

Van government naar governance: besturen onder de radar van het bestuursrecht

NTB 2018/40

1. Niemand

Gevangen genomen op het eiland van de Cyclopen vertelt Odysseus zijn bewaarder Polyphemos dat hij Niemand heet, voert hem dronken en doorboort zijn enige oog met een brandend stuk hout. Polyphemos schreeuwt het uit, zo hard dat de andere Cyclopen het horen en hem van verre vragen wat er aan de hand is. 'Niemand overwint mij met zijn listen', schreeuwt Polyphemos hun toe. Intussen maken Odysseus en zijn makkers dat ze weggelopen, ongezien door Polyphemos en zonder problemen met de andere Cyclopen op het eiland.²

De list waarmee Odysseus ontkomt aan de Cyclopen heeft wel iets weg van de werkwijze van het moderne bestuur. Waar de overheid voorheen gemakkelijk aanspreekbaar was als centrale regisseur, als 'spin in het web' van een geleide economie en verzorgingsstaat, bedient zij zich vandaag de dag veeleer van meer indirecte, maar daarom niet minder dwingende sturingstechnieken als 'network governance' en 'publiek-private samenwerking' die zich aan het opmerkingsvermogen van het publiekrecht plegen te onttrekken.³ Sinds de verschuiving van 'government' naar 'governance' werpt de overheid zich veelal niet langer op als verticale besluitenmachine, vertrouwend op een model van 'command and control', maar presenteert zij zich bij voorkeur als horizontale 'partner' die samen met anderen van alles onderneemt en maatschappelijke problemen te lijf gaat.⁴ Bij dat alles wordt het bestuur liever niet gehinderd door vervelende publiekrechtelijke procedures. Daarom creëert het tal van zogenaamd horizontaal opererende 'Niemanden' die feitelijk enorme verticale publieke macht uitoefenen maar

de bestuursrechtelijke dans veelal ontspringen zodra er problemen ontstaan.⁵

2. Neoliberaal bestuur

In het internationale recht staat de juridische ongrijpbaarheid van publiek-private samenwerkingsverbanden en juridische 'Niemanden' als de eurogroep en de *troika* die Griekenland bestuurt de laatste tijd sterk in de belangstelling.⁶ Maar ook binnen onze nationale rechtsorde wemelt het van dergelijke Niemanden. Wat bijvoorbeeld te denken van het 'Gasgebouw', een onoverzichtelijke kluwen van publieke en private actoren die belangrijke beslissingen neemt over de gaswinning in Groningen. Publiek-private 'samenwerking' op dit punt leek een uitstekend idee, totdat bleek dat de Groninger gaswinning niet valt te beschouwen als een 'positive sum game' – een spel met louter winnaars – maar als een activiteit die voor de actoren in het 'gasgebouw' enorme winsten oplevert en voor de bewoners van het bevingingsgebied intussen ernstige nadelige consequenties heeft.⁷ In publiekrechtelijke zin stonden de getroffen lange tijd met lege handen, totdat de regering uiteindelijk overging tot de erkenning van haar publieke verantwoordelijkheid en een bestuursrechtelijke rechtsgang mogelijk maakte die zich de komende jaren in de praktijk zal moeten bewijzen. Wel vreemd dat er protestmarsen, fakkeltochten en liederen van cabaretiers voor nodig zijn geweest voordat het zover heeft kunnen komen.⁸

De grote verdwijntruc waarvan het moderne bestuur zich op grote schaal bedient is typerend voor het neoliberale bestuursmodel zoals dat in de jaren van wederopbouw op kwam zetten en zich in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw ontwikkelde tot de dominante bestuursvorm.⁹ Foucault beschrijft dat model als een bestuurspraktijk die zich niets aantrekt van de klassieke scheidslijn tussen het publieke en het private en erop gericht is het leven van burgers achter die aloude beschermende grens maximaal te

1 Lukas van den Berge is universitair docent rechtstheorie aan Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 Homerus, *Odyssee* 9.116-566. Het gebruik van dit verhaal in een juridische context is ontleend aan de beschrijving van het eerste deelprogramma ('The Rule of Law and the 'Nobody' Problem') van het facultaire onderzoeksprogramma 'Rethinking the Rule of Law in an Era of Globalisation, Privatisation, and Multiculturalisation', beschikbaar via www.eur.nl/esl/research/programmes-institutes/rethinking-rule-law.

