

Bestuursrecht in de netwerksamenleving

Waarom de rechtsmacht van de bestuursrechter een materiële grondslag behoeft

Lukas van den Berge (l.vandenberge@law.eur.nl)

Even gemakkelijk als de Griekse zeegod Proteus neemt het moderne bestuur steeds wisselende gedaanten aan, zich knedend tot de juridische vorm die het voor de gelegenheid het meest passend acht. In tijden van regulering op afstand en 'network governance' ambieert de overheid veelal niet langer een rol als 'spin in het web', maar maakt zij gebruik van een diffuse sturing waarbij zij zich uit het publieke domein terugtrekt om haar greep erop paradoxaal genoeg te versterken. Foucault en zijn navolgers spreken in dit verband wel van 'gouvernementaliteit': een strategie van indirecte sturing die alle domeinen van het leven doordringt en juridische vormen hooguit als dekmantel hanteert. Het klassieke, op formele grenslijnen toegesneden Nederlandse stelsel van rechterlijke competentieverdeling is niet tegen het proteïsche overheidswezen opgewassen. Alleen een stelsel van rechtsmachtverdeling op materiële grondslag biedt de moderne bestuurskunst in de moderne netwerksamenleving het juiste weerwerk.

1. Inleiding

De Griekse mythologie verhaalt van zeegod Proteus, 'de oude man van de zee', die steeds wisselende gedaanten aanneemt, zich moeiteloos veranderend 'in alles wat er aan gedierte leeft op aarde, zelfs in water, vlamvend vuur'.¹ Wie met hem de strijd aanbindt, is bij voorbaat kansloos, ongrijpbaar als Proteus nu eenmaal is door voortdurend van gestalte te veranderen. Even gemakkelijk kneedt het moderne bestuur zich tot de juridische vorm die het voor de gelegenheid het meest wenselijk acht. Vertrouwend op de tucht van een door haarzelf georkestreerde markt besteedt de overheid niet alleen van alles en nog wat uit aan private partijen, maar transformeert zij ook zelf steeds meer tot private partij, meer dan ooit gericht op kwantitatieve standaarden van output en efficiency. Anders dan voorheen ambieert zij veelal niet langer een rol als 'spin in het web', maar maakt zij gebruik van een diffuse sturing op afstand waarbij zij ingrijpt of zich juist op strategische wijze uit het publieke domein terugtrekt om haar greep erop paradoxaal genoeg te versterken. Foucault en zijn navolgers spreken in dit verband wel van 'gouvernementaliteit' of 'governmentality', door Witteveen vertaald als beheersbaarheidsmentaliteit:² een strategie van 'conduite des conduites' die tot alle domeinen van het leven doordringt en juridische vormen hooguit als dekmantel hanteert.³ Hoe kan een stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid worden geconcipieerd dat aan het moderne bestuur als 'proteïsch wezen' het juiste weerwerk biedt?

¹ Homerus, *Odyssee* 4.417-418 (vertaling Patrick Lateur).

² W.J. Witteveen, 'Foucault en de beheersbaarheidsmentaliteit', *Regelmaat* 2009, p. 129-134.

³ See M. Foucault, *La naissance de biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, bezorgd door F. Ewald e.a., Parijs: Gallimard 2004, p. 192. Met name in de Anglo-Amerikaanse academische wereld heeft Foucaults theorie van neoliberalisme en biopolitiek veel navolging gekregen; zie o.a. N. Rose, *Governing the Soul. The Shaping of the Private Self*, Londen: Routledge 1999 [1989]; P. Miller en N. Rose, *Governing the Present*, Cambridge: Polity Press 2008; C. Crouch, *The Strange Non-Death of Neoliberalism*, Cambridge: Polity Press 2011; W. Brown, *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York: Zone Books 2015. Van Foucaults beschouwingen over het neoliberalisme is enkele jaren geleden een fraaie Nederlandse vertaling verschenen van de hand van Jeanne Holierhoek: M. Foucault, *De geboorte van de biopolitiek. Colleges aan het Collège de France (1978-1979)*, Amsterdam: Boom 2011.

Foucault verbindt de beheersbaarheidsmentaliteit met de opkomst van het neoliberalisme als dominante bestuursvorm. Evenals het klassieke liberalisme bedient het neoliberalisme zich van het principe van ‘laissez-faire’, maar met de klassieke ideologie van een vrije samenleving die primair gestuurd dient te worden door de ‘onzichtbare hand’ van de vrije markt heeft dat niets meer te maken. Competitie onder ideale marktomstandigheden ontstaat in de neoliberale visie niet vanzelf, maar slechts onder regie van een sturende overheid die private actoren voortdurend van de juiste prikkels voorziet. Daarbij gaat het neoliberalisme niet uit van een burgerlijke samenleving waarin burgers en bedrijven eigen keuzes maken, maar van een privaat domein waarin de overheid zal moeten doordringen om hun keuzes optimaal te beïnvloeden – niet door hen op directe wijze te sturen, maar indirect, door te sturen hoe zij zichzelf besturen. Waar het liberalisme nog uitging van een scheiding tussen staat en maatschappij die de overheid ten opzichte van de burgerlijke samenleving op een zekere afstand plaatst, wordt die scheiding door het neoliberalisme juist afgebroken. Enerzijds komt het publieke domein op die manier meer dan voorheen in het teken te staan van private deelbelangen. Anderzijds dringt de uitoefening van staatsmacht meer dan ooit tevoren door tot in de haarvaten van de burgerlijke samenleving – niet zozeer door handelend optreden van het bestuur zelf, maar door de wijze waarop de overheid het besturen bestuurt.⁴

Om misverstanden alvast weg te nemen: met het oude onderscheid tussen politiek ‘links’ en ‘rechts’ heeft de neoliberale beheersbaarheidsmentaliteit niet direct iets te maken. Foucault en zijn navolgers maken wel onderscheid tussen een ‘Amerikaanse’ en een ‘Europese’ variant van de neoliberale bestuurskunst, waarbij de Europese variant meer dan de Amerikaanse uitgaat van de gedachte dat ideale marktomstandigheden slechts kunnen ontstaan onder strakke regie van de staat.⁵ Beide vormen van neoliberalisme vinden elkaar doordat zij zich beide in dienst stellen van de consumerende burger als hoogste bron van gezag.⁶ In de zin die Foucault eraan geeft draagt de term ‘neoliberalisme’ niet per definitie een pejoratieve betekenis; veeleer beschrijft hij de opkomst ervan als de uitkomst van een maatschappelijk krachtenspel dat zich onttrekt aan onze onmiddellijke invloed.⁷ Als zodanig volgt het neoliberalisme op de tijdvakken van de klassiek-liberale rechtsstaat en de verzorgingsstaat. Het klassieke liberalisme staat sterk in het teken van de bescherming van vrije burgers tegen overheidsingrijpen; aan de scheiding tussen staat en maatschappij wordt daarbij een belangrijke beperkende betekenis toegedicht. De sociale rechtsstaat behelst onder meer de gedachte dat die scheidslijn soms door overheid moet worden overschreden om maatschappelijke problemen op te lossen. In het neoliberale tijdperk maakt de overheid een terugtrekkende beweging en verruilt zij haar maatschappelijke spilfunctie voor ‘publiek-

⁴ Een mooie collectie naar het Nederlands vertaalde essays waarin de verhouding tussen het neoliberalisme en het liberalisme breed wordt uitgemeten is Th. Biebricher, *Onvermoed en onvermijdelijk. De vele gezichten van het neoliberalisme*, Nijmegen: Valkhof Pers 2017. Zie voor een treffende illustratie van de wijze waarop de neoliberale techniek van het ‘sturen van het sturen’ in de Nederlandse maatschappij gestalte heeft gekregen o.a. W. Schinkel & J.F. van Houdt, ‘Besturen door vrijheid. Neoliberaal communitarisme en de verantwoordelijke burger’, *Bestuurskunde* 2010, p. 12-21.

⁵ Foucault 2004; de lezing van 7 februari 1979 (p. 105 e.v.) gaat in op de ‘Freiburgse school’ van het ordoliberalisme en de lezing van 14 maart 1979 (p. 221 e.v.) geeft uitleg over het Amerikaanse neoliberalisme zoals dat oorspronkelijk werd ontwikkeld door een groep intellectuelen verenigd in de ‘*école de Chicago*’.

⁶ Zie in het bijzonder Brown 2015, p. 107 e.v. over ‘the vanguishing of *homo politicus* by *homo economicus*’.

⁷ Zie o.a. Foucault 2004, p. 3 e.v., waar Foucault zijn methode uiteenzet. Foucaults studie naar de moderne bestuurskunst biedt geen normatieve theorie, maar slechts een kritische analyse van de ontwikkeling van de onderliggende rationaliteit van besturen die zich aan ons onmiddellijke blikveld onttrekt.

private samenwerking' en 'regulering op afstand'. Dit keer staat die afstandelijkheid echter niet in het teken van de beperking van overheidsingrijpen, maar juist in de versterking van de doordringendheid daarvan. Juist door in de burgerlijke samenleving niet zelf op de voorgrond te treden meent het neoliberale bestuur zijn regisserende rol achter de schermen optimaal te kunnen vervullen.⁸

In dit artikel betoog ik kort gezegd dat de beperkte, door de formele figuur van het bestuursbesluit begrensde rechtsmacht van de Nederlandse bestuursrechter tegen het veelvormige, veelal verhuld opererende neoliberale bestuur niet is opgewassen. Van oudsher hecht het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid sterk aan grenslijnen die in de moderne bestuurspraktijk allang zijn verdwenen of nog slechts ogenschijnlijk voortbestaan. Van besturen 'in typische zin' zou slechts sprake zijn in het geval van een op een bepaalde persoon of zaak toegesneden publiekrechtelijke rechtshandeling door een bestuursorgaan, waarbij zowel het element 'publiekrechtelijk' als het begrip 'bestuursorgaan' vaak nogal formeel wordt uitgelegd. Volgens de klassieke doctrine is van een door het bestuursrecht beheerste overheidshandeling slechts sprake voor zover de overheid jegens een bepaalde kring van belanghebbenden 'iets verandert in de wereld van het recht'; overige bestuurshandelingen worden traditioneel gerekend tot het domein van de burgerlijke rechter als 'rechtsrechter'. Die voorstelling van zaken is inmiddels obsoleet, maar bepaalt nog altijd het Nederlandse stelsel van rechterlijke competentieverdeling. Tegen de achtergrond van de moderne bestuurskunst leidt dat tot lacunes in de rechtsbescherming die onvoldoende te rechtvaardigen zijn. De bestuursrechtelijke rechtsgang biedt burgers een relatief laagdrempelige procedure om tegen de uitoefening van staatsmacht in het geweer te komen. Doordat die procedure alleen openstaat tegen bestuursbesluiten staat de burger betrekkelijk machteloos in andere gevallen waarin de staat hem – direct of indirect – zijn wil oplegt. Geconfronteerd met het moderne bestuur lijkt het traditionele, op formele leest geschoeide stelsel van competentieverdeling obsoleet te zijn geworden; naar ik in dit artikel zal betogen is het hard toe aan vervanging door een verdelingsmodel op materiële grondslag als meest aangewezen wijze om het neoliberale bestuur het juiste weerwerk te bieden.

