

Lukas van den Berge\*

## I | **Macht en tegenmacht in de netwerksamenleving**

### *Drie uitdagingen voor het bestuursrecht van de toekomst*

@L\_vandenBerge – Het klassieke besluitenprocesrecht beschermt tegen het bestuur in zijn rol als centrale beslisser, maar tegen moderne vormen van publieke machtsuitoefening staat het betrekkelijk machteloos. Alleen een radicale breuk met de idee van het besluit als de kern van bestuurlijk handelen biedt het juiste tegenwicht#besluit#governance#netwerksamenleving

#### **1. Inleiding**

Bij het uitvoeren van beleid vertrouwen overheden veelal niet langer op een verticaal en centralistisch model van ‘command and control’, maar op ‘publiek-private samenwerking’, ‘netwerkbestuur’ en ‘regulering op afstand’ als meer horizontaal georiënteerde strategieën om hun doelen te verwezenlijken.<sup>1</sup> Met de verschuiving van ‘government’ naar ‘governance’ is een netwerksamenleving ontstaan waarin publieke machtsuitoefening in toenemende mate in handen is komen te liggen van ingewikkelde bestuurlijke netwerken van publieke en private actoren waarin een duidelijke hiërarchie ontbreekt.<sup>2</sup> Voor een adequaat functioneren van het bestuursrecht als stelsel van macht en tegenmacht levert de opkomst van de moderne netwerksamenleving verschillende uitdagingen op. Het klassieke besluitenprocesrecht zoals dat kort na de oorlog het licht zag en bij de invoering van de Algemene wet bestuursrecht in wezen onaangetast bleef komt aan die uitdagingen onvoldoende tegemoet. In plaats daarvan is het tijd voor een stelsel dat fundamenteel breekt met de centrale positie van het besluit als de spil van het bestuursrechtelijk geding.<sup>3</sup>

---

\* Mr. dr. L. van den Berge is universitair docent rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht.

<sup>1</sup> Zie voor een handzame overzichtsartikelen onder meer D. Levi-Faur, ‘From Big Government to Big Governance?’, in: D. Levi-Faur (red.), *Oxford Handbook of Governance*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 3-18; D. Levi-Faur, ‘Regulation and regulatory governance’, in: D. Levi-Faur (red.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 3-21.

<sup>2</sup> Vgl. o.a. M. Castells, *The Rise of the Network Society*, Londen: Blackwell 2000. Zie voor een helder essay over de relevantie van Castells ideeën voor het recht onder meer H.C.G. Spoormans, ‘De netwerkstaat en het recht’, in: A.H. Lamers en C.M. Zoethout (red.), *De netwerkstaat en het recht*, Zutphen: Paris 2017, p. 17-35.

<sup>3</sup> Zie ook L. van den Berge, ‘Bestuursrecht in de netwerksamenleving. Waarom de rechtsmacht van de bestuursrechter een materiële grondslag behoeft’, *RM Themis* 2018, afl. 4 (hierna: Van den Berge 2018a).

## 2. Privatisering

Een eerste uitdaging waartegen het klassieke besluitenprocesrecht onvoldoende is opgewassen is de uitbesteding van publieke taken aan private actoren. Vooral in de jaren negentig van de vorige eeuw nam de privatisering van overheidstaken een hoge vlucht, voortgedreven door een managementfilosofie van ‘new public management’ die een sterk vertrouwen stelt in de ‘entrepreneurial spirit’ en de tucht van de markt als de sleutels tot de betere, snellere en goedkopere uitvoering van overheidsbeleid.<sup>4</sup> Inmiddels is de theorie van ‘new public management’ alweer doodverklaard en begraven onder het inzicht dat een al te eenzijdige nadruk op marktwerking afbreuk kan doen aan belangrijke publieke standaarden van transparantie, inclusiviteit, democratische verantwoording en de bescherming van grondrechten.<sup>5</sup> In 2000 concludeerde de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) bijvoorbeeld al dat ongebreidelde marktwerking een risico inhoudt voor de borging van publieke belangen – een stelling die zeker na de kredietcrisis in 2008 breed wordt onderschreven en inmiddels in tal van studies nader is uitgewerkt.<sup>6</sup>