3 Zie voor overtuigende analyses van de wijzen waarop het moderne netwerkbestuur 'onder de radar van het publiekrecht' blijft o.a. W. Brown, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York: Zone Books 2015; Y. Papadopoulos, *Democracy in Crisis? Politics, Governance and Policy*, New York: Palgrave Macmillan 2013; J.S. Davies, *Challenging Governance Theory: From Networks to Hegemony*, Cambridge: The Policy Press 2011.

4 M. Bevir, *A Theory of Governance*, Berkeley: University of California Press 2013; J. Braithwaite, *Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Better*, Cheltenham: Edward Elgar 2008; J. Newman, *Modernising Governance: New Labour, Policy and Society*, London: Sage 2001. Zie o.a. Davies 2011, p. 9 e.v. voor de betrekkelijke kritiekloosheid waarmee de 'decent theory of modern governance' in de literatuur is verwelkomd als heilzaam nieuw paradigma.

5 Vgl. A. Arcuri & F. Coman-Kund, 'The 'Nobody' Problem', paper gepresenteerd op het congres 'Unpacking the 'Accountability Paradox' in Expert-Based Decisionmaking', Erasmus Universiteit Rotterdam, 30 november-1 december 2017.

6 Zie o.a. M. Markakis, *Political and Legal Accountability in the Economic and Monetary Union*, diss. Oxford, Oxford 2017, met verdere verwijzingen.

7 Het eenzijdig op gaswinsten gerichte managerialisme en het desastreuze gebrek aan verantwoordelijkheidszin onder alle (voortdurend naar elkaar wijzende en onderling nauw vervlochten) publieke en private actoren in de Groninger gaswinning is beklemmend beschreven in Onderzoeksraad voor de Veiligheid, *Aardbevingsrisico's in Groningen*, Den Haag 2015 (beschikbaar via www.onderzoeksraad.nl).

8 Zie verder o.a. L. van den Berge, 'Gouvernementaliteit en rechtsbescherming. Groninger gas, sociaal domein en de ongrijpbare overheid', *NJB* 2018 (te verspreiden), met verdere verwijzingen.

9 Zie verder o.a. Th. Biebricher, *Onvermoed en onvermijdelijk. De vele gezichten van het neoliberalisme*, Nijmegen: Valkhof Pers 2017.

kunnen beheersen.¹⁰ Juist door niet zelf op de voorgrond te treden tracht het neoliberale bestuur zijn regisserende rol achter de schermen optimaal te kunnen vervullen, zichzelf verbergend achter 'partners' in ondoorzichtige netwerken en vertrouwend op 'prestatieafspraken' en andere diffuse technieken die private actoren een gedroomde autonomie gunnen maar verhullen dat hun gedrag in sterke mate wordt bepaald door de prikkels die het bestuur op hen afvuurt. 'Technologies of autonomy', noemt de Britse socioloog Nikolas Rose dat treffend.¹¹ In het vernieuwde sociaal domein, bijvoorbeeld, bepaalt de overheid niet langer direct hoe de zorg op lokaal niveau gestalte moet krijgen, maar 'beperkt' zij zich tot het afgeven van prikkels waarmee zij de publieke en private actoren op wie zij haar verantwoordelijkheden afschuift des te efficiënter in de hand houdt. Juist die verholde, zogenaamd horizontale werkwijze maakt het voor het bestuur mogelijk door te dringen tot aan de keukentafel van hulpbehoevende burgers om aldaar 'een gesprek van mens tot mens' op touw te zetten en het zorgproces tot in de haarvaten van het stelsel te micromanagen – vervelende bestuursrechtelijke procedures vooralsnog veelal handig vermijdend.¹²

