

Een stuurman als toezichthouder

prof. mr. dr. Michiel A. Heldeweg,
hoogleraar publiekrecht, Universiteit Twente

Voordracht voor het symposium 'De regisserende overheid', georganiseerd door KienhuisHoving en de gemeente Enschede, gehouden op 12 januari 2010

Dank u wel mevrouw de voorzitter.

1. Inleidende opmerkingen

Dames en heren, dit symposium draagt de titel 'De regisserende overheid'.^{1*} We zijn getuigen van een verandering waarbij gemeentelijke zorgtaken worden omgezet in ordeningstaken en de gemeente bijgevolg een andere opstelling kiest, namelijk als regisseur.

Die nieuwe taken en nieuwe rol gaan gepaard met inzet van nieuwe instrumenten, veelal met een juridisch karakter. Dit roept de vraag op ^{2*} of de 'regisserende overheid' ook leidt tot een 'juridiserende overheid'. Door ordening worden maatschappelijke verhoudingen immers al gauw meer juridisch vastgelegd. Dat leidt tot een paradoxaal beeld: de overheid beperkt zich tot de regierol, maar – misschien wel van de weeromstuit – de acteurs, kortom de burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties, krijgen een meer omvattend én gedetailleerder script mee.

De vervolgvraag luidt, wat een externe juridische raadsman, zoals een gemeenteadvocaat, in deze ontwikkeling kan betekenen. Nieuwe instrumenten en een nieuwe rol leiden onmiskenbaar tot nieuwe juridische vragen. Extern juridisch advies blijft opportuun, maar misschien met meer aandacht voor juridische kwaliteitsontwikkeling binnen de overheidsorganisatie. Essentieel is immers dat bij toenemende complexiteit ook de overheid zelf juridisch bekwaam is.

Mijn bijdrage is met name gevraagd ten behoeve van reflectie op de gestelde rolverschuiving en de juridische implicaties daarvan. Mijn leidende stellingen zijn:^{3*}

- dat er inderdaad een ontwikkeling is in de richting van een ordenende en regisserende overheid;
- dat het goed is te begrijpen dat er zeer verschillende manieren zijn om die regierol in te vullen – denkt u maar aan hoe Hitchcock figureerde in zijn thrillers;
- dat het goed is te bedenken dat er meer is dan regie alleen; en
- dat de overheid dus een grote verscheidenheid aan taken en verschijningsvormen heeft en het daarom belangrijk is dat de overheid het kompas houdt op haar publiekrechtelijke primaat.

2. Metafoor

Wellicht kent u het boek^{4*} *Tranen van de krokodil. Over de te snelle evolutie van onze hersenen*, van wijlen Piet Vroon. Ter typering een kort citaat:

'De mens is zowel bewonderenswaardig als weerzinwekkend. Hij levert grootse prestaties op het gebied van ambachten, wetenschappen en kunst, maar heeft er ook geen moeite mee om miljoenen weerlozen af te slachten en de aarde, zijn eigen omgeving, ernstig te beschadigen. Ook één en dezelfde persoon laat een mengsel zien van goede daden en laakbare handelingen. Bovendien worden wij allemaal geconfronteerd met gedrag van onszelf en van anderen dat wij niet kunnen volgen. We nemen vaak beslissingen die we nauwelijks kunnen rechtvaardigen en

achteraf niet kunnen begrijpen. Onze gevoelens zijn dikwijls onbeheersbaar, zij overvallen ons en we kunnen er als regel niets aan veranderen, hoe graag we dit ook zouden willen.'

Ter verklaring voor dit *menselijk lot* wijst Vroon erop dat onze hersenen waarschijnlijk sprongsgewijs zijn geëvolueerd en momenteel een gestapeld en – helaas – weinig geïntegreerd karakter dragen.

Het oudste deel^{5*}, de hersenstam, heeft een reptielachtig karakter omdat hier de instincten, prikkels en reflexen heersen, kortom standaardgedrag zonder leervermogen.

Over dit oudste deel ligt een jonger, zoogdierachtig gedeelte^{6*}, het limbisch systeem, dat voorziet in enig leergedrag uit primaire emoties, gestuurd door directe feedbacks.

Meest recent is de neo-cortex^{7*}, het typisch mensachtige deel van de hersenen. Hier bevinden zich de hogere functies zoals redeneren, zelfbewustzijn, taal en planning.

