

VERGELIJKEND PUBLIEK RECHT

Visie op de verhoudingen tussen burger en bestuur enerzijds, en tussen bestuur en rechter anderzijds, en de gevolgen hiervan op de organisatie van het administratief contentieux. Een rechtsvergelijkende analyse.

Chris De Roy

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. C. Berx (U.I.A.)
--

1. Inleiding

"De effectiviteit van de rechtsbescherming hangt af van de omvang van de rechtsmacht, de toetsingsmogelijkheden waarover de rechter beschikt en het rechtsherstel dat hij desgevallend kan bevelen"¹. De drie hierboven genoemde elementen, m.n. rechtsmacht, toetsingsintensiteit en rechtsherstel, zijn terug te vinden in de rechtsregelen van elke rechtsorde, maar zijn eigenlijk in essentie niets anders dan de weerslag van de in dat rechtsbestel geldende visies omtrent de verhouding burger/overheid, en bestuur/rechter. In hoeverre kan een burger een overheidsbeslissing aanvechten, waar kan hij hiervoor terecht, wat mag de rechter hierbij controleren, en wat mag de rechter uiteindelijk uitspreken? Doelstelling van deze paper bestaat er in eerste instantie in om de Belgische visie op deze verhoudingen bloot te leggen.

Wanneer in een tweede luik wordt vastgesteld dat het huidige stelsel inzake rechtsbescherming door de rechter niet gespaard blijft van de nodige kritieken, zal in een derde deel vanuit rechtsvergelijkend perspectief worden gezocht naar een andere basisvisie op voornoemde houdingen die een nieuw systeem inzake rechtsbescherming mogelijk maken, waarbij tegemoet kan worden gekomen aan de geformuleerde kritieken. Nieuwe rechtsinstrumenten en mogelijke gebreken van dit nieuw systeem zullen daarbij niet uit de weg worden gegaan.

¹ C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 46.

2. Belgisch systeem inzake rechtsbescherming van de burger door de rechter

1. Algemeen

De verhouding tussen bestuur en rechter kan op verschillende wijzen worden georganiseerd. Aan de ene kant heb je het monistische systeem. Dit is een stelsel waarin wordt uitgegaan van de eenheid van rechtsmacht en waarbij de beslechting van bestuurlijke geschillen uitsluitend toekomt aan organen van de rechterlijke macht². Aan het andere uiteinde staat het jurisdictioneel pluralisme waar er een dubbele rechtsmacht bestaat, met name die van de rechterlijke macht en die van de administratieve rechtsprekende organen³. Hiervan is sprake wanneer gewone en buitengerechtelijke rechtscolleges naast elkaar bestaan⁴.

Het Belgisch systeem bevindt zich theoretisch in een tussenpositie. Ingevolge het door de Grondwetgever gehuldigde wantrouwen ten aanzien van de uitvoerende macht, werd de beslechting van burgerlijke subjectieve rechten uitsluitend overgelaten aan de rechterlijke macht⁵. Ook voor geschillen omtrent politieke subjectieve rechten is in beginsel de rechterlijke macht bevoegd, doch hier kan de wetgever beslissen om administratieve rechtscolleges op te richten binnen de schoot van de uitvoerende macht⁶. Ingevolge de evolutie naar de sociale verzorgingstaat en het daaraan vastgekoppeld belang van het bestuursrecht enerzijds, en de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake overheidsaansprakelijkheid anderzijds, heeft de wetgever vanaf 1920 er steeds meer voor geopteerd om administratieve rechtscolleges op te richten⁷. In de praktijk leunt het Belgische systeem dan ook dichter aan bij het Franse pluralisme, dan bij het monisme.

Van essentieel belang voor een goed begrip van het administratief contentieux in België, is het beseft dat bovenvermelde tweedeling van rechtsmacht enkel speelt op het vlak van de rechterlijke bescherming van subjectieve rechten. Met ander woorden, de toegangssleutel tot de rechterlijke macht, c.q. de administratieve rechtscolleges, is het bezit als burger van een subjectief recht ten aanzien van de overheid. De artt. 144-145 G.W. kaderen dus enkel in het zogenaamde subjectief contentieux.

² A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 694.

³ Ibidem.

⁴ P. VAN ORSHOVEN, "Spanning tussen norm en doel. Een voorbeeld uit het administratief contentieux", in X., *De norm achter de regel. Wet, doel en algemene rechtsbeginselen*, Gent, Story Scientia, 1995, 43.

⁵ Art. 144 G.W.

⁶ Art. 145 G.W.

⁷ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, 698-699.

Een subjectief recht is "een recht dat bestaat in hoofde van een rechtssubject wanneer dit van een ander rechtssubject het stellen van een bepaalde handeling of het zich daarvan onthouden, kan eisen op grond van een norm van het objectief recht die laatstgenoemd rechtssubject daartoe rechtstreeks verplicht, en waarbij het rechtssubject dat de uitvoering van die verplichting eist een voldoende eigen belang heeft bij die uitvoering"⁸. Een analoge definitie van het subjectief recht is terug te vinden in het eerdere, door de Raad van State gewezen, arrest Marneffe. Volgens de Raad is er sprake van een subjectief recht wanneer we geconfronteerd worden met "een absolute verplichting die als een onmiddellijk rechtsgevolg voortspuit uit direct werkende wettelijke of reglementaire voorschriften doordat de inhoud en de bestaansvoorwaarden van de verplichting volledig in alle onderdelen door die voorschriften zijn bepaald en de toepassing van die regels het derhalve niet mogelijk maakt of zelfs toelaat dat bij die toepassing door de overheid op een of ander punt nog een discretionaire appreciatie zou worden uitgebracht"⁹.

Deze definitie wordt m.i. terecht door BOES als onbevredigend ervaren¹⁰. De definitie van de Raad van State gaat immers uit van een welbepaalde premisse, met name dat er een duidelijk te bepalen grenslijn valt te trekken tussen legaliteit of gebondenheid enerzijds, en vrijheid en beleid anderzijds. Dit is echter niet mogelijk. Elke bestuurlijke beslissing bevat immers aspecten van beide kenmerken. Tussen legaliteit en beleid is geen duidelijke grens, maar kan eerder gesproken worden van een "grijze overgangszone"¹¹. BOES komt dan ook tot een andere begripsbepaling van het "subjectief recht": "er is sprake van een subjectief recht wanneer de rechtsregels die op de relatie van toepassing zijn op voorspelbare wijze een dwingende gedraging opleggen aan de drager van de plicht"¹².

Deze opvatting leunt sterk aan bij de in Nederland door BERGAMIN verdedigde opvatting omtrent bestuursrechtelijke subjectieve rechten. Volgens genaamd auteur is niet vereist dat er een "absolute ondubbelzinnigheid van de bestuurlijke verplichting zonder beoordelingsruimte" is, vooraleer men tot een bestuursrechtelijk subjectief recht kan besluiten¹³. Uit zijn geschriften blijkt dat ook hij geen duidelijke grens ziet tussen gebondenheid en beleid. Ter bepaling van de aanwezigheid van een bestuursrechtelijk subjectief recht maakt hij gebruik van een as. In het ene extreem is er de absolute ondubbelzinnigheid, in het andere hebben we te maken met een "totale ongewisheid omtrent de aard en strekking van de verplichting wegens het

⁸ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, 699. Deze definitie is gebaseerd op de conclusie van advocaat-generaal J. VELU bij Cass. 10 april 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 1043; *A.P.T.* 1987, 307.

⁹ R.v.St., Marneffe, nr. 13.450, van 18 maart 1969.

¹⁰ Zie M. BOES, "Rechter en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing", in X., *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986, 5.

¹¹ *Ibidem*.

¹² M. BOES, "Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing", *R.W.* 1986-87, 1253.

¹³ R. BERGAMIN, *Rechten jegens de overheid. Het begrip publiekrechtelijke subjectieve rechten*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1995, 278 e.v.

bestaan van beoordelings- en beleidsvrijheid"¹⁴. Er is dan een bestuursrechtelijk subjectief recht wanneer de aan het bestuur geboden beoordelingsruimte klein genoeg is om te kunnen worden onderworpen aan een toetsing waarbij de rechter zelf mag bepalen wat gezien de omstandigheden van het geval de beoordeling had moeten zijn.

Overigens wordt door BERX terecht opgemerkt dat men in België bij de bepaling van de beleidsvrijheid van het bestuur enkel rekening schijnt te houden met de materiële rechtsregels die het voorwerp van het geschil bepalen. Algemeen geldende en ongeschreven normen, zoals de beginselen van behoorlijk bestuur, worden hierbij niet in aanmerking genomen¹⁵. Nochtans kunnen deze beginselen in belangrijke mate de appreciatiemarge van het bestuur beperken¹⁶.

Ondanks deze m.i. zeer pertinente en steekhoudende theoretische bedenkingen, blijft de traditionele visie op het subjectief recht in de praktijk de bovenhand halen. Dit heeft tot gevolg dat in de verhouding burger/bestuur het bestaan van een subjectief recht snel wordt ontkend¹⁷. Wanneer de burger geen subjectief recht kan doen gelden, dan zal hij slechts rechtsbescherming kunnen genieten binnen het kader van het objectief contentieux. Hierna zullen we op eerst op zeer beknopte wijze de rechtsbescherming binnen het subjectief contentieux bespreken, om daarna over te gaan tot het objectief contentieux.

2. Subjectief contentieux

Wanneer de burger in een geschil met het bestuur een subjectief recht kan doen gelden, dan zal de rechterlijke macht, of een administratief rechtscollege bevoegd zijn kennis te nemen van die vordering. De rechtsbescherming die de rechter in deze hypothese kan verlenen, is op verschillende wijzen georganiseerd.

Vooreerst is er de werking van art. 159 G.W. Dit artikel bevat de exceptie van onwettigheid. Ieder met eigenlijke rechtspraak belast orgaan kan, en moet zelfs ambtshalve de toepassing van een bestuurshandeling weigeren wanneer dit besluit niet in overeenstemming is met de wet¹⁸. Zowel de rechterlijke macht als de administratieve rechtscolleges moeten toepassing maken van deze bepaling. Probleem dat zich hier echter stelt, is dat het Hof van Cassatie en de Raad van State er een verschillende interpretatie van dit artikel op na houden. Volgens het Hof van Cassatie kan art. 159 G.W. ten allen tijde worden ingeroepen, en dit zowel ten aanzien van verordenende als t.a.v. individuele

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ C. BERX, *o.c.*, 141-144.

