrecht, anders dan in Frankrijk maar evenals in Nederland, in beginsel onder de rechtsmacht van de gewone rechter valt. De onrechtmatige overheidsdaad wordt beheerst door de algemene bepalingen over de onrechtmatige daad uit het Bürgerliche Gesetzbuch, waarin overigens ook een speciale voorziening over de persoonlijke aansprakelijkheid van ambtenaren is opgenomen.³²⁴ Er bestaat dan ook niet

321. CE 26-1-1968, Société Maison Genestal, Rec. 62.

322. Art. 19 Abs. 4 GG.

323. BVerfGE 1 no. 40, Sowjetzonale Strafurteile, 1952.

324. Zie §§ 823 e.v. BGB, met name § 839. Zie ook Art. 34 GG.

diezelfde rigide scheiding tussen publiek- en privaatrecht die de Franse benadering kenmerkt.

Ook overigens zijn de verschillen met het Franse recht niet onbelangrijk. De wetenschap heeft in Duitsland over het algemeen nieuwe begrippen en beginselen ontwikkeld, en de rechtspraak is gevolgd – niet omgekeerd zoals in Frankrijk. Naar Duits recht kunnen bovendien alleen maar beschikkingen worden aangevochten, niet besluiten met een regelgevend karakter. De belangrijkste acties waarmee men zich tot de Verwaltungsgerichte kan wenden zijn de Anfechtungsklage, waarmee men – enigszins op de wijze van het recours en annulation – om de ‘Aufhebung’ van een beschikking kan vragen, en de Feststellungsklage die – meer in de stijl van de declaration uit het Engelse recht – ertoe strekt door de rechter te laten vaststellen hoe de rechtssituatie is, en eventueel ook of een bepaalde beschikking nietig is. De Feststellungsklage komt toe aan ieder die een ‘berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung’ heeft; de Anfechtungsklage slechts aan degene die beweert ‘in seinen Rechten verletzt zu sein’.³²⁵

Het begrip ‘Ermessen’ speelt in de Duitse administratieve rechtspraak een centrale rol. De rechter houdt geen toezicht op datgene wat het bestuur binnen de kring van zijn Ermessen heeft gedaan. Maar het mes snijdt hier naar twee kanten: het begrip is uitgevonden en heeft opgeld gedaan om de zelfstandigheid van de administratie jegens de rechter te waarborgen bij die activiteit waar zij niet door een precieze wetsbepaling is gebonden maar waar zij vrij is om in het algemeen belang naar eigen goedvinden te handelen; evenwel de grenzen van dit Ermessen worden thans door de administratieve rechter getrokken, die op het voetspoor van de doctrine de leer ontwikkeld heeft – thans in de wet neergelegd – dat er voor rechterlijk ingrijpen plaats is zodra sprake is van ‘Ermessensfehler’. Er is daarom, ondanks alle verschillen, een dubbele parallel met Frankrijk: de conceptie van het Ermessen, en de daarin belichaamde gedachte van de zelfstandigheid van het bestuur, zou in het 19e-eeuwse Franse denken zeer wel hebben gepast; en de uiteindelijke resultaten wijken in het Duitse bestuursrecht, zoals het thans werkt, in dit opzicht niet zo ver af van die in het Franse.

De Duitse doctrine heeft aanvankelijk wel op het standpunt gestaan dat alle ‘unbestimmte Rechtsbegriffe’ een Ermessensfreiheit aan het bestuur geven. Die opvatting is echter verlaten. Er zijn tal van onbepaalde rechtsbegrippen, zo redeneert men thans, die in de concrete situatie slechts één juiste beslissing toelaten (bijv. of een bepaalde optreden is ‘vereist in verband met de openbare veiligheid’); in die gevallen is sprake van uitlegging van rechtsbegrippen, niet van Ermessen. Ermessen doet zich slechts voor wanneer het bestuur op basis van de wet zowel koers-a als koers-b kan kiezen, zonder dat de ene koers op zichzelf juridisch juister zou kunnen zijn dan de andere: het is ‘wählendes Verhalten im Rahmen einer Wertverwirklichung’.³²⁶ Terwijl de administratieve

