

# Responsief bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte

NTB 2018/28

Redactioneel

Het Nederlandse stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is traditioneel gebaseerd op de klassieke noties van een ondeelbaar algemeen belang en verticale publiekrechtelijke verhoudingen. In tijden van privatisering, individualisering, decentralisering, internationalisering, digitalisering en automatisering komen die uitgangspunten onder druk te staan. Sommigen menen zelfs dat het stelsel inmiddels dusdanig werkelijkheidsvreemd is dat het in zijn klassieke vorm onhoudbaar is geworden.<sup>2</sup>

Individueen stellen zich ten aanzien van de overheid niet langer alleen op als onderdaan of burger, maar in toenemende mate ook als klant of coproductent van beleid. Zo maakt de overheid meer en meer gebruik van publiek-private samenwerking en stuurt zij initiatieven op basis van allerlei financiële prikkels. Meer dan vroeger stemt de overheid haar handelen en organisatie ook af op standaarden van output en efficiency. Hoewel de klassieke idee van bestuursrecht als verticaal orderingsrecht geenszins uit het beeld is verdwenen, kunnen we de horizontaliserende en privatiserende ontwikkelingen niet zomaar naast ons neer leggen.

## 1. Grondslagen van een responsief bestuursrecht

Pogingen om het Nederlandse bestuursrecht vanuit zijn klassieke logica te herzien, blijken niet altijd even bevredigend. Het is dan ook tijd om de fundamenten van het stelsel zelf aan kritische heroverweging te onderwerpen. Wij hebben dan ook de uitdagende, doch cruciale vraag naar voor geschoven hoe de grondslagen van een responsief bestuursrecht er uit kunnen zien. Hiermee bedoelen wij een bestuursrecht dat enerzijds tegemoetkomt aan de fragmentarisering en horizontalisering in het publiekrecht, maar anderzijds voldoende recht blijft doen aan de klassieke, rechtsstatelijke waarden waarop het bestuursrecht van oudsher is gefundeerd.

Antwoorden op deze vraag kunnen volgens ons bij uitstek worden gevonden wanneer bestuursrechtjuristen en wetenschappers uit andere domeinen hun krachten bundelen. Over het veranderende publieke domein bestaan tal van sociologische, bestuurskundige, filosofische en economische inzichten die slechts in beperkte mate doordringen tot de bestuursrechtwetenschap. Andersom beschikken bestuursrechtjuristen over veel kennis van de juridische realiteit waarvan andere wetenschappers slechts spaarzaam gebruik maken. Daarom hebben wij deskundigen met elkaar in gesprek gebracht tijdens een expertmeeting over actuele bestuursrechtelijke discussies omtrent responsief bestuursrecht.

Deze bijeenkomst vond plaats op 10 november 2017 op de Erasmus Universiteit te Rotterdam.<sup>3</sup> Gelet op de bijzonder vruchtbare discussies en het enthousiasme van de deelnemers hebben wij het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht verzocht om de teksten van een aanzienlijk deel van de experts in een speciale uitgave te

1 Jurgen Goossens is universitair docent staatsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en postdoctoraal onderzoeker van het FWO aan de Universiteit Gent. Lukas van den Berge is universitair docent rechtstheorie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

3 Zie [www.eur.nl/nieuws/interdisciplinaire-expert-meeting-bestuursrecht-de-veranderende-publieke-ruimte-grondslagen](http://www.eur.nl/nieuws/interdisciplinaire-expert-meeting-bestuursrecht-de-veranderende-publieke-ruimte-grondslagen).

bundelen, waarvoor dank. Als voorlopig laatste etappe van dit traject zal op 15 juni 2018 in Utrecht een VAR-studiemiddag plaatsvinden waarbij gerenommeerde sprekers zullen reflecteren over de in dit nummer gebundelde bijdragen inzake responsief bestuursrecht.<sup>4</sup> Na een inleiding door Sanne Taekema zullen Elaine Mak en Roel Schutgens met een rechtsstatelijke bril kijken naar legitimiteit van rechter en bestuur in de netwerksamenleving. Vervolgens zullen Anne Meuwese en Michiel Scheltema stilstaan bij burgerbeelden in de participatiesamenleving. Ben Schueler zal de studiemiddag afsluiten met een reactie vanuit de rechtspraak. U bent alvast van harte uitgenodigd.