¹⁶ Cf. *infra* randnr. 27.

¹⁷ Cf. *infra* randnr. 12.

¹⁸ Cass. 11 september 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 62; Cass. 24 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 364.

besluiten¹⁹. De Raad van State maakt daarentegen een onderscheid. De onwettigheid van normatieve besluiten kan steeds worden opgeworpen, maar de onwettigheid van individuele besluiten kan slechts worden ingeroepen binnen de annulatietermijn van 60 dagen bij de Raad van State²⁰.

Een ander instrument in de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid, is de overheidsaansprakelijkheid. Hoewel de rechterlijke macht oorspronkelijk erg terughoudend was wat betreft het aansprakelijk stellen van de overheid voor foutief overheidsoptreden, is er nu duidelijk een uitgewerkte, maar nog steeds evoluerende rechtspraak die een dergelijke vorm van rechtsbescherming van de burger tegen de overheid mogelijk maakt²¹. Er dient hier te worden opgemerkt dat het recht op schadeloosstelling een subjectief burgerlijk recht is, waardoor krachtens art. 144 G.W. de rechterlijke macht bij uitsluiting bevoegd is om kennis te nemen van deze vordering.

Een derde middel van de rechter om aan rechtsbescherming te doen, is door gebruik te maken van zijn injunctiebevoegdheid. Hoewel de rechterlijke macht op dit domein in oorsprong nog terughoudender was dan op het vlak van de overheidsaansprakelijkheid, is er ook hier toch een evolutie geweest waarbij het nu mogelijk is voor de rechter om een injunctie te geven aan het bestuur. M.a.w. de rechter kan nu, onder welbepaalde voorwaarden, het bestuur verplichten een bepaalde handeling te stellen²².

Tenslotte moet volledigheidshalve melding worden gemaakt van een aantal bijzondere bevoegdheden van de rechterlijke macht met betrekking tot de sociale zekerheid. Zo kan de arbeidsrechter, die de nietigheid van een sociale zekerheidsbeslissing vaststelt de zaak naar zich toetrekken en zelf een beslissing nemen, of kan hij de zaak terugsturen naar het bestuur, desgevallend met het verzoek om in de loop van de procedure een nieuwe beslissing te nemen²³.

Tot hier de korte bescherming van de rechtsbescherming van de subjectieve rechten. Het probleem is echter dat in de verhouding burger/overheid het bestaan van een subjectief recht in hoofde van de burger jegens de overheid niet vaak wordt aangenomen, gelet op de beleidsvrijheid die het bestuur veelal

¹⁹ Cass. 21 april 1988, *Pas.* 1988, I, 983; Cass. 12 september 1997, *J.T.* 1997, 840.

²⁰ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, 718 en de verwijzingen aldaar.

²¹ Voor deze evolutie zie A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, 736 e.v.

²² Voor deze evolutie zie I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, 231-244.

²³ Zie hierover: J. PUT, "Rechterlijk toezicht op sociale zekerheidsbeslissingen", in X., *Het Handvest van de Sociaal Verzekerde en bestuurlijke vernieuwingen in de sociale zekerheid*, 361; M. DELANGE, "Les pouvoirs du juge dans le contentieux du chômage, suivant le principe de la séparation des pouvoirs", *J.T.T.* 1998, 185 e.v.

geniet²⁴. Staat de burger die een geschil heeft met het bestuur dan steeds in de kou wanneer hij geen subjectief recht heeft? Moet hij de bestuursbeslissing dan maar ondergaan zonder enige rechterlijke controle hierop? Hoewel het theoretisch denkbaar is dat alle "bestuursrechtelijk acties" exclusief te koppelen aan het voorhanden zijn van een bestuursrechtelijk subjectief recht²⁵, is dit, gelet op de huidige interpretatie van dit concept in België, geenszins een goede zaak aangezien dit een sterke beperking zou inhouden van de rechterlijke rechtsbescherming van de burger tegen de overheid²⁶. Naast het subjectief contentieux, is er immers ook de rechtsbescherming in het kader van het objectief contentieux die gerealiseerd wordt door de Raad van State.

3. Objectief contentieux

Wanneer de burger een geschil heeft met de administratie omtrent een bepaald door het bestuur genomen besluit, en de burger beschikt in deze verhouding niet over een subjectief recht doch wel over een belang, dan kan hij rechtsbescherming zoeken in het kader van het objectief contentieux. Hij kan met name, binnen de wettelijk bepaalde termijn van 60 dagen, een annulatieberoep instellen bij de Raad van State. De controle van de Raad van State wordt opgevat als een rechtmatigheidscontrole. Centraal staat het besluit, de overheidshandeling, en deze wordt aan een rechtmatigheidscontrole onderworpen. Oorspronkelijk beperkte de controle zich tot de wettigheid van het besluit in de enge zin. Dit wil zeggen dat de legaliteit enkel werd getoetst aan formele positieve rechtsregelen. Later, met de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur²⁷, werd deze rechtmatigheidscontrole uitgebreid tot ongeschreven rechtsnormen, wat leidde tot een betere rechtsbescherming van de burger.

In een klassiek objectief contentieux staat niet de verhouding tussen burger en overheid centraal, maar wel het overheidsoptreden en de conformiteit van deze overheidshandeling aan het geldende recht. Nadruk wordt gelegd op de eenzijdigheid, met name de bevoegdheid van het bestuur om de burgers eenzijdig te binden. De overheid kan dit, gelet op het legaliteitsbeginsel, slechts doen wanneer hiervoor een wettelijke basis voorhanden is. De rechtsbescherming richt zich hier dan ook op de conformiteit van de overheidshandeling aan het geldende recht²⁸. Dit reflecteert zich ook in de gevolgen van een onrechtmatigheid: de vernietiging. De onrechtmatige overheidshandeling, d.w.z. de overheidshandeling die niet is gesteld binnen de wettelijke grenzen, wordt uit het rechtsverkeer gelicht, en dit is ook het enige

²⁴ C. BERX, *o.c.*, 170-171 en de verwijzingen aldaar; B. BLERO, "Du droit objectif aux droits politiques des administrés. Essai sur la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge judiciaire et le juge de l'excès de pouvoir", *C.D.P.K.* 1998, 152.

²⁵ Dit is bij voorbeeld het geval in Duitsland. Een gedetailleerde studie van de rechtsbescherming in Duitsland valt echter buiten het bestek van deze paper.

²⁶ R. BERGAMIN, *o.c.*, 275.

²⁷ Zie hierover o.a. I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene Beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 194p.

²⁸ HIRSCH BALLIN, E.H.M., "Wederkerig bestuursrecht", *RM Themis* 1989,1-2.

instrument dat in deze hypothese kan worden aangewend²⁹, ongeacht of dit nu effectief ook zorgt voor een adequate rechtsbescherming.

3. Achterliggende visies en verhoudingen die de huidige structuur verklaren

Hoewel het Belgische systeem theoretisch een tussenpositie bekleedt tussen het monisme en het pluralisme, is er door de toename van het aantal administratieve rechtscolleges in de praktijk steeds meer sprake van een dualistisch systeem zoals we dat terug vinden in Frankrijk. Dit dualisme is echter de exponent van een welbepaalde visie op de scheiding der machten. Een dualistisch systeem getuigt steeds van een zeker wantrouwen van de uitvoerende t.o.v. de rechterlijke macht. De wortels van het Franse dualisme liggen hier niet om. Dit systeem is immers steeds verantwoord geworden door de Franse opvatting van de scheiding der Machten en door de Wet van 16-24 augustus 1790. Meer en meer wordt er echter in de Franse doctrine op gewezen dat het geenszins de bedoeling was van de wet om bepaalde geschillen te onttrekken aan de rechter³⁰. De ratio legis van de wet van 1790 bestond erin om de rechter te verbieden te besturen, maar geenszins was het de bedoeling te vermijden dat de rechter kennis zou nemen van het bestuursrechtelijk geschil. De ratio legis van de wet is overigens makkelijk historisch te verklaren door de rol die de "Parléments" doorheen de Franse geschiedenis hebben gespeeld.

Toch is de wet op zodanige wijze geïnterpreteerd geworden dat aan de rechters de bevoegdheid werd ontzegd om kennis te nemen van geschillen van administratiefrechtelijke aard. Dit leidde op zich tot een rechtsvacuüm wat onaanvaardbaar werd geacht. Er moest toch een instantie zijn die het overheidshandelen controleert! Hier kwam de administratieve rechter op de voorgrond, en was het Franse dualistisch systeem geboren.

Grote voordelen die traditioneel worden toegeschreven aan het dualistisch systeem zijn de specificiteit en de aandacht voor de bijzondere positie van de overheid. Specificiteit wil zeggen dat de administratieve rechter over meer deskundigheid en bestuurlijke know-how beschikt dan de gewone rechter, waardoor hij met meer kennis van zaken kan trancheren³¹. Daarnaast erkent het dualistisch systeem de bijzondere positie van de overheid, die op geen

²⁹ Uiteraard is nu ook de schorsing mogelijk, maar de schorsing blijft steeds een corrolarium van de vernietiging. Zie hierover: C. BERX, *o.c.*, 134-135.

³⁰ S. VELLE, "La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs", *R.D.P.* 1989, 770-775; P. DEVOLVE, "Paradoxes du (ou paradoxe sur le) principe de séparation des autorités administratives et judiciaires", in X., *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Parijs, Montchrestien, 135-145.

³¹ B. BLERO, *l.c.*, 151; Contra: P. VAN ORSHOVEN, "Administratieve rechtbanken? Ja en neen. Pleidooi voor jurisdictioneel monisme", *R.W.* 1994-95, 907.

enkele wijze gelijk te schakelen valt met deze van particulieren³². Hiertegen kan worden ingebracht dat bestuurlijke know-how en aandacht voor de bijzondere positie waarin de overheid zich bevindt, niet verbonden zijn met een welbepaalde instelling en structuur, maar wel opgebouwd worden door praktijkervaring met dergelijke geschillen³³.

4. Nadelen van het huidige systeem

Op het huidige systeem van curatieve rechtsbescherming, kunnen echter ook bepaalde kritieken worden geformuleerd die voortvloeien uit een aantal gebreken die ter zake in de praktijk worden geconstateerd³⁴.