De figuurlijke dood van ‘new public management’ betekent echter geenszins dat het oude bureaucratistische model nu weer herleeft en de overheid opnieuw een centrale positie inneemt als ‘spin in het web’ van een geleide economie en verzorgingsstaat. In een recent rapport bepleit de WRR bijvoorbeeld een transitie van een ‘marktwerkingsbeleid’ naar ‘een bredere visie op maatschappelijke ordeningsvraagstukken’ waarin ‘de overheid, marktpartijen en de samenleving’ samen zorg dragen voor de behartiging van publieke belangen.<sup>7</sup> In soortgelijke zin bepleit de Raad voor openbaar bestuur een ‘vitale samenleving’ waarin ‘burgers en bedrijven meer verantwoordelijkheid nemen voor de publieke zaak’. In tijden van een globaliserende economie, zo signaleert de Raad, is ‘de rek uit de overheidsfinanciën’, zodat een terugkeer naar de bureaucratistische verzorgingsstaat alleen om financiële redenen al onmogelijk is. Daarnaast signaleert de Raad dat veel maatschappelijke vraagstukken te ingewikkeld zijn voor de overheid om ze te kunnen oplossen. Daarom pleit de Raad voor coöperatief bestuur en een ‘voorwaardenscheppende overheid’ die zich beperkt tot het creëren van rand-

---

<sup>4</sup> D. Osborne en T. Gaebler, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New York: Addison-Wesley 1992.

<sup>5</sup> P. Dunleavy e.a., ‘New Public Management Is Dead—Long Live Digital-Era Governance’, *Journal of Public Administration Research and Theory* 2006, afl. 3, p. 467–494.

<sup>6</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: Sdu 2000; id., *Het gezicht van de publieke zaak - Openbaar bestuur onder ogen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2010; id., *Publieke zaken in de marktsamenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2012; Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten, *Verbinding verbroken? Onderzoek naar de parlementaire besluitvorming over de privatisering en verzelfstandiging van overheidsdiensten*, Den Haag 2012 (= *Kamerstukken I 2012-2013*, C, A).

<sup>7</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2012, p. 13.

voorwaarden en ‘de invulling en uitvoering van de eigen en gedeelde belangen’ voortaan overlaat aan burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties.<sup>8</sup>

Het Nederlandse stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is notoir slecht tegen trends van privatisering en coöperatief bestuur opgewassen.<sup>9</sup> De problemen openbaren zich onder meer met betrekking tot het b-organabegrip, al sinds jaar en dag een dogmatisch zorgenkind en recent het voorwerp van een serie uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak en een conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven die opnieuw tot veel discussie leidden.<sup>10</sup> De nieuwe koers die de Afdeling conform de conclusie uitzet komt erop neer dat het publieke karakter van een bepaalde taak op zichzelf geen reden meer kan zijn een niet-statelijke actor aan te merken als bestuursorgaan. Een zelfstandig materieel publieketaakcriterium zou voor de rechtspraktijk niet goed hanteerbaar zijn. Beter is het volgens de Afdeling het publieketaakcriterium de resultante te laten zijn van het ‘betalen en bepalen’ door de overheid, waarbij het bestaan van een financiële en inhoudelijke band grotendeels afhankelijk is gemaakt van een aantal formele criteria die inzake het b-organabegrip meer houvast zouden kunnen bieden.<sup>11</sup>

Op de formele aanscherping van het b-organabegrip is overwegend met instemming gereageerd. ‘Deze jurisprudentie brengt rust’, concludeert Schreuder-Vlasblom bijvoorbeeld in haar omvangrijke handboek over het bestuursprocesrecht.<sup>12</sup> Maar zoals Den Ouden onlangs al signaleerde heeft de ‘nieuwe duidelijkheid’ met betrekking tot het b-organabegrip ook een keerzijde. Zij functioneert niet alleen als welkom houvast voor de rechtspraktijk, maar biedt het bestuur bovendien een handige ‘routekaart’ om bestuursrechtelijke rechtsbescherming en vanzelfsprekende publiekrechtelijke normering te vermijden.<sup>13</sup> Neem nu de GoudApot, een door de gemeente aan particulier beheer toevertrouwde ‘pot met geld voor grote en kleine initiatieven in Gouda’ waarvoor de initiatiefnemers financiële ondersteuning kunnen gebruiken.<sup>14</sup> Van vooraf van overheidswege vastgestelde criteria aan de hand waarvan het geld moet worden verdeeld is geen sprake. Aldus kwalificeert de stichting niet als b-organaan en blijft zij handig onder de radar van het bestuursrecht als een juridisch regime met eigen normen en pro-