Het neoliberalisme wordt soms beperkt begrepen als een van oorsprong Amerikaanse ideologie die een bron van inspiratie was voor politici als Reagan en Thatcher, vervolgens oversloeg naar het Europese continent en zich daar en elders onder meer vertaalde in de mode van 'new public management': het bestuursmodel dat zijn legitimiteit eenzijdig zoekt in output en efficiency en het openbaar bestuur daartoe zoveel mogelijk onderwerpt aan de tucht van onderlinge competitie.¹³ In die zin is het neoliberalisme wellicht over zijn hoogtepunt heen.¹⁴ Maar in de bredere zin waarin Foucault het begreep – de van oorsprong even Europese als Amerikaanse bestuurspraktijk waarbij de overheid zich uit de maatschappij terugtrekt om haar paradoxaal genoeg beter te kunnen beheersen – is het neoliberalisme springlevend.¹⁵ Wendbaar als het neoliberalisme is gaat het gemakkelijk verbindingen aan met andere theorieën. Zo leunt het handig op een retorica van gemeenschapsdenken wanneer het een 'participatiemaatschappij' bepleit en schuift het deliberatieve en constructivistische idealen naar voren in zijn

pleidooi voor 'co-regulatie van beleid' en andere zogenaamd meer horizontale bestuursvormen die de representatieve democratie uithollen en het algemeen belang uitleveren aan een ondoorzichtige private belangenstrijd.¹⁶

3. B-organen

Het Nederlandse stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is notoir slecht tegen het moderne neoliberale bestuur opgewassen.¹⁷ De machteloosheid van het nog altijd op grond van een nogal formalistische logica opererende Nederlandse bestuursrecht komt onder meer scherp naar voren in de ontwikkeling van het b-organebegrip, al sinds jaar en dag een dogmatisch zorgenkind en recent het voorwerp van een serie uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak en een conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven die opnieuw tot veel discussie leidden.¹⁸ De nieuwe koers die de Afdeling conform de conclusie uitzet komt erop neer dat het publieke karakter van een bepaalde taak op zichzelf geen reden meer kan zijn een niet-statelijke actor aan te merken als bestuursorgaan. Een zelfstandig materieel publieketaakcriterium zou veel te vaag en daarom voor de rechtspraktijk niet goed hanteerbaar zijn. Beter is het volgens de Afdeling het publieketaakcriterium de resultante te laten zijn van het 'betalen en bepalen' door de overheid, waarbij het bestaan van een financiële en inhoudelijke band grotendeels afhankelijk is gemaakt van een aantal formele criteria die inzake het b-organebegrip meer houvast zouden kunnen bieden.¹⁹

Op de formele aanscherping van het b-organebegrip is overwegend met instemming gereageerd. Maar zoals Den Ouden onlangs al signaleerde heeft de nieuwe duidelijkheid in de publieketaakjurisprudentie ook een keerzijde. Het herziene b-organebegrip functioneert niet alleen als welkom houvast voor de rechtspraktijk, maar bovendien als handige 'routekaart' voor het bestuur om bestuursrechtelijke rechtsbescherming en publiekrechtelijke normering te vermijden.²⁰ Schermend met een ideologie van 'coöperatief bestuur' maken overheidsorganen onder meer van die routekaart gebruik bij de verdeling van publieke middelen. Stadsdeel Nieuw-West in Amsterdam, bijvoorbeeld, heeft het uitdelen van subsidies deels overgedragen aan Stichting Impuls – een particuliere organisatie die 'Amsterdammers

10 M. Foucault, *De geboorte van de biopolitiek. Colleges aan het Collège de France (1978-1979)*, vert. J. Holierhoek, Amsterdam: Boom 2011.

11 N. Rose, *Governing the Soul. The Shaping of the Private Self*, Londen: Routledge 1999 [1989], p. 244-258. 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 is o.a. W. Schinkel & J.F. van Houdt, 'Besturen door vrijheid. Neoliberaal communitarisme en de verantwoordelijke burger', *Bestuurskunde* 2010, p. 12-21.