1. Rechtsmachtbetwisting

De curatieve rechtsbescherming in België wordt gekenmerkt door een driedeling van bevoegdheden, tussen objectief en subjectief contentieux enerzijds, en tussen burgerlijke en politieke subjectieve rechten anderzijds. Procedurele betwistingen omtrent de rechtsmacht alvorens tot een inhoudelijke beslechting van het materiële geschil te komen, zijn dan ook niet uit te sluiten. Of om het met de woorden van VAN ORSHOVEN te zeggen: “eerst moet het geslacht van de engel worden bepaald”³⁵. In de praktijk merken we echter dat het aantal rechtsmachtconflicten eerder beperkt is. Dit wil evenwel niet zeggen dat de situatie niet problematisch is. Met betrekking tot het kort geding in bestuurszaken bij voorbeeld, aanvaardt het Hof van Cassatie dat parallelle procedures worden opgestart voor zowel de burgerlijke rechtbank als voor de Raad van State³⁶. In de praktijk heeft dit tot gevolg dat de rechtzoekende vaak beide procedures opstart³⁷. Hoewel een dergelijke werkwijze inderdaad rechtsmachtconflicten vermijdt, moet toch worden opgemerkt dat tegen een dergelijke mechanisme een aantal bezwaren kunnen worden geuit. Zo zal de rechtzoekende, omwille van de parallelle procedures, hogere kosten moeten maken. Anderzijds is de “chaotische”³⁸ rechtsmachtverdeling een uitstekende schuilmuur voor de rechter wanneer hij geen uitspraak wil doen over een welbepaald geschil.

³² J.H. STAHL, "Le juge administratif, garantie de l'administration?", *A.J.D.A.* 1999, numéro spécial, 60.

³³ Zie in deze zin: P. VAN ORSHOVEN, *l.c.*, 907.

³⁴ P. VAN ORSHOVEN, *l.c.*; B. BLERO, *l.c.*, 151.

³⁵ P. VAN ORSHOVEN, *l.c.*, 906.

³⁶ Cass. 25 april 1996, *R.W.* 1996-97, 432.

³⁷ Over de complexe verhouding tussen de schorsingsprocedure voor de Raad van State en het civiele kort geding: C. BERX, *o.c.*, 139-154; D. VAN HEUVEN en F. VAN VOLSEM, "De Raad van State kan als enige... enkele beschouwingen over het administratief- en het gemeenrechtelijk kort geding", in X., *Publiek recht, ruim bekeken*, Antwerpen, Maklu, 1994, 337-361.

³⁸ D. VAN HEUVEN en F. VAN VOLSEM, *l.c.*, 340.

2. Rechtsveelheid en rechtsonzekerheid

Wanneer de burger een conflict heeft met de overheid, moet hij zich met het oog op de curatieve rechtsbescherming verschillende vragen stellen. Ten eerste: kan ik jegens de overheid een subjectief recht doen gelden?³⁹ Zo ja, gaat het om een burgerlijk of een politiek recht? En hiermee samenhangend: heeft de wetgever voor deze materie een administratief rechtscollege opgericht? Het moge duidelijk zijn dat er hier zeker en vast wat schort op het vlak van de transparantie en de rechtszekerheid! Overigens leidt deze opsplitsing ook tot een veelheid van procedures. De wetgever kan voor de verschillende administratieve rechtscolleges immers voorzien in verschillende procedures. Daarnaast kan een door de wetgever opgericht administratief rechtscollege wel kennis nemen van dat welbepaald geschil, maar voor schadeloosstelling zal je als burger alsnog naar de burgerlijke rechter moeten stappen⁴⁰. Eenzelfde cumul vinden we overigens ook terug in het kader van het objectief contentieux. Als je de vernietiging van een bestuurshandeling hebt bekomen, staat de fout van de overheid in beginsel immers vast en kan je je geleden schade desgevallend verhalen op de overheid via het mechanisme van de overheidsaansprakelijkheid. Deze vordering moet echter gebracht worden voor de burgerlijke rechter. Met andere woorden, na de procedure voor de Raad van State, wacht nog eens een procedure voor de burgerlijke rechter! De vraag rijst dan ook in hoevere deze regeling nog langer in overeenstemming is met het principe van de toegang tot de rechter voorzien in art. 6 E.V.R.M.⁴¹.

3. Leemtes in de rechtbescherming

Vooraf in het kader van het objectief contentieux, wordt de rechtsbescherming wel eens verweten een aantal leemtes te vertonen. De verklaring van deze kritieken ligt in de beperkte rechtsinstrumenten waarover de Raad van State in deze beschikt. Hij kan enkel vernietigen⁴². Maar in vele gevallen is de burger niet veel gebaat bij een loutere vernietiging. Aldus maakt men de burger blij met een “dode mus”, en was de tussenkomst van de rechter niets anders dan een intermezzo in de bestuurlijke besluitvorming⁴³. De bal ligt immers opnieuw in het kamp van het bestuur, die nog steeds binnen de grenzen van het vernietigingsarrest een voor de burger nadelige beslissing kan nemen. Dat dit systeem niet steeds leidt tot een effectieve en adequate rechtsbescherming komt het scherpst tot uiting wanneer de burger een zogenaamde

³⁹ Uit het voorgaande moge blijken dat het vinden van het antwoord op deze vraag geen eenvoudige opdracht is.

⁴⁰ Cf. supra randnr. 9.

⁴¹ Uit genoemd artikel vloeit immers voort dat de rechtzoekende recht heeft op toegang tot *een* rechterlijke instantie, die volle rechtsmacht heeft en het geschil dus op definitieve wijze beslecht.

⁴² De Raad kan ook schorsen, maar deze schorsingsbevoegdheid is steeds onlosmakelijk verbonden met het annulatieberoep. Cf. supra voetnoot 29.

⁴³ J.E.M. POLAK, K. VAN LESSEN KLOEKE en M.F. VAN DER MERSCH, “‘Zelf in de zaak voorzien’: tussenstand en vooruitblik”, *N.T.B.* 2002, 4.

"begunstigende beslissing nastreeft"⁴⁴, bij voorbeeld het bekomen van een stedenbouwkundige vergunning.

5. Nieuwe visies op de verhoudingen burger/bestuur en bestuur/rechter

1. Jurisdictioneel monisme

In het eerste luik werd gepoogd om op bondige wijze de organisatie en instrumenten van de rechtsbescherming door de rechter in België in kaart te brengen. Er werd met name gewezen op de nadelen van het dualisme dat voortvloeit uit een welbepaalde opvatting omtrent de scheiding der machten. Tevens werden bedenkingen geformuleerd t.a.v. de effectiviteit van de rechtsbescherming wanneer de verzoeker geen subjectief recht kan doen gelden. In een tweede luik zal nu gepoogd worden om vanuit een vernieuwde visie op de basisverhoudingen, een nieuw systeem te bepleiten, die naast een jurisdictioneel monisme, ook voorziet in een ruimer gamma aan instrumenten waarop de rechter in het kader van een objectief contentieux een beroep kan doen om aan effectieve rechtsbescherming te doen.

Hoger heb ik reeds aangegeven dat het Frans(-Belgische) jurisdictioneel pluralisme gestoeld is op een verkeerde interpretatie van de Franse wet van 1790. Waarom zou men dan niet opteren voor een monistisch systeem? Monisme wil zeggen dat de overheidsrechtspraak exclusief wordt toebedeeld aan de rechterlijke macht⁴⁵. In dat opzicht getuigt het monisme eigenlijk van een meer pure invulling van de scheiding der machten waarbij alle rechtsprekende bevoegdheden worden geconcentreerd bij de rechterlijke macht⁴⁶. Daarnaast biedt het monisme ook het voordeel tegemoet te komen aan de bezwaren die bij het pluralisme naar voren komen. Aangezien de rechtsprekende functie bij één enkele staatsmacht komt te liggen, is er geen gevaar voor rechtsmachtbetwisting. Hierdoor kan meteen ook een eenmaking van de bestaande procedures worden gerealiseerd. Daarnaast zal men ook niet meer verplicht worden om twee verschillende procedures op te starten wanneer men na de vernietiging een schadeloosstelling wenst te bekomen. Het moge duidelijk zijn dat de auteur dezes een hevig voorstander is van het monisme. Overigens dient opgemerkt dat ook in de meeste Europese Staten een tendens in deze richting op te merken valt⁴⁷. Zijn er naast de hierboven reeds aangehaalde voordelen ook andere argumenten die pleiten voor een jurisdictioneel monisme? Een meer fundamenteel argument kan liggen in het

⁴⁴ C. BERX, *o.c.*, 119.

⁴⁵ C. BERX, *o.c.*, 70.

⁴⁶ P. VAN ORSHOVEN, *l.c.*, 897.

⁴⁷ Zie M. FROMONT, "La justice administrative en Europe. Convergences", in X., *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Parijs, Montchrestien, 207.

feit dat het monisme de uitdrukking is van een essentieel vertrouwen in de rechterlijke macht⁴⁸. En zijn er niet voldoende elementen in onze rechtsorde die wijzen op een steeds toenemend vertrouwen in de rechterlijke macht? Ik denk hierbij aan de door de wetgever steeds vaker gehanteerde vage normen, waarvan de concrete invulling wordt overgelaten aan de rechter, aan de beginselen van behoorlijk bestuur, maar vooral aan de bevoegdheid van het Arbitragehof om wetten, decreten en ordonnanties te toetsen aan de artikelen 10, 11 en 24 van de grondwet⁴⁹. De trend is duidelijk. Steeds meer vertrouwen we in onze rechtsorde op de rechter. Waarom zouden de administratieve geschillen dan moeten beslecht worden door administratieve rechtscolleges die deel uitmaken van de uitvoerende macht? Hebben we daar dan meer vertrouwen in? Ik denk van niet. Daarnaast moet worden opgemerkt dat de RvS wel niet behoort tot de rechterlijke macht, maar ingevolge de onafhankelijkheidswaarborgen ervan, wordt de Raad wel degelijk ervaren als rechtscollege, en niet als deel van de uitvoerende macht.

