

DEEL I

OPINIES EN BIJDRAGEN

A

BESTUURSCRISIS VRAAGT OM
NIEUWE JURIDISCHE ORIËNTATIE

Gijs VONK*

Opinie¹

De afgelopen decennia heeft het bestuursmodel in het teken gestaan van het ideaalbeeld van een kleine overheid die op afstand de maatschappelijke verhoudingen aanstuurt. In het kielzog van dit bestuursmodel zijn de publieke en de private sfeer steeds meer vervlochten geraakt. Moet deze vervlechting worden beschouwd als een historische noodzaak of moeten de verantwoordelijkheden weer uit elkaar worden getrokken zodat partijen beter weten wie op wat kan worden aangesproken? En wat betekent dat voor het recht? Deze vragen stonden centraal op de oprichtingsconferentie van het Netherlands Institute for Law and Governance, die op 16 november 2009 in Groningen is gehouden.

In deze bijdrage betoog ik dat de versmelting tussen de private en de publieke sfeer een gegeven is waarmee wij moeten leren leven. Dit gegeven vraagt om nieuwe ordeningsmechanismen. Het recht kan daarbij behulpzaam zijn. In de eerste plaats moeten juridische constructen die publieke en private rollen onnodig door elkaar haspelen, worden afgeschaft. In de tweede plaats moet meer belang worden gehecht aan de ontwikkeling van rechtvaardige en formele spelregels. In de derde plaats moet de rechtsorde nog meer bescherming bieden aan grondrechten.

* Prof. dr. G.J. Vonk is hoogleraar socialezekerheidsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en directeur van het Groningen Centre for Law and Governance (GCL).

¹ Deze opinie is opgesteld in het kader van de oprichting van het Netherlands Institute for Law and Governance. De opinie is niet uitgesproken tijdens het oprichtingscongres, maar vormde mede de basis voor de opzet en inhoud van het congres, in het bijzonder de openingsfilm.

En ten slotte moet het recht een bijdrage leveren aan het inkleuren en het normeren van het publiek belang. De juridische ordening heeft meer te bieden dan louter instrumenteel weggooirecht.

Crisis in het besturingsmodel?

Na de opbouw van onze naoorlogse verzorgingsstaat heeft de overheid weer een terugtrekkende beweging gemaakt. De sturingsfilosofie die daaraan ten grondslag ligt, is gebaseerd op het adagium 'niet roeien maar sturen': een kleine overheid stuurt op een slimme manier op afstand de maatschappelijke verhoudingen aan. Uitbesteding, liberalisering, privatisering, deregulering en zelfregulering vormden de mantra's van het beleid van vele regeringen van zowel progressieve als conservatieve signatuur, in Nederland en in het buitenland. Zo blijft de overheid eindverantwoordelijk maar wordt het werk aan anderen overgelaten.

Het nieuwe besturingsmodel wordt vaak in verband gebracht met de globalisering en dynamisering van de economische omgeving. De wereld is te complex geworden om zich door een ambtenarenapparaat te laten aansturen. De overheid moet daarom haar zorg voor het publiek belang delen met het maatschappelijk middenveld en het bedrijfsleven. In het kielzog van deze gedachte is een bonte stoet in beweging gekomen van nieuwe publieke, semi-publieke, private en semi-private organisaties met daarbij behorende toezichthouders. De burgerij kijkt toe hoe deze stoet voorbij trekt, in de hoedanigheid van consument, klant, kiezer en aandeelhouder.

Als gevolg van het gevoerde beleid hebben veel private partijen een publieke taak gekregen. Dit geldt voor energiebedrijven, de spoorwegen, ziektekostenverzekeraars en vele andere organisaties. Intussen proberen de overheid en de maatschappelijke sector op hun beurt meer op een bedrijfsmatige manier te werken. Scholen, sociale werkplaatsen en woningbouwcorporaties en zelfs de openbare dienst zijn zich gaan gedragen alsof ze ondernemingen zijn. Het *New Public Management*, dat uitgaat van 'klant-leverancierrelaties' en het concretiseren van 'outputindicatoren', geeft sturing aan dit gedrag.

Publiek en privaat vervlechten. De vervlechting dringt door tot in het privédo-
mein. Want de hang naar een kleinere overheid heeft geen einde gemaakt aan de
pretentie van de maakbaarheid van de mens. De staat bewaart al onze gegevens en
dringt door tot achter de voordeur. Sociale interventieteams verschaffen zich toe-
gang tot woningen om zich met allerlei aspecten van het privéleven te bemoeien:
opvoeding, schulden, school, meubilair, etc. Alleen al in Rotterdam werden er in
2007 25.000 van dergelijke 'huisbezoeken' afgelegd.² De staat bemoeit zich boven-
dien meer met het gemeenschapsleven. Omdat de traditionele sociale verbanden

² Vgl. A.E. Schilder, *De drang tot dwang. Over de bemoeizucht van de lokale overheid* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

teloorgaan, probeert de overheid de kwaliteit van de gemeenschap in bescherming te nemen. Dit streven gaat gepaard met ‘buurtregisseurs’, ‘stadsmariniers’ en ‘frontliniewerkers’. Deze worden ingezet in de strijd om ‘de herovering van het publieke domein’.³

Het nieuwe besturingsmodel heeft tegenstanders. De transactiestaat is een plaag (Ankersmit)⁴, niemand regeert (Chavannes)⁵, Nederland werkt niet goed (Christen Democratische Verkenningen)⁶. Door de kredietcrisis is de kritiek die onder deze noemers schuilgaat, op scherp komen te staan. ‘Niet roeien maar sturen’ is een vooral een mooiweerscenario gebleken. Want toen de banken vielen stond iedereen, inclusief de toezichthouder, met de handen omhoog en moest de overheid weer ouderwets aan het roer gaan staan. Volgens critici treft het falen van het besturingsmodel ook het milieu, het onderwijs, de gezondheidszorg en zelfs onze morele gesteldheid.

Crisis in het recht?

In de juridische sfeer gaat de vervlechting tussen publiek en privaat gepaard met een versmelting van het publiekrecht en het privaatrecht. Al sinds enige decennia wordt de ‘magische scheidslijn’ tussen beide rechtsgebieden door juristen gerelativeerd. De meeste hedendaagse juristen zijn de mening toegedaan dat de osmose tussen de rechtssferen een logisch gevolg is van politieke keuzes die zijn gemaakt. Het recht volgt deze keuzes en kan ze niet ongedaan maken⁷; slechts een enkeling meent – wellicht – dat het recht op dit punt meer ordenend moet optreden.

Toch gaat de bestuurscrisis niet aan het recht voorbij. De wet heeft onder invloed van het besturingsmodel aan gezag ingeboet. Deze moet concurreren met andere instrumenten: open methodes van coördinatie, contractmanagement, convenanten, gedragscodes, etc. Daarbij is het karakter van de wet instrumenteler geworden. Regelgeving is beleidsafhankelijk, veranderlijk en vervangbaar. Het gaat om recht met een laag normatief gehalte, losgeweekt van zijn hogere waarden. Intussen blijkt uit een onderzoek dat in opdracht van het kabinet is verricht, dat bij alle departementen de juridische functie is weggezakt naar de lagere regionen van de hiërarchie.⁸ Juristerij is vooral een technisch vak geworden. In de Tweede Kamer lijkt men het metier niet langer op prijs te stellen; er zijn nauwelijks nog juristenkamerleden. De relatie met de burger lijkt in deze val te worden meegesleurd. De

3 Vgl. W.A. Trommel, *Gulzig bestuur* (oratie Amsterdam VU) 2009, <http://dare.ubv.vu.nl/bitstream/1871/15359/1/Oratie_Trommel.pdf>.