De opbouw van mijn betoog is als volgt. Eerst (par. 2) schets ik het begripsmatige kader op grond waarvan het Nederlandse bestuursrecht zich van oudsher een nogal formele identiteit aanmeet. Al sinds de vroege twintigste eeuw geldt het privaatrecht in onze rechtscultuur als het 'van onderop' gevormde, in wezen op flexibele beginselen berustende en daarom over een haast onuitputtelijke 'rijkdom aan vormen' beschikkende recht, terwijl het publiekrecht van oudsher primair wordt gezien als een verzameling 'van bovenaf' opgelegde wettelijke bevelen, in meer of mindere mate aangevuld met beginselen als bijkomend verschijnsel. Die voorstelling van zaken – zo betoog ik in par. 3 – hangt met de oorspronkelijke keuze voor het besluit als centraal bestuursprocesrechtelijk ontvankelijkheids criterium rechtstreeks samen. Met de noden van de praktijk bleek die keuze al snel op gespannen voet te staan, zodat het als 'hoogst eenvoudig' bedoelde, op de formele figuur van het besluit berustende stelsel van competentieverdeling zich al snel ontwikkelde tot een gevreesd juridisch mijnenveld (par. 4). In het neoliberale tijdperk is de gedachte van het bestuursbesluit als de 'kern' van bestuurlijk handelen op dusdanig gespannen voet met de sociale werkelijkheid komen te staan dat zij onhoudbaar is geworden. Recente ontwikkelingen omtrent het b-orgaanbegrip (par. 5) en het 'sociaal domein' (par. 6) tonen dat duidelijk aan. Alleen een fundamentele herziening van het stelsel die de formele gedaante van het besluit als centraal ontvankelijkheids criterium durft in

⁸ De allesdoordringendheid van het zich slechts schijnbaar terugtrekkende neoliberale bestuur is mooi omschreven in Rose 1999 [1989], waarin onder meer wordt uitgelegd hoe het moderne bestuur 'technologies of autonomy' (p. 244 e.v.) gebruikt waarmee het bestuurt hoe wij onszelf besturen.

te wisselen voor een materiële afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter biedt voldoende soelaas (par. 7). Ik sluit af met een conclusie (par. 8).

2. Gemeen recht

‘Bestuursrecht is niet sexy’, schreef Lodewijk Rogier ooit in een exposé over het nogal technische en procedurele imago van het Nederlandse bestuursrecht.⁹ In rechtsculturele zin valt het formalistische imago van het Nederlandse bestuursrecht moeilijk los te zien van de gemene rechtsleer, die in het publiekrecht een artificiële uitzondering ziet ten opzichte van het privaatrecht als het organische, in wezen door beginselen beheerste privaatrecht als het ‘gemene’ (=algemene) recht.¹⁰ Van groot belang voor de vestiging van de gemene rechtsleer in het Nederlandse recht is een opstel uit 1894 waarin de Utrechtse hoogleraar H.J. Hamaker zich buigt over het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Het privaatrecht laat Hamaker rechtstreeks ontspruiten aan het ‘rechtsbewustzijn’, begrepen als ‘het geheel van al die in stilte wordende, door niemand bedachte, gedragsregelen, van wier bestaan de menschheid te allen tijde het gevoel en het besef gehad heeft’. Het publiekrecht daarentegen berust volgens hem slechts op wettelijke bevelen als ‘uitwendige gebeurtenissen’ die soms met het rechtsbewustzijn overeenkomen, maar het ook terzijde kunnen schuiven.¹¹ Het publiekrecht zou daarom een werkelijk rechtskarakter ontberen en draagt een misleidende naam; wat ‘zoo zeer verschilt’, meent Hamaker, wordt ‘beter niet met één geslachtsnaam aangeduid’. Alleen het *privaatrecht* is werkelijk recht; het publiekrecht duidt hij enigszins misprijzend aan als ‘een ander ding’, de naam ‘recht’ welbeschouwd niet waardig.¹² Sommige verstokte civilisten zeggen hem dat nog steeds na.¹³

De klassieke gedachte van bestuursrecht als kunstmatig uitzonderingsrecht is als heersend paradigma goeddeels verlaten, maar laat in het recht zoals wij dat heden ten dage hanteren nog altijd diepe sporen na. De gemene rechtsleer is oorspronkelijk van Duitse makelij, maar heeft zich nergens dieper verankerd dan in Nederland. Met het uitblijven van een stelsel van onafhankelijke bestuursrechtspraak nam de notie van het publiekrecht als formeel uitzonderingsrecht al snel een hoge vlucht. Middels *Guldemonde/Noordwijkerhout* (1915) en *Ostermann* (1924) eigende de Hoge Raad zich een rechtsmacht toe die op grond van de

⁹ L.J.J. Rogier, ‘Rechtsbescherming in het bestuursrecht bezien in drie rollen’, *AJV Nieuwsbrief* 2009, p. 17. Vgl. ook J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 50, die signaleren dat het bestuursrecht ‘een kwalificatie aankleeft van technisch, formalistisch, procedureel’.

¹⁰ Vgl. o.a. R.M.G.E. Foqué, *De ruimte van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 24; J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht* (VAR-reeks 100), Alphen aan den Rijn: Samsom 1989, p. 145 e.v.; L. van den Berge, ‘Rechtmatig tegenover den een, onrechtmatig tegenover den ander’. Relativiteit in privaat- en bestuursrecht’, *RM Themis* 2017, p. 43-44.

¹¹ H.J. Hamaker, ‘De tegenstelling van publiek- en privaatrecht’, in: *Verspreide geschriften*, deel 7, Haarlem: Erven F. Bohn 1913, p. 134-163 (= *Verslagen en mededeelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie der Wetenschappen*, derde reeks, deel 11, Amsterdam: KNAW 1894, p. 46-74), p. 148-153.

¹² Hamaker 1913 [1894], p. 161.

¹³ Zie over de moeizame, nog altijd niet geheel voltooide emancipatie van het bestuursrecht ten opzichte van het privaatrecht onder meer J.E.M. Polak, ‘De ontwikkeling van het algemeen bestuursrecht van 1900 tot heden. Welke kansen zijn er nu?’, in: *Kansen in het omgevingsrecht. Opstellen aangeboden aan Prof.mr. N.S.J. Koeman*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 369-383.

gemene rechtsleer bij uitstek kon worden gelegitimeerd.¹⁴ Terwijl het privaatrecht zich vanaf de vroege twintigste eeuw ontwikkelde tot beginselenrecht, in wezen niet beheerst door wetsbevelen of contractuele bepalingen maar veeleer door ongeschreven principes van ‘goede trouw’ en ‘zorgvuldigheid’, behield het publiekrecht lange tijd een meer formalistische identiteit. De opkomst van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur brachten daarin slechts in beperkte zin verandering. Zelfs een auteur als Hugo Krabbe – die geestelijk vader van de rechtssoevereiniteit ter vervanging van het leerstuk van de soevereine staat – hield aan de gemene rechtsleer vast. Het privaatrecht, schrijft Krabbe, is ‘voorstatelijk’ en ‘buitenstatelijk’ recht en heeft een zelfstandige ontwikkeling doorgemaakt. Als kunstmatig verschijnsel is publiekrecht daarentegen ‘in de staat en door de staat’ ontstaan; aldus zou het slechts formele staatsbevelen omvatten die de eisen van het organische privaatrecht als het ‘gemene recht’ desgewenst opzij zetten.¹⁵

De in de Nederlandse rechtscultuur zo diep gewortelde gedachte van de superioriteit van het privaatrecht als organisch beginselenrecht ten opzichte van een imperativistisch publiekrecht blijkt voorts uit de geschriften van Paul Scholten, die het bestaan van ongeschreven publiekrecht weliswaar expliciet erkende maar desalniettemin schrijft dat het in de praktijk best praktisch is het terrein van het bestuursrecht te beperken tot een verzameling ‘bevelen der overheid’ die het gemene recht ‘terwille van de staatstaak aanvullen en er van afwijken’.¹⁶ Een opvatting van het bestuursrecht als formeel uitzonderingsrecht is in theoretische zin wellicht niet ideaal, signaleren ook F.G. Scheltema en Wiarda, maar zou in ieder geval het voordeel bieden van een duidelijke rechterlijke competentieverdeling. Schrikbeeld is voor Wiarda de leer van de ‘publieke taak’ (*service public*), die in Frankrijk voor veel problemen bleek te zorgen. Wanneer treedt de overheid nu op ‘als zodanig’ (en komt de bestuursrechtelijke rechtsgang in beeld) en wanneer niet, zodat de burgerlijke rechtsgang meer voor de hand ligt? Een competentieverdeling volgens de formalistische benadering van het publiekrecht als kunstmatig uitzonderingsrecht voorkomt in ieder geval de ‘moeilijke en van steeds aanvechtbare criteria afhankelijke onderscheiding tusschen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke verhoudingen’ waarmee de Fransen zichzelf hebben opgezadeld.¹⁷ De Nederlandse toevlucht tot de burgerlijke rechter als ‘restrechter’, schrijft F.G. Scheltema, is welbeschouwd zo gek nog niet. Met zijn privaatrechtelijke begrippenkader zou die immers beschikken over ‘een zoodanigen rijkdom aan vormen’ dat toepassing van het privaatrecht op in wezen publiekrechtelijke verhoudingen niet bezwaarlijk zou zijn.¹⁸

3. ‘Gemene bestuursrechtspraak’

De oorspronkelijke ratio van het bestuursbesluit als het alfa en omega van het Nederlandse bestuursrecht volgt eenzelfde logica. In Nederlandse bestuursrechtelijke literatuur werd de bestuurlijke publiekrechtelijke rechtshandeling voor het eerst uitvoerig beschreven door Van

¹⁴ Vgl. o.a. J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht* (VAR-reeks 100), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 145 e.v.

¹⁵ H. Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränität. Beiträge zur Staatslehre*, Groningen: Wolters 1906, p. 44. Zie ook L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 124-127.

¹⁶ P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974 [1931], p. 30.

