

De toekomst van het bestuursrecht: is er nog een rol voor het bestuur?

NTB 2015/4

De toekomst van het bestuursrecht is een thema dat, als het goed is, de verbeelding prikkelt. De redactie van het NTB heeft mij bij het schrijven van dit stuk alle vrijheid gegeven en ik heb daar dankbaar gebruik van gemaakt. Een onderwerp als dit leent zich voor gloedvolle betogen en fantasierijke vergezichten. Die heb ik, meer dan een gedegen wetenschappelijke analyse, pogen neer te zetten.

Toen ik laatst een collega sprak over de toekomst van het bestuursrecht, was zijn visie helder: het algemene deel van het bestuursrecht is voltooid, wie spannend werk zoekt, richt zich beter op iets anders. Wie de door het NTB aangezwengelde discussie over de toekomst van het bestuursrecht volgt, zou het zomaar met de betreffende collega eens kunnen worden. Er wordt een beeld geschetst van een wat suffige overheid, die achter blijft bij moderne ontwikkelingen en het besturen steeds meer aan anderen over laat. Nieuwe ontwikkelingen komen van buiten, uit Europa of van internationale organisaties. Het bestuursrecht moet gemoderniseerd worden om niet bij die ontwikkelingen achter te blijven. Maar over de inhoud van het bestuursrecht zijn wij bestuursrechtjuristen best tevreden: de discussie richt zich voor een belangrijk deel op de vraag in hoeverre we de reikwijdte van al die prachtige publiekrechtelijke normen uit moeten breiden naar andere actoren die wel besturen maar geen bestuur zijn.

Die discussie moet ook gevoerd worden. Burgers verdienen bescherming tegen de molochs die diep ingrijpen in hun persoonlijke levenssfeer, ook als die strikt genomen niet tot de overheid behoren. En wanneer de overheid niet langer in staat of bereid is het algemeen belang te behartigen, is het goed dat zij die in dat gat springen gestimuleerd worden daadwerkelijk dat algemeen belang te dienen. Toch is dit volgens mij niet de belangrijkste vraag waar het bestuursrecht mee geconfronteerd wordt, en stilletjes hoop ik dat we ruim voor het 50^e jubileum van het NTB deze kwestie hebben opgelost. Het werkelijke probleem ligt dieper.

Voor mij staat niet zozeer het bestuursrecht, maar veeleer de rol van het bestuur ter discussie. En die rol zou voor een belangrijk deel de inhoud van het bestuursrecht moeten bepalen. Dat er een paar semi-bestuursorganen bijkomen die binnen het bereik van het bestuursrecht moeten worden gebracht is niet het belangrijkste punt. Dat is maar een symptoom. Veeleer is het zo dat de overheid zich terugtrekt uit de niche die traditioneel de hare is. De ontstane leemte wordt dan als vanzelf opgevuld. In de bijdragen van Van

Ommeren, Scheltema, en Scheltema wordt de steeds verdergaande ontstatelijking beschreven.² En men hoeft niet ver te kijken om andere voorbeelden te vinden. Zo kreeg ik van de week van verscheidene mensen de onlangs met de Piet Gilhuis scriptieprijs bekroonde verhandeling van Miranda Geelhoed toegestuurd, over de groeiende rol van private actoren bij de handhaving van het milieurecht.³ Het omgevingsrecht staat sowieso bol van de voorbeelden: de nieuwe Omgevingswet is geschreven met in het achterhoofd de gedachte dat partijen zelf met initiatieven moeten komen. De overheid schrijft niet meer voor wat er ontwikkeld moet worden. In het waterrecht is de toenemende nadruk op de eigen verantwoordelijkheid van particulieren voor waterveiligheid – ooit bij uitstek een publieke verantwoordelijkheid – symptomatisch.

Ook Schuyt en De Winter zien in zekere zin een bestuur dat niet bestuurt, een overheid die niet langer het algemeen belang behartigt, zij het dat in hun analyse dat een gevolg is van onvermogen om mee te gaan in moderne ontwikkelingen.⁴ De Winter:

“De technologie maakt mogelijk dat mensen zich zelf organiseren. Wie niet meedoet mist simpelweg de boot. Je hoeft geen wetenschapper te zijn om te begrijpen dat als dat te vaak gebeurt, de overheid als volledig irrelevant wordt ervaren.”⁵

Ik ben er niet tegen dat mensen zichzelf organiseren, en taken die ooit van het besturen waren zelf uitvoeren, maar het roep wel de vraag op of er nog wel een rol is voor een bestuur dat besturen steeds meer aan anderen overlaat?