## 2. Legitimiteit van rechter en bestuur

Ten eerste vindt u in dit nummer enkele bijdragen over de legitimiteit van rechter en bestuur. In de veranderende publieke ruimte staat de tijd waarin het bestuur kon rekenen op vanzelfsprekend gezag op grond van formele bevoegdheden en directe of indirecte democratische controle onder druk. Ook het gezag van de bestuursrechter als enigszins afstandelijke, zich niet met beleidskwesties inlatende rechtshandhaver spreekt minder vanzelf dan voorheen. Het is dan ook belangrijk om na te denken over vragen zoals uit welke alternatieve bronnen van legitimiteit rechter en bestuur eventueel zouden kunnen putten, in welke mate 'output' en doelmatigheid daarbij mogelijk een rol spelen en hoe procedurele rechtvaardigheid kan worden bewerkstelligd.

In de bijdrage '**Responsiviteit: betekenis, waarde en gevolgen voor de bestuur(s-rechte)lijke praktijk**' beargumenteert Erie Tanja dat responsief bestuursrecht in algemene zin een democratische en een probleemoplossende dimensie heeft. Volgens de auteur komen beide dimensies samen in het begrip maatwerk in het kader van de decentralisaties in het sociale domein. Met maatwerk probeert men immers op responsieve wijze aan te sluiten bij de behoeften en belangen van burgers door hen de zorg te geven die ze nodig hebben. Hoewel het leveren van maatwerk en responsief overheidshandelen mooie idealen zijn, gaat Tanja na hoe de negatieve gevolgen van responsiviteit in de praktijk kunnen worden opgevangen. Het bestuursrecht biedt daarvoor verschillende waarborgen, maar het is ook zinvol en nodig om verder te kijken dan de grenzen van het bestuursrecht. Zo kunnen professionele waarborgen van belang zijn om negatieve gevolgen van maatwerk op te vangen en tegelijkertijd tegemoet te komen aan een maatschappelijke behoefte voor meer ruimte en flexibiliteit.

In het verlengde van zijn conclusie in de zaak-*Purmerend*,<sup>5</sup> waarin de hoogste bestuursrechters worden geadviseerd om hun principiële terughoudendheid bij de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen enigszins los te laten, heeft Rob Widdershoven voor dit nummer de bijdrage '**Exceptieve toetsing in een responsief bestuursrecht**' geschreven. De auteur betoogt dat een intensievere exceptieve toetsing door de rechter gewenst is bij een responsief bestuursrecht dat reageert op een veranderende bestuurspraktijk. Hij verdedigt een meer gestructureerde toets aan het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4, tweede lid, Awb) en vooral een toetsing met consequenties aan de formele rechtsbeginselen van zorgvuldigheid (art. 3:2 Awb) en motivering. De bijdrage tracht vervolgens mogelijke kritiek te weerleggen die de prominente rol van formele beginselen kunnen oproepen, zoals de vraag of dergelijke formele toetsing niet tot vaststelling van onrechtmatigheden leidt die achteraf kunnen worden gerepareerd en of er voor burgers niet slechts sprake is van een 'dode mus'.

In zijn bijdrage '**De responsieve bestuursrechter – De relatie tussen hedendaags gezag en procedurele rechtvaardigheid**' situeert André Verburg de zoektocht

<sup>4</sup> Zie <https://verenigingbestuursrecht.nl/activiteiten/studiemiddag/>.

