

PUBLIEK/PRIVAAT:
VERVLECHTEN OF ONTVLECHTEN?

PUBLIEK/PRIVAAT:
VERVLECHTEN OF ONTVLECHTEN?

Handelingen van het oprichtingscongres van het
Netherlands Institute for Law and Governance 2009

onder redactie van:

O.O. Cherednychenko
M. Duchateau
A.R. Neerhof
C.M.D.S. Pavillon

2010



Antwerpen - Oxford

Publiek/privaat: vervlechten of ontvlechten? Handelingen van het oprichtings-
congres van het Netherlands Institute for Law and Governance 2009

onder redactie van: O.O. Cherednychenko, M. Duchateau, A.R. Neerhof,
C.M.D.S. Pavillon

foto's: G.A. Taatgen jr.
omslag: M.P. Theunissen
opmaak: E.A. Steenhuis

© 2010 De auteurs

Intersentia
Antwerpen - Oxford
www.intersentia.be

ISBN 978-94-000-0038-4
D/ 2010 / 7849 / 37
NUR 823

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de auteurs.

VOORWOORD

Publiek/privaat: vervlechten of ontvlechten? Het is ons een genoegen de handelingen te presenteren van de oprichtingsconferentie van het Netherlands Institute for Law and Governance (NILG). De conferentie is gehouden op 16 november 2009. Bij die gelegenheid hebben wij, als decanen van de participerende rechtenfaculteiten van de Vrije Universiteit Amsterdam en de Rijksuniversiteit Groningen, het instituut ten doop gehouden. De handelingen geven een goed inzicht in de actualiteit en de geschakeerdheid van het thema waarop ons onderzoeksinstituut zich beweegt.

De conferentie bracht onderzoekers van verschillende faculteiten en deelnemers uit de breedheid van de juridische praktijk bij elkaar. Dat leidde tot een vruchtbare interactie.

Een van de doelen van het NILG is een platform te creëren voor het onderzoek op het domein Law and Governance, in eerste instantie in Nederland, maar ook daarbuiten. Wij hopen dat ook anderen buiten de twee initiatiefnemende faculteiten zich uitgedaagd zullen voelen en met ons op dit domein gestalte willen geven aan de onderzoeksagenda. Wij streven naar een vruchtbare onderzoekssamenwerking met eenieder die zich wil aansluiten.

Anja Oskamp
Decaan Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit Amsterdam

Leon Verstappen
Decaan Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen

TEN GELEIDE

Vervlechten of ontvlechten? Onder deze noemer ging de centrale vraag schuil van het oprichtingscongres van het Netherlands Institute for Law and Governance (NILG) naar de verhouding tussen publieke en private belangen. De handelingen van deze conferentie, die op 16 november 2009 in Groningen werd gehouden, zijn in deze bundel bijeengebracht onder de categorieën van opinies en bijdragen (I), achtergrondstudies (II), discussies (III) en onderzoek (IV).

Opinies en bijdragen

De spits wordt afgebeten door *Gijsbert Vonk*, kwartiermaker van de Groninger tak van het NILG. Hij betoogt dat een vervlechting van de publieke en de private sfeer een gevolg is van de nieuwe opvattingen over de rol van de staat die in de afgelopen decennia zijn omarmd. Het is een staat die op afstand de maatschappelijke verhoudingen aanstuurt en die de zorg voor het publieke belang deelt met private actoren. Volgens Vonk moet de vervlechting tussen publiek en privaat in de *regulatory state* als een gegeven worden beschouwd waarmee juristen moeten leren leven. Dat vraagt in zijn ogen om een andere oriëntatie op het recht. Juristen moeten bijvoorbeeld een actievere bijdrage leveren aan het normeren van het publieke belang. Klassieke en sociale grondrechten kunnen hierbij als gids dienen. De juridische ordening heeft meer te bieden dan louter instrumenteel weggooirecht, aldus Vonk.

De roep om de emancipatie van het recht is ook te horen in de bijdrage van *Dorien Pessers*, al was het maar om het zelfvertrouwen te herstellen na de vele vernederingen die juristen in de laatste decennia zijn aangedaan door bestuurskundigen, bedrijfseconomen en organisatieadviseurs. Want het waren volgens Pessers sombere jaren voor juristen: ‘de staat, het openbaar bestuur, de rechtswetenschap met haar onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht: het zouden allemaal verouderde onderdelen zijn van het Grote Ideologische Verlichtingsverhaal dat zijn kracht zou verliezen in postmoderne tijden waarin fragmentering, pluralisering, individualisering en internationalisering de nieuwe krachtlijnen van de geschiedenis waren geworden.’