<sup>8</sup> Raad voor het openbaar bestuur, *Loslaten in vertrouwen. Naar een nieuwe verhouding tussen overheid, markt én samenleving*, Den Haag 2012, p. 9-11.

<sup>9</sup> Zie ook L. van den Berge, ‘Van government naar governance: besturen onder de radar van het bestuursrecht’, *NTB* 2018/40 (hierna: Van den Berge 2018b).

<sup>10</sup> ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, *AB* 2015/129, m.nt. H. Peters (*Schipholregio*); ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, *AB* 2015/130, m.nt. H. Peters (*Platform 31*); conclusie A-G Widdershoven van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260.

<sup>11</sup> Zie verder o.a. J.A.F. Peters, ‘De publieke taakjurisprudentie geijkt’, *NTB* 2015/23.

<sup>12</sup> M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2016, p. 223.

<sup>13</sup> W. den Ouden, ‘Het coöperatieve bestuursorgaan’, *NTB* 2016/52, p. 390.

<sup>14</sup> Zie [www.goudapot.nl](http://www.goudapot.nl).

cedures. Op die manier kan zij bij afwijzingen volstaan met een een- of tweeregelig briefje. Bezwaar tegen beslissingen is uitgesloten; de uiteindelijk beoordeling van de subsidieaanvraag, zo bepaalt een van de belangrijkste ‘spelregels’ van de stichting, is definitief.<sup>15</sup>

### 3. Managerialisme

Ten tweede wordt het bestuursrecht als rechtsstatelijk stelsel van macht en tegenmacht uitgedaagd door een toenemend ‘managerialisme’ van publieke actoren zelf. Onder druk van een globaliserende economie hebben overheden zich de laatste decennia sterk genoodzaakt gezien hun handelen af te stemmen op kwantitatieve standaarden van output en efficiency, aldus opererend vanuit een bedrijfsmatige rationaliteit die het belang van adequate rechtsbescherming en democratische controle aanzienlijk naar de achtergrond heeft gedrongen.<sup>16</sup> Juist door zich ten opzichte van zijn subjecten als ‘partner’ op te werpen is het moderne manageriële bestuur in staat de klassieke juridische grenslijnen tussen staat en maatschappij te passeren en dringt het uiterst diep en dwingend door in de private ruimte van burgers.<sup>17</sup> Door zich te bedienen van diffuse sturings technieken onttrekt het moderne bestuur zich vrij gemakkelijk aan bestuursrechtelijke procedures die recht doen aan de slechts ogenschijnlijk zo horizontale en consensuele, maar in feite toch eenzijdig dwingende wijze waarop het zijn subjecten zijn wil oplegt.<sup>18</sup> Hoe kan vorm worden gegeven aan een stelsel van publiekrechtelijke rechtsbescherming dat aan het moderne bestuur het juiste weerwerk biedt?

De machteloosheid van het klassieke, op bestuursbesluiten en andere formele figuren gefixeerde bestuursrecht tegen het moderne manageriële bestuur blijkt onder meer uit recente ontwikkelingen in het ‘sociaal domein’ zoals dat wordt bestreken door, onder meer, de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015

---

<sup>15</sup> Zie voor kritische analyses over vormen van publiek-private samenwerking bij de besteding van publieke middelen verder o.a. J. van den Brink, *Realistisch revolveren: Het revolverend fonds met een Europese touch*, Maastricht: Maastricht University Press 2018; J. van den Brink en W. den Ouden, ‘De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?’, *NJB* 2016/2000; J. van den Brink en W. den Ouden, ‘Invest-NL: bankieren met € 2,5 miljard publiek geld, welke regels gelden er eigenlijk?’, *NJB* 2018/1100.