<sup>5</sup> Conclusie van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

naar legitieme bestuursrechtspraak tegen de achtergrond van de afbrokkeling van vanzelfsprekend institutioneel gezag zoals die vanaf de late jaren zestig stapsgewijs heeft plaatsgevonden. Als die individuele gezagsdrager het goed doet, straalt dat positief af op de institutie. Waar voorheen het persoonlijk gezag van de rechter de afgeleide was van het institutionele gezag van de Rechtspraak is volgens Verburg nu het omgekeerde het geval en hangt het institutionele gezag van de Rechtspraak veeleer af van het persoonlijke gezag van de rechter. In tijden van individualisering wil de burger dat de rechter geïnteresseerd in *hem* is, hem niet als een dossiertje, maar als waardevolle deelgenoot van deze maatschappij behandelt. Voor de burger is de ontmoeting met de rechter vaak dé ontmoeting die men in het hele leven meemaakt. Juist die ontmoeting met een rechter is voor burgers een belangrijk feedbackmoment om na te gaan of het systeem hen in- of uitsluit en daarmee of het systeem te vertrouwen is of niet.

Bert Marseille vertrekt in **'Bestuursrechtelijke geschilbeslechtingen als exportproduct'** van het uitgangspunt dat in een systeem van effectieve geschilbeslechting de rechter bereikbaar moet zijn, maar ook niet mag worden overbelast. Voorprocedures, zoals de bezwaarprocedure in het bestuursrecht en procedures bij geschillencommissies in het privaatrecht, kunnen voorkomen dat de rechter wordt belast met de beslechting van geschillen die ook zonder hem kunnen worden afgehandeld. Marseille wijst erop dat het bestuursrecht als inspiratiebron dient voor de beslechting van civielrechtelijke geschillen. De procedure bij de bestuursrechter is immers laagdrempeliger dan bij de civiele rechter. Daarnaast biedt de bestuursrechtelijke bezwaarprocedure mogelijkheden voor een minnelijke oplossing van een geschil, waarbij deze voorprocedure de weg naar de rechter niet afsluit. Desondanks is zeker nog ruimte voor verbetering van de effectiviteit van de bezwaar- en beroepsprocedure.

In **'Bestuur en bestuursrecht in tijden van populisme'** schetst Gijs van Oenen drie uitdagingen waarvoor het bestuursrecht zich heden ten dage ziet gesteld. Ten eerste onderscheidt hij een toenemende druk door de aanspraken van geëmancipeerde burgers die verwachten dat de rechter gehoor zal geven aan hun belangen en overtuigingen. Ten tweede signaleert hij de opkomst van een relativistisch anti-elitarisme dat in het oordeel van de bestuursrechter 'ook maar een mening' ziet. Dit is bovendien een mening die al snel gewantrouwd wordt als de 'parti pris' van een elitair establishment. Ten derde ziet van Oenen een uitdaging in de veronachtzaming van juridische vormen door instrumenteel-populistische krachten die slechts een bepaald doel willen bewerkstelligen en de vertrouwde kaders van het bestuursrecht daarbij volledig negeren. Het land bijvoorbeeld liever besturen per 'tweet' dan via de daartoe geëigende juridische kanalen. Het zal niet meevallen om die uitdagingen op de juiste wijze tegemoet te treden. Volgens Van Oenen ligt een oplossingsrichting ironisch genoeg in een bestuursrecht dat juist *minder* responsief is zoals dat meestal wordt begrepen: niet meer, maar minder dicht op de burger, waarbij klassieke vormen van democratische representatie en juridische besluitvorming in ere worden hersteld.

Met **'Responsief bestuursrecht en de amicus curiae'** gaat Jurgen De Poorter in op de amicus curiae als instrument van responsiviteit in het proces van rechterlijke rechtsvorming. Op basis van art. 8:45 Awb, dat de rechter de bevoegdheid biedt anderen dan partijen schriftelijk om inlichtingen te vragen, heeft de ABRvS in drie zaken reeds geëxperimenteerd met deze figuur van 'meedenkers'. Hoewel de mogelijke meerwaarde van het instrument weinig ter discussie staat, rijzen wel fundamentele vragen over de processuele inbedding. Denk aan openbaarheid, uitnodigingenbeleid en de betrokkenheid van procespartijen bij de inschakeling van de amicus. De Poorter raadt de ABRvS dan ook aan om de eerste ervaringen kritisch te evalueren.