12 Zie in meer detail L. van den Berge, 'Bestuursrecht in de netwerksamenleving. Waarom de rechtsmacht van de bestuursrechter een materiële grondslag behoeft', *RMThemis* 2018 (te verschijnen), met verdere verwijzingen.

13 J.E. Lane, *New Public Management*, Londen en New York: Routledge 2000.

14 P. Dunleavy e.a., 'New Public Management Is Dead – Long Live Digital-Era Governance', *Journal of Public Administration Research and Theory* 2005, p. 467-494; vgl. o.a. E. Tonkens, *Roeping, gezag en loyaliteit. De publieke sector na het neoliberalisme*, oratie UvH, Utrecht 2016.

15 D. Cahill, *The End of Laissez-Faire? On the Durability of Embedded Neoliberalism*, Cheltenham: Edward Elgar 2014; Biebricher 2017.

16 Zie o.a. F. van Houdt, *Governing Citizens*, diss. EUR, Rotterdam 2014, p. 131 voor de ontwikkeling van het 'neoliberaal communitarisme': de verbinding die het neoliberalisme in het kader van de 'participatiemaatschappij' is aangegaan met het gemeenschapsdenken. De legitimiteit die het nieuwe bestuursmodel zoekt in idealen van deliberatieve democratie is mooi beschreven en effectief bestreden in P. Westerman, *Outsourcing the Law: A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar 2018 (te verschijnen).

17 Zie in dezelfde zin ook L. van den Berge, 'Gouvernementaliteit en rechtsbescherming', *NJB* 2018 (te verschijnen); L. van den Berge, 'Bestuursrecht in de netwerksamenleving', *RMThemis* 2018 (te verschijnen).

18 ABRvS 17 september 2014, *AB* 2015/129, m.nt. H. Peters (*Schipholregio*); ABRvS 17 september 2014, *AB* 2015/130, m.nt. H. Peters (*Platform 31*); conclusie A-G Widdershoven van 23 juni 2014, ECLI:NL:RvS:2014:2260.

19 Zie verder o.a. J.A.F. Peters, 'De publieke taakjurisprudentie geijkt', *NTB* 2015/23.

20 W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', *NTB* 2016/52 (p. 390).

helpt bij het oplossen van problemen'.²¹ Een aanvrager die zich door die stichting misdeeld voelde en bezwaar en beroep instelde, kreeg van de Afdeling uiteindelijk te horen dat hij bij de bestuursrechter aan het verkeerde adres was. Van 'betalen' door de overheid was weliswaar sprake, maar niet van 'bepalen', omdat vooraf door het stadsdeel vastgestelde verdeelcriteria ontbraken. Voor het bestuursprocesrecht is Stichting Impuls daarom een juridische Niemand, slechts verantwoordelijk te houden langs de civielrechtelijke weg die voor de door de stichting bediende burgers in de praktijk zo goed als onbegaanbaar is.²²

Dergelijke, door het nieuwe bestuursorgaanbegrip gefaciliteerde uitkomsten zijn onbevredigend. Wat rechtvaardigt een andere rechtsgang en een ander juridisch regime wanneer de criteria voor de besteding van publieke middelen niet direct van overheidswege worden bepaald, maar indirect, vastgesteld door formeel zelfstandige stichtingen, 'burgerpanels' of andere participatieve figuren die horizontaal ogen maar in feite slechts verhullen dat publieke macht wordt uitgeoefend? 'The times they are a-changing', schrijft de Raad voor het openbaar bestuur (Rob) in een recente publicatie onder verwijzing naar Bob Dylan, een lofzang aanheffend op het moderne netwerkbestuur en de 'herontdekking' van een 'vitale samenleving' waarin tal van maatschappelijke organisaties en actieve burgers zouden staan te springen om geheel belangeloos allerlei publieke taken op zich te nemen.²³ Foucaults theorie maakt het mogelijk dergelijke eenzijdige juichverhalen kritisch tegemoet te treden en oog te houden voor uitsluiting van 'netwerkkloze' burgers en veronachtzaming van slecht vertegenwoordigde belangen als perverse effecten van de moderne netwerksamenleving.²⁴ Maar hoe het ook zij: het is waar dat de tijden zijn veranderd. De publieketaakjurisprudentie zou mee moeten veranderen, maar doet dat nu in de verkeerde richting. Alleen een materieel en flexibel b-organbegrip biedt het neoliberale, onder de retorische vlag van 'samenwerking' en 'overleg' opererende maar intussen diep in het leven van burgers ingrijpende bestuur het juiste weerwerk.

