

Wat is daarop uw antwoord? Vragen over responsief bestuur

NTB 2018/45

1. Inleiding

In het paradijs doet de overheid precies wat de mensen willen. Daarbuiten wil niet iedereen hetzelfde en nemen wij genoeg met een rechtsstaat. Burgers worden beschermd doordat het bestuur zich moet houden aan regels die door de rechter worden gehandhaafd. Onwelgevallig bestuursoptreden wordt acceptabel(er) als het wordt gedragen door regels die voor alle burgers gelijk zijn. Maar burgers en regels veranderen. Van de overheid wordt verlangd dat zij verantwoording aflegt voor concrete resultaten en zich niet achter 'de regeltjes' verschuilt.

2. Maken regels bestuursoptreden aanvaardbaar?

Het idee dat bestuursoptreden aanvaardbaar wordt door middel van regels die gemaakt zijn in een vertegenwoordigende democratie heeft een deel van haar overtuigingskracht verloren. Vaak wordt gezegd dat burgers, na een proces van ontzuiling, individualisering en versnippering van het politieke landschap, het moeilijk vinden om zich vertegenwoordigd te voelen. Maar er is meer aan de hand.

Er zijn ontelbaar veel meer regels dan enkele decennia geleden. De wetgevingscomplexen zijn grotendeels onbegrijpelijk voor juridische leken. Geschoolde juristen zijn vaak niet in staat om hun de werking van deze regels uit te leggen en begrijpelijk te maken. Volksvertegenwoordigers die over de vaststelling van de regels stemmen, kunnen de inhoud en gevolgen ervan vaak slechts ten dele overzien. Veel regels worden na korte tijd weer vervangen door andere regels in de hoop dat die beter bevallen. Waarom zouden regels het bestuursoptreden aanvaardbaar maken?

Sommige regels worden zo strak aangesnoerd dat er geen ruimte voor individuele afweging overblijft. In een streven naar onvoorwaardelijke sanctiëring verdwijnt dan de "ruimte om mee te wegen wat in de bijzonderheden van het leven vereist is".² Door een terugvordering van kinderopvangtoeslag kunnen mensen, zeker als zij weinig geld achter de hand hebben, vrij gemakkelijk aan de rand van een financiële afgrond terecht komen, ook als zij het geld van de toeslag (vrijwel) geheel hebben gebruikt voor de opvang. Om wetten eenvoudiger en flexibeler te maken worden ze regelmatig vager en minder directief gemaakt, met als gevolg dat het bestuur meer ruimte krijgt om in individuele gevallen keuzes te maken. Voorbeelden hiervan bieden de

ontwikkelingen in het omgevingsrecht en in de gedecentraliseerde zorg in het sociale domein. Daar kan een burger van profiteren, maar de bestuurlijke keuze kan zich ook tegen hem keren. En in meer-partijenverhoudingen brengt het voordeel voor de een, die bijvoorbeeld een vergunning krijgt, het nadeel voor de ander teweeg. Wat doet dit met de aanvaardbaarheid van bestuursoptreden? Een verwijzing naar de wet, die de ruime keuze aan het bestuur heeft gelaten, overtuigt niet omdat het nauwelijks nog gaat om de aanvaardbaarheid van de bevoegdheid en veel meer om de wijze waarop die wordt uitgeoefend. En de vergoelijkende mantra dat het bestuur zijn keuzes verantwoordt door te laten zien dat zij passen in een consistent beleid, raakt sleets. Als uitgangspunt is consistentie van beleid goed (het dient gelijkheid en rechtszekerheid), maar het hanteren van beleidsregels kan gemakkelijk ontaarden doordat de ruimte voor individualisering grotendeels verdwijnt. In recente rechtspraak is een stap gezet om een deel van deze ruimte terug te winnen.³

3. Het perspectief van een burger

In een responsieve rechtsstaat heeft het bestuur uitdrukkelijk aandacht voor het perspectief van de burgers en is het bereid en in staat om daarop te antwoorden. Beginselen van behoorlijk bestuur helpen daarbij. In zijn relatie met een individuele burger kan een ambtenaar niet meer volstaan met het wijzen op een regel omdat voor de burger niet de regel voorop staat maar het contact. Ambtenaren moeten de regels wel in acht nemen, maar zich er niet achter verschuilen.⁴

Bij de bestudering van de legitimiteit van het bestuurshandelen komt er meer aandacht voor wat mensen er werkelijk toe brengt een beslissing te aanvaarden.⁵ Het lijkt erop dat het vertrouwen in de overheid en de aanvaardbaarheid van maatregelen onder meer afhangen van de mate waarin burgers over relevante informatie beschikken. En ook van de mate waarin zij zich gehoord voelen.

4. Inspraak

Omdat informatie en horen belangrijk zijn, wordt in verhandelingen over responsief bestuur gewezen op de rol van inspraak in het proces van beleids- en besluitvorming. Wat

1 Prof. mr. B.J. Schueler is hoogleraar bestuursrecht/omgevingsrecht aan de Universiteit Utrecht en staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

2 De formulering heb ik ontleend aan E.M.H. Hirsch Ballin, *Tegen de stroom*, Querido 2016, p. 118.

3 ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2814.