Opteren voor een monistisch systeem is dus wetenschappelijk te onderbouwen en zou meteen een aantal knelpunten inzake de praktijk van de rechtsbescherming wegwerken, m.n. de mogelijke rechtsmachtbetwisting en de veelheid van procedures. Geen zoektocht meer naar het bestaan van administratieve rechtscolleges, geen problemen meer met afwijkende procedures. Alle geschillen over subjectieve rechten komen bij de rechterlijke macht. Hierbij moet m.i. trouwens geopteerd worden voor een bredere invulling van het begrip “subjectief recht” dan dat thans het geval is⁵⁰. Anderzijds moet er ook aan gedacht worden om de administratieve rechter een ruimere waaier aan rechtsinstrumenten te geven. Hij kan die dan aanwenden om de rechtsbescherming beter af te stemmen op het individuele geval, en aldus ook efficiënter en effectiever te maken. Hoger heb ik immers reeds aangegeven dat de huidige beperkte uitspraakmogelijkheden een effectieve rechtsbescherming wel eens in de weg staan⁵¹. In het verdere verloop van deze paper zal dan ook over de landsgrenzen heen worden gezocht naar nieuwe inzichten inzake het bestuursrechtelijk contentieux die een ruimer gamma van rechterlijke instrumenten rechtvaardigt en waardoor op meer effectieve en adequate wijze aan rechtsbescherming kan worden gedaan.

2. Eenzijdigheid versus wederkerigheid

In het klassieke concept van bestuursrecht wordt de nadruk gelegd op de eenzijdigheid en ongelijkheid. Het gaat hierbij niet zozeer om een ongelijkheid

⁴⁸ C. BERX, *o.c.*, 71-72.

⁴⁹ Laatste twee voorbeelden zijn weliswaar niet van toepassing op de rechterlijke macht in enge zin, maar hebben wel betrekking op rechtscolleges die inhoudelijk als rechter kunnen worden gekwalificeerd. Dit geldt a fortiori voor de Raad van State, die principieel wel geen deel uitmaakt van de rechterlijke macht, maar ingevolge de eisen inzake zijn samenstelling en onafhankelijk wel kan worden gezien als een rechterlijke instantie.

⁵⁰ Zie mijn kritiek op de huidige invulling van het begrip “subjectief recht” in de verhouding tussen burger en overheid: *supra* randnr. 4-5.

⁵¹ Cf. *supra* randnr. 13.

in macht, maar wel om een ongelijkheid in gezag. Een overheidsorgaan heeft immers het gezag om eenzijdig positief recht vast te stellen⁵². De nadruk wordt dan ook gelegd op de omgrenzing van deze bevoegdheid van de overheid om de burgers te binden⁵³. Bestuursrechtspraak bestaat in die visie dan ook uit rechtmatigheidstoetsing ex tunc van beschikkingen⁵⁴. De Belgische leerboeken lijken nog steeds doordrongen van deze klassieke opvatting. “De fundamentele ongelijkheid tussen de overheid, die het algemeen belang moet doen prevaleren en de burger die doorgaans slechts zijn persoonlijk belang verdedigt, is één van de kenmerkende eigenschappen van het administratief recht”⁵⁵.

Het administratieve proces heeft echter steeds twee doelstellingen. Enerzijds is er de algemene rechtmatigheidscontrole, anderzijds de individuele rechtsbescherming⁵⁶. In de sociale verzorgingsstaat lijkt het tweede objectief steeds meer de bovenhand te halen⁵⁷. In de Algemene Wet bestuursrecht werd voor de rechtsbeschermingsfunctie als primaire doelstelling van het bestuursprocesrecht gekozen⁵⁸. Alle betrokkenen ervaren in het bestuursrecht immers een gebrek aan conflictoplossend vermogen van geschillenbeslechting⁵⁹.

Een mogelijke visie die meer de nadruk legt op de individuele rechtsbescherming en die meer conflictoplossend vermogen in het bestuursrecht zou brengen, is de wederkerigheidsvisie. Deze visie is vooral in Nederland brandend actueel en voorwerp van talrijke discussies. De wederkerigheidsvisie ontkent de bevoegdheid van het bestuur om eenzijdig burgers te binden niet, maar gaat toch uit van de premisse dat het bestuursrecht in essentie wederkerig is⁶⁰. Overheid en bestuur staan tegenover elkaar in een wederkerige rechtsbetrekking. “Overleg” en “communicatie” zijn hierbij kernbegrippen⁶¹. De idee is dat de overheid van meet af aan in een bepaalde rechtsverhouding staat ten opzichte van de betrokkene(n)⁶². De overheid is in haar besluitvorming dan ook gebonden door het recht en moet bij de besluitvorming vanaf het begin rekening houden met de belangen van de

⁵² R.G.J.M. WIDDERSHOVEN, *Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratief recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 28-29.

⁵³ E.H.M. HIRSCH BALLIN, *l.c.*, 1-2.

⁵⁴ D. ALLEWIJN, “Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter”, *RM Themis* 1998, 291.

⁵⁵ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, 5.

⁵⁶ T. TER BRUGGE, D.J. HUTTEN en J. VELTMAN, “Na de rechterlijke vernietiging”, *N.T.B.* 1990, 163.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ D. ALLEWIJN, *l.c.*, 291.

⁵⁹ J.E.M. POLAK, “De rechtsbescherming in het bestuursrecht in het jaar 2010: naar een poldermodel voor de rechtsbescherming?”, *N.T.B.* 2001, 57; J.E.M. POLAK, K. VAN LESSEN KLOEKE en M.F. VAN DER MERSCH, *l.c.*, 4.

⁶⁰ E.H.M. HIRSCH BALLIN, *l.c.*, 1-4.

⁶¹ R.G.J.M. WIDDERSHOVEN, *o.c.*, 30.

⁶² E.H.M. HIRSCH BALLIN, *l.c.*, 2.

burgers⁶³. Bestuursrecht is dan ook niets anders dan de ordening van bestuursrechtelijke betrekkingen⁶⁴.

Deze wederkerige visie op het bestuursrecht vindt steun in een aantal vaststellingen en tendensen binnen het Belgische administratieve recht⁶⁵. Hierbij moet gedacht worden aan het steeds toenemend belang van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, aan de openbaarheidswetgeving⁶⁶, alsook aan de talrijke inspraak- en hoorprocedures die de laatste jaren steeds meer ingang vinden in ons bestuursrecht, zoals bij voorbeeld het instituut van de ombudsman⁶⁷. M.i. kadert ook de explosie van de publiek-private samenwerking perfect in deze tendens⁶⁸. Wederkerig wil overigens niet alleen zeggen dat de overheid verplichtingen heeft ten aanzien van de burger, maar ook dat de burger zelf verplichtingen heeft ten aanzien van de overheid⁶⁹. Ook hier vinden we in onze rechtsorde in toenemende mate voorbeelden van. Zo is ook de burger gehouden zich te schikken naar de vereisten die het zorgvuldigheidsbeginsel hem oplegt, en moet hij ook de nodige vervaltermijnen en procedurele valkuilen in acht nemen bij de verschillende hakbijlprocedures voor de Raad van State.

De wederkerigheidvisie lijkt dus ook in te sijpelen in het Belgisch administratief recht. De vraag die dan natuurlijk rijst, is wat de weerslag is van deze evolutie (van eenzijdigheid naar wederkerigheid) op het vlak van de rechtsbescherming? Zal het vernieuwde concept van bestuursrecht leiden tot een ruimer gamma van instrumenten waarover de rechter kan beschikken, die de rechtsbeschermingsfunctie en het conflictoplossend vermogen van het bestuursprocesrecht verder versterken?

Wanneer we een blik werpen bij onze Noorderburen, lijkt dit zeker het geval te zijn. De wederkerigheidvisie op het bestuursrecht in het algemeen heeft immers ook zijn weerslag omtrent de opvattingen over bestuursprocesrecht. De ambitie van het bestuursprocesrecht is niet langer de rechtmatigheidscontrole van de administratieve rechtshandeling, maar wel het bieden van een adequaat kader voor het bindend beslechten van een rechtsgeschil in de verhouding tussen burger en overheid⁷⁰. De rechter, moet in de mate van het mogelijke, de bindende inhoud van de wederzijdse rechtbetrekking vaststellen⁷¹. Bestuursrecht is meer dan procedurerecht⁷². Centraal staat niet langer het administratief besluit, maar wel het geschil omtrent het besluit⁷³.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Zie hierover meer uitgebreid randnr. 38.

⁶⁶ Wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur, *B.S.* 30 juni 1994; Decreet van 18 mei 1999 betreffende de openbaarheid van bestuur, *B.S.* 15 juni 1999.

⁶⁷ Wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen.

⁶⁸ S. VAN GARSSSE, "Publiek-private samenwerking op lokaal vlak: een inleiding", *T.Gem.* 2001, 225-247.

⁶⁹ E.H.W. HIRSCH BALLIN, *l.c.*, 2.

⁷⁰ D. ALLEWIJN, *l.c.*, 291.

⁷¹ R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *o.c.*, 31.

⁷² J.E.M. POLAK, *l.c.*, 57.

⁷³ D. ALLEWIJN, *l.c.*, 292.

Deze nieuwe opvatting over administratieve rechtspraak en bestuursprocesrecht creëert de mogelijkheid om aan de rechter nieuwe instrumenten te geven die het mogelijk maken de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid verder te complementeren en te verfijnen⁷⁴. De rechter is niet langer “een gast in een vastgelopen besluitvormingsproces”, maar “de regisseur van een geschil”⁷⁵.

6. Nieuwe rechtsinstrumenten

Het dogma van de wederkerige rechtsbetrekking heeft niet louter theoretische waarde. Een vernieuwde visie op het bestuursrecht leidt immers logischerwijze ook tot een vernieuwde opvatting inzake het bestuursprocesrecht. In het kader van de wederkerigheidsvisie zijn er dan ook een aantal nieuwe juridische instrumenten ontwikkeld die de (administratieve) rechter toelaten om te komen tot een betere, snellere, effectievere en meer adequate rechtsbescherming van de burger. In wat hierna volgt zal op korte wijze ten exemplatieve titel een aantal mogelijke nieuwe rechtsinstrumenten worden besproken.