¹⁷ G.J. Wiarda, *Overeenkomsten met overheidslichamen* (diss. Amsterdam GU), Zwolle: Tjeenk Willink 1939, p. 44.

¹⁸ F.G. Scheltema, ‘Het grensterrein van publiek- en privaatrecht’, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1927, p. 265; vgl. ook Wiarda 1939, p. 48.

der Pot, die haar 'beschikking' noemt en beschrijft 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'.¹⁹ Met andere woorden: de beschikking is een vorm van wetgeving voor het bijzondere geval, In hun eenzijdige karakter en hun werking *erga omnes* verschillen beschikkingen fundamenteel van 'materieele handelingen, die in de materieele wereld een feitelijke verandering teweegbrengen'. Feitelijke handelingen kan iedereen verrichten en hebben volgens Van der Pot met besturen slechts in indirecte zin iets te maken. Wanneer de overheid een rijkskanaal uitdiept, een weg verhardt of een school bouwt, zo redeneert Van der Pot, brengt zij slechts veranderingen teweeg in de stoffelijke wereld, niet 'in die der rechtsverhoudingen'.²⁰ Alleen handelingen die 'iets veranderen in de wereld van het recht' zijn typische bestuurshandelingen en dienen daarom te vallen onder een specifiek bestuursrechtelijk regime; voor het overige voldoet de organische 'vormenrijkdom' van het privaatrecht als het 'gemene recht'.²¹

Uiteindelijk werd Van der Pots beschikkingsbegrip ook door de wetgever opgepikt. Een belangrijke aanzet daartoe werd gegeven door de commissie-De Monchy, die van rijkswege was gevraagd om advies inzake 'verhoogde rechtsbescherming' tegen de overheid. In haar rapport stelt de commissie voorop dat bestuursrechtspraak een 'noodzakelijk sequeel' is van de democratische rechtsstaat. Desalniettemin acht de commissie 'de bescherming en handhaving' van gerechtvaardigde gemeenschapsbelangen in jaren van crisis en wederopbouw 'niet minder dringend, soms zelfs veel dringender' dan de bescherming van individuele rechten.²² Het belang van slagvaardig bestuur in tijden van wederopbouw vereist onder meer dat de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften exclusief toekomt aan de wetgever en van rechterlijke controle worden uitgezonderd. Wat de beschikking betreft komt de commissie tot een andere conclusie. Een zekere mate aan rechtsbescherming tegen beschikkingen acht de commissie wenselijk, zij het niet door een geheel onafhankelijk rechterlijk college, maar door een gerechtelijke instantie die indien nodig door het bestuur kan worden teruggefloten. Alleen feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen komen wat de commissie betreft voor 'algemene rechterlijke controle' in aanmerking. Die handelingen zouden immers zonder veel problemen kunnen worden geschaard onder de jurisdictie van het privaatrecht als het 'gemene recht'. Voor beschikkingen zou iets anders gelden; de eindbeslissing over de verdeling van rechten en goederen onder de burgers dient volgens de commissie in handen te blijven van het bestuur zelf.²³

De bevindingen van de commissie resulteerden uiteindelijk in 1964 in de inwerkingtreding van de Wet Beroep administratieve beschikkingen (Wet Bab), die beroep openstelde tegen

¹⁹ 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.

²⁰ Van der Pot 1932, p. 202. Alleen op grond van een beschikking ontstaan volgens bestuursrechtelijk relevante juridische veranderingen; op grond daarvan ontstaan immers 'nieuwe rechten en verplichtingen' waardoor gesproken kan worden van een 'gewijzigde rechtstoestand'

²¹ Zie verder o.a. R.M. van Male, 'C.W. van der Pot. De vormen van het besturen', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Oude Meesters. Grondleggers van bestuursrecht en hun rol in het huidige recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 21-23

²² Commissie-De Monchy, *Verslag van de Commissie van advies inzake verhoogde rechtsbescherming, ingesteld bij beschikking van de Ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie van 10 december 1946*, Den Haag: Sdu 1950, p. vii-viii.

²³ Commissie-De Monchy 1950, p. 2-8. vii-viii. Zie verder o.a. M. Schreuder-Vlasblom, *De macht der kritiek* (diss. Groningen), Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 249-253; Van der Hoeven 1989, p. 185-189.

beschikkingen van de centrale overheid bij de ‘Kroon, de Afdeling voor de Geschillen van Bestuur van de Raad van State gehoord’. De eindbeslissing in zaken van ‘typisch overheidsbestuur’ bleef op die manier althans in theorie in handen van het bestuur zelf, dat op die manier binnen de door wetten begrensde en kunstmatig ten opzichte van het privaatrecht afgebakende bestuursrechtelijke ruimte op papier zijn soevereine almacht behield. Tegen die achtergrond is het niet vreemd dat men het aanvankelijk rechtsstatelijk achtte de jurisdictie van de administratieve rechter zo beperkt mogelijk te houden. Door de almacht van de Kroon te beperken tot beschikkingen als ‘typische overheidshandelingen’ werd beoogd deze zo nauw mogelijk te omgrenzen.²⁴ Alleen binnen het bestuursrechtelijke uitzonderingsgebied diende de soevereiniteit van de staat ongeschonden te blijven; de figuur van de beschikking fungeerde daarbij als de spil van een ‘hoogst eenvoudig systeem’ op grond waarvan dat uitzonderingsgebied op een eenduidige en voor een ieder duidelijk kenbare wijze zou kunnen worden afgebakend.²⁵

Van de oorspronkelijk beoogde ratio van de beschikking als centraal criterium voor rechterlijke competentieverdeling bleek al snel weinig terecht te komen. De gang naar de burgerlijke rechter bleek in de praktijk voor velen moeilijk begaanbaar, terwijl de op papier niet geheel onafhankelijke, maar in feite zelfstandig opererende bestuursrechter rechtzoekenden een verhoudingsgewijs laagdrempelige en informele procedure bood waarin overheidshandelen bovendien direct kon worden getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²⁶ Met de strakke omlijning van het bestuursrechtelijke uitzonderingsgebied beoogde de wetgever de fundamentele onderworpenheid van het bestuur aan het privaatrecht als het ‘gemene recht’ zo min mogelijk in te perken en de toegang tot onafhankelijke rechtspraak voor de burger zo veel als mogelijk te waarborgen. Op die waarborg bleken burgers echter veelal helemaal geen prijs te stellen. Geen wonder, daarom, dat van een ‘hoogst eenvoudig systeem’ van competentieverdeling op grond van het bestuursbesluit als duidelijk formeel vereiste uiteindelijk weinig overbleef. Onder druk van de door velen gekoesterde wens tot toegang tot de bestuursrechtelijke rechtsgang legde de bestuursrechter het beschikkingsbegrip onder de Wet Arob enerzijds soms buitengewoon ruim uit, terwijl zij anderzijds toch ook vaak vasthield aan de formalistische rechtspraak daaromtrent onder de Wet Bab.²⁷ ‘Slechts enkele specialisten’, verzucht Tak reeds in zijn oratie uit 1983, ‘menen nog lijnen te ontdekken in deze rechtstoepassing’.²⁸

4. Polderbestuursrecht

De Nederlandse afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter tot bestuursbesluiten berust derhalve op een ratio van formele eenvoud en legaliteit die in de praktijk nooit heeft gefunctioneerd. De inmiddels obsoleete logica van het privaatrecht als het ‘gemene recht’ en het publiekrecht als kunstmatig uitzonderingsrecht bepaalt nog altijd ons stelsel van competentieverdeling. Over het onpraktische karakter van een stelsel van ‘vernietigen-en-opnieuw-voorzien’ waartoe de keuze van voor het bestuursbesluit als centraal object van het

²⁴ Commissie-De Monchy 1950, p. 21.

²⁵ Commissie-De Monchy 1950, p. 21; zie ook Van der Hoeven 1989, p. 209-210.

²⁶ Vgl. o.a. K.A.W.M. de Jong, *Snel, eenvoudig en onkostbaar: Over continuïteit en verandering in de aard en de inrichting van het bestuursprocesrecht in de periode 1815 tot 2015* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 195-196; Schreuder-Vlasblom 1987, p. 282; zie ook *Kamerstukken II* 1973/74, 11279, 8, p. 3.

²⁷ F.C.M.A. Michiels, *De Arob-beschikking* (diss. Nijmegen), Den Haag: VUGA 1987, p. 257.

²⁸ A.Q.C. Tak, *Bevoegdheidsafbakening van de Arob-rechter: kunstig of gekunsteld?* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 1984, p. 3.

bestuursrechtelijke geding kan leiden is al veel geschreven.²⁹ Maar sowieso past de afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter tot publiekrechtelijke rechtshandelingen slecht bij de stapsgewijze ontwikkeling van het bestuursrecht tot een rechtsgebied dat evenzeer als het privaatrecht in wezen berust op onderliggende, aan wettelijke bevoegdheden voorafgaande beginselen. In een beroemde kritiek op de kunstmatige identiteit van het Nederlandse bestuursrecht merkt Van der Hoeven de positie van het bestuursbesluit als de formele ‘kern’ van het bestuursrecht terecht aan als ‘de rechtstreekse nazaat van monistische gezagstheorieën’ die de bron van alle publiek gezag terugvoeren tot het ‘enkele punt’ van de soevereine staat als uitvaardiger van wettelijke bevelen.³⁰ Die visie staat haaks op de moderne opvatting van het bestuursrecht als beginselenrecht, waarbij wordt uitgegaan van een voorpositieve juridische betrokkenheid tussen bestuur en burger die aan geschreven regels voorafgaat.³¹

De acceptatie van de idee van fundamentele gebondenheid van het bestuur aan ongeschreven beginselen, zo stelt ook de Awb-wetgever, voorkomt dat de overheid zich nog langer eenvoudigweg als een door de wet gesanctioneerde en daardoor op artificiële wijze ‘boven de burger gestelde’ entiteit kan presenteren. In plaats daarvan vooronderstelt de conceptie van bestuursrecht als beginselenrecht dat tussen bestuur en burger een rechtsband bestaat die aan wettelijke regels voorafgaat.³² Tegen de achtergrond van de meer relationele benadering van de Awb ligt het voor de hand de bestuursrechter niet langer in de eerste plaats te vragen zich te buigen over abstracte ‘veranderingen in de wereld van het recht’ zoals dat jegens allen geldt, maar over de vaststelling van de concrete rechtsposities die de betrokken actoren ten opzichte van elkaar innemen. Die veranderde oriëntatie van het bestuursrecht, zo drukt de wetgever het uit, vraagt op termijn wellicht vervanging van ‘het besluit *ex tunc*’ als object van het bestuursrechtelijke geding door de ‘de rechtsbetrekking *ex nunc*’. Desalniettemin zou het ‘thans te vroeg’ zijn om aan die observatie ‘operationele gevolgen’ te verbinden. Van een breuk met het klassieke besluitenprocesrecht kon bij de invoering van de Awb derhalve geen sprake zijn; daartoe zou het hele stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid eerst grondig moeten worden heroverwogen. Intussen zou het zaak zijn de ‘nadelige consequenties’ van het ‘noodzakelijkerwijs thans handhaven’ van het besluit als het alfa en omega van het Nederlandse bestuursrecht zo veel mogelijk te bestrijden.³³

Het is typerend voor het Nederlandse bestuursrecht dat het disfunctioneren van het bestuursbesluit als criterium van rechterlijke competentieverdeling en 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

²⁹ Zie o.a. D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2011, met verdere verwijzingen.