4 F.R. Ankersmit, ‘De plaag van de transactiestaat’ in F.R. Ankersmit en L. Klinkers (red.), *De tien plagen van de staat*, Amsterdam: Van Gennep 2008.

5 M.E. Chavannes, *Niemand regeert. De privatisering van de Nederlandse politiek*, NRC Boeken 2009.

6 *Beroepszeer, waarom Nederland niet werkt*, Christen Democratische Verkenningen, 2005.

7 Vgl. de achtergrondstudie van Dick en Rense Lubach in deze bundel.

8 Visitatiecommissie Juridische functie en Wetgeving, *Met recht verbonden. Verslag van de visitatie*, Den Haag, maart 2007.

burger vindt het recht onoverzichtelijk en heeft niet het gevoel dat hij procedures kan beïnvloeden; hij lijdt aan rechtsvervreemding.⁹ Dit straalt weer negatief af op de status van Justitia's knechten. De rechter wordt gewantrouwd. Hij krijgt maar een mager zesje. Dat is veel minder dan bijvoorbeeld de huisarts die nog steeds een acht scoort. Uit recent onderzoek dat is verricht in opdracht van de Orde van Advocaten blijkt dat burgers en bedrijven evenmin erg te spreken zijn over het functioneren van advocaten.¹⁰ Niet toegankelijk en te veel naar binnen gekeerd. Ook met de reputatie van de notaris is het minder goed gesteld. Er zijn rotte appels gegroeid aan de stam van het geliberaliseerde notarisambt.

Uitweg uit de bestuurscrisis

De samenleving kan niet makkelijk meer van de publiek/private mix worden verlost. Terugkeer naar een sterke staat en een daarbij behorend ambtenarenapparaat is geen wenkend perspectief. Uit recent onderzoek verricht door de Rijksuniversiteit Groningen blijkt dat noch de burger, noch de ambtenaar op een restauratie van de sterke staat zit te wachten.¹¹

Een andere mogelijkheid zou eruit kunnen bestaan dat de staat zich op zodanige wijze terugtrekt uit de samenleving dat een herkenbaar pakket aan minimumprestaties overblijft: zorg voor de rechtsorde, veiligheid, infrastructuur, minimale sociale zekerheid, etc. Dit model veronderstelt dat de burger en het bedrijfsleven zonder overheidsbemoeienis hun eigen boontjes moeten doppen. Op die manier ontstaat er vanzelf weer een onderscheid tussen het publieke en het private domein. Dit alternatief is evenmin aantrekkelijk. Het komt neer op de *minimal state*-ideologie. Of daarmee de klimaatcrisis, de schrijnende armoede in de wereld en de onttakeling van de sociale cohesie te lijf kan worden gegaan, is de vraag. Bovendien is het model van de kleine sterke staat niet realistisch. Als de private sector faalt, zal er onmiddellijk gevraagd worden om overheidsregulering en collectieve interventies, en zijn we binnen de kortste keren weer terug bij af.

Het lijkt er dus op dat de samenleving niet makkelijk van de publiek/private mix kan worden verlost. Als dat zo is moet de crisis worden bestreden door een nieuwe ordening te creëren die op deze mix is afgestemd.

Een nieuwe juridische oriëntatie

Het recht kan behulpzaam zijn bij het creëren van een dergelijke nieuwe ordening. In de eerste plaats mag het recht de postmoderne chaos niet erger maken dan die

9 Vgl. M.L.M. Hertogh, *Rechtsvervreemding, tussen rechtsstaat en rechtsgevoel* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

10 Zie O. Couwenberg, M.J. Schol en H.B. Winter, *Toegang tot advocaten. Een kwalitatief onderzoek naar de belemmeringen in de toegang tot advocaten voor betalende particulieren en MKB-bedrijven*, 2009 <http://www.rug.nl/Corporate/nieuws/opinie/2009/opinie09_40>.

11 Zie de achtergrondstudies van Hertogh en Van der Meij en van Winter, Grit en Brameijer in deze bundel.

toch al is. Juridische constructies die publieke en private rollen onnodig door elkaar haspelen moeten worden afgeschaft. Een voorbeeld van een dergelijk monstrum is de figuur van het ‘werkgever-bestuursorgaan’, ontstaan als gevolg van de *opting-out* mogelijkheid in de arbeidsongeschiktheidswetgeving (WIA). Als de werkgever besluit eigenrisicodragers te worden, treedt hij in de plaats van de publiekrechtelijke uitkeringsorganisatie (UWV). Dit heeft tot gevolg dat de werkgever juridisch de gedaante aanneemt van een onafhankelijk overheidsbestuursorgaan, ook als hij met zijn werknemer een conflict heeft. Zo iets vraagt zelfs van een jurist teveel aan inlevingsvermogen: van publiek en privaat wordt een hutspot gemaakt.

In de tweede plaats moet de aandacht uitgaan naar de ontwikkeling en handhaving van formele spelregels. Waar de zorg voor het publiek belang zo sterk is gefragmenteerd over publieke en private actoren, zijn rechtvaardige en kenbare procedureregels van groot belang. Dergelijke regels bevorderen de kenbaarheid van rollen en verantwoordelijkheden. Juristen hebben zich de afgelopen decennia juist georiënteerd op open rechtsnormen: de redelijkheid en billijkheid, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het goed werkgeverschap/werknemerschap, zorgplichten, etc. Deze oriëntatie komt de flexibiliteit van het recht ten goede maar is ten koste gegaan van de rechtszekerheid en formele spelregels. Pas de laatste jaren wordt er door een enkeling weer opgeroepen tot formalisering van het recht.¹² Deze oproep moet ter harte worden genomen. Een voorbeeld van hoe het niet moet is de recente Crisis- en herstelwet. Deze is ingevoerd om met voorbijgaan aan de gangbare procedures snel allerlei infrastructurele voorzieningen tot stand te brengen. Een dergelijke wet ondermijnt het gezag van de spelregels, alsof deze regels blokken aan het been van de samenleving zijn. Maar dat zijn zij niet. De samenleving heeft er op langere termijn meer baat bij dan bij de impulsieve ingevingen van ambitieuze bestuurders, of het nu gaat om de aanleg van de Amsterdamse Noordzuidlijn of *last minute* interventies tot behoud van de Zeeuwse Hedwigpolder.

In de derde plaats moet de rechtsorde nog meer bescherming bieden aan grondrechten. Het onderscheid publiek/privaat dient er oorspronkelijk toe de vrije burger te beschermen tegen staatsinterventies. Als het onderscheid vervaagt, moeten garanties voor de vrijheid van de burger komen van andere mechanismen. Grondrechtenbescherming is de moderne methode. Dit is in de eerste plaats een kwestie van preventieve toetsing van wetten. Naar de Nederlandse Raad van State wordt onvoldoende geluisterd. Daarom moet er een voorafgaand toetsingsrecht worden ingevoerd naar het voorbeeld van de Franse Conseil Constitutionnel. Voorts is het wachten op de invoering van het rechterlijke toetsingsrecht van wetten in formele zin aan de Grondwet. Met de invoering hiervan is haast geboden. Het is een verkeerd signaal dat de Nederlandse burger op Europese rechters is aangewezen als het om de bescherming van zijn vrijheden gaat.