Problematisch is niet zozeer wat de volgende stap zal zijn^{8*} maar, dat er in ons stadium van evolutie nog niet zozeer sprake is van integratie van hersenfuncties, maar van een stapeling daarvan. We zijn in staat tot verstandig en kunstzinnig handelen, maar staan tegelijk bloot aan veel minder verheven impulsen, vanuit oudere delen van onze hersenen. Daardoor doen we soms dingen die we achteraf diep kunnen betreuren, maar die we vooraf echt gewild hebben.

3. Rechtspolitieke lagen

Dit beeld kan een metafoor zijn voor de hedendaagse overheid; thans vooral regisseur, maar nog altijd ook geleid door oudere impulsen.

Die impulsen zijn ingegeven door opeenvolgende rechtspolitieke visies^{9*} op de verhouding staat en samenleving, resp. op taken en rol van de overheid. De bekendste drie zijn de nachtwakerstaat, de sociale verzorgingsstaat en de transactie- of reguleringsstaat.

In de nachtwakerstaat^{10*} ligt het accent op orde, vrede en veiligheid. De overheid doet het minimaal noodzakelijke opdat de samenleving zich vrij kan ontplooiën. Daarbij hoort ook een regeling voor eigendoms- en contractrecht en voor adequate civiele en strafrechtspraak.

In de kern stelt de overheid zich 'passief-beschermend' op. Historisch is dit het beeld uit de 19^e en het begin van de 20^{ste} eeuw – al moeten we bedenken dat er toen feitelijk, vooral in de sfeer van de infrastructuur, sprake was van een actieve overheid.

De sociale verzorgingsstaat^{11*} is een reactie op de sociaal-economische uitwassen van het kapitalisme onder de nachtwakerstaat. Vanaf de Tweede Wereldoorlog tot het einde van de vorige eeuw is sprake van een actief-sturende overheidsbemoeienis met haast elk aspect van de moderne samenleving, zoals huisvesting, onderwijs, milieu, werkgelegenheid en sociale zekerheid. De overheid lijkt alomtegenwoordig ter bevordering van welvaart en welzijn en van de kans voor eenieder om hieraan deelgenoot te zijn. Steeds vaker opereert de overheid wederkerig, zoals door contractuele relaties met burgers en bedrijven – bijvoorbeeld bij PPS. Naast civiele en strafrechtspraak komt de bestuursrechtspraak tot ontwikkeling.

De transactie- of reguleringsstaat^{12*} is een reactie op de crisis in de verzorgingsstaat. In de verlening van publieke diensten is uit kosten oogpunt meer efficiëntie nodig en, vanwege toegenomen mondigheid en individualisering, meer vraagsturing. Op de markt is meer ruimte nodig voor ondernemerschap, als tegenwicht voor mondiale concurrentie.

Wederkerigheid tussen overheid en burgers wordt ingeruild voor wederkerigheid tussen burgers en private dienstverleners, in onderlinge transacties. Daarvoor ontwerpt de overheid nieuwe orderingsvormen. Het belangrijkste voorbeeld daarvan zijn de gereguleerde markten^{13*}, voor

geprivatiseerde publieke diensten, zoals energie, telecommunicatie en huishoudelijke zorg. Ook komen er nieuwe netwerken, zoals voor samenwerking tussen maatschappelijke organisaties, zoals woningcorporaties, onderwijs- en en zorginstellingen.

De overheid is niet langer de acteur die zelf de publieke diensten levert, maar wordt de regisseur die vanuit een faciliterend-ordenende rol zorgt dat burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties zelf in onderlinge transacties deze diensten realiseren. Maar, de regierol behelst wel dat randvoorwaarden worden gesteld voor de beoogde kwaliteit van dienstverlening, en dat er adequaat toezicht is, opdat die kwaliteit er ook feitelijk komt.

Dit alles past in de verschuiving^{14*} van government naar governance. Sturing geschiedt niet meer door een overheid die als *onbewogen beweger* eenzijdig bindend voorschrijft, maar door wisselwerking tussen maatschappelijke actoren, waaronder de overheid, liefst op voet van gelijkwaardigheid.