³⁰ Van der Hoeven 1989, p. 214-215; vgl. ook J. van der Hoeven, ‘De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht’, in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 206: ‘Een van de kenmerken van een monistische soevereiniteitsleer is, dat zij het overheidsgezag juridisch tot één uitgangspunt herleidt.’

³¹ Vgl. o.a. Foqué 1992; E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Wederkerig bestuursrecht’, *RM Themis* 1989, p. 1-4; E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak’, in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 24-25.

³² *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 12.

³³ *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, 3, p. 34.

bevatten of controversiële kwesties geheel uit de weg gaan. Ook de Algemene wet bestuursrecht valt tot op zekere hoogte te beschouwen als een polderproduct. Gesouffleerd door een ‘startwerkgroep’ en een commissie onder leiding van ‘regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht’ Scheltema diende de regering in 1989 een wetsvoorstel in waarvan de memorie van toelichting het ‘in hoofdzaak [...] codificerend en harmoniserend karakter’ beklemtoont. 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.³⁴ Liever hakt men geen moeilijke knopen door, maar vertrouwt men op de incrementele ontwikkeling van het bestuursrecht en laat men ingrijpende stelselwijzigingen over aan toekomstige raden en commissies.³⁵

Voor die voorzichtige benadering valt op zichzelf veel te zeggen. Wie veranderingen teweeg wil brengen kan dikwijls maar beter behoedzaam opereren en zich voortdurend vergewissen van voldoende draagvlak onder een zo groot mogelijke aantal betrokkenen.³⁶ In zijn wens tot een ‘juist midden’ te komen tussen veranderingszin enerzijds en behoudzucht anderzijds is het op zichzelf begrijpelijk dat de Awb-wetgever op twee gedachten is blijven hinken en een nieuwe koers van het bestuursprocesrecht heeft willen combineren met de handhaving van het bestuursbesluit als de centrale spil ervan. In vergelijking met de Wet Arob werd de rechtsmacht van de bestuursrechter slechts verruimd met besluiten van algemene strekking, niet zijnde algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels; voor het overige sluit het besluitbegrip van artikel 1:3 en 8:1 Awb bewust nauw aan bij de op Van der Pot terug te voeren figuur van de beschikking. Traditionele elementen van die figuur als schriftelijkheid en externe gerichtheid bleven onverkort bewaard, evenals het verplichte rechtshandelskarakter en het vereiste van een publiekrechtelijke grondslag. Wat die laatste eis betreft betoonde de wetgever zich niet afkerig van de jurisprudentie onder de Wet Arob soms beproefde ruime interpretatie van die grondslag, waartoe onder omstandigheden bijvoorbeeld ook een ‘algemene publieke bestuurstaak’ werd gerekend.³⁷ Door zich behoedzaam op te stellen en nauw aan te sluiten bij de bestaande doctrine en jurisprudentie meende de wetgever tot een systeem te komen dat ‘eenvoudiger, doorzichtiger en beter’ is.³⁸

Al snel bleek echter dat van de door de wetgever beoogde eenvoud en transparantie in de praktijk nog minder terecht kwam dan voorheen. Juist door zijn voorzichtige optreden en zijn wens tot een werkbaar compromis te komen schiep de wetgever een stelsel van competentieverdeling dat in de praktijk moeilijk werkbaar bleek. Enerzijds zag de bestuursrechter in de aanwijzingen van de Awb-wetgever een aanmoediging zijn strategische omgang met de publiekrechtelijke rechtshandeling als bestuursrechtelijk toegangscriterium in

³⁴ *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: ‘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.’

³⁵ Vgl. voor kritiek op de vergader- en compromissencultuur die voor het Nederlandse bestuursrecht kenmerkend is o.a. Ch. Backes, *Suum cuique. Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (oratie Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 25 e.v., in het bijzonder met betrekking op het ontwerp van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten.

³⁶ Zie in deze zin ook F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, ‘Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel’, in: *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 93-94.

³⁷ *Kamerstukken II 1988/89, 21221, 3, p. 36-37; Kamerstukken II 1991/92, 22495, 3, p. 92-93.*

³⁸ *Kamerstukken II 1991/92, 22495, 3, p. 92.*

verhoogd tempo voort te zetten. Om te beginnen continueerde hij de reeds onder de Wet Arob ontstane praktijk om rechtsoordelen³⁹ en andere mededelingen⁴⁰ zonder duidelijk rechtsgevolg in sommige gevallen als appellabele publiekrechtelijke rechtshandeling aan te merken. Daarnaast verruimde de bestuursrechter het reeds onder de Wet Arob geïntroduceerde criterium van de uitoefening van een ‘publieke taak’ als afdoende bewijs voor zijn competentie.⁴¹ Bovendien ging hij over tot de ‘revolutionaire’⁴² introductie van ‘zelfstandige besluiten’ inzake nadeelcompensatie en subsidieverlening, waarbij ongeschreven beginselen als publiekrechtelijke grondslag werden aangemerkt.⁴³ Anderzijds schrok de bestuursrechter er op grond van de aanwijzingen van de Awb-wetgever toch ook voor terug de formele gedaante van het bestuursbesluit als criterium van rechtsmachtverdeling geheel vaarwel te zeggen. Buiten de sfeer van subsidies en uitkeringen zette het materiele criterium van de ‘publieke taak’ niet echt door en het zelfstandige besluit als materiële competentiegrondslag werd al snel van formele kaders voorzien. Aldus ontwikkelde het stelsel van rechtsmachtverdeling zich uiteindelijk tot een ‘ontsporend samenstel van formele en materiële normen’ waaraan door slechts zeer weinigen nog een touw viel vast te knopen.⁴⁴

5. B-organen

Gedreven door de wens het stelsel van competentieverdeling weer op de rails te krijgen heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State recent enkele uitspraken gedaan waarmee zij nieuwe duidelijkheid beoogt te verschaffen. De uitspraken hebben betrekking op artikel 1:1 lid 1 Awb, dat het bestuursorgaanbegrip niet alleen reserveert voor organen die ‘krachtens publiekrecht’ zijn ingesteld, zoals bepaald onder a, maar tevens, onder b, voor ‘een ander persoon of college’, voor zover dat ‘met enig openbaar gezag [is] bekleed’. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever met de omschrijving onder a een uiterst formele opvatting van ‘publiekrecht’ voor ogen stond, waarbij een publiekrechtelijke grondslag

³⁹ Zie o.a. F.J. van Ommeren, ‘Wetsinterpretatie: het bestuurlijk rechtsoordeel als rechtsvaststellend besluit’, *JBPlus* 2000, p. 119 e.v.; S. Pront-van Bommel, *Bestuursrechtspraak, Voorstellen tot modernisering van de bestuursrechtspraak* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 52-61; R. Ortlep, ‘Het besluitbegrip: een verdampende theorie’, *RM Themis* 2008, p. 244; R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 1, Deventer: Kluwer 2016, p. 209-210.

⁴⁰ Zie o.a. ABRvS 8 september 2004, *AB* 2005/107, m.nt. F.R. Vermeer, waarin een waarschuwing als besluit werd aangemerkt. Zie verder o.a. Damen L.J.A. Damen, ‘Bestuursorgaan, belanghebbende, besluit: meer rechtseenheid?’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu 2007, p. 39-41.

⁴¹ Vgl. o.a. ARRvS 1 december 1977, *AB* 1978/208, m.nt. M. Scheltema (*Groningse waterleidingbuizen*), ABRvS 10 april 1995, *AB* 1995/498, m.nt. G.A. van der Veen, *AB Klassiek* 2016/20, m.nt. G.A. van der Veen (*Long Lin*), ABRvS 30 november 1995, *AB* 1996/136, m.nt. S.E. Zijlstra (*Stichting Silicose*), ABRvS 11 mei 1998, *AB* 1998/298, m.nt. M.J. Jacobs (*Bedrijfsverplaatsing*) en ABRvS 18 februari 1999, *AB* 1999/143, m.nt. M. Scheltema (*Legalisatie*). Zie verder o.a. Van Ommeren 2003, p. 145 e.v.

⁴² Zie o.a. N. Verheij, ‘Een eigen recht(er). Recente verschuivingen in de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter’, preadvies VAR, in: *Verschuiving van de magische lijn* (VAR-reeks 122), Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 12-14, waar onder meer valt te lezen hoe ‘rechters – doorgaans toch voorzichtige mensen – met de Awb in de hand de barricaden [beklommen] voor de bevrijding van het bestuursrecht’.

⁴³ ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997/229, m.nt. P.J.J. van Buuren.