Roel de Lange gaat in zijn bijdrage **'Het grondrechtenparadijs'** in op de tweezijdigheid van grondrechten. Enerzijds hebben grondrechten een objectieve kant en geven zij richting aan algemeen overheidsbeleid. Anderzijds hebben zij een subjectieve kant en resulteren zij in rechtsaanspraken van concrete burgers. De Lange biedt ons een mooie tocht langs Straatsburg, Karlsruhe en Luxemburg waarbij hij enkele denkrichtingen verkent die erop zijn gericht botsingen tussen de objectieve en de subjectieve kant van grondrechten te vermijden. Uiteindelijk concludeert hij dat een grondrechtenparadijs zonder frictie helaas buiten ons bereik lijkt te liggen.

In **'De rijzende ster van responsieve bestuursrechtspraak in Nederland, Frankrijk en België'** betoogt Jurgen Goossens dat het Nederlandse, Franse en Belgische systeem van bestuursrechtspraak de laatste decennia vergelijkbare evoluties hebben ondergaan als antwoord op gelijkaardige uitdagingen. Denk aan internationalisering, europeanisering en subjectivering. Goossens geeft aan dat subjectivering en finale geschilbeslechting het laatste decennium in alle drie de landen hoog op de bestuursrechtelijke agenda stonden, óók in Frankrijk, de bakermat van het 'objectieve' vernietigingsberoep. Daar heeft dan ook een *recours objectif de plein contentieux* het levenslicht gezien. Ten slotte ziet de auteur, bij uitstek in Nederland, een positieve evolutie naar een responsievere houding van de bestuursrechter.

### 3. Rechtsstatelijk bestuursrecht

Vervolgens buigen verschillende experts zich over de fundamentele vraag in hoeverre het klassieke bestuursrecht het juiste instrumentarium biedt om het juiste weerwerk te bieden aan het moderne bestuur. Heden ten dage neemt het bestuur immers steeds wisselende gedaantes aan, waarbij het gebruik maakt van de juridische vorm die voor de gelegenheid het meest wenselijk lijkt. Nu eens bedient het zich van klassieke eenzijdige gezagsuitoefening, dan weer van meer diffuse sturingstechnieken zoals publiek-private samenwerking of regulering op afstand.

Frank van Ommeren legt in **'Incrementeel bestuursrecht: een groeimodel voor de rechtsbetrekking'** uit waarom hij in zijn samen met Pim Huisman geschreven preadvies voor de VAR uit 2013 pleit voor geleidelijke aanpassing van het Nederlandse bestuursrecht aan veranderde omstandigheden. Ingrijpende juridische veranderingen kunnen volgens hem beter niet schoksgewijs worden doorgevoerd, maar vereisen nu eenmaal – zo leert de ervaring – een proces van lange adem en vereisen derhalve veel geduld. Veel meer dan thans gebruikelijk is, zo meent Van Ommeren, zou niet het bestuursbesluit, maar de gehele bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming centraal moeten. Een dergelijke wisseling van perspectief is echter zo ingrijpend van aard dat die niet in één keer kan worden gerealiseerd, maar in vele kleine stapjes, geleidelijk aan, moet worden bewerkstelligd.

Ron van Male daarentegen betoogt in **'Klassiek bestuursrecht: lenig bestuursrecht voor een lenig bestuur'** dat de dogmatiek van het klassieke bestuursrecht voldoende robuust is voor moderne vormen van openbaar bestuur in de snel veranderende samenleving. Volgens hem biedt zij enerzijds het bestuur genoeg ruimte om adequaat te kunnen besturen en anderzijds de burgers voldoende houvast om hun individuele belangen te verdedigen. Het is vooral belangrijk volgen van Male dat recht wordt gedaan aan de dragende waarden en beginselen van het bestuursrecht bij de verdere ontwikkeling en toepassing ervan.