325. Zie §§ 42-43 Verwaltungsgerichtsordnung.

326. Zie Forsthoff op. cit. (nt. 256) par. 5.

rechter de uitlegging van vage begrippen heeft te controleren, zou hij de keuzevrijheid van het bestuur juist moeten eerbiedigen. Dit is intussen gemakkelijker neergeschreven dan in praktijk gebracht: waar ligt de grens? Er is wel gepoogd een classificatie in te voeren van enerzijds empirische begrippen, waar objectief vast te stellen is welke beslissing in concreto is vereist, anderzijds 'Wertbegriffe', waar de juistheid van de beslissing van waarderingsoordelen afhangt. Veel verder brengt dat ons niet: vaak is er zowel van het een als van het ander sprake, en is het juist de vraag of het ene dan wel het andere element overheerst (men denke maar aan de vraag welk gedrag 'gevaar voor het verkeer' kan opleveren). Toch zal men het waarschijnlijk in deze richting moeten zoeken: soms zal de toepasselijke wetstekst duidelijk maken of de administratie een beoordelingsvrijheid heeft, bijv. door te bepalen dat een orgaan in een bepaald geval iets 'kan' doen; in andere gevallen zal de aard van de te treffen beslissing de doorslag geven, en zal men op het 'waarderende' karakter daarvan moeten afgaan. Dit leidt er met name toe dat oordelen over de opportuniteit van de genomen beslissing, over de geschiktheid van personen voor bepaalde functies, over zuiver technische kwesties en over de vraag of het ene dan wel het andere belang hoger moet worden gewaardeerd, over het algemeen aan rechterlijke natoetsing zijn onttrokken³²⁷ – een lijstje dat zekere herinneringen oproept aan de jurisprudentie van de Conseil d'Etat.³²⁸

Een illustratie levert een arrest van het Bundesverwaltungsgericht uit 1966.³²⁹ Een publikatie over de heldendaden van een Duits bataljon aan het Oostfront in 1941-1942 was een vorm geacht van 'sittliche Jugendgefährdung' omdat zij 'kriegsverherrlichend' zou zijn; en Kriegsverherrlichung was in de toepasselijke wetstekst als voorbeeld van sittliche Jugendgefährdung genoemd. De administratieve rechter achtte zich bevoegd volledig na te gaan of de gewraakte publikatie wel een kriegsverherrlichend karakter had en of zij op die grond tot sittliche Jugendgefährdung kon leiden; beide begrippen werden gekenmerkt als 'unbestimmte Rechtsbegriffe ohne Beurteilungsspielraum'. De klager had echter ook opgeworpen dat de administratie in gevallen van geringe betekenis er volgens de wet van 'kon' afzien een publikatie op de lijst van zedenbedervende literatuur op te nemen, en hij bepleitte dat daarvoor in casu alle reden zou zijn geweest. Het Bundesverwaltungsgericht oordeelde evenwel dat deze beslissing geheel binnen het Ermessen van de administratie viel en daarom slechts op grond van Ermessensfehler kon worden aangevochten – hetgeen niet was geschied.

De Ermessensfehler worden in twee groepen onderscheiden: er is Ermessensüberschreitung wanneer het bestuursorgaan over de wettelijke grenzen van het Ermessen is heengegaan (dat kan ook omgekeerd, nl. als het ten onrechte dacht aan een precieze wettelijke norm gebonden te zijn); en er is Ermessensmissbrauch wanneer het orgaan gebruik heeft gemaakt van het Ermes-

327. Zie Wolff-Bachof op. cit. (nt. 256) par. 31.

328. Zie no. 35.

329. BVerwGE 23 no 23, Die Saga vom Sturmbataillon, 1966.

sen 'in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechender Weise'.³³⁰ Van het laatste is niet alleen sprake bij détournement de pouvoir, maar ook indien de beslissing strijd oplevert met constitutionele beginselen, bijv. de Gleichheitsgrundsatz, of met andere rechtsbeginselen. Baat een beroep op de Gleichheitsgrundsatz ook in hoogste instantie voor de administratieve rechter niet, dan kan men altijd nog met de Verfassungsbeschwerde zijn geluk beproeven bij het constitutionele hof.³³¹ Duitsland werd vroeger wel eens het land van de duizend rechters genoemd, en het aantal is er ook nu nog indrukwekkend.

330. Zie § 114 Verwaltungsgerichtsordnung.

331. Zie no. 23.