⁴⁴ R.J.B. Schutgens, *Vorm of inhoud. Over de keuze tussen formele en materiële normomschrijvingen in het publiekrecht* (oratie Nijmegen), Nijmegen 2012, p. 32-35.

slechts kan worden gevonden in een concrete wettelijke bepaling buiten het burgerlijk recht.⁴⁵ Hieruit volgt dat organen van, onder meer, verenigingen, coöperaties, vennootschappen en stichtingen nooit een zogenoemd ‘a-orgaan’ kunnen zijn.⁴⁶ Van complexere aard is de reikwijdte van de definitie van het ‘b-orgaan’. Bij gebrek aan een duidelijke wettelijke grondslag kan de publiekrechtelijke aard van een handeling van een dergelijk orgaan soms worden gefundeerd op de vervulling van een ‘publieke taak’. Kort na de invoering van de Awb zette de Afdeling in klassieke uitspraken als *Stichting Silicose*⁴⁷ en *NV Luchthaven Schiphol*⁴⁸ enkele bakens uit die voor de afbakening van het b-orgaanbegrip nog immer relevant zijn. In uitspraken als *Schipholregio*,⁴⁹ *Platform 31*⁵⁰ en *Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen*⁵¹ werden deze bakens recent verder gepreciseerd en enigszins herijkt.⁵²

Zoals bekend overweegt de Afdeling in *Stichting Silicose* dat de privaatrechtelijke gedaante van die stichting niet verhult dat zij bij het nemen van beslissingen over uitkeringen in feite opereert als ‘doorgeefluik’ van de overheid. Van doorslaggevend belang acht de Afdeling dat de door de Stichting verstrekte vergoedingen rechtstreeks door het Rijk worden vergoed, waarbij de staatssecretaris steeds beziet of de in het reglement van de stichting neergelegde criteria juist zijn toegepast. Naast een duidelijke financiële band (‘de overheid betaalt’) bestaat derhalve tussen hen in feite ook een inhoudelijke band (‘de overheid bepaalt’). Bovendien overweegt de Afdeling dat de stichting zich bezighoudt met een taak die de overheid zich actief heeft aangetrokken, daarbij onder meer verwijzend naar de minister-president die bij de oprichting van de stichting door de regering plaatste in het kader van de ‘delging van een ereschuld’. Met *NV Luchthaven Schiphol* werd het materiële criterium van de ‘publieke taak’ van formele grenzen voorzien en werd onder meer bepaald dat het buiten het ambtenarenrecht alleen van toepassing is in gevallen waarin een privaatrechtelijke actor subsidies of uitkeringen verstrekt of anderszins direct op geld waardeerbare prestaties verricht en daarbij in wezen als verlengde arm van de overheid fungeert.⁵³ De beslissingen van instellingen die nauw met de overheid zijn verweven, maar zich desalniettemin in een privaatrechtelijke gedaante hullen, bleven op die manier in beginsel buiten het bereik van de bestuursrechter.⁵⁴

Toch bleef het criterium van de ‘publieke taak’ inzake het b-orgaanbegrip soms onduidelijkheid opleveren. Is het publieke karakter van een bepaalde taak nu slechts de afgeleide van ‘het betalen en bepalen’ door de overheid? Of spelen ook andere omstandigheden een rol en levert de al dan niet als ‘publiek’ aan te merken aard van de taakuitoefening een zelfstandige materiële toetsingsgrond op? In het belang van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid werden de zaken *Schipholregio* en *Platform 31* onder meer ter beantwoording van die vraag voorgelegd aan advocaat-generaal Widdershoven, die de maatstaf van de ‘publieke taak’ in zijn conclusie aanmerkt als ‘te vaag om door de rechter als zelfstandig inhoudelijk criterium te worden gebruikt’. Desalniettemin acht hij de

⁴⁵ Zie o.a. *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, 8, p. 18.

⁴⁶ Vgl. o.a. J.A.F. Peters, ‘Bestuursorgaan in bestuursrechterlijke handen’, *JBPlus* 2000, p. 79.

⁴⁷ ABRvS 30 november 1995, *AB* 1996/136, m. nt. S.E. Zijlstra (*Stichting Silicose*).

⁴⁸ ABRvS 3 oktober 1996, *AB* 1996/474, m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer (*NV Luchthaven Schiphol*).

⁴⁹ ABRvS 17 september 2014, *AB* 2015/129, m.nt. H. Peters.

⁵⁰ ABRvS 17 september 2014, *AB* 2015/130, m.nt. H. Peters.

⁵¹ ABRvS 17 december 2014, *AB* 2015/131, m.nt. H. Peters.

⁵² Vgl. o.a. J.A.F. Peters, ‘De publieke taakjurisprudentie geijkt’, *NTB* 2015, p. 172 e.v.

⁵³ Vgl. o.a. N. Verheij in annotatie op ABRvS 27 augustus 2003, *AB* 2004/10 (*Stichting Patiëntenfonds*); Zijlstra 2008, p. 22; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 126 en p. 229.

⁵⁴ Vgl. o.a. Van Ommeren 2003, p. 143-144.

publieketaakjurisprudentie aangewezen om ervoor te zorgen dat het bestuur op oneigenlijke wijze ‘ontsnapt’ aan de rechtsmacht van de bestuursrechter en de gelding van publiekrechtelijke normen. Om te komen tot ‘een voor de rechtspraak goed hanteerbaar criterium’ is het volgens Widdershoven evenwel nodig het publieketaakcriterium de resultante te laten zijn van het betalen en bepalen door de overheid, waarbij hij de grote kamer van de Afdeling enkele adviezen aanreikt om de vereisten voor het bestaan van een financiële en inhoudelijke band nader te definiëren.⁵⁵ In *Schipholregio* en *Platform 31* en, korte tijd later, in een nieuwe uitspraak inzake de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen sluit de Afdeling zich daarbij aan.⁵⁶ Op die manier tracht zij een nieuwe, meer dan voorheen op formele criteria berustende duidelijkheid te verschaffen zonder de ‘ratio van de publieketaakjurisprudentie’ uit het oog te verliezen.⁵⁷

Op de aanscherping van het b-orgaanbegrip is overwegend met instemming gereageerd. ‘Deze jurisprudentie brengt rust’, concludeert Schreuder-Vlasblom bijvoorbeeld in haar omvangrijke handboek over het bestuursprocesrecht.⁵⁸ Maar zoals Den Ouden onlangs al signaleerde is er ook een keerzijde van de medaille. De ‘nieuwe duidelijkheid’ van het herziene b-orgaanbegrip functioneert niet alleen als welkom houvast voor de rechtspraak, maar biedt het bestuur bovendien een handige ‘routekaart’ om bestuursrechtelijke rechtsbescherming en vanzelfsprekende publiekrechtelijke normering te vermijden.⁵⁹ Dat laatste komt onder meer scherp naar voren in *Stichting Impuls*, waarin de Afdeling zeen zaak aan de orde komt die draait om een door een stichting toegekend geldbedrag.⁶⁰ Enkele jaren geleden ging de deelraad van het stadsdeel Nieuw-West in Amsterdam ertoe over de uitvoering en financiering van vrijwilligersactiviteiten over te dragen aan – deels door Stichting Impuls geëxploiteerde – buurthuizen. Daartoe dienden de buurthuizen ‘regiegroepen’ te rekruteren uit de bewoners van de wijk, die – zo werd verondersteld – zelf het beste weten aan wie en ter bevordering van welke doelen schaarse publieke middelen het beste kunnen worden besteed. Een aanvrager die naar zijn mening van Stichting Impuls te weinig kreeg toegekend en tegen die beslissing bezwaar en beroep instelde, kreeg van de Afdeling uiteindelijk te horen dat hij bij de bestuursrechter aan het verkeerde adres was. Tussen het stadsdeel en de stichting bestaat weliswaar een duidelijke *financiële*, maar niet direct een *inhoudelijke* band – de verdeling van de gelden geschiedt immers naar inzicht van de regiegroepen, daarbij niet gehinderd door vooraf door het stadsdeel vastgestelde criteria.⁶¹

Dergelijke, door het nieuwe bestuursorgaanbegrip gefaciliteerde uitkomsten zijn onbevredigend. Wat rechtvaardigt de gelding van een ander juridisch regime wanneer de criteria voor de besteding van publieke middelen niet direct van overheidswege worden bepaald, maar indirect, waarbij ‘burgerpanels’ of andere participatieve figuren worden ingezet als nieuwe strategie van overheidsbestuur? ‘The times they are a-changing’, schrijft de Raad

⁵⁵ A-G Widdershoven, conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RvS:2014:2260, punt 4.9.

⁵⁶ Zie verder o.a. Peters 2015, par. 5.

⁵⁷ Zie o.a. ABRvS 17 september 2014, AB 2015/129, m.nt. H. Peters (*Schipholregio*), r.o. 5.1; ABRvS 17 september 2014, AB 2015/130, m.nt. H. Peters (*Platform 31*), r.o. 5.3 in combinatie met de conclusie van A-G Widdershoven van 23 juni 2014, ECLI:NL:RvS:2014:2260, punt 2.2.

⁵⁸ M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2016, p. 223.

⁵⁹ W. den Ouden, ‘Het coöperatieve bestuursorgaan’, *NTB* 2016/52, p. 390.

⁶⁰ ABRvS 13 mei 2015, AB 2015/308, m. nt. W. den Ouden.

⁶¹ Zie voor soortgelijke constructies onder meer P. van Asperen, ‘Van Sinterklaas naar maatschappelijk financier. De weg naar een contractueel subsidiestelsel’, *Bouwwrecht* 2014/130.

voor het openbaar bestuur (Rob) in een recente publicatie onder verwijzing naar Bob Dylan.⁶² In de ‘vitale samenleving’ zou de positie van de overheid als ‘spin in het web’ hebben afgedaan en plaats hebben gemaakt voor een model van ‘network governance’ waarin de overheid voor van alles en nog wat een beroep doet op private partijen. De Rob spreekt in dit verband over een welkome ‘herontdekking van de samenleving’ als domein waarin tal van maatschappelijke organisaties en actieve burgers staan te springen om geheel belangeloos allerlei publieke taken op zich te nemen.⁶³ Daartegenover staan critici die het netwerkmodel wantrouwend tegemoet treden en er een neoliberale beheersbaarheidsmentaliteit in herkennen met buitensluiting van ‘netwerklouze’ burgers en slecht vertegenwoordigde publieke belangen als de perverse effecten ervan.⁶⁴ Maar hoe het ook zij: de Rob heeft gelijk wanneer hij vaststelt dat de tijden zijn veranderd. Op vrijwel ieder beleidsterrein worden publieke taken inmiddels uitgevoerd in netwerken waarin de overheid slechts één partij is.⁶⁵ Aldus is het voor de overheid bijzonder eenvoudig alleen op de voorgrond te treden wanneer het haar uitkomt en zich voor het overige te laten vertegenwoordigen door de private actoren die slechts indirect door haar worden aangestuurd. Alleen een materieel en flexibel b-organbegrip biedt een dergelijke wendbare overheid voldoende tegenwicht; in zijn gevecht tegen het moderne proteïsche overheidswezen is een formeel en rigide b-organbegrip bij voorbaat kansloos.

6. Sociaal domein

De machteloosheid van het klassieke, op formele onderscheidingen en de idee van het bestuursrecht als kunstmatig ‘uitzonderingsrecht’ gefixeerde stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen het veelvormige moderne bestuur blijkt voorts uit recente ontwikkelingen in het ‘sociaal domein’ zoals dat wordt bestreken door, onder meer, de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (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’.⁶⁶ Ter verwezenlijking van dat ideaal werd een ingrijpend proces van decentralisering ingezet waarvan de Wmo 2015 een belangrijk onderdeel is. Waar de zorg voor burgers een chronische lichamelijke of psychische beperking voorheen als een taak voor de centrale overheid werd gezien, is binnen het vernieuwde sociaal domein het uitgangspunt dat de gemeenten primair verantwoordelijk zijn. Beter dan de centrale overheid zou de gemeente in staat zijn de geboden zorg toe te snijden op de specifieke situatie van particuliere hulpbehoevenden. Daarbij is het uitdrukkelijk de bedoeling dat publieke en private actoren onder regie van de gemeente de handen ineenslaan. De memorie van toelichting spreekt plechtig van ‘gezamenlijke doelen’ die overheden en private zorgaanbieders zouden hebben inzake de kwaliteit van dienstverlening en het delen van informatie over cliënten. Innige samenwerking tussen de gemeente enerzijds en private

⁶² Raad van het openbaar bestuur, ‘Loslaten in vertrouwen. Naar een nieuwe verhouding tussen overheid, markt én samenleving’, december 2012, beschikbaar via www.rob-rfv.nl.