¹² P.C. Westerman, *Twee pleidooien voor formalisering* (dubbele oratie Amsterdam VU & Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2003.

Ten slotte moeten juristen een bijdrage leveren aan het normeren van het publiek belang. Als de overheid zijn taken laat uitvoeren door anderen, moet wel duidelijk zijn aan welke standaarden die anderen zich moeten houden. Juristen zijn terughoudend in het ontwikkelen van inhoudelijke noties ten aanzien van het publiek belang. Dat komt door hun preoccupatie met techniek en met neutraliteit. Ze laten het liever over aan politici. Maar de juridische ordening is niet zuiver technisch en neutraal; zij is verankerd in rechtsstatelijke waarden en beginselen. Daarom moeten juristen een poging doen het publiek belang op zodanige wijze nader te normeren dat dit belang toetsbaar wordt in de wetgevingsprocedure en door de rechter. Dit komt neer op een systematische normering van de inhoud van sociale grondrechten op het gebied van veiligheid, gezondheid, huisvesting, sociale zekerheid, milieu, etc. De rechtswetenschap moet hier het voortouw nemen.

Gezocht: juristen die hun nek uitsteken, kleur bekennen en het debat aangaan.

B

PUBLIEK/PRIVAAT: VERVLECHTEN OF ONTVLECHTEN?

Dorien PESSERS*

Opinie

Als we de driehonderd burgers mogen geloven die in het onderzoek van Marc Hertogh aan het woord komen, dan zitten we hier helemaal voor niks bij elkaar. Want anders dan de door Marc Hertogh verfoeide ‘columnisten en politici met hun hoogdravende en ideologische praatjes’, hebben deze brave burgers een nuchter oordeel over marktwerking in het openbaar bestuur. Het valt volgens hen allemaal reuze mee en het gaat er slechts om dat we het beste van het publieke en het private met elkaar combineren.

Tja, nu wil ik zeker niet zo ver gaan als Winston Churchill, die ooit zijn ambtenaren waarschuwde met de woorden: ‘vertrouw alleen maar op die onderzoeken waarvan je zélf de resultaten hebt vervalst!’ Maar wel vraag ik me af welk perspectief aan de ondervraagde burgers is voorgelegd: dat van de gemakzuchtige consument of dat van de kritische burger? Of zijn we al zo diep gezonken dat dit onderscheid niet meer opgaat? Wordt de overheid alleen nog maar afgerekend op haar klantvriendelijkheid, reclamecampagnes en verkooppraatjes? Ik vrees van wel.

Want wat er gebeurt wanneer de overheid afdaalt van haar arbiterstoel en in plaats van marktmeester marktkoopman tussen de marktkoopmannen wordt, is juist dezer dagen pijnlijk duidelijk geworden. Waarom de praatjes van de overheid nog vertrouwen? Waarom zou ik me op advies van de overheid laten vaccineren tegen

* Prof. dr. D.W.J.M. Pessers is als hoogleraar in de rechtstheoretische grondslagen van de persoonlijke levenssfeer verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en de Vrije Universiteit. Deze bijdrage werd geïnspireerd door Aldo Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Parijs: Belin 2009 (2005).

de Mexicaanse varkensgriep? Door welke farmaceutische belangen is dat overheidsadvies eigenlijk ingegeven? De vergelijking die de socioloog Marshall eens maakte om het onderscheid tussen de private en publieke sfeer aan te geven, is actueler dan ooit. 'Als de dokter tegen je zegt: 'eet meer fruit', dan ga je ervan uit dat de dokter meent wat hij zegt en dat meer fruit voor je eigen bestwil is. Zegt de groenteboer: 'eet meer fruit', dan heeft dat advies geen enkel moreel gezag omdat het uitsluitend de belangen van de groenteboer dient.'

De overheid is in de positie van de middenstander terechtgekomen. We geloven die niet meer want er zal achter het advies wel een of ander duister belang liggen. Waarschijnlijk is dat in het geval van de griepvaccinatie helemaal niet waar, maar het feit dat de overheid op het belangrijke vlak van de volksgezondheid geen vertrouwen meer geniet, is wel een ernstig fenomeen. En ongetwijfeld veroorzaakt door de voor burgers ondoordringelijke vermenging van publieke en private arrangementen in de volksgezondheid: private zorgverzekeringen, publieke inspectie, private ziekenhuizen, publieke regie ten tijde van epidemieën, met daarbij adviseurs van de minister met belangen in de farmaceutische industrie.

Wat op het spel staat is niet zozeer de vraag op welke wijze publieke belangen het beste behartigd kunnen worden – publiek of privaat – als wel de vraag hoe de overheid haar integriteit kan bewaren. Hoe kan het openbaar bestuur beweren dat het de samenleving kan besturen indien het niet eens zichzelf geloofwaardig kan besturen?

Reden genoeg dus – zou ik denken – om vandaag als juristen bijeen te blijven. Al was het maar om ons zelfvertrouwen te herstellen na de vele vernederingen die ons in de laatste decennia zijn aangedaan door bestuurskundigen, bedrijfseconomen en organisatieadviseurs. Want het waren 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. Deze postmoderne samenleving kon niet worden overgelaten aan de staat die zozeer het machtscentrum en boegbeeld van de Moderniteit was geweest. In het Rijk van de Vrijheid dat was aangebroken, was er maar één efficiënt allocatiemechanisme: dat van vraag en aanbod. Geen juridisch dirigisme, maar een economisch dirigisme zou de wereld in rechtvaardige banen leiden. Geen juridische magistratuur, maar een economische magistratuur zou toezicht moeten houden op de private behartiging van publieke belangen. Het openbaar bestuur dat in het kader van de machtscheiding en dus ter wille van zijn integriteit op afstand van de politiek was geplaatst, werd uitgeleverd aan de markt of onderworpen aan een bedrijfsmatige organisatie.

Maar was het recht, dat als wetenschap en praktijk een geschiedenis kent van meer dan tweeduizend jaar en dat gedurende diezelfde geschiedenis een superieure sociale technologie is gebleken, inderdaad verouderd? Had het recht inderdaad zijn grenzen bereikt? Hadden de economische wetenschap, die slechts tweehonderd jaar oud is en de bestuurskunde die pakweg zeventig jaar oud is, inderdaad een beter ontwikkeld begrippenapparaat tot hun beschikking dat méér was toegesneden op de nieuwe werkelijkheid?

Maar we werden nog verder vernederd. Ons mooie en eeuwenoude vak zou geen harde wetenschap zijn, alleen maar wat willekeurige geleerdheid die reeds daarom niet voor NWO-subsidiëring in aanmerking kon komen. Bovendien kon de juridische opleiding net zo goed een HBO-opleiding worden, want wat waren we nou eigenlijk meer dan letterknechters en rechtsfiguurzagers? Voor zover het recht nog van belang was ter ordening van de samenleving, was dat toch vooral de *rechtseconomie*.