1. Formele gebreken

Wanneer in de huidige context een bestuursbesluit een vormelijk gebrek vertoont, dan heeft dit steeds consequenties. Ofwel wordt het besluit bij wijze van toepassing van art. 159 G.W. buiten toepassing gelaten, ofwel wordt het besluit door de Raad van State vernietigd in het kader van het objectief contentieux⁷⁶. Maar in hoeverre is de rechtzoekende burger hier daadwerkelijk mee geholpen? Nu het bestuur gewezen is op de vormelijke tekortkoming, kan ze opnieuw op de formeel correcte manier inhoudelijk hetzelfde besluit treffen. Gaat het om een voor de burger ongunstige beslissing, dan is er voor de betrokkene nog sprake van een zekere tijdswinst⁷⁷. Maar dit “voordeel” ontbreekt natuurlijk wanneer de burger net een begunstigende beslissing nastreeft!

Men moet zich de vraag stellen of het niet wenselijk zou zijn om deze werkwijze te veranderen. Zo zou de rechter bij voorbeeld tijdens de procedure het bestuur in de mogelijkheid moeten kunnen stellen om bepaalde⁷⁸ formele

⁷⁴ Cf. infra randnr. 23-29.

⁷⁵ B. MARSEILLE, “De bestuursrechter. Gemankeerd beslisser met beperkt bestuurlijk vermogen”, *Bestuurskunde* 2001, 56-57.

⁷⁶ Art. 14, lid 1 R.v.St.-W.

⁷⁷ In het bestuursrecht is deze tijdswinst echter zeer beperkt, daar het bestuur in regel zeer snel terug kan optreden.

⁷⁸ Bepaalde elementaire vormvoorschriften lenen zich uiteraard niet tot het herstellen in de loop van de rechterlijke procedure, zoals bij voorbeeld de openbaarmaking om een openbaar onderzoek uit te voeren. Een vormelijk gebrek dat wel in aanmerking zou kunnen worden genomen, is de motiveringsplicht. Bij gebrekkige motivering zou de rechter het bestuur in de loop van de

gebreken te kunnen herstellen. Deze werkwijze heeft zowel voor de burger als voor het bestuur een aantal voordelen. Het bestuur heeft op deze wijze immers een tweede kans, om aldus een vernietiging en een verdere vertraging van de besluitvorming te voorkomen. Het voordeel voor de burger situeert zich op het vlak van de rechtszekerheid. Herstel van het formele gebrek laat de rechter immers toe om door te stoten tot de inhoudelijke, materiële beslechting van het geschil. Door over de formele gebreken heen te stappen, kan de rechter de juridische verhouding tussen de verschillende partijen op dwingende en definitieve wijze vastleggen.

In Nederland zijn er reeds een aantal bepalingen in de Algemene wet Bestuursrecht die een dergelijke werkwijze benaderen⁷⁹. Dit hoeft niet te verrassen. Mogelijkheid tot herstel van het formele gebrek teneinde te kunnen doorstoten naar het materiële geschil legt immers meer de nadruk op het verschillenbeslechtend vermogen van het bestuursprocesrecht dan op de legalistische rechtmatigheidscontrole ervan. Het hier beschreven rechtsinstrument kadert met andere woorden eerder in een visie van wederkerigheid dan in een visie van eenzijdigheid van bestuur. En het is nu net in de Toelichting bij de Awb dat de discussie en ontwikkeling van het wederkerige bestuursrecht is geboren! In het kader van een zelfde filosofie, doch nog verregaander, zou eraan gedacht kunnen worden om de administratieve rechter de mogelijkheid te bieden om de vormfout gedekt te verklaren wanneer het normdoel van de vormvereiste toch werd bereikt⁸⁰.

2. Zelf in de zaak voorzien

Een ander mogelijk rechtsinstrument voor de rechter is “het zelf in de zaak voorzien”. Dit betekent dat de (administratieve) rechter kennis neemt van een geschil en hierbij zelf een beslissing neemt die in de plaats treedt van deze genomen door het bestuur. Deze figuur is in België niet totaal onbekend daar analoge bevoegdheden zijn toegekend aan de arbeidsrechter in aangelegenheden van sociale zekerheid⁸¹. In Nederland daarentegen is deze mogelijkheid echter op meer omvattende wijze neergelegd in art. 8:72 Awb. De vraag die hier natuurlijk meteen rijst, is deze in welke omstandigheden de rechter gerechtvaardigd is dit te doen. De rechter mag in ieder geval zelf geen beslissing nemen wanneer er ter zake nog beleidsvrijheid is. De uitoefening van de beleidsvrijheid komt in essentie immers toe aan de uitvoerende macht. De rechter mag dan ook niet op de stoel van het bestuur gaan zitten. Overigens zou een rechterlijke invulling van de beleidsvrijheid ertoe leiden dat de rechter een politieke belangenafweging moet maken, waardoor zijn vereiste onafhankelijke en onpartijdige positie in het gedrang dreigt te komen.

procedure moeten kunnen toelaten de gebrekkige motivering te substitueren door een juridisch correcte.

⁷⁹ Zie hierover: D. ALLEWIJN, *l.c.*, 294 e.v.

⁸⁰ Een zelfde redenering vinden we terug in art. 867 Ger.W.

⁸¹ Cf. supra randnr. 11.

De oplossing ligt theoretisch voor de hand. De rechter mag zijn beslissing slechts in de plaats stellen van deze van het bestuur wanneer er rechtens slechts één juiste beslissing kan worden genomen. Dit is met name het geval wanneer het bestuur beschikt over een gebonden bevoegdheid, doch is hiertoe geenszins beperkt. Ook wanneer het bestuur een discretionaire bevoegdheid geniet, is het mogelijk dat er rechtens slechts één juiste beslissing kan worden genomen. In Duitsland spreekt men in deze hypothese van “Ermessenreduzierung auf Null”⁸². Dit is met name het geval wanneer het bestuur zelf de wijze heeft vastgelegd waarop ze de discretionaire bevoegdheid uitoefent. Dit kan onder andere voortvloeien uit omzendbrieven, richtlijnen, alsook het door het bestuur rechtmatig opgewekt vertrouwen⁸³. Anderzijds kan de principiële beleidsvrijheid ook door de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op een dusdanige wijze worden ingeperkt dat een positieve rechterlijke tussenkomst gerechtvaardigd is. De beginselen die op dit gebied kunnen spelen zijn het fair play-beginsel, het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van rechtszekerheid, het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, en in mindere mate ook het gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel⁸⁴.

De mogelijkheid voor de rechter om zelf in de zaak te voorzien blijft echter niet gespaard van de nodige kritiek. Vanuit praktisch oogpunt wordt opgeworpen dat de bepaling nauwelijks toepassing vindt⁸⁵. Vanuit theoretisch oogpunt wordt daarentegen vooral gewezen op het “overvaleffect” dat een dergelijk rechterlijk besluit kan hebben op derdebelanghebbenden⁸⁶.

3. Prospectieve rechtspraak

Een derde mogelijke vernieuwing in het bestuursprocesrecht kan worden omschreven als “prospectieve rechtspraak”. De wederkerige rechtsbetrekking legt de nadruk op de verhouding tussen burger en overheid, en op het geschillenbeslechtend vermogen van de rechter met betrekking tot deze verhouding⁸⁷. Wanneer burger en overheid zich in een conflictsituatie bevinden waar zij door onderling overleg niet meer uitgeraken, dan moeten zij dit conflict voorleggen aan de rechter. Het conflict moet dan als het ware vertaald worden in een juridisch geschil⁸⁸. In bestuursrechtelijke aangelegenheden wil dit zeggen dat je een bepaald overheidsbesluit aanvecht. De rechter zal dit besluit dan toetsen aan de op het ogenblik van de genomen

⁸² T. TER BRUGGE, D.J. HUTTEN en J. VELTMAN, *l.c.*, 166.

⁸³ T. TER BRUGGE, D.J. HUTTEN en J. VELTMAN, *l.c.*, 166-167.

⁸⁴ J.E.M. POLAK, K. VAN LESSEN KLOEKE en M.F. VAN DER MERSCH, *l.c.*, 6-7 en de talrijke verwijzingen naar de Nederlandse rechtspraak aldaar.

⁸⁵ B. MARSEILLE, “De bestuursrechter. Gemankeerd beslisser met beperkt bestuurlijk vermogen”, *Bestuurskunde* 2001, 58.

⁸⁶ Voor een meer omstandige uiteenzetting van de kritiek: cf. *infra* randnr. 31.

⁸⁷ Cf. *supra* randnr. 21.

⁸⁸ B.J. SCHUELER, *Vernietigen en opnieuw voorzien*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 131-136.

beslissing, geldende rechtsnormen. De rechtmatigheidscontrole werkt dan ook retrospectief of “ex tunc”.

Paradoxaal genoeg echter, situeert het conflict tussen burger en bestuur zich veelal niet in het verleden, maar gaat het eerder om huidige of toekomstige belangen⁸⁹. SCHUELER is dan ook van mening dat, in de hypothese waar er geen “Ermessenreduzierung auf Null”⁹⁰ is, er een te grote discrepantie bestaat tussen de retrospectieve toetsing van het besluit enerzijds, en de prospectieve beslechting van het geschil door het bestuur anderzijds⁹¹. Hij pleit dan ook voor meer prospectieve rechtspraak die oog heeft voor de toekomst. Zo stelt hij voor dat na vernietiging, het bestuur een vervangende beslissing moet voordragen, waartegen dan verdere bezwaren kunnen worden aangehaald⁹². Een minder verre gaande optie die misschien ook aan de door Schueler gemaakte bezwaren zou kunnen tegemoet komen, is een systeem waarbij de rechter zich na vernietiging expliciet uitlaat over de huidige en toekomstige belangen waarmee het bestuur bij het nemen van het nieuwe besluit, rekening moet houden.

7. Situatie in Frankrijk

Tot hertoe hebben we het rechtsvergelijkend aspect voornamelijk toegespitst op Nederland. Niemand heeft echter de waarheid in pacht, en wanneer we het hebben over hervormingen van het administratieve bestel in België mag ook het zuidelijk deel van ons land niet worden vergeten. Vanuit rechtsvergelijkend perspectief zijn zij, van nature uit, meer geneigd om een blik te werpen op het administratief contentieux in Frankrijk. Vandaar dat in dit deel van de paper een bondige stand van zaken van het Franse administratieve contentieux zal worden geschetst, waarbij in het bijzonder de vraag zal worden gesteld of het paradigma van de wederkerige rechtsbetrekking de Franse geesten reeds heeft beroerd.