Hier zit een fundamenteel punt: Van Ommeren bespreekt in zijn bijdrage het werk van John Allison. Hij zet uiteen wat nodig is om een zinvol onderscheid te maken tussen privaatrecht en bestuursrecht. Eén van de criteria is dat aan de overheid bijzondere eigenschappen kunnen worden toegeschreven, waaraan het recht bijzondere consequenties verbindt. Dat was voorheen het geval: de overheid was de behartiger van het algemeen belang, een platform waardoor burgers collectief actie konden ondernemen, houder ook van het geweldsmonopolie en nemer van eenzijdig bindende besluiten. Private partijen behartigden private belangen,

1 Anoeska Buijze is postdoctoraal onderzoeker bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL) en het Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (RENFORCE).

2 F.J. van Ommeren, 'Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: multifunctioneel en contextafhankelijk; De betekenis van het publieke taakcriterium,' *NTB* 2014/30; M. Scheltema, 'Internationale regelgeving buiten de staten om: de behoefte aan bestuursrechtelijke beginselen over regelgeving,' *NTB* 2014/28; M.W. Scheltema, 'Bestuursrecht van de toekomst en 'ontstatelijking': nieuwe perspectieven?' *NTB* 2014/29.

3 M. Geelhoed, 'Naar een Europees actierecht voor milieuorganisaties,' Universiteit Leiden, beschikbaar op www.milieurecht.nl/file.php?id=1181.

4 C.J.M. Schuyt, 'Rationaliteit en irrationaliteit in het bestuursrecht onder invloed van versnelde digitalisering,' *NTB* 2014/31; B. de Winter, 'De informatiemaatschappij en de noodzaak tot sturing,' *NTB* 2014/32.

5 De Winter *NTB* 2014/32.

of hadden in ieder geval geen verplichting het algemeen belang te behartigen. Dat was, in elk geval conceptueel, duidelijk.

Maar wat als de overheid die rol niet langer op zich neemt, en ook de juridische consequenties van haar rol niet langer wil aanvaarden? Wetten verworden tot kaders en procedureregels, voor inhoudelijke keuzes schrikt de politiek terug. Burgers worden teruggeworpen op zichzelf, of zij nu daadwerkelijk een collectieve oplossing prefereren of niet. En het bestuur positioneert zich steeds meer als een gelijkwaardige partner van burgers, één van de vele actoren in het maatschappelijk speelveld. Wordt de overheid dan de zoveelste actor, niet langer gebonden aan specifieke normen vanwege haar bijzondere positie ten opzichte van burgers? Het is een schrikbeeld dat in de bijdrage van Schuyt al voorzichtig naar voren komt wanneer hij schrijft over de ambtenaar die gegevens verkoopt aan de hoogste bidder, een sluitstuk van een ontwikkeling die begon met de Awb-mens en via het *récours* subjectief en antimisbruikregelingen voor de WOB wel eens in een dystopie zou kunnen ontaarden. De overheid lijkt niet alleen te zijn vergeten dat burgers over het algemeen nog steeds veel minder middelen tot hun beschikking hebben dan de overheid waaraan zij ondergeschikt zijn, zij lijkt ook steeds meer die burgers als antagonisten te zien. De strategieën van de Belastingdienst zijn slechts een recent voorbeeld, net als de opstelling van de overheid tegenover burgers die administratieve fouten maken die wordt bekritiseerd in in het rapport van de Ombudsman dat begin december verscheen.⁶ Om zich te beschermen tegen die enge burgers hult het bestuur zich ook nog eens in een cocon van relativiteitsvereisten, beleidsvrijheid en terughoudende rechterlijke toetsing. Verwordt het bestuur dan tot een defensieve organisatie die als haar belangrijkste taak ziet om burgers die wel willen besturen op afstand te houden?

Ik hoop dat het zo'n vaart niet zal lopen. Maar de rol van het bestuur in een zelfsturende maatschappij behoeft aandacht. Voor mij is dát de fundamentele vraag die wij als bestuursrechtjuristen in de komende 25 jaar moeten beantwoorden. Aan de hand van die nieuwe rol kunnen we dan, voor zover nodig, het bestuursrecht herontwikkelen.

Ik zie, wanneer we aannemen dat het bestuur in een complexe digitale samenleving het besturen inderdaad niet meer alleen af kan, twee opties: controleren of faciliteren. Wat bedoel ik daar mee? Wanneer we kiezen voor een controlerend bestuur, dan ontwikkelt het bestuur zich tot controleur van private partijen die het besturen op zich hebben genomen. Zijn hoofdtaak wordt dan het houden van toezicht. Dat heeft iets wrangs. De ontwikkeling die begon met de democratische rechtsstaat, die burgers beschermd tegen onrechtmatig overheidsingrijpen in hun privé sfeer,