In **'Responsieve rechtsstaat en digitale overheid: blockchain en smart contracts'** gaat Sandra van Heukelom in op de digitale gedaante van de overheid. Zij gaat na of en in hoeverre met blockchaintechnologie en smart contracts invulling kan worden gegeven aan de uitgangspunten van een responsieve, transparante, open overheid. Volgens de auteur kunnen zij enerzijds bijdragen aan actieve deelname van de burger, transparantie, en regie op gegevens, en anderzijds zorgen

voor een efficiënte, veilige en snelle dienstverlening. Desalniettemin rijzen uitdagingen op, zoals de vraag of de burger deze nieuwe technologieën wel kan en wil gebruiken. Daarnaast rijzen vragen op over de herkenbaarheid van overheidsdienstverlening en de beoordeling van smart contracts door de bestuursrechter. Een vertaling van de gebruikte code naar begrijpelijke mensentaal zal in elk geval nodig zijn.

In **'Van government naar governance: besturen onder de radar van het bestuursrecht'** betoogt Lukas van den Berge dat het Nederlandse bestuursrecht structurele herziening behoeft om aan moderne vormen van publieke machtsuitoefening het juiste weerwerk te bieden. Waar het bestuur voorheen gemakkelijk aanspreekbaar was als centrale regisseur, als 'spin in het web' van een centraal geleide verzorgingsstaat, is publieke machtsuitoefening heden ten dage vaak ingebed in bestuurlijke netwerken zonder herkenbaar centrum en zonder duidelijke hiërarchie. Alleen een stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming dat oude vormen loslaat zal volgens hem in staat kunnen zijn moderne publieke machtsuitoefening in beeld te krijgen en van het juiste juridische tegenwicht te voorzien.

#### 4. **Burgerbeelden**

Tenslotte is het van belang stil te staan bij enkele relevante burgerbeelden. Zo gaat de participatiesamenleving uit van een ideaal van actief burgerschap dat meer dan voorheen beroep doet op de eigen verantwoordelijkheid en zelfredzaamheid van individuele burgers. Volgens critici gaat de participatiegedachte te veel uit van rationeel handelende, geëmancipeerde, assertieve burgers. De werkelijkheid is vaak anders. Zo constateert de Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid in een recent rapport dat burgers vaak over minder 'doenvermogen' beschikken dan sommige beleidsnota's veronderstellen.<sup>6</sup> De volgende experts trachten dan ook te beantwoorden hoe een stelsel van bestuursrecht vorm zou kunnen krijgen dat gedroomde burgerbeelden terzijde schuift en de daadwerkelijke menselijke maat centraal stelt.

Joke de Wit stelt in **'Rechtsbescherming in het sociaal domein'** dat de rechtsbescherming in de Participatiewet vanuit een formeelrechtelijke perspectief voldoende gewaarborgd is. Desondanks formuleert zij kritische kanttekeningen vanuit een materieelrechtelijk perspectief. Zij stelt zich de vraag of beginselen zoals menselijke waardigheid, autonomie en de mogelijkheid tot participatie wel voldoende geborgd zijn. De Participatiewet kent immers een strikt regime, aangezien de wettelijke voorzieningen slechts als laatste vangnet mogen dienen. Zelfbeschikking is beperkt, onder meer door de gerichtheid op werk of om iets anders voor de maatschappij te doen (de zogenaamde 'tegenprestatie'). De auteur waarschuwt dan ook dat dit strikte regime een averechts effect oplevert. Het zet druk op het adagium dat bijstand maatwerk is en moet worden afgestemd op het individu. Hierdoor komt het participeren in de maatschappij onder druk te staan en worden de kansen op betaald werk en uitstroom uit de bijstand verkleind, wat funest kan zijn voor het gevoel van menselijke waardigheid van de bijstandsgerechtigde.

Ook Eline Linthorst gaat in op de hervormingen in het sociaal domein. In haar bijdrage **'De menselijke maat in de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015: ideaal of instrument?'** beschrijft zij onder meer hoe de recente hervormingen in het sociaal domein worden bepaald door een 'neoliberaal-communitaristische sturingsfilosofie' die hulpbehoevende burgers graag 'in hun kracht zet' en ons het ideaalbeeld voorhoudt van een 'participatiemaatschappij' waarin burgers zelf verantwoordelijkheid nemen voor hun welzijn en belangeloos hulp bieden aan naasten waar nodig. De zelfredzame en bovendien hulpvaardige burger geldt daarbij als

<sup>6</sup> *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid* (WRR-rapport nr. 97), Den Haag: WRR 2017.

de nieuwe norm, maar hoe realistisch is dat eigenlijk? Met het werk van Foucault in de hand waarschuwt Linthorst ons voor processen van normalisering en uitsluiting die het gevolg kunnen zijn van het door de overheid gehanteerde burgerbeeld.