In zijn artikel over de evolutie van het Franse administratief recht stelt DELAUNAY dat vooral vanaf de jaren '70 er steeds meer aandacht is besteed aan de verhoudingen tussen burger en bestuur⁹³. Men wilde een betere relatie tussen beide partijen bewerkstelligen waarbij de burger nieuwe rechten en waarborgen zou kunnen doen gelden ten aanzien van de overheid⁹⁴. De hervormingen hebben zich voorgedaan op een verschillend aantal gebieden. Ten eerste op het vlak van de totstandkoming van het bestuursbesluit. Zo

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Anders is er immers slechts één rechtens juiste beslissing te nemen, ongeacht de toekomstige elementen.

⁹¹ B.J. SCHUELER, *Vernietigen en opnieuw voorzien*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 148.

⁹² B.J. SCHUELER, *o.c.*, 197-198.

⁹³ B. DELAUNAY, "L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Les réformes entreprises en France depuis 1945", *A.P.T* 1996, 16.

⁹⁴ Ibidem.

bestaan er verschillende systemen van participatie van de burger in de besluitvorming, onder andere "participation directe", "enquête publique", "referendum", e.a.⁹⁵. Een tweede belangrijke evolutie is deze van beslotenheid van de administratie naar transparantie⁹⁶. AUBY spreekt in dit verband over "la démocratie administrative"⁹⁷. Deze versterking van de positie van de burger heeft ook geleid tot hervormingen van het administratief contentieux: men wil de beslissingen in het kader van dit contentieux "plus satisfactoires" maken⁹⁸. In tegenstelling tot de legaliteitscontrole van het besluit die in Frankrijk als quasi perfect wordt ervaren, was men immers van mening dat er iets schortte op het vlak van de bescherming van de burger⁹⁹. Om dit probleem te verhelpen heeft men een aantal maatregelen getroffen zoals de schorsingsprocedure, de dwangsom, het injunctierecht¹⁰⁰, enz...

Een laatste belangrijke stap in de hervorming van het administratief recht in Frankrijk is "La Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations"¹⁰¹. Deze wet heeft vier doelstellingen, met name een betere toegang van de burger tot de toepasselijke regelgeving, transparantie, verbetering van de relatie tussen burger en administratie, en het dichterbij brengen van de administratie bij de burger¹⁰². Frappant is hierbij de woordkeuze van de wetgever. Vroeger sprak men over "le public", of "les usagers", nu spreekt men echter over "le citoyen" die rechten kan doen gelden in zijn verhouding met de administratie¹⁰³.

Een steeds toenemend belang van de individuele burger in het administratief bestel is dus ook niet vreemd aan de Franse rechtsorde. De hierboven beschreven hervormingen moge hiervan het duidelijk bewijs zijn. Met betrekking tot bestuursgeschillen heeft AUBY het over een "subjectivisation du contentieux administratif" dat tot gevolg heeft dat de administratieve rechter zich meer en meer bekommert om de rechtzoekende¹⁰⁴. Dit wil zeggen dat de rechter met zijn beslissing zo snel en zo volledig mogelijk een einde poogt te maken aan het geschil¹⁰⁵. Doch dit toenemend belang van de individuele burger, en van de verhouding van deze burger tot de administratie, heeft in Frankrijk nog maar zeer embryonaal aanleiding gegeven tot een fundamentele reflectie over de rechtspositie van de burger en over de vertaling

⁹⁵ Zie hierover uitgebreid: B. DELAUNAY, *l.c.*, 17-19.

⁹⁶ B. DELAUNAY, *l.c.*, 23.

⁹⁷ J.B. AUBY, "La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif", *A.J.D.A.* 2001, 914.

⁹⁸ J.B. AUBY, *l.c.*, 915.

⁹⁹ B. DELAUNAY, *l.c.*, 26.

¹⁰⁰ J.B. AUBY, *l.c.*, 915.

¹⁰¹ *J.O.* 13 avril 2000, p. 5646.

¹⁰² P. FERRARI, "Les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations", *A.J.D.A.* 2000, 474.

¹⁰³ A. TREPPOZ, "La loi du 12 avril 2000 sur les relations entre les citoyens et les administrations", *Droit administratif* 2000, Août-Septembre, 4; P. FERRARI, *l.c.*, 471.

¹⁰⁴ J.B. AUBY, *l.c.*, 919.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

hiervan in de relatie tot het bestuur, zoals we die in Nederland wel kennen. Hoewel men ook in Frankrijk geconfronteerd wordt met dezelfde problemen van het administratief contentieux als in Nederland en België, blijkt men daar vooral terug te grijpen naar eerder technische en fragmentaire oplossingen¹⁰⁶.

Maar de eerste kentekenen om tot een wezenlijke hervorming van het administratief contentieux te komen, hangen duidelijk in de lucht. "Le problème que résout le droit administratif ne se réduit plus à l'art de plier le pouvoir exécutif au respect du droit, car cette affaire-là est pratiquement entendue. Comme le montrent de nombreux signes(...), il sert aussi, il sert surtout, à donner contenu aux droits des citoyens dans leur rapports avec la puissance publique"¹⁰⁷.

8. Maatschappelijke Context

Uit hetgeen boven is gesteld, kan men m.i. concluderen dat er de laatste decennia in de verschillende Staten die ik heb bestudeerd, een tendens is waar te nemen naar een steeds ruimere rechtsbescherming van de burger tegen overheidshandelingen. Zowel in België als in Frankrijk zijn de tekenen hiervan duidelijk waar te nemen, doch vooral in Nederland is men op dit gebied al veel verder geëvolueerd. De wederkerigheid van de relaties tussen overheden en burgers en de gevolgen hiervan op het vlak van de rechtsbescherming versterken de positie van de burger jegens de overheid zonder meer op de meest verregaande wijze. Doch ook in België en Frankrijk kan men stellen dat de burger in een steeds sterkere (of minder zwakke) positie komt te staan in zijn relatie met het bestuur.

Het is evident dat een dergelijke transnationale evolutie niet in het ijle plaatsgrijpt. De tendens naar een versterkte positie van de burger voltrekt zich dan ook tegen de achtergrond van een bepaalde maatschappelijke realiteit die voeding geeft aan de zonet beschreven tendens. In wat volgt, proberen we op een beknopte wijze een beeld van deze context te schetsen.

De versterking van de positie van de burger in de rechtsbescherming speelt zich m.i. af tegen de achtergrond van twee fundamentele ontwikkelingen. De eerste, en meest belangrijke ontwikkeling is de "juridisering van de samenleving". Dit kan worden beschreven als "een proces waarbij de sociale verhoudingen en het maatschappelijk verkeer steeds meer door wet- en regelgeving wordt genormeerd die dan zonodig door tussenkomst van de rechterlijke macht kunnen worden getoetst"¹⁰⁸. De juridisering leidt ertoe dat de rol van de overheid, en meer in het bijzonder de rol van de rechter steeds

¹⁰⁶ Zie bij voorbeeld: R. ROUQUETTE, "Justice administrative: il faut encore des réformes!", *Droit administratif* 2001, Mai, 8-11.

¹⁰⁷ J.B AUBY, *l.c.*, 926.

¹⁰⁸ J.A. VAN KEMENADE, "Juridisering en bestuurlijk vermogen", *Bestuurswetenschappen* 2000, 228.

groeit¹⁰⁹. Deze juridisering kent op haar beurt verschillende oorzaken. Enerzijds is er de evolutie van de liberale nachtwakerstaat naar de sociale verzorgingstaat waarbij de overheid steeds meer regelgevend gaat optreden op nieuwe domeinen waar zij een beleid wenst te voeren¹¹⁰. Anderzijds is de juridisering het logisch gevolg van een aantal ontwikkelingen in de samenleving zelf. Hierbij kan in het bijzonder gedacht worden aan de toenemende individualisering, de professionalisering en verzakelijking van maatschappelijke verhoudingen aangezien informele relaties in deze complexe samenleving onvoldoende zekerheid bieden¹¹¹. En laat ons zeker en vast ook niet vergeten dat de burger steeds meer geëmancipeerd is, en daardoor mondiger geworden¹¹².

Een ander concept waarmee m.i. een parallel kan worden getrokken, is dat van het "horizontaal bestuur". Hiermee bedoel ik de samenwerking tussen publieke en private partijen in de beleidsvoorbereiding en de beleidsuitvoering¹¹³. Kerngedachte hierbij is dat de belangen van diegene die bestuurd wordt, vertegenwoordigd moeten zijn in het beleidsproces, hetzij op directe¹¹⁴, hetzij op indirecte¹¹⁵ wijze¹¹⁶.

Hoewel de versterking van de positie van de burger ten aanzien van het bestuur wat betreft de rechtsbescherming iets anders is dan de hierboven beschreven notie van "horizontaal bestuur", kan men m.i. evenwel niet loochenen dat beide processen een gemeenschappelijk element kennen. Dit is met name gelegen in het feit dat het in beide gevallen gaat om de versterking van de positie en van de rol van de burger, als niet-politieke actor in het bestuursrecht.

Resumerend kan men dan ook stellen dat de versteviging van de positie van de burger in de rechtsbescherming, met als voorlopig culminatiepunt de in Nederland bereikte wederkerige rechtsbetrekking en alle consequenties die hieruit volgen, het logisch uitvloeisel is van twee grotere tendensen binnen Europa, met name de steeds verder schrijdende juridisering van de samenleving en het steeds toenemend horizontaal karakter van het bestuur.

¹⁰⁹ P.M. LANGBROEK, "De gevolgen van de Awb voor de burger en de rechter", *Bestuurskunde* 1997, 320.

¹¹⁰ J.A. VAN KEMENADE, *l.c.*, 229.

¹¹¹ J.A. VAN KEMENADE, *l.c.*, 228.

¹¹² P.M. LANGBROEK, *l.c.*, 320.

¹¹³ C. VAN MONTFORT en A. MICHELS, "Democratie en horizontaal bestuur", *Bestuurswetenschappen* 2001, 155.

¹¹⁴ Bij voorbeeld via participatie of consultatie.

¹¹⁵ Bij voorbeeld via belangengroepen.

¹¹⁶ C. VAN MONTFORT en A. MICHELS, *l.c.*, 157.