verwordt dan in haar tegendeel: de toezichtsstaat, waarin de overheid bepaalt wat het algemeen belang is dat private partijen moeten dienen, en de vrijheden waar het ooit om begonnen was schendt om te kijken of ze dat wel goed doen. Ontwikkelingen in deze richting zijn er al. In het vorige nummer van het NTB kwam in de bijdrage van Zijlstra de ambivalentie ten opzichte van meebesturende partijen weer mooi naar voren: participatie van maatschappelijke organisaties mag bij bepaalde bestuurstaken dan aangewezen zijn, dat brengt wel altijd het risico mee dat participanten hun eigen belang voorop stellen, in plaats van het algemeen belang.⁷ Op EU-niveau valt te denken aan representativiteitsvereisen voor NGOs die willen participeren. De overheid besteedt deels haar bestuurstaken uit, maar vertrouwt er niet op dat de juiste partijen op de juiste manier in het gat springen, en creëert zo weer een nieuwe taak voor zichzelf: die van politieagent. Zij trekt zich het algemeen belang niet meer direct aan, maar controleert slechts of anderen dat op de juiste wijze doen. Ik dacht ooit dat het begrip 'participatiemaatschappij' iets te maken had met directe democratie en participatie in besluitvormingsprocedures. U kunt zich mijn onthutsing voorstellen toen ik mij realiseerde dat we mogen participeren in de uitvoering van wat voorheen een publieke taak was. Ouderenzorg bijvoorbeeld. Maar dat we zelf direct invloed uitoefenen op besluiten over de uitvoering van die publieke taak, dat bedoelde het kabinet niet te zeggen. Dat wringt, zeker wanneer de democratische legitimering van diezelfde overheid afneemt: de democratisch gekozen wetgever heeft haar taak immers al lang geleden uitbesteed.

De tweede optie is die van het bestuur dat zich opstelt als facilitator, als regisseur van het governanceproces. Zo'n bestuur erkent zijn beperkingen en laat het besturen over aan netwerken van actoren. Zijn belangrijkste taak wordt het faciliteren van die netwerken en het ondervangen van de zwakheden die dergelijke governance-structuren hebben. Dat doet het niet door te controleren of actoren zich het algemeen belang wel genoeg aantrekken, maar door te faciliteren dat alle belangen worden meegewogen. Bijvoorbeeld door te stimuleren dat gefragmenteerde belangen zich organiseren. Het bestuur creëert dan de participatiemaatschappij zoals ik mij die aanvankelijk voorstelde: een maatschappij waarin burgers weer de mogelijkheid wordt gegeven die zaken collectief te regelen die zij collectief willen regelen, en wel op de wijze die hen goedgeeft. Het zal duidelijk zijn welke optie mijn voorkeur heeft. En ik ben niet de enige: ook onderdelen van de overheid vinden dat maatschappelijke partners op basis van vertrouwen hun werk moeten en mogen doen. In de praktijk is het alleen lastig om dat vertrouwen te schenken en dat is denk ik niet onterecht wanneer er grote machtsverschillen bestaan tussen private actoren onderling.

Zelf vind ik het wel aardig om de faciliterende overheid te verbinden aan het aan populariteit winnende idee van een

6 M. Martijn, 'Vergeet de politiestaat. Welkom in de belastingstaat,' De Correspondent, 30 september 2014; www.nationaleombudsman.nl/nieuws/2014/ombudsman-fraudewet-pakt-goedwillende-burgers-aan-als-criminelen

7 S.E. Zijlstra, De maakbare overheid, NTB 2014/37.

basisinkomen: mijn utopia tegen het dystopia van de toezichtsstaat. Financiële onafhankelijkheid versterkt immers de positie van nu zwakke individuen aanzienlijk én mensen zouden de tijd hebben om zich over de publieke zaak te buigen. Wie weet is het ook een goed tegengif tegen de bedrijfsmatige benadering van de publieke zaak. Ik erger mij al jaren aan de BV Nederland. Maar minder ingrijpende maatregelen zijn ook mogelijk. Lagere drempels voor ideële organisaties om zich in besluitvormings- en juridische procedures te mengen bijvoorbeeld, of het instellen van ambassadeurs van het algemeen belang. De Winter benadrukt de mogelijkheden die ICT biedt om burgers die anders niet participeren te stimuleren dat wel te doen. Het actief uitnodigen van betrokkenen om zienswijzen in te dienen bijvoorbeeld. Zelf ben ik nogal gecharmeerd van de '21st century town meeting,' waar tot 5.000 burgers met behulp van moderne techniek inhoudelijk kunnen discussieren en besluiten kunnen nemen.⁸ De precieze maatregelen die het bestuur tot faciliteren moeten bewegen, staan mij nog niet helder op het netvlies: daar zijn de komende 25 jaar voor. Ik weet wel dat bij het bestuur het roer om moet: als moderne technieken een meer horizontale relatie met burgers eindelijk tot een reële mogelijkheid maken, dan moet het bestuur een goedwillende regisseur zijn, geen antagonistische controleur.

8 www.youtube.com/watch?v=rJbGTFm8ZPQ.