4 M. Scheltema, Keynote conferentie Toekomstbestendig Goed Bestuur, 2 september 2015.

5 Sociaalwetenschappelijk onderzoek kan juristen helpen hier nieuwe wegen in te vinden. Vgl. Kees van den Bos, *Vertrouwen in de overheid. Een essay over de sociaal-psychologische werking van vertrouwen en de mens als informatievergaend individu*, Den Haag: Ministerie van BZK 2011 (te vinden bij het Verslag conferentie 'De Responsieve Rechtsstaat' op de website prettigcontactmetdeoverheid.nl (verslag van een op 22 september 2016 gehouden conferentie).

dat uiteindelijk betekent voor het bestuursrecht is een interessante vraag. In veel landen klinkt de roep om inspraakverplichtingen in rechtsregels te vatten.⁶ Op sommige terreinen is die ontwikkeling al ver gevorderd, zoals in het milieurecht onder de invloed van het Verdrag van Aarhus. Waar het bestuursrecht evenwel tegenaan begint te lopen is de moeilijke juridiseerbaarheid van inspraakverplichtingen. Om inspraak effectief te laten zijn, moet het worden geboden in een vroeg stadium, wanneer zoals het Verdrag van Aarhus dat zegt 'all options are open and effective public participation can take place'. Om dit bestuursrechtelijk afdwingbaar te maken, zou de bestuursrechter in de beroepsprocedure tegen het uiteindelijk genomen besluit tot vernietiging moeten overgaan als een inspraakverplichting niet goed is nageleefd. Vaak zijn daar belangen van (vele) anderen bij betrokken en die kunnen (ernstig) worden geschaad als de besluitvorming, die vaak een lang traject doorloopt, van voren af aan opnieuw moet worden gedaan. Een rechterlijk antwoord op een aan het begin gemaakte inspraakfout komt eigenlijk te laat als het pas gegeven kan worden nadat het besluit is genomen. Voor het sanctioneren van inspraakverplichtingen zou een betere methode moeten worden gevonden. Daarbij denk ik eerder aan een laagdrempelige lokale ombudsman die in inspraakprocedures corrigerend kan optreden, dan aan rechterlijke interventies in de vroege besluitvormingsfase. Maar het invloedrijke Verdrag van Aarhus wijst meer in de richting van rechterlijke toetsing van de naleving van inspraakverplichtingen. Het is maar zeer de vraag of dat een goede manier is om inspraak werkelijk te bevorderen.

5. Horizontaal bestuur als alternatief?

Responsief bestuur wordt ook in verband gebracht met horizontaal bestuur: afspraken in plaats van eenzijdig bindende besluiten. De contracterende overheid beroept zich minder op de legitimerende werking van algemene regels en lijkt meer aandacht te hebben voor het individuele geval. Dat lijkt meer ruimte te bieden voor het perspectief van een burger.

Besturen via afspraken is niet per se responsiever dan via besluiten. Het voorbereiden van besluiten is aan vrij strenge normen gebonden. Als een bestuursorgaan een besluit gaat nemen, moet het de betrokken belangen afwegen, actief op zoek gaan naar nadelige effecten voor burgers en proberen die effecten te voorkomen of mitigeren. Vaak ontstaat er zelfs een verplichting om nadelen financieel of in natura te compenseren. In een contractuele verhouding kan de overheid weliswaar 'zorgplichten' jegens de contractspartij hebben, maar die vormen een correctie op het uitgangspunt dat iedere partij voor zijn eigen belangen zorgt. Het belang van de burger is in een contractuele relatie niet beter geborgd dan bij het nemen van een besluit.

Natuurlijk zijn er burgers (inclusief bedrijven en organisaties) die prima voor hun eigen belangen kunnen zorgen, ook in onderhandelingen met de overheid. Voor hen kan contracteren heel aantrekkelijk zijn. Maar het bestuur moet ook de belangen van andere burgers, die niet mee contracteren, volledig tot hun recht laten komen. Daarom kan het bestuur zich niet binden tot de behartiging van de belangen van alleen zijn contractspartij als daardoor anderen worden benadeeld. Krachtige en mondige spelers mogen door het bestuur niet worden voorgetrokken, want responsief bestuur is niet bedoeld om afscheid te nemen van het gelijkheidsbeginsel. Daarom zijn contracten vaak geen alternatief voor op algemene regels gebaseerde besluiten, ook niet in een responsief bestuursrecht.