9. Aspecten van de nieuwe basisvisie in ons rechtsbestel

Hierboven heb ik aangegeven dat het dogma van de wederkerige rechtsbetrekking de exponent is van een welbepaalde maatschappelijke context, die ook in ons land is terug te vinden. Hoewel de wederkerige rechtsbetrekking in België amper aandacht heeft gekregen¹¹⁷, kan m.i. toch aangetoond worden dat een aantal juridische aspecten van ons administratieve bestel het beginpunt kunnen zijn van een evolutie in de richting van meer wederkerigheid in de verhouding tussen burger en overheid.

De verschillende kenmerken van de wederkerigheidsvisie kunnen immers op fragmentaire wijze worden teruggevonden in onze rechtsorde. Zo leidt de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot een meer verregaande toetsing van het overheidshandelen en dus tot een verbetering van de rechtsbescherming en van de positie van de burger in het algemeen¹¹⁸. En dit is nu net een kenmerk dat wordt toegeschreven aan de wederkerige rechtsbetrekking! Kernbegrippen in deze visie zijn overigens “communicatie” en “overleg”¹¹⁹. Welnu, in de Belgische rechtsorde zijn er tal van elementen die een dergelijke evolutie naar een participatieve democratie ondersteunen. Hierbij kan gedacht worden aan de openbaarheid van bestuur¹²⁰, het instituut van de ombudsman(nen)¹²¹, de nieuwe initiatieven inzake het petitierecht en de hieraan gekoppelde discussies over referenda¹²². Overigens beperkt het grotere gewicht van de particulier zich niet tot het statelijk niveau. Zo kenmerkt ook het “multi-level governance” systeem binnen de EU zich door een grote input van private actoren. Daarnaast impliceert wederkerigheid dat ook de burger verplichtingen heeft ten aanzien van de overheid. Dit komt m.i. het duidelijkst tot uiting in de zogenaamde hakbijlprocedures voor de Raad van State¹²³.

Doch ook de weerspiegeling van de wederkerigheidsvisie op het bestuursprocesrecht is in België in beperkte mate aanwezig. Vanuit de wederkerigheid bestaat de rechtsbescherming uit het bieden van een adequaat kader voor het bindend beslechten van geschillen tussen overheid en burger¹²⁴. Hoewel een dergelijke visie in België zeker en vast nog niet gerealiseerd is, zijn er m.i. toch talrijke elementen waaruit men kan afleiden dat meer en meer de nadruk komt te liggen op een geschil tussen partijen, eerder dan een louter rechtmatigheidscontrole van het overheidshandelen. Dit blijkt onder meer uit

¹¹⁷ Iemand die hierover wel heeft geschreven: C. BERX, *o.c.*, 117-134.

¹¹⁸ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, 46.

¹¹⁹ Cf. *supra* randnr. 21.

¹²⁰ Zie o.a. P. POPELIER, “De openbaarheid van het overheidshandelen in een democratische rechtsstaat”, *T.B.P.* 1995, 707-715.

¹²¹ Zie hierover A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, 635-648.

¹²² Zie hierover o.a. het federale en het Vlaamse regeerakkoord.

¹²³ Zie hierover o.a. M. CROMHEECKE en P. LEFRANC, “1 april 1997: twee nieuwe ‘hakbijl’procedures en verhoging van de financiële drempel bij de Raad van State”, *C.D.P.K.* 1997, 28-42.

¹²⁴ Cf. *supra* randnr. 21.

het ontstaan van het administratief kort geding, alsook de mogelijkheid tot het opleggen van voorlopige maatregelen¹²⁵ en een dwangsom¹²⁶ voor de Raad van State. Deze laatste ontwikkelingen van de procedure voor de Raad van State duiden m.i. onmiskenbaar op het feit dat ook in België de rechtsbescherming zich meer en meer situeert in een conflict tussen partijen.

10. Kritiek op de nieuwe basisvisie

Zoals op uitvoerige wijze hierboven beschreven, vertrekt men in het Nederlandse bestuursrecht hoe langer hoe meer vanuit het concept van de wederkerige rechtsbetrekking. Burger en bestuur staan tegenover elkaar in een rechtsverhouding met wederzijdse rechten en verplichtingen¹²⁷. Hoewel hiermee de verbindende kracht van het bestuur niet genegeerd of uitgesloten wordt, geeft deze basisvisie aanleiding tot nieuwe mogelijkheden op het vlak van de rechtsbescherming van de burger tegen overheidshandelingen. Meer de nadruk leggen op de rechtsverhouding leidt logischerwijze tot meer geschillenoplossend vermogen in het bestuursrecht en aldus tot een vooruitgang van de positie van alle partijen in het geding, in het bijzonder voor de burger die zijn positie ten aanzien van de overheid, o.a. via de middelrijke tussenkomst van de rechter verstevigd ziet. Hierboven heb ik pogen aan te geven dat de maatschappelijke context waarbinnen deze evolutie plaatsgrijpt, met name de juridisering en de horizontalisering, niet te beperken valt tot onze Noorderburen, maar dat ook onze contreien bevrucht zijn van een dergelijke ontwikkeling. Hoewel de wederkerigheidsvisie "as such" nog niet in onze rechtsorde of rechtscultuur is ingebed, zijn er evenwel toch reeds verschillende tekenen die, vooralsnog misschien op fragmentaire en marginale wijze, in deze richting duiden. Een "deus ex machina" die alle heikele probleempunten van het bestuurs(proces)recht meteen uit de wegwerkt, is de wederkerigheidsvisie echter zeker niet. Zo zijn er immers een aantal niet onbelangrijke bezwaren die ertegen kunnen worden ingebracht, en dit vanuit verschillende perspectieven. In wat volgt zal op een bondige wijze een aantal van deze kritieken ten aanzien van de wederkerigheidsvisie worden uiteengezet.

Een eerste kritiek die men kan formuleren, situeert zich op het vlak van de "overdaad". Leidt de wederkerigheidsvisie niet tot een te sterke positie van de burger en een te uitgebreide rechtsbescherming die te weinig ruimte leidt aan het bestuur? Voorafgaandelijk moet opgemerkt worden dat deze opmerking vrij bevreemdend overkomt. Hoe kan er immers een teveel aan rechtsbescherming zijn in een rechtsstaat? Wanneer de overheid bepaalde normen creëert, dan dient zij die ook na te leven¹²⁸. Een "overkill" aan rechtsbescherming is vanuit die optiek dan ook onmogelijk. Toch stellen bepaalde critici dat rechtsbescherming en democratie zich verhouden als

¹²⁵ Art. 18, lid 1 R.v.St.-W.

¹²⁶ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, 995-997.

¹²⁷ Cf. *supra* randnr. 21.

¹²⁸ Dit is niets anders dan het beginsel: "patere legem quem ipse fecisti".

communicerende vaten¹²⁹, waarbij een teveel aan rechtsbescherming noodzakelijkerwijze afbreuk doet aan de democratische politieke besluitvorming. En dit is, wat volgens sommigen¹³⁰, thans in Nederland aan het gebeuren is. De rechtsbescherming van de burger zou de laatste jaren zo uitgebreid geworden zijn dat het zijn doel voorbij is geschoten, en nu aldus afbreuk doet aan de primordiale taak van de overheid die erin bestaat behoorlijk te besturen¹³¹. Met ander woorden, te veel gewicht, te veel appreciatiemarge, e.d. bij de rechter leidt ertoe dat het bestuur niet langer slagvaardig kan optreden!

Een vraag die hier natuurlijk nauw met samenhangt, is de vraag naar de grens tussen "recht spreken" en besturen". In hoeverre mag de rechter zich inlaten met een bestuursrechtelijke aangelegenheid, vooraleer hij plaats neemt op de stoel van het bestuur?¹³² Het is immers geenszins de taak van de rechter om te besturen!¹³³ Vooral wat betreft "het zelf in de zaak voorzien", kan deze kritiek niet worden genegeerd. In de praktijk in Nederland stellen we echter vast dat de rechters zich met betrekking tot deze figuur eerder terughoudend opstellen¹³⁴. Een risico op een "gouvernement des juges" lijkt zich in de praktijk dus niet voor te doen! Deze vaststelling is m.i. een positief gegeven. De mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien moet aanwezig zijn, maar een al te voortvarend optreden van de rechter in deze materie zou er toe leiden dat het ambt van de rechter in het politieke vaarwater terechtkomt, wat absoluut te mijden is.

Een andere en hiermee nauw verwante problematiek situeert zich rond de derdebelanghebbende. Indien men de positie van de burger ten aanzien van het bestuur versterkt door middel van een actievere en meer verregaande tussenkomst van de rechter in bestuurlijke aangelegenheden, bestaat immers het gevaar dat personen, die wel een belang bij het probleem hebben, maar die geen formele partij zijn, buiten beschouwing worden gelaten¹³⁵. Hoe kan de rechter immers op de hoogte zijn van het belang van deze derde? Het bestuur daarentegen lijkt hiervoor het geschikte orgaan aangezien zij instaat voor de behartiging van het algemeen belang.

Overigens stelt de problematiek van de derdebelanghebbende zich niet enkel wanneer men zich in de fase van de rechterlijke rechtsbescherming bevindt. Ook het uitgangspunt van de wederkerige rechtsbetrekking is hiervoor problematisch. Wanneer de overheid immers in een horizontale relatie komt te staan met één welbepaalde burger met wiens individuele belang zij rekening moet houden en wiens door haar gewekt vertrouwen zij moet honoreren, dan

¹²⁹ Deze beeldspraak heb ik ontleend aan P.M. LANGBROEK, *l.c.*, 324.

¹³⁰ Zie o.a. P. TOPS, "Opinies van rechters en burgemeesters over 'juridiseren' in Nederland", *N.T.B.* 1997, 30-32.

¹³¹ Vraagstelling o.a. geformuleerd door J.A. VAN KEMENADE, *l.c.*, 229.

¹³² Zie hierover o.a. M.P. JONGMA en A.G.A. NIJMEIJER, "Het spanningsveld tussen rechter en bestuur", *N.T.B.* 1999, 200 e.v.

¹³³ Zie hierover o.a. de ratio legis van de Franse wet van 1790: cf. infra randnr. 14.