⁶³ Raad van het openbaar bestuur 2012, p. 60-61. Vgl. voor een soortgelijke positieve waardering van de ‘netwerksamenleving’ o.a. J. Braithwaite, *Regulatory Capitalism*, Cheltenham: Edward Elgar 2008.

⁶⁴ Zie voor dergelijke kritiek o.a. J.S. Davies, *Challenging Governance Theory. From Networks to Hegemony*, Cambridge: Polity Press 2011; M. Raco, *State-led Privatisation and the Demise of the Democratic State*, Londen: Routledge 2013.

⁶⁵ Zie o.a. www.doedemocratie.net en www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/burgerschap/burgerparticipatie voor een bonte verzameling inzake ‘burgerparticipatie’, ‘doe-democratie’ en ‘participatietrajecten’ op vrijwel alle beleidsterreinen.

⁶⁶ Troonrede 2013, beschikbaar via www.rijksoverheid.nl.

partijen anderzijds zou uiteindelijk moeten leiden tot ‘zo integraal mogelijke dienstverlening’ aan particuliere hulpbehoevenden.⁶⁷

Een minder hoogverheven doel dat met de Wmo 2015 wordt nagestreefd is kostenbeheersing. Een neoliberale 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’.⁶⁸ Het nieuwe sociaal domein bevat tal van financiële prikkels waarmee wordt beoogd die resultaten op voor de staatskas zo voordelig mogelijke wijze te realiseren. Ten eerste betekent de Wmo 2015 een ‘forse financiële opgave’ voor gemeenten, die door de centrale overheid worden geacht voortaan de benodigde zorg voor ongeveer twee derde van het oorspronkelijke budget te kunnen leveren.⁶⁹ Geprikkeld door die financiële uitdaging organiseerden de gemeenten op grote schaal aanbestedingen waarbij private zorgaanbieders werden aangemoedigd de benodigde zorg tegen zo laag mogelijke kosten uit te voeren. Dat wil zeggen: de centrale overheid stuurt hier het sturen van de gemeentes, die op hun beurt het besturen van de private zorgaanbieders besturen. Uiteindelijk heeft de besturingstechniek die aan de Wmo 2015 ten grondslag ligt ook effect op de wijze waarop burgers zichzelf besturen. Sowieso beoogt de vernieuwing van het sociaal domein hulpbehoevende burgers zelf tot een actievere houding aan te zetten. Daarnaast beoogt het nieuwe stelsel de sociale omgeving ertoe aan te bewegen meer verantwoordelijkheden op zich te nemen. Naar de mening van de wetgever is het ‘heel normaal dat je [...] iets doet voor een partner of familielid als die niet geheel op eigen kracht kan deelnemen aan de samenleving’.⁷⁰ In de rug gesteund door 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.⁷¹

Wat kan de hulpbehoevende burger nu ondernemen wanneer hij zich tekort gedaan voelt? De systematiek van de Wmo 2015 schrijft voor dat een aanvraag voor een ‘maatwerkvoorziening’ vooraf wordt gegaan door een ‘melding’ en een daaropvolgend ‘keukentafelgesprek’ waarvan de betrokkene uiteindelijk een ‘schriftelijke weergave’ ontvangt. Veel, zo niet alles is de wetgever eraan gelegen de verhouding tussen burger en overheid in het sociaal domein zoveel mogelijk te dejuridiseren, zodat een ‘gesprek van mens

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 22-24. Een goed overzicht van de uitgangspunten van de Wmo 2015 is onder meer te vinden in G. Vonk (red.), ‘Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein’, Groningen: s.n. 2016; in het synthetiserende eerste hoofdstuk beschrijft Vonk treffend hoe ‘het schip’ bij vertrek uit de haven was ‘volgeladen met goede bedoelingen’ maar al snel averij opliep (p. 3 e.v.).

⁶⁸ 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).’

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 3. Zie ook B.J. van Ettehoven, ‘Herrie rond de keukentafel. Over de WMO 2015 en maatschappelijk adequate rechtsbescherming’, *NTB* 2016/50, p. 373. Zie ook A.T. Marseille, ‘De beperkte speelruimte van gemeentebesturen bij de uitvoering van de WMO 2015’, *JBplus* 2016, p. 123-140.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 27.

⁷¹ Wmo 2015, aanhef.

tot mens' mogelijk wordt en onnodige 'regeldruk' wordt voorkomen.⁷² De uitkomst van het keukentafelgesprek geldt dan ook uitdrukkelijk niet als appellabel besluit; alleen tegen een beslissing over een maatwerkvoorziening (die alleen kan worden aangevraagd met de schriftelijke weergave van het keukentafelgesprek in de hand) staat bezwaar en beroep open.⁷³ 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'. Wat tot het bereiken van dat resultaat concreet nodig is werd dan veelal verder ingevuld door private uitvoeringsinstanties wier beslissingen opnieuw geen appellabele besluiten opleveren. Daarmee dreigt de bestuursrechtelijke rechtsgang voor klagende hulpbehoevenden feitelijk te worden afgesneden. Wie heeft er nu bezwaar tegen een aanspraak op 'een schoon en leefbaar huis'? Wanneer men van de uitvoeringsinstantie te horen krijgt hoe die aanspraak concreet gestalte zal krijgen, is de termijn voor bezwaar tegen de maatwerkvoorziening veelal reeds verstreken.⁷⁴

Inmiddels tendeeft de jurisprudentie ertoe op strategische wijze met de bestuursrechtelijke doctrine om te springen teneinde het 'gat in de rechtsbescherming' dat aldus dreigt te ontstaan zo goed en zo kwaad als het gaat te dichten. Sowieso is het de vraag of de door de Wmo-wetgever beoogde classificatie van de uitkomst van het 'keukentafelgesprek' als niet-appellabele bestuurlijke 'standpuntbepaling' in de jurisprudentie stand zal houden; recente uitspraken van de Raad van State over wettelijke meldingenstelsels lijken de deur te openen voor het aanmerken van het onderzoek naar de concrete behoeften en mogelijkheden van burgers als appellabel besluit.⁷⁵ In ieder geval ziet de bestuursrechter soms een appellabel besluit in de nadere precisering van een maatwerkvoorziening door een private instelling; in dergelijke gevallen zou sprake zijn van 'verlengde besluitvorming'.⁷⁶ Een ander instrument dat de bestuursrechter soms inzet is dat van de verschoonbare termijnoverschrijding, overwegende dat een hulpbehoevende bij toekenning van een maatwerkvoorziening in bepaalde gevallen 'in de gerechtvaardigde veronderstelling verkeert dat de besluitvorming met het primaire besluit nog niet [is] afgerond'.⁷⁷ Richtinggevend met betrekking tot deze problematiek is vooral een aantal uitspraken waarin de Centrale Raad van Beroep oordeelt dat de toekenning van zorg in termen van algemene resultaten 'een duidelijke maatstaf mist', zodat maatwerkvoorzieningen die slechts 'een schoon en leefbaar huis' beloven in strijd zijn met het beginselen van zorgvuldigheid, motivering en rechtszekerheid.⁷⁸ Voorlopig zal het

⁷² Brochure van het Huis voor de Zorg, 'Handig om te weten en niet te vergeten tijdens het keukentafelgesprek', december 2016, p. 3: 'Tijdens het keukentafelgesprek kijk je samen wat je persoonlijke situatie is, waar je ondersteuning bij nodig hebt, en wat oplossingen zouden kunnen zijn. Jij mag zeggen waar je behoefte aan hebt. Het is een gesprek van mens tot mens' (tutoyering in origineel).

⁷³ Zie voor duidelijke uitleg verder o.a. A.T. Marseille, 'Huishoudelijke hulp in de Wmo 2015: bureaucratic rationality versus rechtszekerheid', *Ars Aequi* 2016, p. 637-642.

⁷⁴ Zie over deze problematiek met name M. Scheltema, 'Uitbesteding van overheidstaken: wegbestemming van rechtsbescherming?', *NTB* 2016/49, p. 369-372.

⁷⁵ ABRvS 14 januari 2015, AB 2015/219, m. nt. E. Dans en J. Mahuddy; ABRvS 14 januari 2015, AB 2015/218, m. nt. E. Dans en J. Mahuddy. Zie ook de conclusie van A-G Widdershoven van 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4116.

⁷⁶ Rb. Rotterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2196; Rb. Oost-Brabant 12 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3340.

⁷⁷ Rb. R'dam 24 augustus 2015, *RSV* 2015/225, r.o. 6.3.