Deze schaduwzijde van horizontaal bestuur neemt niet weg dat de samenwerkende en contracterende overheid een al heel lang bestaand fenomeen is, waar het bestuursrecht iets mee moet. Dan gaat het niet alleen om de grensbepaling tussen bestuurs- en privaatrecht. Er wordt voor gepleit om geschillen over (de uitvoering van) bevoegdhedenovereenkomsten onder de competentie van de bestuursrechter te brengen.⁷ Belangrijker nog lijkt mij de vraag wat de bestuursrechter daar dan mee moet gaan doen. We moeten vooral de vraag onder ogen zien of er, meer dan tot nu toe, invulling kan worden gegeven aan het recht dat van toepassing is op overheidscontracten. Het wezenlijke verschil met andere overeenkomsten is dat de overheid meestal sterker is gebonden door haar publieke taak en plichten dan door de individuele afspraak. Daarom kan zij bijvoorbeeld in beginsel geen resultaatsverplichtingen aangaan over bevoegdheden in de ruimtelijke ordening en verbleken de daar gesloten overeenkomsten vaak tot factoren waaraan in een brede bestuurlijke belangenafweging slechts een beperkt gewicht mag toekomen.⁸ Als de publiekrechtelijke regels en procedures tot een ander resultaat leiden dan wat was afgesproken, wijkt de contractuele gebondenheid. Maar wat doen we met de kennelijk sterke behoefte van burgers en bedrijven die hun vertrouwen hebben gesteld in de goedbedoelende ambtenaren, wethouders en andere bestuurders met wie zij geïnspireerd door de tijdgeest 'tot goede afspraken zijn gekomen'? Deze vraag rijst niet alleen als initiatiefnemers, bijvoorbeeld in de bouw, afspraken met de gemeente maken over toekomstige besluitvorming, maar bijvoorbeeld ook wanneer een (responsief) bestuursorgaan ter afronding van een mediation een vaststellingsovereenkomst sluit.⁹

6. Ter afronding: realistische conflictlossing

De hiervóór gerezen vragen over inspraak en horizontaal bestuur verdienen mijns inziens de aandacht tegen de achtergrond van de afkalkende overtuigingskracht van algemene regels. Het idee van een responsief bestuursrecht

6 Zie bijvoorbeeld Th. Gross (ed.), *Public Participation in Infrastructure Planning – Comparative Analysis of Ten European Countries*, London: Esperia 2015.

7 Daarover F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen & K.J. de Graaf, 'Het besluit voorbij', *VAR-reeks 150*, Den Haag: Bju 2013.

8 ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3067.

9 ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2499. Ter afronding: realistische conflictlossing.

kan daarbij helpen, ook al is het nog niet eenvoudig het bestuursrechtelijk systeem daarop af te stemmen.

Voor een belangrijk aspect van het bestuursrecht biedt het idee van responsief bestuur reeds nu houvast: de oplossing van conflicten tussen bestuur en burger. Er zijn inmiddels veel ervaringen met het verbeteren van communicatie tussen ambtenaren en burgers. Bekend zijn de vaak geslaagde experimenten met mediation en informele behandeling van bezwaarschriften.¹⁰ Inzichten in goede klachtbehandeling hebben zich sterk ontwikkeld.¹¹ Bij incasso van schulden zijn informele, niet gejuridiseerde overheidspraktijken effectief gebleken, hetgeen in verband wordt gebracht met een realistisch perspectief op redzaamheid van burgers.¹²

Bij het zoeken naar oplossingen heeft het bestuur in veel gevallen meer vrijheid dan de rechter, die de discretionaire ruimte van het bestuur moet respecteren. Maar het bestuur kan ten overstaan van de rechter worden aangesproken op de keuze die het heeft gemaakt. Bij de rechtbanken bestaat nu al een reeks van jaren ervaring met de nieuwe zaaksbehandeling, die van de oude verschilt door met name een sterke oriëntatie op het tussen partijen werkelijk bestaande conflict en het gebruik van ook niet-juridische inzichten in conflictbeslechting en procedurele rechtvaardigheid.¹³ Deze ervaringen, in klachtbehandeling, in bezwaar en in beroep, hebben veel alternatieven voor oude gewoonten aan het licht gebracht. Interessant is vooral dat zij laten zien hoe de oplossing van conflicten kan worden gevonden langs niet puur juridische wegen. De oplossing wordt dan niet gevonden door de feiten onder de regels te schuiven en te zien wat eruit komt, maar door een oplossing voor het conflict tussen partijen te zoeken en te kijken of die toelaatbaar is onder de toepasselijke regels. Het bestuursrecht, in het bijzonder de Awb, blijkt daar veel ruimte voor te bieden.

10 Zie daarover onder veel meer de website prettigcontactmetdeoverheid.nl de bijdrage van A.T. Marseille aan deze aflevering (NTB 2018/32).

11 Recent de Nationale ombudsman, *Ombudsvisie op professionele klachtbehandeling. Werken aan oplossingen en leren van klachten*, Den Haag 2018.

12 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten in nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag: WRR 2017.

13 Daarover onder veel anderen: recent D. Allewijn, *Tussen recht en vrede, mediation in de responsieve rechtsstaat* (oratie Amsterdam VU), Amsterdam 2018 en K.A.W.M. de Jong, 'Geen sfinx te zien. Een onderzoek naar de zaaksbehandeling bij de Amsterdamse bestuursrechter', NTB 2018/16.