U weet hoe dit postmoderne verhaal is afgelopen. We zitten inmiddels in een viervoudige crisis – een financiële, economische, voedsel- en klimaatcrisis – en deze crises zijn mede veroorzaakt door de wetenschappen die NWO wél zo graag en zo royaal subsidieert. ‘Van alle economische luchtballonnen die in de laatste tien jaar zijn gebarsten’, zo schreef *The Economist*, ‘is het uiteenspatten van de economische wetenschap wel de meest spectaculaire.’¹

De economische wetenschap pretendeerde in staat te zijn elk menselijk gedrag te verklaren en te sturen. De bedrijfs- en organisatiekunde pretendeerde het hele openbaar bestuur transparant, efficiënt en effectief te maken. Managers namen de macht van de professionals over, ondermijnden hun beroepsethiek en beroepsvreugde en introduceerden een bijna hysterische toon in de publieke sector: alles moest top, top, top en excellent worden, alles moest permanent geïnoveerd worden, alles moest door een procesmanager permanent geregisseerd worden, alles moest permanent gemonitord worden door middel van Tayloristische prestatie-indicatoren, prestatiecontracten, procedures, protocollen, tijdschrijfverplichtingen, gedetailleerde verslagleggingen, visitaties, certificaties, toezichthouders en noem de hele ziekmakende mikmak maar op.

Hoe ver staat deze turbotaal wel niet af van de taal van het recht? Hoe ver staan de even lege als modieuze bestuursmodellen van de bestuurs- en organisatiekunde wel niet af van de soliditeit van het recht? Want wat een eenvoud, wat een schoonheid, en wat een rust kenmerken het recht! Drie doelstellingen slechts kent het recht: rechtvaardigheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Drie vuistregels slechts: *neminem laedere* (niemand schade toebrengen), *honeste vivere* (eervol en fatsoenlijk leven) en *suum cuique tribuere* (aan ieder het zijne toedelen). Twee hoofdonder-

¹ ‘What went wrong with economics’, *The Economist* 18 juli 2009, p. 11.

scheidingen slechts: die tussen het horizontaal georiënteerde privaatrecht en het verticaal georiënteerde publiekrecht. Op deze even simpele als sterke fundamenten bouwden juristen in ruim tweeduizend jaar een indrukwekkende culturele institutie die door de eeuwen heen over een enorm adaptief en innovatief vermogen bleek te beschikken.

Welke factoren maakten de *succes story* van het recht als een superieure *social and human engineering* mogelijk?

Wat in de eerste plaats opvalt, is de relatieve onafhankelijkheid van juristen. Juristen maakten zich al in de vroeg Romeinse tijd los van de priesterkaste waaruit zij voortkwamen en ontwikkelden zich tot een zelfstandige, hooggespecialiseerde beroepsgroep met een geheel eigen kennisdomein. Dat kennisdomein was voor buitenstaanders – en ongetwijfeld hebben daar machtsoverwegingen een rol bij gespeeld – zo goed als ontoegankelijk. Maar deze onafhankelijkheid genereerde wel weer de waarden van neutraliteit en onpartijdigheid en daarmee een beroeps-ethiek. De Romeinse juristen bouwden, eerst door middel van casuïstiek (*juris prudentia*) en later door codificaties, een samenhangend begrippenapparaat uit. Latere juristen bewerkten in de loop der eeuwen dit begrippenapparaat tot een rationeel en coherent systeem (*iuris scientia*), met een eigen epistemologie en hermeneutiek.

Wat deze juristen deden was in antropologisch opzicht een prestatie van de hoogste orde: in de chaos van het menselijk handelen wezen zij formele posities aan, zoals die van eigenaar, bezitter, koper, schenker, vruchtgebruiker, erfgenaam en creëerden daardoor een nieuwe, symbolische orde: die van het conflictbeslechtende recht.

Om te voorkomen dat het rechtssysteem zou ontaarden in een rigide conceptueel dogmatisme dat niet langer in staat zou zijn de conflicten in de levende werkelijkheid op te lossen, ontwikkelden juristen naast hun rechtswetenschap hun rechtsgeleerdheid. De *ars boni et aequi*: het vermogen tot een soepele, praktijkgerichte rechtsvinding op grond van de beginselen van de redelijkheid en billijkheid.

En daarin schuilt waarschijnlijk de kern van het historische succes van het recht: het is zowel een dogmatiek als een antidogmatiek. Het is zowel een gesloten rationeel systeem als een open, empirisch systeem. In een onophoudelijke reflexieve activiteit wordt het concrete geval getoetst aan het systeem en het systeem aan het concrete geval, steeds met het oog op het rechtssysteem als een eenheid. Een sociale orde die duurzame vrede wil, kan zich geen ondoordachte, modieuze bestuursexperimenten en kortstondige waarheden veroorloven, maar moet een kennisstelsel bieden waarin de macht, de wet en het vonnis overtuigend gemotiveerd en bekritiseerd kunnen worden.

Wat voorts opvalt, is dat de basis van dit systeem het Romeinse privaatrecht is. En dit privaatrecht was zo intelligent en zo weloverwogen dat het de denkfiguren kon leveren waarop later ook ons politieke en publieke systeem is gebouwd. Publiekrecht en privaatrecht hangen in oorsprong – op het niveau van de begrippen althans – nauw samen. De rechtsfiguren van eigendom, contract, verbintenis, consensus, goede trouw, hoor en wederhoor, redelijkheid en billijkheid bleken in de achttiende eeuw revoluties teweeg te kunnen brengen. Het sociaal contract en de idee van de rechtsstaat zijn gebaseerd op eigendom in de zin van grensafscheidingen; op de binding aan het gegeven woord (*pacta sunt servanda*) in de zin van het legaliteitsbeginsel; op de goede trouw van de staat; op het hoor en wederhoor in de zin van de op tegenspraak ingerichte democratie; op consensus in de zin van de instemming van de burgers met de wet. (Een klein minpuntje moet ik hier overigens wel opmerken. Het gerecipieerde Romeinse privaatrecht – denkt u aan de zeer liberale Code Napoléon – was vooral bevorderlijk voor de factor kapitaal, want arbeid was wgens de slavernij in Rome natuurlijk nooit een factor van betekenis geweest. Ook in die zin zou het Romeinse recht de loop der geschiedenis bepalen.)

In de twintigste eeuw werden onder invloed van de redelijkheid en billijkheid de noties van sociale rechtvaardigheid verder ontwikkeld. Ook de ruilrechtvaardigheid en de verdelende rechtvaardigheid – centrale beginselen van onze rechtsorde – vinden hun bron in het Romeinse privaatrecht en gingen in de loop van de twintigste eeuw ook het publiekrecht beheersen. Sterker nog, inmiddels dringt dat publiekrecht weer door in het privaatrecht en dwingt tussen burgers fatsoensnormen en zelfs zorgplichten af door middel van horizontale werking van grondrechten. Privaatrecht en publiekrecht vormen inderdaad – zoals Nieuwenhuis zegt – tezamen een bezield verband. Bezield omdat privaatrecht en publiekrecht in hetzelfde teken staan, namelijk dat van de rechtvaardigheid: *ius ét iustitia*. Binnen – en niet buiten – dat bezielde verband moeten de nieuwe rechtsfiguren van het openbaar bestuur worden ontwikkeld.