Even kritisch over de gang van zaken in het nieuwe sociaal domein is Gijsbert Vonk, die in zijn bijdrage '**Decentralisering en privatisering in het sociaal domein**' beoogt dat de privatisering en de decentralisatie in het sociaal domein meer met elkaar te maken hebben dan op het eerste gezicht lijkt. Onder verwijzing naar een recent boek van Mike Raco, legt Vonk uit dat beide de eindverantwoordelijkheid van de centrale overheid voor de verzorgingsstaat ontkennen. Consultancyfirma's ontwikkelen en verkopen blauwdrukken die de lokale overheden en het bedrijfsleven aan elkaar koppelen en creëren zo hybride *governance regimes* waarin die verantwoordelijkheid gemakkelijk zoek raakt. Een uitweg uit die ingewikkelde netwerkstructuren zoekt Vonk in de herwaardering van een heldere scheidslijn tussen publieke verantwoordelijkheid en private activiteiten.

In '**Alleen een gegrilde burger is een echte burger**' licht Tamar de Waal ons in over het burgerbeeld dat migranten wordt voorgehouden in het kader van het moderne inburgeringsbeleid. Niet anders dan in andere sectoren geldt tegenwoordig ook daar de norm van de verantwoordelijke en zelfredzame burger (aankomende burger in dit geval) die uitstekend in staat is voor zichzelf te zorgen en zelf vorm te geven aan het leertraject dat voor inburgering nodig is. In de praktijk van het inburgeringsbeleid blijkt die norm even weinig realistisch als op andere terreinen. Door van zelfredzaamheid uit te gaan, zo stelt De Waal, maakt de overheid inburgeraars meestal juist minder zelfredzaam, waarbij zij betrekkelijk hulpeloos worden overgelaten aan een onoverzichtelijke markt van allerlei private hulpaanbieders die vaak slechte diensten leveren. Blijkbaar moet de nieuwkomer zichzelf echter door die jungle een weg banen voordat wij ons werkelijk om hem bekommeren.

## 5. Slot

In zijn slotbijdrage '**Wat is daarop uw antwoord? Vragen over responsief bestuur**' komt Ben Schueler tot enkele overkoepelende beschouwingen. Een 'responsief bestuur' dat aan ieders wensen tegemoet komt en nooit iemand teleurstelt, bestaat niet. Daarover lopen de wensen en behoeften van burgers nu eenmaal te veel uiteen. In zijn artikel verkent Schueler enkele strategieën die erop gericht zijn overheidsop treden dan toch op zijn minst enigszins acceptabel te maken. De gedachte dat algemene regels daartoe zaligmakend zijn heeft volgens hem een deel van haar overtuigingskracht verloren. Meer dan voorheen vragen individualisering, ontzuiling en versnippering van het politieke landschap volgens hem om een bestuur dat uitdrukkelijk aandacht heeft voor de concrete perspectieven van burgers en tot op zekere hoogte inspraak toestaat bij bestuurlijke besluitvorming, zich op doordachte wijze bedient van een breed instrumentarium aan verticale en meer horizontale sturingstechnieken en bij conflicten met burgers niet meteen op zijn juridische strepen gaat staan.

Aldus biedt dit bijzonder nummer een breed palet aan inzichten en onderling soms tegengestelde meningen over de wijze waarop het bestuursrecht tegemoet zou moeten komen aan de veranderende maatschappelijke context waarin het functioneert. Ook de slotbijdrage van Ben Schueler neemt niet weg dat het laatste woord daarover nog lang niet is gesproken. Op vrijdag 15 juni zetten wij de discussie op de VAR-studiemiddag in Utrecht graag met u voort.