De kritische toon zwelt verder aan in de bijdrage van *Marc Chavannes*. De opinie is te beschouwen als een *j'accuse* tegen alles wat nieuw en modieus is op het gebied van bestuurlijke inzichten en praktijken. Er is in Nederland meer aan de hand dan de wat simplistisch doorgevoerde ideeën van het *New Public Management*. 'Hier is veel wat dit land een beetje braaf maar degelijk maakte overboord gezet door een tsunami van onbewezen, vaak sociologisch getoonzette ideetjes over hoe mensen zijn, zouden moeten zijn en wel zullen zijn als je ze voldoende prikkelt.' Als een Scrooge die zich keert tegen het kerstfeest, richt Chavannes zich tegen 'het bedrijfsmatig denken dat grote delen van de overheid overhoop heeft gehaald.' Het is *humbug* en dan ook nog van een bedenkelijkste soort omdat in 'al die vernevelde publieke taken de democratische verantwoording zoek is geraakt.'

Minstens zo kritisch is *Frank Ankersmit*. Hij pleit met zoveel woorden voor een ontvlechtingsoperatie. De opinie is geschreven in de traditie van de politieke filosofie, maar dit laat onverlet dat de oud-Romeinse rechtsgeleerde Ulpianus wordt aangevoerd om een 'rotsbodem' aan te wijzen, die in het debat over staat en maatschappij tussen liberalen, socialisten en christen-democraten ontbreekt. Publieke belangen, zo betoogt Ankersmit met Ulpianus, zijn die belangen die niet tot private belangen gereduceerd kunnen worden zonder dat er iets verloren gaat. Die belangen mag de overheid, als belichaming van het publieke belang, niet uit handen geven aan private of quasi-private instanties omdat dat diefstal ten opzichte van het electoraat is. De stappen die men desondanks zet en zette in die afgelopen twintig jaar moeten volgens Ankersmit *rücksichtslos* de nek om worden gedraaid, dan wel ongedaan worden gemaakt.

Na deze opinies volgen twee bijdragen. *Berend-Jan Drijber* analyseert de betekenis van het onderscheid publiek/privaat in de Europese rechtsordering. Daarbij valt vooral op dat het Europees recht zich niets aantrekt van wat er in de lidstaten geldt als 'publiek' of 'privaat'. Drijber werkt aan de hand van een viertal invalshoeken uit dat één en dezelfde organisatie Europeesrechtelijk gezien zowel publiek als privaat kan zijn. Dit kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat bestuursorganen toezicht moeten houden op andere bestuursorganen, die in sommige opzichten gezien moeten worden als ondernemingen. *David Raič* doet verslag van de jaarconferentie van het Hague Institute for the Internationalisation of Law (HiiL) die 8 en 9 oktober 2009 is gehouden over internationale publiek/private samenwerkingsvormen. In dat kader presenteert Raič een allesomvattende matrix die besluitvormers inzicht kan bieden bij keuzes die gemaakt moeten worden met betrekking tot het niveau van regulering (nationaal of internationaal), het soort regulering (hard of zacht) en de bron van de regulering (publiek of privaat). Beide bijdragen gaan uit van een zekere acceptatie van de vervlechting van de publieke en private rechtsordering. Hierin verschillen de bijdragen uitdrukkelijk van de 'boze' opinies van de drie voorafgaande columnisten.

Achtergrondstudies

De achtergrondstudies doen verslag van een drietal onderzoeken dat vooraf ging aan de oprichtingsconferentie van het NILG. Net als de bijdragen van Drijber en Raič zijn deze minder principieel van aard dan de opinies van Pessers, Chavannes en Ankersmit. Het uitgangspunt van een zekere vervlechting van de publieke en private belangen wordt erin ondersteund en van een fundament voorzien. *Marc Hertogh c.s.* peilden de stemming onder het Nederlandse volk. De man in de straat blijkt geen hoogdravende opvattingen te hebben over het principiële onderscheid publiek/privaat. Uit de resultaten blijkt bijvoorbeeld dat maar liefst 85% van het volk privatisering geen probleem acht, zolang de overheid maar goed toezicht houdt.

Ambtenaren, in hun vrije tijd ook gewoon burger, tonen zich al even pragmatisch. *Heinrich Winter c.s.* peilden de mening bij gemeenteambtenaren en burgemeesters over de vele dereguleringsprogramma's die zij te verwerken hebben gekregen. Het blijkt dat men deze programma's vooral in de sleutel plaatst van de verbetering van de dienstverlening, maar niet echt van de vermindering van regels, laat staan van verschuiving van de taakverdeling tussen de overheid en particulieren.

En wat vinden juristen ervan? Volgens *Dick* en *Rense Lubach*, vader en zoon, is de osmose tussen het publiekrecht en het privaatrecht een logisch voortvloeiend van de vervlechting van publieke en private rollen die zich in de praktijk heeft voltrokken. De auteurs gaan in hun bijdrage in op Van der Hoevens 'De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht'. In deze bijdrage aan de feestbundel voor de Nederlandse Juristenvereniging uit 1970 verwierp Van der Hoeven het belang van het formele onderscheid tussen het publiek- en het privaatrecht. Het publieke belang moet de rechtsverhouding inkleuren, ongeacht de vraag of we te maken hebben met privaatrecht of publiekrecht. Volgens de Lubachs is deze zienswijze nog steeds springlevend. Door de economische crisis is de discussie over de vraag welke taken de overheid zelf moet verrichten dan wel aan 'de markt' kan overlaten aangewakkerd. Deze discussie heeft vooral een politiek karakter. Er is hoogstens een indirect verband met het denken over het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Er is geen reden om het formele onderscheid tussen het publiek- en het privaatrecht weer in ere te herstellen.