⁷⁸ CRvB 18 mei 2016, 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, AB 2016/203, m. nt. C.W.C.A. Bruggeman; CRvB 18 mei 2016, AB 2016/204, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman.

nog wel even duren totdat het met de beperkte middelen van het besluitenprocesrecht geleverde verzet van de bestuursrechter tegen het afsnijden van de bestuursrechtelijke rechtsgang nader is uitgekristalliseerd.⁷⁹

Parallel aan die ontwikkelingen heeft regeringscommissaris Scheltema in een advies aan de regering de hoofdlijnen geschetst van een wetsontwerp dat voorziet in een meer systematische oplossing voor de gerezen problemen. Daarbij heeft Scheltema een stelsel van ‘integrale geschilbeslechting’ voor ogen waarbij het geen verschil maakt of de onvrede van de rechtzoekende zich nu richt ‘tegen een besluit of tegen ander optreden van de gemeente, dan wel tegen beslissingen of handelingen van de uitvoerend private instelling’.⁸⁰ Met andere woorden: de vraag of een bepaalde beslissing al dan niet als besluit kan worden aangezien is niet langer van centraal belang. Voor zover het geschil de uitvoering van de Wmo 2015 betreft, bepleit Scheltema een bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure waarin de rechtzoekende het geschil in zijn geheel kan voorleggen aan de bestuursrechter als competente instantie. Voortaan, zo is de bedoeling, hoeft het conflict tussen burger en bestuur inzake het sociaal domein niet langer ‘verknipt’ te worden uitgevochten in verschillende procedures bij verschillende rechters. Integrale geschilbeslechting wordt gefaciliteerd door een procesmodel waarin niet langer de rechtmatigheid van het bestuursbesluit *ex tunc*, maar de rechtsbetrekking *ex nunc* de spil vormt van het geding. Een leidende gedachte van het nieuwe model is bovendien dat het uitbesteden van taken door de overheid aan private actoren niet tot gevolg mag hebben dat de rechtsbescherming voor de burger vervalft of vermindert.⁸¹

Scheltema’s voorstel tot integrale geschilbeslechting tussen burgers enerzijds en gemeenten en private zorgaanbieders anderzijds is door het demissionaire kabinet-Rutte II ter consultatie aangeboden aan doelgroepen en onderworpen aan internetconsultatie; het ligt in de bedoeling dat het huidige kabinet-Rutte III zorg zal dragen voor nadere besluitvorming.⁸² In het regeerakkoord ‘Vertrouwen in de toekomst’ laat de coalitie er vooralsnog weinig over los; het akkoord stelt slechts dat de uitvoering van de Wmo onder meer op het punt van ‘procedures voor klachten en bezwaren’ zal worden geëvalueerd, waarna knelpunten gericht worden aangepakt.⁸³ Een wijziging van de Algemene wet bestuursrecht waarbij het voorstel van Scheltema wordt uitgevoerd en naast het klassieke vernietigingsberoep een procedure tot stand komt die zich richt op de onderlinge vaststelling van rechten en plichten tussen partijen in het sociaal domein zou daarbij een welkome ontwikkeling zijn. Het valt te hopen dat die ontwikkeling als het ‘breekijzer’ zal zijn waarmee de knellende mal van het bestuursbesluit als alfa en omega van het bestuursprocesrecht kan worden opengebroken.⁸⁴ Het moderne bestuur vult het publieke domein met ‘benchmarks’, ‘prestatie-indicatoren’ en budgettaire ‘afspraken’ dat het een lieve lust is; middels dergelijke prikkels stuurt het niet alleen het sturen van lagere overheidsorganen, maar ook het sturen van private instellingen, wier private

⁷⁹ Vgl. B.J. van Ettekoven, ‘Herrie rond de keukentafel’, *NTB* 2016/52, p. 374.

⁸⁰ M. Scheltema, ‘Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein’, 30 mei 2017, beschikbaar via www.overheid.nl.

⁸¹ Vgl. ook M. Scheltema, ‘Conflictoplossing in het sociaal domein: van gefragmenteerde naar integrale geschilbeslechting’, achtergrondstuk t.b.v. de VAR-studiemiddag op 9 oktober 2015, beschikbaar via www.verenigingbestuursrecht.nl.

⁸² *Kamerstukken II* 2017-2018, 34477, 27.

⁸³ ‘Vertrouwen in de toekomst. Regeerakkoord 2017-2021’, 10 oktober 2017, p. 13 (beschikbaar via www.rijksoverheid.nl).

⁸⁴ L.J.M. Tmmersmans, ‘Het sociaal domein als breekijzer’, *Gemeentestem* 2017/173 pleit juist voor het tegenovergestelde en waarschuwt voor de consequenties van al te rigoureuze veranderingen in de grondstructuur van het besluitenprocesrecht.

autonomie op die manier hoe langer hoe meer illusoir is geworden. Alleen een stelsel van rechtsbescherming dat burgers ook tegen indirecte overheidssturing beschermt, biedt aan het moderne bestuur voldoende tegenwicht.

7. Groeimodel

De roep om hervorming van het bestuursprocesrecht en uitbreiding van de competentie van de bestuursrechter is bepaald niet nieuw. Backes, bijvoorbeeld, pleit in een aantal publicaties voor een integrale verbouwing van het stelsel van rechtsbescherming waarbij de ‘magische lijn’ tussen publiek- en privaatrecht rigoureus wordt verschoven; alleen op die manier zou een situatie kunnen ontstaan waarin de burgerlijke rechter en de bestuursrechter ‘ieder het zijne’ krijgen toebedeeld.⁸⁵ Volgens Backes is het niet nodig het nu eenmaal zeer vage onderscheid tussen publiek- en privaatrecht te voorzien van een kunstmatig criterium dat de bestuursrechter reeds bij voorbaat voorschrijft hoe het publiek- en privaatrechtelijke geschillen uit elkaar moet houden. Een stelsel van rechtsbescherming dat aansluit bij een sociale realiteit waarin de oude domeinen van ‘staat’ en ‘maatschappij’ steeds meer samenvloeien, zal nu eenmaal niet kunnen ontkomen aan een aanzienlijk ‘schemergebied’ waarvan de publiek- of privaatrechtelijke aard moeilijk valt te bepalen. Ervaringen in binnen- en buitenland met kunstmatige afbakeningscriteria zouden laten zien dat formele begrenzing van bestuursrechtelijke competentie in de huidige omstandigheden hoe dan ook onbevredigend is. Daarom doet de wetgever er volgens Backes beter aan de Nederlandse traditie van een formele rechterlijke competentiegrondslag geheel te verlaten; in plaats daarvan pleit hij voor een stelsel waarin de competentieverdeling geheel op materiële criteria berust. Een blik op het Duitse recht zou leren dat een dergelijk stelsel in de praktijk geen onoverkomelijke bezwaren hoeft op te leveren.⁸⁶

De meeste bestuursrechtjuristen opteren voor een voorzichtiger benadering. In haar in 2004 verschenen rapport opteert een door het VAR-bestuur ingestelde commissie bijvoorbeeld voor een scenario waarin het besluitmodel geleidelijk wordt uitgebreid met verzoekschriftprocedures in de sfeer van het ‘omringende’ bestuursrecht. Uiteindelijk zou dat kunnen uitmonden in een ‘duaal stelsel’ waarbinnen gedifferentieerd kan worden tussen een klassiek, grotendeels als ‘recours objectief’ vormgegeven vernietigingsberoep enerzijds en een subjectiever ingerichte procedure waarin de rechter zich in de eerste plaats richt op de vaststelling van rechtsverhoudingen anderzijds.⁸⁷ Op die manier zou stapsgewijs een competentieverdeling kunnen ontstaan waarin de bestuursrechter oordeelt over elk geschil dat voortkomt uit een bestuursrechtelijke verhouding.⁸⁸ In hun meer recente preadvies betogen Van Ommeren en Huisman in hoofdzaak hetzelfde.⁸⁹ Daarbij bepleiten zij een ‘groeimodel’

⁸⁵ Ch.W. Backes, *Suum cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (oratie Maastricht), Maastricht 2009. Zie ook Ch.W. Backes & A.M.L. Jansen, ‘De wederkerige rechtsbetrekking als panacee voor de gebreken van de ‘besluiten-Awb?’’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 93-95.

⁸⁶ Vgl. Backes 2009, p. 43; vgl. ook R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne* (oratie Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 50-51.

⁸⁷ VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 82-92.

⁸⁸ VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 91-92.

⁸⁹ Van Ommeren & Huisman 2013, p. 93 e.v.; zie ook het verslag van de vergadering (VAR-reeks 151) voor de welwillende ontvangst van het preadvies. Vgl. voor overeenkomstige opvattingen verder o.a. Verheij 1999a, p. 67 e.v.; Pront-van Bommel 2002, p. 31 e.v.; Schlössels 2003, p. 53 e.v.; De

dat vasthoudt aan het besluit als de ‘harde kern’ van het bestuursrecht, geleidelijk uit te breiden met een omringende ‘schil’ die zou bestaan uit handelingen ter voorbereiding en uitvoering ervan.⁹⁰ Op die manier sluit het model van Van Ommeren en Huisman enerzijds aan bij de traditie van het Nederlands besluitenprocesrecht en brengt het anderzijds de nodige vernieuwingen.⁹¹ Niet anders dan Van der Pot betogen Van Ommeren en Huisman dat de ‘kerntaak’ van het bestuur bestaat uit ‘het vormen en vaststellen van nieuw objectief recht’, waarvan de ‘periferie’ zou bestaan uit feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen die daaraan nauw verbonden zijn.⁹² Een geheel op materiële grondslag berustende competentieverdeling is wat hen betreft veel te vaag.⁹³ In plaats van het materiële concept van de op beginselen berustende bestuursrechtelijke rechtsbetrekking gaan zij ter afbakening van de competentie van de bestuursrechter liever uit van de ‘bestuursrechtelijke verbintenis’ als de meer formele afgeleide van op wettelijke grondslag berustende bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening.⁹⁴

Maar waarom geldt het bestuursbesluit eigenlijk als de ‘kern’ van het bestuursrecht en zouden andere overheidshandelingen hooguit tot een omringende ‘schil’ behoren? Waarom zou laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming slechts open hoeven staan voor burgers die wensen op te komen tegen een handeling die direct gerelateerd is aan een besluit, terwijl burgers met klachten over andere, soms indirecte maar vaak ten minste even dwingende manieren waarop de overheid burgers haar wil oplegt alleen terecht kunnen bij de burgerlijke rechter?⁹⁵ De huidige proteïsche overheid is ‘spin in het web’ wanneer het haar uitkomt, maar laat haar macht voor het overige graag gelden door het ‘sturen van het sturen’ van andere actoren. Tegen de diffuse neoliberale bestuurskunst is een formalistisch stelsel van bestuursrechtspraak niet opgewassen. Daarom is het tijd een meer fundamentele hervorming van het stelsel van competentieverdeling. De voortgaande zoektocht naar houvast aan formele figuren als het bestuursbesluit is alleszins begrijpelijk, maar hopeloos misplaatst tegen de achtergrond van een allesdoordringende beheersbaarheidsmentaliteit die zich van juridische vormen weinig aantrekt. Het is niet vreemd dat formele stelsels van competentieverdeling overal in Europa op hun laatste benen lopen. De druk om naar hun aard publiekrechtelijke, maar om formele redenen in het privaatrecht verdwaalde kwesties onder de competentie van de bestuursrechter te brengen is eenvoudigweg te groot. Het wordt tijd dat het Nederlandse recht die tendens volgt en eindelijk radicaal afstand durft te nemen van de achterhaalde notie van het bestuursrecht als formeel uitzonderingsrecht, met de formele figuur van het bestuursbesluit als bepalend richtsnoer ter afbakening daarvan.

8. Conclusie

Poorter & De Graaf 2011, p. 98 e.v.; K.J. de Graaf, ‘Verzoek naast beroep? Een rechtsvergelijkend perspectief’, preadvies VAR, in: *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 305.

⁹⁰ Van Ommeren & Huisman 2013, p. 12-15.