<sup>16</sup> J. Clarke en J. Newman, *The Managerial State*, Londen: Sage 1997; C. Crouch, *Post-Democracy*, Cambridge: Polity Press 2004.

<sup>17</sup> W. Brown, *Undoing the Demos: Neoliberalism’s Stealth Revolution*, New York: Zone Books 2015; Y. Papadopoulos, *Democracy in Crisis? Politics, Governance and Policy*, New York: Palgrave Macmillan 2013, met een kritische analyse van de moderne mode van coöperatief bestuur en collaboratief beleid in hoofdstuk 4; J.S. Davies, *Challenging Governance Theory: From Networks to Hegemony*, Cambridge: The Policy Press 2011.

<sup>18</sup> Zie ook L. van den Berge, ‘Gouvernementaliteit en rechtsbescherming: Groninger gas, sociaal domein en de ongrijpbare overheid’, *NJB* 2018/820 (hierna: Van den Berge 2018c).

(hierna: Wmo 2015). Die wet past in een bredere ontwikkeling waarbij de klassieke verzorgingsstaat wordt ingewisseld voor een ‘participatiesamenleving’ waarin ‘iedereen die dat kan, wordt gevraagd verantwoordelijkheid te nemen voor zijn of haar eigen leven en omgeving’.<sup>19</sup> Als stip aan de horizon schetst de wetgever ons een paradijselijk oord waar burgers onderling elkaar belangeloos bijstaan en publieke en private actoren zich gezamenlijk scharen achter het ‘gezamenlijk doel’ van een ‘zo integraal mogelijke dienstverlening’ aan hulpbehoevenden.<sup>20</sup> Een minder hoogverheven doel dat met de Wmo 2015 wordt nagestreefd is kostenbeheersing. Door de zorg beter toe te snijden op particuliere mogelijkheden en behoeften acht de wetgever het mogelijk de zorg vooraan niet alleen beter maar ook fors goedkoper te maken.<sup>21</sup>

Een manageriële bestuurstechniek die daarbij wordt ingezet behelst onder meer de figuur van de resultaatverplichting. Waar burgers met een chronische beperking voorheen *in abstracto* aanspraak konden maken op een bepaald zorgaanbod, geldt onder de Wmo 2015 nog slechts dat de overheid zich verbindt aan een uiteindelijk te bereiken resultaat, zoals, bijvoorbeeld, het kunnen beschikken over ‘een schoon en leefbaar huis’ en ‘schone en draagbare kleding’.<sup>22</sup> Het nieuwe sociaal domein bevat tal van financiële prikkels waarmee wordt beoogd die resultaten op voor de staatskas zo voordelig mogelijke wijze te realiseren. Sowieso confronteert de Wmo 2015 de gemeenten met een ‘forse financiële opgave’ en worden die aldus door de centrale overheid ertoe aangezet om ‘een groter beroep te doen op de eigen mogelijkheden van mensen en hun sociale netwerken’. Gedwongen door budgettaire beperkingen gingen de gemeenten er op hun beurt toe over aanbestedingen te organiseren waarbij private zorgaanbieders werden aangemoedigd de te behalen ‘zorgresultaten’ tegen zo laag mogelijke kosten op zich te nemen.<sup>23</sup> Meer in morele zin bevat het nieuwe stelsel bovendien prikkels waarmee wordt beoogd hulpbehoevenden en hun sociale omgeving zelf tot een actievere houding te bewegen. Schermend met een nieuw burgerschapsideaal dat ‘rechten en plichten meer met elkaar in evenwicht brengt’ beoogt de Wmo 2015 dezelfde eindresultaten te bewerkstelligen voor beduidend minder geld.<sup>24</sup>

Een cruciaal en inmiddels nogal berucht element in deze resultaatgerichte aanpak is het ‘keukentafelgesprek’ als zinnebeeld bij uitstek van de moderne ‘stealthtechnologie’ waarmee het bestuur diep binnendringt in het private do-

<sup>19</sup> Troonrede 2013, beschikbaar via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl).

<sup>20</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 22-24.