Discussies

Er is levendig gediscussieerd, zowel tijdens de parallelsessies (met als thema's: 'de overheid achter de voordeur', 'hybride organisaties' en 'sociale markten') als tijdens het plenaire debat. In de debatten kreeg de kritiek op de vervaging tussen publieke en private verantwoordelijkheden weer de overhand. Slechts door een enkeling werden twijfels geuit over de noodzaak en de praktische mogelijkheden om beide sferen te ontvlechten. Dwars door deze tegenstelling heen was men het erover eens dat de juridische dimensie een grotere rol moet spelen bij de vormgeving van de verhouding tussen de publieke en de private sfeer.

Publiek/privaat: vervlechten of ontvlechten?

Onderzoek

Deze laatste conclusie laat zien dat het thema van het NILG actueel en veelzijdig is. Om te illustreren tot wat voor vragen het thema aanleiding kan geven, zijn in het laatste deel van de bundel enkele lopende onderzoeken beschreven die bij de rechtenfaculteiten van de VU en de RUG worden uitgevoerd. Alle onderzoeken zijn een uitvloeisel van voorstellen die zijn gehonoreerd in de tweede of in de derde geldstroom.

Olha Cherednychenko
Michiel Duchateau
Richard Neerhof
Charlotte Pavillon

INHOUD

VOORWOORD	v
TEN GELEIDE	vii
DEEL I OPINIES EN BIJDAGEN	
A. BESTUURSCRISIS VRAAGT OM NIEUWE JURIDISCHE ORIËNTATIE <i>Gijsbert Vonk</i>	3
B. PUBLIEK/PRIVAAT: VERVLECHTEN OF ONTVLECHTEN? <i>Dorien Pessers</i>	9
C. JURISTEN, NEEM ACTIE TEGEN VERNEVELING VERANTWOORDELIJKHEDEN IN DE RECHTSSTAAT <i>Marc Chavannes</i>	15
D. OVER PUBLIEK EN PRIVAAT BELANG <i>Frank Ankersmit</i>	19
E. EEN EUROPESE INVULLING VAN PUBLIEK EN PRIVAAT <i>Berend Jan Drijber</i>	23
F. NAAR EEN 'ASSESSMENT INSTRUMENT' TEN BEHOEVE VAN EFFECTIEVE PUBLIEK-PRIVATE SAMENWERKING <i>David Raič</i>	27
DEEL II ACHTERGRONDSTUDIES	
A. DE 'MAGISCHE LIJN' 40 JAAR LATER <i>Dick Lubach & Rense Lubach</i>	41
Intersentia	xi

B. HET BESTE VAN TWEE WERELDEN. PUBLIEKE EN PRIVATE BELANGEN DOOR DE OGEN VAN DE BURGER <i>Marc Hertogh & Marike van der Meij</i>	53
--	----

C. DEREGULERING BIJ GEMEENTEN. OVER DE VERSCHOVEN INHOUD VAN EEN BEGRIP <i>Heinrich Winter, Elzelou Grit & Nikita Brameijer</i>	71
--	----

DEEL III DISCUSSIES

A. PARALLELSESSIE 'ACHTER DE VOORDEUR'	99
B. PARALLELSESSIE 'HYBRIDE ORGANISATIES'	109
C. PARALLELSESSIE 'SOCIALE MARKTEN'	115
D. PANELDISCUSSIE	127

DEEL IV LOPEND ONDERZOEK

A. VU UNIVERSITY AMSTERDAM CENTRE FOR LAW AND GOVERNANCE – ILLUSTRATIEVE ONDERZOEKSPROJECTEN VAN HET PROGRAMMA 'PUBLIEKE EN PRIVATE BELANGEN IN BALANS'	137
1. Inleiding	137
2. Balans via regulering van de privésfeer	139
3. Balans via regulering en organisatie van de semi-publieke sfeer	151
4. Balans via regulering van private markten	158
5. Balans via regulering van verhoudingen met de overheid	170

B. GRONINGEN CENTRE FOR LAW AND GOVERNANCE: RECHT EN DE REGULERENDE OVERHEID. DE INTERACTIE TUSSEN PUBLIEKE EN PRIVATE BELANGEN	179
1. Inleiding	179
2. Een illustratief onderzoeksproject: <i>Public governance and social security. Towards a regulatory welfare state</i>	183

C. NETHERLANDS INSTITUTE FOR LAW AND GOVERNANCE	195
1. Inleiding	195
2. Een illustratief onderzoeksproject: Koude Uitsluiting	197

OVER DE REDACTIE	205
------------------	-----