Maar ach, dames en heren, u weet natuurlijk net zo goed als ik dat er ook een heel ander verhaal mogelijk is dan dit loflied op het recht. Wij weten allemaal – en ik durf dat hier nu we onder elkaar zijn ook wel uit te spreken – dat het recht ook een pervers systeem kan zijn, zelfs – zoals Luther zei – de hoer van God of, zoals Marx beweerde, de hoer van het kapitaal. En laten we niet vergeten dat het de commerciële advocaten zijn geweest die in dienst van Wall Street mede de financiële crisis hebben veroorzaakt. Onze geschiedenis kent donkere en zelfs zwarte bladzijden, maar de vitale kracht van het recht bewijst zich keer op keer door middel van de dialectische werking tussen positief recht en rechtsbeginselen. Het rechtssysteem is niet alleen adaptief en innovatief maar ook zelfcorrigerend gebleken. Mede daardoor kon onze rechtsorde in de sociale rechtsstaat haar historische hoogtepunt in sociale rechtvaardigheid bereiken. Een hoogtepunt dat veroverd werd op de economische orde. De strijd tussen een ongetemde vrije markt en een temmende rechtsorde is immers de historische krachtlijn van de laatste tweehonderd jaar geweest.

Maar nu de sirenenzangen van de economische wetenschap en bestuurskunde tot zwanenzangen zijn geworden, is voor ons juristen het moment van triomf aangebroken. En dat is maar goed ook. Want wie anders zouden in staat zijn de puinhopen van vijftientwintig jaar neoliberalisme en vrijemarktideologie op te ruimen? De grootste puinhoop bevindt zich op het vlak van het klimaat en het milieu, die bezwijken onder dogma en praktijk van een ongelimiteerde economische groei. Niet alleen rechtsorde en economische orde staan weer tegenover elkaar, maar – ernstiger nog – rechtsorde en natuurlijke orde. De eerste taak van de staat en van het publiekrecht – het garanderen van veilige bestaansvoorwaarden voor de burgers – is urgenter dan ooit en zal dus om maatregelen vragen die verder gaan dan ooit. Juist daarom moet de integriteit en daarmee de legitimiteit van de overheid worden hersteld. Dat betekent per definitie een afscheid van economische en bedrijfsmatige modellen in het openbaar bestuur en een terugkeer naar de eigen moraliteit en integriteit van het recht.

Kan het privaatrecht – en daarmee sluit ik af – weer opnieuw van dienst zijn bij het inrichten van een nieuwe politieke orde, dit keer die van een ecologische, op duurzaamheid gerichte rechtsstaat? Jazeker, en sterker nog, het is weer opnieuw het Romeinse privaatrecht dat de adequate begrippen levert. Slaat u er de preambules van de grote internationale milieuverdragen maar op na. De natuur, het water, de lucht en het landschap zijn van iedereen en niemand: een *res nullius*. Zij vormen het natuurlijke erfgoed van de mensheid: ons *patrimonium*. Zij behoren daarom buiten de handel te blijven: *extra commercium*. Wordt de natuur door menselijk handelen bedreigd, dan moet het voorzorgsbeginsel worden toegepast: *in dubio pro natura*. Alleen op deze wijze is het algemeen belang – de *res publica* – te dienen.

Ik zou zo nog een tijdje kunnen doorgaan, maar hopelijk heb ik voldoende aangetoond dat het recht wel degelijk een Groots en Meeslepend Verhaal is, dat met gemak tegen de postmoderniteit is opgewassen. Maar wel op voorwaarde dat wij als juristen onze zelfstandigheid en beroepsethiek hernemen. Daarom pleit ik ervoor – en nu spreek ik uitdrukkelijk namens de Vrije Universiteit – om onze soevereiniteit in eigen kring weer krachtig op te eisen.

C

JURISTEN, NEEM ACTIE TEGEN VERNEVELING VERANTWOORDELIJKHEDEN IN DE RECHTSSTAAT

Marc CHAVANNES*

Opinie

‘Wat ging er door u heen?’, vroeg de radiojournalist gisteren aan Marianne Timmer. De veelvoudig schaatskampioene had net door een schuldloze val haar hiel gebroken. Zij moet de Olympische Winterspelen van Vancouver missen. Wat ging er door u heen?

Emo-journalistiek van het wreedste soort. Maar dit schaatsnieuws onttrok een ander ijsig bericht wat aan het zicht: de positie van de directeur van het Zweedse staats-energiebedrijf Vattenfall wankelt omdat hij het hele bedrijf aan Duitsland verpand zou hebben voor het geval van een ongeluk met een kerncentrale van Vattenfall in Duitsland – Nuon, het net verkochte energiebedrijf van Friesland, Gelderland en Amsterdam als onderpand voor een Duits nucleair drama. Goed plan.

Ik ben niet tegen verandering of vernieuwing, mocht u dat denken. Alleen soms een beetje wantrouwig – het doel is niet altijd ons belang. Wat gaat er bijvoorbeeld door ú heen wanneer een *relationship manager* u in de Ster-reclame vraagt wat u aan *bottom line optimization* gaat doen? De financiële wereld blijft er, ook met staatssteun, goed in om haar producten niet nodeloos eenvoudig te maken.

De nieuwe zaken- en bestuursinvallen komen lawaaiig op ons af en zijn steeds vaker niet te ontlopen. We zijn allemaal klant geworden van een overheid die zich vandaag zegt terug te trekken en morgen alles van ons wil weten en beslist welke

* Prof. dr. M.E. Chavannes is journalist en commentator bij NRC Handelsblad en hoogleraar journalistiek aan de Rijksuniversiteit Groningen.

pillen we mogen krijgen van de huisarts. Apple heeft octrooi aangevraagd voor een techniek die onze computer bevriest zolang we niet bevestigen dat we een bepaalde reclame-uiting hebben gezien.

Het is aan burgers zich zo min mogelijk knollen voor citroenen te laten verkopen. Maar wat als die knollen zijn goedgekeurd door onze volksvertegenwoordigers? Wat als de toezichthouder eerder verzekerde dat het citroenen waren? Zonder AFM en Nederlandsche Bank had niemand de illusie kunnen hebben dat er scherp op uw bank werd opgelet.

Wat als burgers de overheid massaal niet meer vertrouwen het goede met ons voor te hebben? Waarom denkt u dat de minister van Volksgezondheid met alle middelen moet gaan adverteren dat hij de waarheid spreekt over het griepvaccin? Dat is ook het gevolg van de systematische verdachtmaking van de publieke zaak. Managementdenken als arsenicum in de thee van de overheid als eerlijke hoeder van ons gemeenschappelijk belang.

U beleeft vandaag een bijzonder congres. Een mijlpaal voor juristen. Het nieuwe instituut voor *governance optimization*, als ik goed heb begrepen, heeft als uitgangspunt de realiteit dat de overheid niet meer is wat zij was, dat publieke en private arrangementen vaak door elkaar heen lopen en dat juristen er zijn om die postmoderne chaos te begeleiden met fatsoenlijke en democratische spelregels.