Governance ziet vooral op netwerken voor wisselwerking en samenwerking, maar ook op bewust zoeken van de meest geschikte ordeningsvormen, waarbij markten en netwerken een alternatief zijn voor overheidshiërarchie.

Waar de overheid faalt door inefficiëntie of aanbodsturing, kan de markt een alternatief zijn. Waar de markt faalt door onredelijke prijzen, ongelijke toegang of negatieve externe effecten, is beteugeling door marktregulering een optie, of wordt in plaats van marktwerking gezocht naar netwerksamenwerking.

Combinaties van vormen kunnen soms wel en soms niet – zo kunnen netwerken en marktwerking in combinatie uitlopen op kartelvorming of overtreding van aanbestedingsregels.

4. Gelaagdheid of eenheid?

De drie rechtspolitieke perspectieven vormen, net als in het betoog van Vroon, drie ontwikkelingsstadia. En net als in de biologische evolutie^{15*} is er geen overkoepelende zin als een einddoel waarop het hele proces afstevent – zoals ook wordt uitgedrukt door Richard Dawkins' beeld van de 'blind watchmaker'.

Evenmin is er, als in de evolutie van de menselijke hersenen, een volledige functionele integratie van functies of taken, maar veeleer van een stapeling daarvan.

Zo zijn er ook vandaag de dag nog elementen van de nachtwakerstaat, als het gaat om de handhaving van orde en veiligheid, en de bescherming van het milieu. Klassieke instrumenten als wetgeving en vergunningen, maar ook de 'zwaarmacht' zijn beslist nog van deze tijd.

Ook is de overheid, als in de verzorgingsstaat, nog steeds actief-sturend betrokken bij sociale zekerheid en grote delen van zorg en welzijn.

Verschillende rollen en bijbehorende instrumenten lopen dus door elkaar heen.

Neem de recente situatie van de onrust te Culemborg^{16*}. Het is natuurlijk te vroeg voor een afgewogen eindoordeel, maar u kunt zich waarschijnlijk wel voorstellen dat de overheid hier vanuit verschillende perspectieven bij betrokken is:

- om te beginnen was en is er de noodzaak tot herstel van orde en veiligheid, een typische nachtwakerstaak, met de bijbehorende fysieke instrumenten.
- het is waarschijnlijk dat vervolgens actief wordt ingezet op opbouwwerk en wijkontwikkeling, zoals in de sociale verzorgingsstaat met een duidelijk aanwezige overheid;
- goed voorstelbaar is dat tevens zal worden ingestoken op de ontwikkeling van duurzame sociale netwerken binnen de wijk, met een grote rol voor maatschappelijke organisaties, zoals woningcorporaties en onderwijsinstellingen.

Bij de orde en veiligheidstaak zal de overheid optreden in de geest van de recente uitspraak van korpschef Sitalsing^{17*}: een 'Beetje angst voor gezag is niet verkeerd'. (Al zullen sommigen liever spreken van 'respect voor gezag'.)

Bij de verzorgende taak wordt echter niet op angst maar op ondersteuning gemikt, liefst in wederkerigheid tussen overheid en buurt.

In de netwerkaanpak wordt de overheid juist weer een regisseur achter de schermen, faciliterend ten behoeve van betrokken maatschappelijke organisaties.

In die laatste rol zien we vaak problemen optreden als, meestal na een incident, door betrokkenen toch weer wordt verwacht dat de overheid actief-sturend of handhavend optreedt, terwijl nu juist is gekozen voor een aanpak waarbij de markt of het maatschappelijk middenveld zelf die sturing en handhaving organiseert. Cruciaal is dat voor het laatste een adequate ordening is ontworpen. Indien niet dan dreigt het beeld, zoals vertolkt ^{18*} door Marc Chavannes, dat 'niemand regeert'.

Voor de overheid dreigt intussen een januskop.^{19*} Enerzijds wil zij de rol van regisseur vervullen, anderzijds is zij vaak ook nog als acteur betrokken. En zo ontstaan situaties waarin één deel van de overheid bezig is met gezag onrust te bestrijden, een ander deel wil investeren in opbouw en een derde deel bezig is na te denken over hoe een sector of een gebied zijn eigen problemen kan oplossen, zonder overheid.