<sup>21</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 3: ‘[D]e decentralisatie van verantwoordelijkheden [kan] niet los worden gezien van de financiële opgave waarvoor de regering zich gesteld ziet.’

<sup>22</sup> Zie onder andere de VNG-brochure ‘Kantelen in de Wmo. Handreiking voor visieontwikkeling en organisatievorming’, september 2010, p. 5: ‘Centraal [bij de Kanteling] staat een omslag van claim- en aanbodgericht werken (voorzieningen en hulpmiddelen) naar vraag- en resultaatgericht werken (participatie en zelfredzaamheid).’

<sup>23</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 3-4.

<sup>24</sup> Wmo 2015, aanhef.

mein van burgers, maar onder de radar blijft van het bestuursrecht als bijzonder materieel en procedureel juridisch regime.<sup>25</sup> Het keukentafelgesprek, zo vertellen talloze kleurrijke folders ons, is een ‘gesprek van mens tot mens’, een persoonlijk onderhoud met een zorgconsulent van de gemeente met wie ‘je (*sic*) samen kijkt wat je persoonlijke situatie is, waar je (*sic*) ondersteuning bij nodig hebt, en wat oplossingen zouden kunnen zijn. Jij (*sic*) mag zeggen waar je (*sic*) behoefte aan hebt’. Van de uitkomst van het gesprek heeft de hulpbehoevende zogenaamd niets te vrezen; daarom is het zaak ‘je (*sic*) verhaal zo eerlijk mogelijk te vertellen’, zodat ‘je (*sic*) samen met je (*sic*) gesprekspartner het beste kunt afspreken welke oplossingen bij jouw (*sic*) situatie passen’. De consequente tutoyering in zo’n folder is veel meer dan alleen vorm; het representeert een veel breder opgehouden schijn van horizontaliteit en consensualisme die het moderne bestuur bij uitstek in staat stelt klassieke grenzen tussen staat en samenleving te passeren en het leven van burgers tot in de haarvaten van het private domein te micro-managen.<sup>26</sup>

Aan lastige juridische procedures heeft het moderne manageriële bestuur weinig behoefte. De uitkomst van het keukentafelgesprek is door de wetgever uitdrukkelijk uitgesloten als appellabel besluit; alleen tegen de beslissing op een aanvraag tot een ‘maatwerkvoorziening’ die door de hulpbehoevende pas met die uitkomst in handen kan worden aangevraagd staat bezwaar en beroep bij de bestuursrechter open.<sup>27</sup> Probleem was daarbij tot voor kort dat beslissingen tot het verlenen van maatwerkvoorzieningen niet veel meer inhielden dan de toekenning van het recht op een bepaald eindresultaat, zoals bijvoorbeeld ‘een schoon en leefbaar huis’. Inmiddels heeft de Centrale Raad van Beroep geoordeeld dat dergelijke algemene resultaatverplichtingen ‘een duidelijke maatstaf missen’ en aldus strijd opleveren met beginselen van zorgvuldigheid, motivering en rechtszekerheid.<sup>28</sup> Maar zoals ook Marseille terecht signaleert zijn daarmee de problemen nog lang niet opgelost. Voorlopig zal het nog wel even duren totdat het met de beperkte middelen van het besluitenprocesrecht geleverde verzet van de bestuursrechter tegen het rechtsbeschermingstekort in het sociaal domein nader

---

<sup>25</sup> B.J. van Ettehoven, ‘Herrie rond de keukentafel’, *NTB* 2016/52, p. 374. Zie voor het beeld van een bestuurlijke ‘stealthtechnologie’ o.a. Brown 2015, hoofdstuk 4; L. van den Berge, ‘Van government naar governance: besturen onder de radar van het bestuursrecht’, *NTB* 2018/40.

<sup>26</sup> Vgl. o.a. Van den Berge 2018a, par. 6.

<sup>27</sup> Zie voor duidelijke uitleg verder o.a. A.T. Marseille, ‘Huishoudelijke hulp in de Wmo 2015: bureaucratic rationality versus rechtszekerheid’, *AA* 2016/9, p. 637-642.