4. Conclusie: recht en onverantwoordelijkheid

Vaak wordt het recht wel begrepen als een stelsel dat verantwoordelijkheden toedeelt, rechten en goederen verdelend onder de leden van de gemeenschap en de ontstane verdeling handhavend door verstoorders ervan voor hun handelen verantwoordelijk te houden. Vanuit een kritisch perspectief kan het recht ook worden gezien als een systeem dat juist onverantwoordelijkheid organiseert, een bruikbaar retorisch begrippenkader aanreikend aan hen

die hun verantwoordelijkheden graag ontlopen.²⁵ De wijze waarop het moderne, sterk gedecentraliseerde en geprivatiseerde bestuur zich van zijn publieke taken kwijt, is van dergelijke georganiseerde onverantwoordelijkheid een treffend en actueel voorbeeld. Of het nu gaat om Groninger Ommelanders, hulpbehoevenden of andere gemakkelijk te marginaliseren groepen: het moderne neoliberale bestuur neigt er stelselmatig toe hun belangen te vergeten, slecht vertegenwoordigd als die nu eenmaal plegen te zijn in de publiek-private netwerken waarbinnen publieke machtsuitoefening vandaag de dag is ingebed. Bij klachten is het voor de actoren binnen die netwerken maar al te vaak verleidelijk naar elkaar te wijzen en verantwoordelijkheden af te schuiven op anderen.²⁶

Het klassieke, nog altijd op grond van een nogal formalistische logica georganiseerde Nederlandse stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is tegen het neoliberale, veelal verhuld en op indirecte wijze opererende bestuur niet opgewassen. Handelend op grond van een 'bureaucratisch-bedrijfsmatige logica' bekommert het hedendaagse bestuur zich niet of nauwelijks om juridische vormen, gemakkelijk over de oude beschermende grenslijn tussen staat en maatschappij en publiek en privaat heenstappend wanneer dat om redenen van output en efficiency wenselijk wordt geacht.²⁷ Om het rechtsstatelijk evenwicht te herstellen zijn vergaande hervormingen nodig, te beginnen met een structurele hervorming van het bestuursprocesrecht. Zich concentrerend op formele rechtszekerheid en de dogmatische zuiverheid van het eigen systeem is het vertrouwde besluitenprocesrecht notoir blind voor vormen van polycentrische publieke machtsuitoefening die met de wending van government naar governance eerder regel dan uitzondering zijn geworden. Alleen een bestuursprocesrecht op meer materiële grondslag zal in staat zijn de vele door de overheid gecreëerde Niemanden in zijn blikveld te betrekken en het juiste tegenwicht te bieden.

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

22 Vgl. Den Ouden 2016, p. 392.

23 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.

24 Zie met name Davies 2011, p. 101 e.v.

25 Zie in die zin o.a. S. Veitch, *Law and Irresponsibility. On the Legitimation of Human Suffering*, Abingdon: Routledge-Cavendish 2007.

26 Vgl. L. van den Berge, 'Recht en onverantwoordelijkheid: Groninger gas en het panopticon van de moderne netwerksamenleving', *Ars Aequi* 2018, p. 356-358.

27 Vgl. o.a. Herman Tjeenk-Willink in een hele serie jaarverslagen van de Raad van State, zo onder meer in het jaarverslag over 2010, p. 19.