¹³⁴ J.E.M. POLAK, K. VAN LESSEN KLOEKE en M.F. VAN DER MERSCH, *l.c.*

¹³⁵ Zie o.a. T. TER BRUGGE, D.J. HUTTEN en J. VELTMAN, *l.c.*, 167.

kan dit makkelijk leiden tot een spanning met haar eigenlijke taak die erin bestaat het algemeen belang te behartigen¹³⁶. Het algemeen belang behelst immers (onder meer) de belangen van alle burgers. Problematisch is hierbij nu net het feit dat al deze deelbelangen van elke individuele burger met elkaar conflicteren, dat zij "buitelen en botsen als wespen in hun nest"¹³⁷. Het gevaar bestaat met andere woorden dat, wanneer men teveel de nadruk legt op de horizontale verhouding van het bestuur ten aanzien van één burger, het belang van een derde uit het oog wordt verloren waardoor het algemeen belang niet meer wordt behartigd. Het algemeen belang dreigt alzo te worden "weggehorizontaliseerd"¹³⁸.

Hoewel deze kritiekpunten zeker niet verwaarloosd mogen worden, kunnen zij m.i. toch ondervangen, of op zijn minst genuanceerd worden. Een grotere rechterlijke tussenkomst in de verhouding tussen burger en bestuur is op het eerste zicht inderdaad problematisch voor diegene die wel een belang hebben, doch geen formele procespartij zijn. M.i. zijn er echter voldoende procedurele mechanismen denkbaar die hieraan kunnen verhelpen. Zo zouden zij bij voorbeeld een soort van derdenverzet kunnen aantekenen tegen de gewezen beslissing.

De meer fundamentele kritiek, als zou het algemeen belang dreigen te worden weggehorizontaliseerd, wordt m.i. dan weer tegengegaan door andere tendensen in ons bestuursrechtelijk bestel. We stellen immers vast dat bij allerhande besluitvorming almaar meer inspraakprocedures worden georganiseerd waarbij eenieder die meent een belang te kunnen doen gelden, zijn bezwaren kan uiten. Hierbij kan bij wijze van voorbeeld gedacht worden aan het openbaar onderzoek in het kader van een stedenbouwkundige vergunning¹³⁹, of de inspraakmogelijkheden voorzien in het milieuvergunningedecreet. Het gevaar dat de wederkerige rechtsbetrekking het algemeen belang weghorizontaliseert, wordt m.i. dan ook voor een groot stuk opgevangen door de verruimende inspraakmogelijkheden die de burgers op verschillende niveaus en in verschillende beleidsdomeinen hebben. En de aldus ietwat subjectievere invulling van het algemeen belang hoeft m.i. geen afbreuk te doen aan "het algemeen belang".

Dit sluit op zijn beurt dan weer aan bij een meer ideologische kritiek als zou de wederkerige rechtsbetrekking de exponent zijn van de te verregaande individualisering ten koste van het algemeen belang¹⁴⁰. Hier kan men tegen in brengen dat de wederkerige rechtsbetrekking nu net vertrekt van een burger die verder kan kijken dan zijn eigen particulier belang. De vraag rijst echter of dit uitgangspunt niet een al te intellectualistisch axioma is?!

¹³⁶ J.H. NIEUWENHUIS, "Op gespannen voet. Een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht", *N.J.B.* 1998, 14.

¹³⁷ *Ibidem.*

¹³⁸ *Ibidem.*

¹³⁹ Art. 109 Decreet houdende de ruimtelijke ordening.

¹⁴⁰ C. BERX, *o.c.*, 129.

Een kritiek op het dogma van de wederkerige rechtsbetrekking die ook niet mag ontbreken, situeert zich op het procedurele vlak. De wederkerigheidsvisie zou immers te weinig rekening houden met de ongelijkheid tussen de burger en het bestuur. De eenzijdigheidsvisie daarentegen, legt daar wel de nadruk op en het is ook vanuit dit perspectief dat de fundamenteën van het bestuursprocesrecht zijn opgebouwd. Talrijke bepalingen strekken er immers toe om deze ongelijkheid te ondervangen, weg te nivelleren. Hierbij kan o.a. in het bijzonder worden gedacht aan lage proceskosten, minder formele eisen op het vlak van de toegankelijkheid¹⁴¹, speciale toetsingsgronden...¹⁴² Teveel de nadruk leggen op de wederkerigheid impliceert dus het gevaar dat bestuursprocesrechtelijke normen, die de zwakke positie van de burger jegens de overheid versterken, aan belang moeten inboeten. Anderzijds mag deze “evenwichtsherstellende” functie van het bestuursprocesrecht ook niet overroepen worden. Wanneer we bij voorbeeld kijken naar de explosie van hakbijprocedures voor de Raad van State, dan kan men zich toch de vraag stellen of in deze materie de zwakkere positie van de burger nog wel degelijk in rekening wordt gebracht?! Los van deze bedenking blijven er natuurlijk wel heel wat bepalingen die de ongelijkheid in de strijd tussen burger en overheid willen ondervangen. Terecht wordt m.i. dan ook gesteld dat het bestuursrecht weliswaar meer moet zijn dan procedurerecht¹⁴³, maar in deze beweging moet men er zich voor hoeden dat het waardevolle van de procedure niet verloren gaat. Daarnaast is de eenzijdigheidsvisie ook onontbeerlijk wat betreft de handhaving en sanctionering van normen. Dit veronderstelt immers steeds een ongelijkheid in gezag, die moeilijk gefundeerd kan worden op de wederkerigheidsvisie. Concluderend kan men dan ook stellen dat, ondanks de meerwaarde die de wederkerigheidsvisie op het vlak van de rechtsbescherming kan bieden, ook dit dogma een aantal moeilijkheden oplevert. In de rechtsleer¹⁴⁴ wordt dan ook gesteld dat de wederkerigheidsvisie niet als alternatief, doch wel als complementair perspectief moet worden gehanteerd. Een vraag die hierbij echter kan worden opgeworpen, is of een dergelijke werkwijze niet leidt tot een versplintering en tot een complexer maken van de relatie tussen burger en bestuur. Het eenzijdigheidsperspectief moet immers behouden blijven met het oog op de rechtshandhaving, maar in hoeverre blijft deze sanctionering legitiem en intelligibel voor de burger, wanneer deze burger op een hele resem andere domeinen steeds meer in een horizontale verhouding met het bestuur komt te staan?¹⁴⁵ De relatie tussen burger en bestuur wordt er met andere woorden niet transparanter op: het postmoderne bestuursrecht is geboren!

¹⁴¹ Zo kan in België o.a. bijvoorbeeld worden gedacht aan de inleiding van een zaak voor de Raad van State bij verzoekschrift, en niet bij dagvaarding.

¹⁴² R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *o.c.*, 33.

¹⁴³ Cf. *supra* randnr. 21.

¹⁴⁴ Zie in deze zin: C. BERX, *o.c.*, 132 e.v.

¹⁴⁵ Zie over deze problematiek: E. BAUW, F. VAN DIJCK en P. VAN WIJCK, “Impulsen voor een effectievere overheid”, *ESB-Dossier. Effecten en toekomst van MDW 2001*, D25.

11. Conclusie

Deze paper is vertrokken van een korte beschrijving van de curatieve rechtsbescherming van de burger tegen overheidshandelen in België. Vanuit de veelvuldige kritiek die geuit wordt op de driedelige structurering van de rechtsbescherming, heb ik gepoogd een alternatief systeem voor te stellen waarbij de curatieve rechtsbescherming gecentraliseerd wordt in één enkele macht, met name de rechterlijke macht. Mijns inziens biedt een dergelijk systeem tal van praktische voordelen, die zich situeren op het vlak van de transparantie en de rechtszekerheid.

Tegelijk heb ik echter ook aangegeven dat een louter institutionele herstructurering van de curatieve rechtsbescherming onvoldoende is, wil men tot een effectieve en efficiënte rechtsbescherming komen. Vooral wanneer het bestuur op basis van de in het geding zijnde rechtsnormen nog over enige beleidsvrijheid beschikt, lijkt de rechtsbescherming in vele gevallen ontoereikend. Een ruimere invulling van het begrip “subjectief recht”, lijkt een eerste stap voorwaarts. Daarnaast ben ik vanuit rechtsvergelijkend perspectief op zoek gegaan naar nieuwe uitspraakmogelijkheden voor de administratieve rechter, die de rechtsbescherming effectiever en efficiënter kunnen maken.. De in Nederland gehuldigde wederkerigheidsvisie bleek dienaangaande een vruchtbare voedingsbodem. Het overgrote deel van de paper was dan ook gewijd aan dit dogma van wederkerigheid, en aan de mogelijkheden die deze basisvisie impliceert op het vlak van de curatieve rechtsbescherming. Een andere aanpak van de vormelijke gebreken, zelf in de zaak voorzien, en prospectieve rechtspraak lijken rechtsinstrumenten te zijn die de rechtsbescherming van de burger in sterke mate kunnen bevorderen.

Meteen heb ik ook willen aangeven dat deze wederkerigheidsvisie ons niet zo vreemd is, als ze wel lijkt. De wederkerige rechtsbetrekking gedijt immers in een maatschappelijke context van juridisering en horizontalisering die ook ons land niet onberoerd laat. Dit komt overigens ook tot uiting in een aantal juridische ontwikkelingen van het administratief contentieus en van het publiek recht in het algemeen. Administratief kort geding, dwangsom, voorlopige maatregelen en hakbijlprocedures duiden m.i. op een embryonale grotere nadruk op het geschillenbeslechtend vermogen van het bestuursprocesrecht. En ook andere hervormingen van ons publiekrechtelijk rechtsbestel evolueren meer naar een participatieve democratie die m.i. nauw aansluiting vindt bij de wederkerigheidsvisie.

Evenwel moet opgemerkt worden dat de wederkerige rechtsbetrekking verre van feilloos is. In het laatste hoofdstuk van deze paper heb ik dan ook een aantal prangende problemen beschreven die onlosmakelijk met deze evolutie verbonden zijn.

Deze paper heeft dan ook niet de ambitie om een alomvattende ideologie op te leggen of voor te stellen. Zij wil enkel de aanzet leveren tot een fundamentele bezinning omtrent de basisverhoudingen tussen burger en bestuur, en bestuur

en rechter. Het is m.i. immers van wezenlijk belang dat hierover gereflecteerd wordt, teneinde het mogelijk te maken dat de rechtsbescherming en de democratische rechtsstaat geactualiseerd worden aan veranderende opvattingen, en verder kunnen worden verfijnd.