Het zal u niet verbazen dat die startconstatering mij iets te snel gaat. 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. Daarin is Nederland verder gegaan dan de omringende landen die ik ken.

Vorige week is de val van de Muur, twintig jaar geleden, herdacht. In Berlijn. Nederland was, voor zover ik weet, tijdens de Koude Oorlog vrij geweest. Maar als je de bestuurlijke bevrijdingsbeweging ziet die sindsdien heeft huisgehouden, dan lijkt het wel of dit land ook de ketenen van het staatsocialisme moest afwerpen.

Was het in de jaren vijftig tot zeventig allemaal zo vreselijk en verwerpelijk dat een generatie bestuurskundigen als sprinkhanen moest worden losgelaten op de overheid om overal aan *bottom line optimization* te doen? Zij lieten weinig heel van ambtelijke trots en deskundigheid. Alles moest dynamisch, netwerkend, flexibel. Als het maar goed voelde dan was het een reorganisatie waard. Ik ben alleen al bij het ministerie van Onderwijs de tel kwijt, zoveel bestuursmodellen zijn daar achter elkaar ingevoerd.

De Nederlandse ambities waren fors. Gidsland voor wie het zien wil. De mensen werden 'lossiger', ongeduldiger, minder trouw aan de korfbalclub van hun vader. Zij raakten gewend aan meer geld voor leuke dingen. Als het snelle leven ontspoorde of de natuur hardnekkig bleek moest de gemeenschap wel bijspringen. En inderdaad, er kwamen honderdduizenden nieuwe landgenoten die op school niets hadden gehoord over de Stichting van de Arbeid. Maar die hebben al deze expert-meetings en transparantiekunstjes niet verzonnen.

Onze school met en zonder den Bijbel veranderde trouwens ook ingrijpend. Nergens hebben de jaren zestig zo huisgehouden als in de klas. Alles wat daar is misgegaan is benoemd en gerapporteerd, maar het duurt gewoon voort. Ook de KNAW-commissie die het rekenen onderzocht spaarde kool en geit. De polder is een veilige *bottom line*. Inderdaad, het schoolpubliek is drastisch veranderd. Reden te meer om te zorgen dat iedereen ontzettend goed leert schrijven, rekenen en nadenken. Leuk is als het goed gaat, niet als het níet op onderwijs lijkt.

Wie schetst onze verrassing toen de Onderwijsraad, het hoogste adviesorgaan terzake, vorige week in een woordrijk rapport adviseerde leerkrachten te laten tijdschrijven. Om ze kostenbewust te maken. De sukkels doen maar wat, kennelijk. Ze weten niet wat een kostenpost ze zijn. Joop, heb je onze SO al nagekeken? Nee, Jannie, ik lig tien dagen achter met tijdschrijven.

Het bedrijfsmatig denken dat grote delen van de overheid overhoop heeft gehaald is nog onvoldoende gezeefd. Waar heeft het inderdaad de effectiviteit van de publieke taakverrichting verbeterd? Waar niet? Woningbouwcorporaties worden nu één voor één teruggevoerd naar hun eigenlijke taak. Fatsoenlijk wonen mogelijk maken voor mensen met een bescheiden inkomen. De rest is *humbug*. Bedenkelijke *humbug* omdat in al die vernevelde publieke taken de democratische verantwoording zoek is geraakt.

Dat is geen luxe observatie voor staatsrechtfilatelisten. Alle juristen, die – zoals de oprichters van het NILG – menen dat juristen meer zijn dan meet- en regeltechnici, hebben een taak de brokstukken te helpen sorteren van het nog niet voorbijgane tijdperk van willekeurige privatisering. Wat beschouwen we in 2010 nog steeds als publieke taken, wat niet? Waar zijn publieke taken afgewenteld op winstgerichte instellingen zonder publiek normbesef?

De oude gelijkheids- en rechtvaardigheidsidealen bleven, maar de overheid kan in veel gevallen die belofte niet waar maken. Nu juridische zwachtels leggen om min of meer toevallig aan private wal geraakte publieke taken, verlengt de publieke teleurstelling en de democratische verloedering. Laat juristen eerst helpen vaststellen wat anno nu publiek wordt geacht, en wat buiten de garantieregeling van het Nederlands staatsburgerschap valt. Dat moet eerst gebeuren. Daarna kan met des te meer kans van slagen worden gewerkt aan de juridische vormgeving van wat een

M.E. Chavannes

publieke verantwoordelijkheid blijft, ook als het vuilnis wordt opgehaald door een commercieel bedrijf. De huidige neveligheid over wie waarvoor verantwoordelijk is, ruïneert het vertrouwen in een betrouwbare overheid. En biedt meer kansen aan partijen zonder democratische wortels dan alle schotelantennes bij elkaar.

Gefeliciteerd dat u zo'n mooi interuniversitair instituut heeft opgericht om dit belangrijke werk ter hand te nemen.

D

OVER PUBLIEK EN PRIVAAT BELANG

Frank ANKERSMIT*

Opinie

De oudste mij bekende uitspraak over de verhouding tussen publiek en privaat is van Domitius Ulpianus. Ulpianus leefde van 170 tot 223, hij bracht het tot Praefectus Praetorio, was daarmee de hoogste ambtenaar in het Romeinse Rijk. Een goed deel van de Digesten en van het Corpus Iuris Civilis bestaat uit fragmenten van zijn werk. Die uitspraak luidt als volgt: ‘Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.’ Vertaald: publiekrecht heeft betrekking op wat de Romeinse staat regardeert, het privaatrecht heeft betrekking op de belangen van individuen: sommige belangen zijn dus publiek en andere privaat.

Dit is een uitspraak die de aandacht verdient. Om te beginnen omdat die gedaan werd ten tijde van Keizer Septimius Severus, en toen de wereld er uiteraard dramatisch anders uitzag dan nu. Het onderscheid tussen publiek en privaat heeft blijkbaar een bijna tweeduizend jaar oude urgentie en plausibiliteit. Men moet dus van goeden huize komen, wil men de noodzaak en de bijkans boventijdelijke betekenis van het onderscheid willen betwijfelen. Belangrijker nog: in zijn zeer interessante Raad voor het Openbaar Bestuur-lezing van dit jaar toont Mark Elchardus aan dat: ‘de hedendaagse burgers een duidelijk onderscheid tussen de private en de publieke sfeer maken. De zorgen en wensen die ontspringen aan de eersten achten zij niet geschikt om hun gedrag in de publieke sfeer, in de politiek te bepalen.’

* Prof.dr. F.R. Ankersmit is hoogleraar theoretische en intellectuele geschiedenis aan de Rijksuniversiteit Groningen.

Het onderscheid tussen publiek en privaat heeft de burger om zo te zeggen in zijn politieke genen zitten. De burger is van nature geneigd tot het ‘republicanisme’, zoals Skinner en Pocock dat begrip verstaan. Je zult de burger dus niet blij kunnen maken met publiek-private arrangementen; eerder geldt het omgekeerde. Vervolgens, de uitspraak stelt een thema aan de orde dat altijd centraal stond in het oude debat tussen liberalisme, socialisme en Christen-democratie, namelijk het thema van de vraag naar de relatie tussen staat en maatschappij. Het aardige van de uitspraak van Ulpianus is evenwel dat die aan dat ons zo bekende en vertrouwde debat een drietal nieuwe dimensies toevoegt.