<sup>28</sup> CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1491, *AB* 2016/263, m.nt. A. Tollenaar; CRvB 18 mei 2016, *AB* 2016/202 m.nt. C.W.C.A. Bruggeman; CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1402, *AB* 2016/203, m. nt. C.W.C.A. Bruggeman; CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1404, *AB* 2016/204, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman.

is uitgekristalliseerd.<sup>29</sup> Uiteindelijk is het hopen op een snel politiek vervolg aan een door regeringscommissaris Scheltema op hoofdlijnen geschetst wetsontwerp waarmee de knellende mal van het bestuursbesluit als centraal object van het bestuursrechtelijke geding geheel wordt opengebroken.<sup>30</sup>

#### 4. Gebroken verantwoordelijkheid

Een derde uitdaging waarmee de netwerksamenleving het bestuursrecht confronteert is het probleem van de gebroken verantwoordelijkheid. Publieke verantwoordelijkheden raken maar al te vaak zoek in de talrijke structuren van ‘multilevel governance’ en publiek-private samenwerking waarbinnen publieke machtsuitoefening vandaag de dag veelal is ingebed.

De situatie rondom de Groninger gaswinning biedt daarvan een uitstekend voorbeeld. Na de vondst van de Groninger gasbel vertrouwde de overheid de regio over de winning ervan al snel toe aan een onontwarbare kluit van publieke en private actoren die bekendheid heeft verworven als het Groninger gasgebouw, dat valt te beschouwen als een vroege manifestatie van publiek-privaat netwerkbestuur zoals dat in de jaren tachtig en negentig zou uitgroeien tot dominante bestuursvorm. Aanvankelijk leek het Gasgebouw een ‘win-win-situatie’; de private partijen verdienden een hoop geld en de staat profiteerde mee door een groot deel van de winst op te strijken. Maar uiteindelijk bleek dat de gaswinning ook verliezers kent. Terwijl de boerderijen en woningen op hun grondvesten schudden, bleven de ‘partners’ in het Gasgebouw aanvankelijk alle even bewegingsloos zitten, afwachting tot dat een ander zijn verantwoordelijkheid zou nemen.<sup>31</sup>

Ook bij de afhandeling van de schade stonden de in het Gasgebouw verenigde partijen niet direct vooraan om hun verantwoordelijkheid te nemen. De staat verwees gedupeerden tot voor kort naar de NAM als enige juridisch aanspreekbare partij en kwam zelf niet verder dan het instellen van een ‘coördinator’ en een ‘dialogtafel’ als constructies die elke publieke eindverantwoordelijkheid voor de

<sup>29</sup> A.T. Marseille, ‘Weg van het besluit en het bestuur in het sociaal domein: gevolgen voor de rechtsbescherming’, in: R.J.N. Schlössels e.a., *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 45-60.

<sup>30</sup> M. Scheltema, ‘Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein’, *NTB* 2018/3 (ook beschikbaar via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl)). In 2018 verscheen een bijzonder nummer van het NTB waarin verschillende experts uit wetenschap en praktijk Scheltema’s advies van nader commentaar voorzien.

<sup>31</sup> Het gebrek aan verantwoordelijkheidsgevoel bij de in het gasgebouw verenigde partijen (de publieke niet minder dan de private) wordt genadeloos blootgelegd in Onderzoeksraad voor de Veiligheid, *Aardbevingsrisico’s in Groningen*, Den Haag 2015 (beschikbaar via [www.onderzoeksraad.nl](http://www.onderzoeksraad.nl)), hoofdstuk 3. Zie verder ook Van den Berge 2018c, met verdere verwijzingen.

ontstane situatie reeds door zo te heten uit de weg gaan.<sup>32</sup> En dat terwijl het toch weinig twijfel lijdt dat de bescherming van lijf en goed van de Groningers een publieke verantwoordelijkheid is die de overheid op geen enkele wijze van zich zou moeten kunnen vervreemden – zeker niet wanneer het de overheid zelf is die vergunningen uitdeelt, convenanten sluit en uiteindelijk het merendeel van de winst opstrijkt. Pas na aanhoudende maatschappelijke en politieke druk stelde de regering onlangs een onafhankelijk opererend bestuursorgaan in waarbij gedupeerden met hun schadeverzoeken rechtstreeks terecht kunnen en tegen wiens beslissingen bezwaar en beroep bij de bestuursrechter openstaat.<sup>33</sup>