⁹¹ Vgl. o.a. VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 23-26.

⁹² Van Ommeren & Huisman 2013, p. 81-83; zie ook P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst: de overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 563 e.v.

⁹³ Pront-van Bommel 2002, p. 77; vgl. ook Verheij 1999, p. 67.

⁹⁴ Pront-van Bommel 2002, p. 83-96. Vgl. ook De Poorter & De Graaf 2011; Schlössels 2003, p. 53 e.v.; VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 82 e.v.; J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 157 e.v.

⁹⁵ Vgl. o.a. Backes 2009, p. 21.

Het klassieke Nederlandse stelsel van competentieverdeling valt niet los te zien van de gemene rechtsleer, die in het bestuursrecht een formele uitzondering ziet ten opzichte van het organische, primair op materiële beginselen georiënteerde privaatrecht als het ‘gemene recht’. De keuze voor het besluitbegrip als rechtsingangscriterium en centraal object van het bestuursrechtelijke geding hangt er rechtstreeks mee samen. Oorspronkelijk beoogde die keuze bestuursbesluiten te onttrekken aan onafhankelijke rechterlijke beoordeling. Liever bracht men de rechterlijke beoordeling van publiekrechtelijke rechtshandelingen onder bij een rechter die indien nodig kon worden teruggefloten door de Kroon, die aldus het laatste woord behield over bestuursbeslissingen die ‘iets veranderen in de wereld van het recht’. Uit rechtsstatelijke overwegingen achtte men het wenselijk de almacht van de Kroon zo nauw mogelijk te omgrenzen. In het bestuursbesluit als het ‘typisch overheidshandelen’ dat op grond van een specifieke wettelijke bepaling van het gemene recht is uitgezonderd zag men daartoe het meest aangewezen instrument. De ratio van legaliteit en algemeen belang die aan de keuze voor het bestuursbesluit als rechtsingangscriterium ten grondslag ligt heeft nooit naar behoren gefunctioneerd. In de praktijk bleek al snel dat de bestuursrechtelijke rechtsgang voor velen veel aantrekkelijker was dan de gang naar de gewone rechter, zodat een formele omgang met het besluitbegrip als toegangscriterium tot de bestuursrechter jegens rechtzoekenden al snel als hoogst onbillijk werd ervaren. Het disfunctioneren van het bestuursbesluit als rechtsingangscriterium zette een lange ontwikkeling van dogmatische strategische oprekking en strategische interpretatie in gang, maar is vreemd genoeg nooit reden geweest het stelsel van competentieverdeling op dit punt fundamenteel te herzien.

Het is kenmerkend voor de voorzichtige, vaak op moeizame compromissen gestoelde ontwikkeling van het Nederlandse bestuursrecht dat de centrale positie van het bestuursbesluit als de spil van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming tot op de dag van vandaag heeft standgehouden. Ook in de Awb bleef de spilfunctie ervan gehandhaafd, terwijl aan die wet toch ook de gedachte ten grondslag ligt dat het bestuursrecht niet langer als door wetten omgrensd uitzonderingsrecht kan worden beschouwd, maar in wezen – niet anders dan het privaatrecht – wordt beheerst door beginselen die aan wettelijke regels voorafgaan. Met de idee van een op ongeschreven recht berustende ‘bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ als nieuw fundament van het bestuursrecht staat de beperking van de competentie van de bestuursrechter tot besluiten op gespannen voet. Niet vreemd, daarom, dat het stelsel van competentieverdeling na de inwerkingtreding van de Awb al snel ontspoorde en zich ontwikkelde tot een ingewikkeld juridisch mijnenveld dat zijn weerga in ons recht nauwelijks kent. Geconfronteerd met de onmogelijke opdracht een ‘juist midden’ te vinden tussen de formele gedaante van het besluit enerzijds en de materiële gedachte van een op beginselen berustende bestuursrechtelijke rechtsbetrekking anderzijds creëerde de bestuursrechter een stelsel dat vaak moeilijk werkbaar is.

Tegen de achtergrond van de moderne praktijk van ‘network governance’ is de keuze voor het bestuursbesluit als enig bestuursrechtelijk rechtsingangscriterium onhoudbaar geworden. De gedachte dat ‘typisch overheidshandelen’ bestaat uit de eenzijdige, op een duidelijke wettelijke bevoegdheid steunende vaststelling van andermans rechtspositie is niet in overeenstemming te brengen met de praktijk van indirecte sturing (‘conduite des conduites’) waarin de macht van het bestuur zich veelal op meer verholde wijze laat gelden. Over de opkomst van de netwerksamenleving lopen de meningen uiteen. Sommigen zien er een welkome ontwikkeling in die meer ruimte laat aan maatschappelijke initiatieven van burgers en bedrijven. Anderen waarschuwen voor de perverse effecten ervan en beschouwen de aan private actoren gegunde autonomie als hoogst illusoir, gecompromitteerd als deze doorgaans is door allerhande instrumenten waarmee de overheid stuurt hoe deze actoren zichzelf en

anderen besturen. Vast staat in ieder geval dat publieke taken op tal van beleidsterreinen vaak worden uitgevoerd door een samenstel van actoren waarvan de overheid slechts één partij is. Op die manier is het hoogst eenvoudig voor de overheid om op de voorgrond te treden of zich juist achter haar ‘partners’ in het netwerk te verschuilen al naar gelang het een of het ander wenselijk wordt geacht. De klassieke logica waarop het Nederlandse stelsel van competentieverdeling nog altijd is gebaseerd sluit bijzonder slecht bij die bestuurspraktijk aan. De rigide figuur van het bestuursbesluit als formele begrenzing van het bestuursrecht als kunstmatig uitzonderingsrecht is tegen het proteïsche, steeds van gedaante wisselende bestuur in ieder geval niet opgewassen.

De onmacht van formele begrenzingen van de rechtsmacht van de bestuursrechter komt onder meer naar voren in recente ontwikkelingen rondom het b-organbegrip. Voorheen gold bij de jurisprudentiële invulling daarvan het materiële criterium van de ‘publieke taak’ als een zelfstandig criterium. Recente rechtspraak bepaalt echter dat een actor die niet als a-organ kan worden aangemerkt alleen bestuursorgan kan zijn op grond van het meer formele richtsnoer van het ‘betalen en bepalen’ door de overheid. Alleen op die manier zou een bruikbaar criterium kunnen worden gevonden dat voldoende houvast biedt zonder de ratio van de publieketaakjurisprudentie geheel uit het oog te verliezen. Inmiddels is gebleken dat het nieuwe b-organbegrip niet alleen de rechtspraktijk houvast biedt, maar bovendien fungeert als routekaart voor het bestuur om de bestuursrechtelijke rechtsgang te ontlopen. Besteding van publieke middelen wordt inmiddels in groten getale uitbesteed aan stichtingen, regiegroepen en andere gremia, waarbij de overheid weliswaar voluit betaalt, maar althans formeel geen doorslaggevende invloed heeft op de criteria volgens welke de gelden worden verdeeld. Die ontwikkeling laat zien dat alleen een materieel en flexibel b-organbegrip het proteïsche overheidswezen voldoende weerwerk kan bieden. In de strijd met een al te rigide b-organbegrip verandert het bestuur gemakkelijk van gedaante en gebruikt het meer indirecte sturingstechnieken om zijn doelen te bereiken en burgers uiteindelijk zijn wil op te leggen.

Hoopgeveender dan de recente formele correctie van het b-organbegrip zijn de recente ontwikkelingen in het sociaal domein. Na de implementatie van de diffuse neoliberale techniek van indirecte sturing dreigde aldaar een gat in de rechtsbescherming te ontstaan dat inmiddels in de rechtspraak deels is ondervangen. Op zoek naar een structurele oplossing voor de gerezen problemen is bovendien een wetsvoorstel in de maak dat voorziet in een bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure die niet alleen toegankelijk is bij klachten over bestuursbesluiten, maar over elk handelen – ook dat van private instellingen – dat de uitvoering betreft van de zorgtaken waarvoor de gemeente onder het regime van de Wmo 2015 de primaire verantwoordelijkheid draagt. Door (besluitvorming over) de uitvoering van de zorg aan private partijen over te laten kan het proteïsche bestuur dan dus niet langer aan de jurisdictie van de bestuursrechter ontkomen. Het voordeel daarvan is niet alleen dat het gat in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming wordt gedicht, maar ook dat conflicten voortaan niet meer hoeven te worden verknipt over verschillende rechters en verschillende procedures. Het valt te hopen dat het wetsvoorstel snel verder gestalte krijgt en spoedig wordt ingevoerd. Bovendien is het wenselijk dat het voorstel zal dienen als breekijzer waarmee de competentie van de bestuursrechter eindelijk structureel kan worden verruimd en de oude, obsoleete idee van bestuursrecht als formeel uitzonderingsrecht eindelijk uit de weg zal worden geruimd.

Het door velen omarmde ‘groeimodel’ zoals onder meer bepleit door Van Ommeren en Huisman tendeert in de goede richting, maar ontbeert de juiste theoretische grondslag om de gemene rechtsleer definitief naar de mestvaalt van de rechtsgeschiedenis te verwijzen. Waarom zou het overheidsbesluit de kern van het bestuursrecht vormen en zouden overige

handelingen waarmee het bestuur zijn macht laat gelden slechts tot de periferie kunnen worden gerekend? Het model van Van Ommeren en Huisman blijft de essentie van bestuursrechtelijk handelen zoeken in het formele richtsnoer van het rechtscheppende, op een specifieke wettelijke bevoegdheid berustende vermogen waarmee het bestuur het 'uitzonderingsdomein' van het bestuursrecht bestrijkt; in die zin bouwt het in wezen nog steeds voort op de 'gemene rechtsleer' zoals die in het interbellum tot ontwikkeling kwam en door de commissie-De Monchy als uitgangspunt van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming werd verkozen. Een volwaardig alternatief is slechts een materieel verdeelcriterium dat werkelijk breekt met de idee van bestuursrecht als kunstmatig uitzonderingsrecht. Alleen op die manier kan worden bewerkstelligd dat de bestuursrechter en de burgerlijke rechter 'ieder het zijne' krijgen toebedeeld. In een tijd waarin de grenslijn tussen publiek- en privaatrecht sterk erodeert is de behoefte aan formele criteria die houvast bieden alleszins begrijpelijk. Vervuld van een neoliberale beheersbaarheidsmentaliteit trekt de overheid zich van juridische vormen echter weinig aan en hult zich van geval tot geval in het juridische kleed dat zij het meest passend acht. Alleen een materieel stelsel van competentieverdeling is bij machte het moderne proteïsche overheidswezen het juiste weerwerk te bieden.