In de eerste plaats is er de suggestie om dat debat over de verhouding tussen staat en maatschappij te voeren in termen van de verhouding tussen publiek en privaat, tussen wat hoort tot het publiekrechtelijke en wat hoort tot het privaatrechtelijke domein.

In de tweede plaats onderscheidt Ulpianus scherp tussen publiek- en privaatrecht. Anders gezegd, er is voor hem geen schemergebied tussen beide waarbinnen publiek-privatrechtelijke amfibieën hun kruiperig en glibberig bestaan zouden kunnen leiden. Binnen die visie is de postmodernistische notie van de ‘maatschappelijke onderneming’ dan ook een onding. Mede ook omdat de hier beoogde soort van onderneming juist niet maatschappelijk is, maar publiek. Waar alles om draait, wordt hier door onjuist woordgebruik verhuld. Over taalvervuiling gesproken! En alleen om die reden is het verheugend dat de Raad van State zich sceptisch uitliet over het wetsvoorstel van minister Hirsch Ballin voor de ‘maatschappelijke onderneming’.

En dat brengt mij bij de derde, en meest interessante kant van Ulpianus’ uitspraak. Wanneer Ulpianus publiek en privaat contrasteert, dan doet hij dat in termen van belangen: het publieke domein is het domein van het publieke (of algemeen) belang, en het private domein dat van private belangen. Het boeiende daarvan is dat men het debat tussen liberalen, socialisten en Christen-democraten over de verhouding tussen staat en maatschappij *ad nauseam* kan voeren zonder ooit ergens op een rotsbodem te stoten, een bodem die niet meer meegeeft – de feiten wijzen het uit. Maar voeren we dat debat in termen van publiek en privaat belang – conform Ulpianus’ voorstel – dan stoten we wel degelijk op zo’n rotsbodem! Namelijk op de rotsbodem van de onreduceerbaarheid van het publieke belang tot strikt private belangen.

Ik wil daarmee geenszins in twijfel trekken dat beslissingen die over het algemeen of publiek belang genomen worden geen invloed zouden hebben op private belangen. Verre daarvan; dat is in veel gevallen juist het doel van die beslissingen. Mijn bewering is veeleer dat er geen sociaalwetenschappelijk algoritme, geen ethiek, of politieke filosofie bestaat die ons in staat stelt om foutloos, en op een algemeen geldige en aanvaardbare manier van private belangen naar het publieke belang te

redeneren, en vice versa. Er is geen matrix, of black-box waar men aan de inputkant alleen maar private belangen hoeft in te voeren, om aan de outputkant een eenduidige definiëring van het publiek belang te verkrijgen – zo ongeveer zoals utilitaristen als Jeremy Bentham zich dat voorstelden met hun ‘calcul du bonheur’.

Het geloof dat er wel zulke algoritmes etc. zouden bestaan brengt ons òfwel bij de Communistische en Nazistische variant van het totalitarisme, waarin alle private belangen tot publieke belangen worden gereduceerd, òfwel bij het feodalisme en neo-liberalisme – de hedendaagse variant van het feodalisme! – waarin men het publieke belang zoekt op te lossen in zuiver private belangen.

Kortom, we zullen nooit de staat kunnen verruilen voor een politieke computer die ons op basis van private belangen voorrekenet wat het algemeen belang is. Het algemene, het publieke belang heeft daarom een eigen realiteit en autonomie naast, en tegenover de sfeer van de private belangen. Dit biedt ons een scherpe en loepzuivere demarcatie tussen het publieke en het private domein, tussen staat en maatschappij. De onzuivere en onprecieze discussie over de grens tussen staat en maatschappij kan dan vervangen worden door de zuivere en precieze discussie over de grens tussen privaat belang en publiek en algemeen belang. En waarbij doorslaggevend zal zijn de vraag welke collectieve belangen zich laten vertalen in private belangen en welke ontoelaatbaar vertekend raken bij een dergelijke vertaalslag. Private belangen zijn bijgevolg daarbij doorslaggevend, zodat men erop kan vertrouwen dat het publieke domein niet meer ontvangt dan het toekomt.

Alles gaat mis wanneer men niet scherp meer onderscheidt tussen collectieve belangen en het publiek belang. Bij de eerste is het belang van de één ook het belang van de ander; maar bij het publiek belang is dat niet langer zo. En dan zijn pijnlijke keuzes nodig. Daar ligt ook het verschil tussen de economie en de politiek – en vooral ook van de permanente hoop om de politiek tot de economie te kunnen reduceren. Maar die hoop is ijdel: hoelang men ook aan de leiband van de economie loopt, aan het einde van de tocht komt men altijd voor een politiek dilemma te staan. Dat is zowel de tragiek als de grandeur van de *condition humaine*.

Het aardige van de democratie is dat die ons reeds het apparaat ter beschikking stelt van hoe wij om moeten gaan met belangen die zich verzetten tegen die vertaalslag van collectieve naar private belangen (en waar het publiek belang zich dus aandient). Het publiek, het electoraat, is de probleemeigenaar van de door die belangen gegenereerde problemen; dat wil zeggen van problemen rond het publiek belang. Zelden is het aangenaam probleemeigenaar te zijn, maar hier is dat anders, hier ligt immers de grond van onze politieke vrijheid. De bestaande procedures in onze democratie bepalen hoe te beslissen over zaken van het algemene of publieke belang. En meer in het bijzonder, aan welke personen in welke functies de bevoegdheid verleend wordt om over die zaken van algemeen of publiek belang te beslissen. En bij die bevoegdheid behoort ook steeds de verplichting om daarover

te allen tijde aan het electoraat, aan de probleemeigenaren dus, publieke verantwoording verschuldigd te zijn. Zo hoort dat te gaan in een vrije staat.

Dat wil zeggen, onze bestuurders mogen niet omgaan met die problemen die het eigendom van de natie zijn alsof die private problemen van de staat zouden zijn. De staat heeft geen private problemen – hij is slechts de belichaming van het publiek belang. Niets is zorgelijker dan de hedendaagse trend om aan de staat private belangen toe te kennen, naast en tegenover die van de burger. Dat bevestigt immers de verwijdering tussen staat en burger. Noch ook mogen onze bestuurders die problemen uit handen geven aan andere private of quasi-private instanties. Er kan dus geen sprake zijn van verzelfstandiging of privatisering van delen van de overheid die zich bezighouden, of -hielden met collectieve problemen die hardnekkig weerstand bieden aan de vertaling van publieke naar private belangen. De stappen die men desondanks zette in die afgelopen twintig jaar moeten daarom ongedaan gemaakt worden. Hier werd aan het electoraat, in zijn hoedanigheid als eigenaar van problemen van het algemeen belang, ontnomen, waarover alleen het electoraat het laatste woord heeft. In die zin zijn onterechte privatisering en verzelfstandiging zelfs als diefstal aan te merken; en alleen al daarom is te hopen dat men hier voorzichtiger zal zijn dan vroeger en, vervolgens, dat staatsrechtelijke monstrositeiten als de ‘maatschappelijke onderneming’ rücksichtslos de nek wordt omgedraaid voordat zij nog meer onheil aanrichten in ons openbaar bestuur, dan zij al deden toen men ze nog als ZBO’s of Quango’s aanduidde.