## 5. Radicale breuk

Hoe zou nu vorm kunnen worden gegeven aan een stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming dat optimaal aan deze drie uitdagingen tegemoetkomt? Het Nederlandse bestuursrecht gaat van oudsher uit van de gedachte dat ‘typisch overheidshandelen’ bestaat uit het bestuursbesluit als ‘de wilsverklaring van een bestuursorgaan voor een bijzonder geval, gericht op het scheppen van een nieuwe, het wijzigen of het opheffen van een bestaande rechtsverhouding’.<sup>34</sup> Ook in het ‘groeimodel’ zoals dat onlangs is voorgesteld door Van Ommeren en Huisman blijft die gedachte onaangetast. Ter afbakening van de competentie van de bestuursrechter houdt dat model vast aan het besluit als de ‘harde kern’ van het besturen, geleidelijk uit te breiden met een omringende ‘schil’ die zou bestaan uit handelingen ter voorbereiding en uitvoering ervan.<sup>35</sup> Maar waarom geldt het bestuursbesluit eigenlijk als de ‘kern’ van publieke machtsuitoefening en zouden andere overheidshandelingen hooguit tot een omringende ‘schil’ behoren?<sup>36</sup> Waarom zou laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming slechts open hoeven staan voor burgers die wensen op te komen tegen handelingen die

<sup>32</sup> Zie verder o.a. H. Winter & M. Wever, *De governance van de afhandeling van mijnbouwschade*, Groningen: RUG 2016, beschikbaar via [www.provinciegroningen.nl](http://www.provinciegroningen.nl); J. Stoker e.a., *Dialoogtafel: woorden én daden*, Groningen: RUG 2015, beschikbaar via [www.rug.nl](http://www.rug.nl).

<sup>33</sup> Zie o.a. J. van de Bunt & M. Tjepkema, ‘Een nieuw schadeprotocol voor de mijnbouwschade in Groningen’, *NJB* 2018/587, met verdere verwijzingen.

<sup>34</sup> C.W. van der Pot, ‘De vormen van het besturen’, in: C.W. van der Pot e.a. (red.), *Nederlandsch bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1932, p. 204.

<sup>35</sup> F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, ‘Van besluit naar rechtsbetrekking: een groei-model’, in: *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 12-15.

<sup>36</sup> Vgl. o.a. Ch. Backes, *Suum cuique. Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 21; J.A.F. Peters, ‘In de ban van het besluit. Over de verhouding tussen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, het besluit en de rechtsmachtverdeling’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 33-38.



kunnen worden gerelateerd aan een besluit, terwijl burgers met klachten over meer diffuse, schijnbaar horizontale maar in feite op zijn minst even dwingende manieren waarop de overheid burgers haar wil oplegt alleen terecht kunnen bij de burgerlijke rechter?

Een bestuursrechtelijke theorie die het wezen van het bestuursrecht blijft zoeken in de eenzijdige, op een duidelijke wettelijke bevoegdheid steunende vaststelling van andermans rechtspositie is niet in overeenstemming te brengen met de praktijk van indirecte sturing waarin de macht van het bestuur zich veelal op meer verholde wijze laat gelden. Bestuurlijke machtsuitoefening bestaat allang niet meer in de kern uit 'het vormen en vaststellen van nieuw objectief recht door besluiten',<sup>37</sup> maar veeleer uit een breed palet aan indirecte sturingstechnieken die de schijn wekken van horizontaliteit en consensualisme maar in feite diep en uiterst dwingend ingrijpen in de private leefwereld van burgers. In de 'managerial state' waarin wij leven kneedt het bestuur zich tot de vorm die het voor de gelegenheid het meest passend acht, als het nodig is terugvallend op zijn klassieke rol als centrale beslisser, maar zich bij voorkeur presenterend als 'partner' die 'samen met burgers' maatschappelijke problemen te lijf gaat. Alleen een materieel criterium van rechterlijke competentieafbakening dat de kern van het besturen zoekt in feitelijke publieke machtsuitoefening en niet in het nemen van besluiten is tegen het moderne veelvormige, gemakkelijk over formele grenslijnen heenstappende bestuur voldoende opgewassen.<sup>38</sup>