Het risico is dat enerzijds de overheid in zichzelf is verdeeld en anderzijds burgers, bedrijven en belangengroepen geen consistent beeld meer hebben van wat de overheid nu eigenlijk wil en waarop zij is aan te spreken. Elk van beiden kan destructief zijn voor goede resultaten.

Notabene, een verdeelde overheid is ons niet vreemd. Van oudsher kennen wij immers de scheiding der machten over wetgeving, bestuur en rechtspraak.^{20*} Een te efficiënte overheid, met al deze taken in één hand, zou wel eens een onbetrouwbare overheid kunnen zijn. Toch heeft deze rolverdeling zich redelijk kunnen nestelen in het maatschappelijk denken. Dat het bestuur zich ontwikkelde tot meer dan een administratieve uitvoering van wetgeving viel ook nog wel te begripen.

Het hedendaagse overheidsbestuur vervult echter een veelvoud van rollen. Vooral voor overheden die, zoals de gemeente, middenin de samenleving staan, kan dat verkeerd uitpakken. Essentieel is dat er steeds weer duidelijk wordt gemaakt voor welke belangen de overheid staat en hoe zij deze wil borgen. Besturen is daarbij beslist meer dan '*managen*'!

5. Sturing en toezicht

Het beeld van 'Een stuurman als toezichthouder', titel van deze voordracht, is gekozen vanwege de metafoor die in New Public Management wordt gebruikt, te weten van een verschuiving van roeien naar sturen.^{21*} De overheid moet niet langer zelf alle energie en richting in publieke belangen steken, maar faciliteren dat de samenleving zelf wordt gemobiliseerd om deze publieke belangen binnen bepaalde grenzen te realiseren.

Als gezegd, dit is ook wat we zien gebeuren. De overheid treedt terug:

- enerzijds, door publieke dienstverlening te organiseren op gereguleerde markten, en over te laten aan vraag en aanbod, volgens private consumentenvoorkeuren en zelfregulerende consumentenbescherming;
- en anderzijds, waar het concurrentiemechanisme minder goed werkt, door organisatie van publieke dienstverlening vanuit het maatschappelijk middenveld, vooral door maatschappelijke ondernemingen, zoals woningcorporaties, zorg- en onderwijsinstellingen).

Echter, sturing door regulering van markten kan niet door enkel toe te zien op goede spelregels, los van de betrokken belangen. Publieke belangen^{22*} vragen om duidelijke, kwalitatieve normen en bijbehorend toezicht, omdat consumentenvoorkeuren te beperkt zijn. De overheid moet hierin inhoudelijk positie kiezen en via toezicht handhaven.

Notabene de kredietcrisis^{23*} heeft wel duidelijk gemaakt hoe riskant het kan zijn om ook toezicht zelf nog weer te privatiseren.

De idee van sturing door maatschappelijke ondernemingen^{24*} zien we terug in een gelijknamig wetsvoorstel waarmee wordt getracht de positie van stake-holders vast te leggen en ook private investeerders te lokken. Het laatste stuit vooralsnog op scepsis.

Scepsis is er inmiddels ook wat betreft de zelfstandigheid die, bijvoorbeeld, ooit aan woningcorporaties is toegedacht. De toestanden^{25*} rond het op één lijn trachten te komen van woningcorporaties en kabinet bij het project kracht- of prachtwijken en incidenten, zoals rond het schip De Rotterdam, van woningcorporatie de Woonbron, hebben twijfel gezaaid resp. de roep versterkt dat de overheid inhoudelijke eindverantwoordelijkheid moet nemen.

Langs beide lijnen, regulering en toezicht op markten en maatschappelijk middenveld, voltrekt zich aldus precies de reguleringsparadox van de regisserende overheid en de juridisering van de samenleving.^{26*} Wel loslaten, maar vervolgens via algemene wetgeving de maatschappelijke onderneming reguleren, dan nog nadere regelgeving per sector en een sectorale 'brede govenance-code' en ten slotte naast intern ook extern toezicht.

De overheid wil als regisseur wel ruimte bieden aan de acteurs, maar als stuurman streeft zij tegelijkertijd een grote zeggenschap na over haar roeiers.