Het is typerend voor het Nederlandse bestuursrecht dat het disfunctioneren van het bestuursbesluit als centraal object van het bestuursrechtelijk geding tot op de dag van vandaag geen reden is geweest het stelsel op dit punt in fundamentele zin te herzien. Stelselwijzigingen in het Nederlandse bestuursrecht komen al sinds jaar en dag uit de koker van verdeelde commissies waarvan de leden hun verschillen van inzicht plegen te maskeren in dikke rapporten die moeizame compromissen bevatten of controversiële kwesties geheel uit de weg gaan. Niet voor niets benadrukt de memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht het 'in hoofdzaak [...] codificerend en harmoniserend karakter' van de wet; een op 'fundamentele en dogmatische beschouwingen' berustende visie zou toekomstige ontwikkelingen slechts 'nodeloos in de weg' staan en werd daarom gezien als een olifant die het uitzicht belemmert.<sup>39</sup> Met de opkomst van de netwerksamenleving in de laatste decennia werd steeds duide-

<sup>37</sup> Van Ommeren en Huisman 2013, p. 80.

<sup>38</sup> Vgl. o.a. Van den Berge 2018a voor het beeld van de 'proteïsche overheid', even ongrijpbaar als de Griekse zeegod Proteus door voortdurend van gedaante te veranderen.

<sup>39</sup> *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 11. Vgl. M. Rutte, 'Nederland bij de tijd brengen: verandering én zekerheid', H.J. Schoolezing 2013, beschikbaar via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl): 'Laat ik [...] allereerst de olifant die daar in de hoek staat een hand geven. U hebt hem vast ook zien staan. 'VISIE', staat er in hoofdletters op. [...] Een land, een samenleving past niet in een mal. Waar ik wel in geloof is visie als perspectief voor mensen.'

lijker dat aan de Nederlandse traditie van besluitenprocesrecht tal van bezwaren kleven. Om tot oplossingen te komen is meer nodig dan een ad-hoc-oplossing hier en een doekje voor het bloeden daar: alleen een radicale breuk met de idee van het besluit als de kern van het besturen zal voldoende soelaas kunnen bieden.

## 6. Conclusie

Publieke machtsuitoefening wordt traditioneel wel voorgesteld aan de hand van het klassieke panopticon: Benthams ideale koepelgevangenis waarin een bewaker vanuit het centrum alziend toezicht houdt op de gevangenen.<sup>40</sup> Maar in de moderne netwerksamenleving heeft de bewaker zijn centrale positie verlaten en is publieke machtsuitoefening veelal ingebed in onoverzichtelijke bestuursnetwerken en andere structuren waarin een duidelijk centrum ontbreekt.<sup>41</sup> Ons publiekrecht is er van oudsher op toegesneden om ons te beschermen tegen de overheid als de centraal opgestelde bewaker in Benthams gevangenis, maar tegen de diffuse en moeilijk te lokaliseren machtsuitoefening zoals die kenmerkend is voor de moderne netwerksamenleving staat het betrekkelijk machteloos. Een oplossing voor de mismatch tussen moderne publieke machtsuitoefening enerzijds en het klassieke besluitenprocesrecht anderzijds vereist meer dan alleen gelegenheidsoplossingen op bestuursrechtelijke deelterreinen of de voorzichtige uitbreiding van de competentie van de bestuursrechter met aan besluiten gelieerde handelingen. Alleen een stelsel dat fundamenteel breekt met de conceptie van het besluit als ‘typisch overheidshandelen’ zal het moderne bestuur het juiste weerwerk kunnen bieden.

---

<sup>40</sup> M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris: Gallimard 1975, p. 197 e.v.; J. Bentham, *The Panopticon Writings* (bezorgd door M. Bozovic), London: Verso 1995.

<sup>41</sup> Vgl. P. Westerman, *Outsourcing the Law. A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, hoofdstuk 9.