Ten principale moet de overheid zich m.i. meer kritisch afvragen, wat zij wil als zij marktwerking of netwerksamenwerking wil faciliteren. Als zij de 'uitvoerders' niet echt vertrouwt is dat m.i. een belangrijke aanwijzing dat 'overlaten' van sturing zal leiden tot conflicten. Dan is het beter van meet af aan toch zelf te handelen of inhoudelijk veel duidelijker te zijn over wat wordt beoogd en krachtig toe te zien op de uitkomsten. Een en ander liefst met zo min mogelijk regels, maar in elk geval met slimme regels, dat wil zeggen regels die aansluiten bij de aard van betrokken transacties en een positieve aansluiting maken tussen publieke belangen en eigen belangen van betrokkenen. Een keurslijf leidt vanzelf tot problemen.

En als de stap dan wordt gezet, moet de principaal zich ook zelf, inwendig, goed bewust zijn van de nieuwe spelregels. Hoe vaak zien we niet dat na verzelfstandiging of privatisering druk ontstaat, vaak vanuit de volksvertegenwoordiging, om in te grijpen in processen die men nu juist heeft willen loslaten – zoals we o.a. zagen bij het gedoe om de OV-jaarkaart^{27*}. Operationele discussies leiden dan snel tot systeemdificussies en dat is niet handig. En, zoals ouders weten, loslaten is een kunst.

6. Conclusie

Dit alles leidt, een beetje hink-stap-sprong weliswaar, tot de volgende vijf stellingen:

- er is een ontwikkeling naar een ordenende en regisserende overheid.
De introductie van de transactie-/reguleringsstaat is een feit, waaraan m.i. ook de kredietcrisis geen wezenlijke verandering zal brengen – er is geen weg terug.
- er zijn zeer verschillende manieren om die regierol in te vullen.
Ik heb hier niet veel meer over gezegd dan dat ook acteurs nog wel eens de regierol willen nemen en vice versa. Laat ik toevoegen dat er geen enkelvoudig model is voor wat regie

inhoudt, niet in film en toneel en ook niet in het openbaar bestuur. Besturen is deels 'muddling through' en van geval tot geval zoeken naar een optimale aanpak. Het is niet anders vraagt steeds weer om juridisch maatwerk.

- er is meer dan regie alleen;
Dit volgt uit het betoog dat ook de overheid gelaagd is in taken en functies en dat oude taken en functies nog altijd gelden en dat goede afstemming daartussen essentieel is.
- bij een grotere verscheidenheid aan overheidsrollen is het temeer belangrijk dat de overheid het kompas houdt op haar primaat in de waarborging van publieke belangen en expliciet maakt wat zij uit hoofde van deze belangen verlangt van maatschappelijke actoren;
De overheid is niet meer exclusief behartiger van het algemeen belang, maar wel de enige met bindend extern gezag. Dat gezag moet spreken en het is belangrijk dat de overheid dit doet door:
 1. *resultaat en eind(- of systeem)verantwoordelijkheid te nemen,*
 2. *duidelijk te zijn over inhoudelijke criteria,*
 3. *los of over te laten wat onverplicht kan blijven,*
 4. *betrokkenen aan te spreken op waartoe zij verplicht zijn, en*
 5. *ex ante en ex post verantwoording te nemen voor al deze punten...**anders krijgt Chavannes toch gelijk..*
- gegeven de complexiteit van modern overheidsbestuur is goede interne juridische kwaliteitszorg met regelmatige externe ijking een *must*.
Genoeg puzzels voor specifiek extern juridisch advies, maar de vele rollen en instrumenten dwingen ertoe dat de overheid meer aandacht schenkt aan de juridische dimensies van ordeningstaken als ontwerptaken. Essentieel is dan dat de overheid ook intern haar juridische deskundigheid op orde heeft en daar hoort bij dat zij zich regelmatig daarop extern laat doorlichten.

Ten slotte ben ik van mening, dat wij als mensen krodillentranen mogen laten, maar dat dit voor de overheid niet opgaat. Overheidsgezag kan slechts voorbestaan bij de gratie van oprechte verantwoording (ook al zijn de uitkomsten soms confronterend). In de context van dit samenzijn voeg ik toe dat het voor overheidsgezag noodzakelijk is dat de overheid zich niet gestapeld presenteert, maar integratie nastreeft, al is het maar in termen van één verhaal als basis voor de inzet van een mix aan instrumenten. Zeker is dat dit verlangt dat de overheid juridisch haar zaakjes op een rij heeft.

Dank u wel voor uw aandacht.