Samenvattend, er is een onverbreekelijke band tussen in de eerste plaats het publieke of het algemeen belang (als onderscheiden van private belangen), in de tweede plaats de publieke bevoegdheden om over het publieke belang te beslissen en in de derde plaats de verplichting om over het gebruik van die bevoegdheden publiekelijk verantwoording af te leggen. En iedere poging om aan die onverbreekelijke band te knagen moet veroordeeld worden als een ontoelaatbare vervuiling van de juiste democratische procedures en als poging om een hernieuwd Ancien Regime in te stellen dat zoekt de belangen van het volk in handen te geven van autoriteiten, waarover het volk zelf geen zeggenschap meer heeft.

Tenslotte, het zal duidelijk zijn dat ik hierboven eerder als politiek filosoof dan als jurist redeneerde. Ik wens het Netherlands Institute for Law and Governance een zeer succesvolle toekomst toe. En die zal des te succesvoller zijn wanneer men ook de politiek-filosofische dimensie in het oog houdt van de problemen die men aan zal vatten.

E

EEN EUROPESE INVULLING VAN PUBLIEK EN PRIVAAT

Berend-Jan DRIJBER*

Bijdrage

De verhouding tussen Nederland en de EU heeft soms iets tweeslachtigs. Aan de ene kant is er de interne markt als onmisbare bron van welvaart voor handelsland Nederland, aan de andere kant leeft het beeld van de Europese dwangbuis waardoor publieke belangen worden geofferd aan de tucht van de markt. Die twee kanten zagen we terug bij de onderhandelingen over het Verdrag van Lissabon. President Sarkozy zorgde ervoor dat vrije concurrentie uit het lijstje doelstellingen van de EU verdween, maar premier Balkenende steunde de Commissie in het repareren hiervan via een protocol dat vrije concurrentie direct koppelt aan de interne markt. Bij diezelfde onderhandelingen werd op Nederlands verzoek een protocol over diensten van algemeen economisch belang aanvaard, in de hoop dat de Commissie haar handen zou afhouden van met name de woningcorporaties. Van dat laatste komt evenwel niets terecht, omdat Nederland zelf enkele jaren daarvoor de Commissie heeft gevraagd een standpunt in te nemen over vermeende staatssteun aan de toegelaten instellingen. En zo is het nu 'onze' mededingingscommissaris Neelie Kroes die uiteindelijk bepaalt tot welke inkomensgrens woningcorporaties sociale woningen mogen verhuren.

Ik zal nu de begrippen publiek en privaat vanuit het Europees recht belichten. Dat kan vanuit verschillende invalshoeken:

Ten eerste vanuit het *eigendomsregime*. Daarmee zijn we vrij snel klaar. Het EG-verdrag (vanaf 1 december 2009 Verdrag betreffende de werking van de Europese

* Mr. B.J. Drijber is advocaat te Den Haag.

Unie) tornt niet aan het eigendomsregime van de lidstaten.¹ Als Nederland het gevangeniswezen wil privatiseren of alle ziekenhuizen wil nationaliseren, dan is dat toegestaan. Alleen de manier waarop dat gebeurt, moet in overeenstemming zijn met de regels van het EG-verdrag, met name de bepalingen over vrij kapitaalverkeer en het verbod van staatssteun. Het EG-verdrag stelt negatieve randvoorwaarden aan ingrijpen in eigendomsverhoudingen. 'Kaderstellend' is eufemistisch uitgedrukt.

De tweede invalshoek is die van de *verrichte activiteiten*. Het Europese recht maakt namelijk niet als zodanig een onderscheid tussen publieke en private activiteiten, maar wel tussen economische en niet-economische activiteiten. Dit onderscheid is bepalend voor de vraag welke regels van toepassing zijn. Niet-economische activiteiten vallen buiten het EG-Verdrag. Het zijn activiteiten die de markt niet kan bieden. Bijvoorbeeld omdat het om typische overheidstaken gaat: paspoorten uitgeven, inspecties, rechtspraak maar ook bekostigd onderwijs. Niet-economisch zijn ook (wettelijke) sociale verzekeringen gebaseerd op solidariteit. Dat laatste is een gradueel begrip, dus juristen kunnen zich uitleven in *the art of distinguishing*. Economisch is eigenlijk alles wat door de markt wordt aangeboden, of kan worden aangeboden. De opvattingen daarover kunnen van land tot land verschillen.

Als de verbodsbepalingen uit het EG-verdrag van toepassing zijn, volgt het Hof van Justitie doorgaans een 'functionele benadering'. Per saldo betekent dit dat de verbodsbepalingen ruim worden uitgelegd om te voorkomen dat ze worden omzeild. Woningcorporaties zijn een mooi voorbeeld. Zij zijn voor het mededingingsrecht 'ondernemingen'. Gevolg is dat de vraag of zij staatssteun ontvangen relevant is en zij bij fusies bij de NMa langs moeten. Zij kunnen ook rechten ontleen aan het vrij kapitaalverkeer, zoals de zaak *Servatius* over een bouwproject in Luik heeft aangetoond.² Kortom, net private partijen. Maar voor het aanbestedingsrecht zijn woningcorporaties weer een 'publiekrechtelijke instelling', die moet aanbesteden net als de overheid zelf. Want ook de Europese aanbestedingsregels moeten een zo ruim mogelijke toepassing hebben. Zo rekent Europa steeds naar zichzelf toe in naam van het goede doel: de marktintegratie. Dit is mogelijk dankzij de voorrang van het Europees recht.

De derde invalshoek is die van *de normadressaat*. Of een regel naar nationaal recht tot het publiek- of het privaatrecht hoort, doet er niet toe. Het Europees recht snijdt overal doorheen. De Dienstenrichtlijn³ is daarvan een mooi voorbeeld. Dat kan ook moeilijk anders, omdat de werkingsfeer van supranationaal recht niet per lidstaat kan verschillen naar gelang de geregelde materie op nationaal niveau tot het publiekrecht of het privaatrecht behoort. Europese bepalingen zijn ofwel tot over-

1 Art. 285 EG, vanaf 1-12-2009 art. 345 VWEU.

2 HvJ EG 1 oktober 2009, nr. C-567/07, NJ 2009, 473, m.nt. Mok.

3 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEG 2006 L 376/36).

heden gericht ofwel tot ondernemingen. De vrij-verkeerbepalingen zijn gericht tot overheden handelend als overheid, de mededingingsregels (behalve staatssteun) tot ondernemingen. Een gemeente die voor ondernemertje speelt, zal zich aan de mededingingsregels moeten houden.⁴ Organisaties als sportbonden, beroepsorganisaties en vakbonden hebben een privaatrechtelijke status maar worden met overheden gelijkgesteld als zij collectieve regelgevende bevoegdheden hebben. Zij mogen het vrij verkeer van diensten dan niet beperken.⁵ En als zij tevens een ondernemersvereniging zijn, moeten zij zich daarnaast houden aan de mededingingsregels.⁶

Mijn vierde invalshoek is die van de *publieke belangen*. Hoe worden die in het Europees recht 'geborgd'? Dat gebeurt op drie manieren. In de eerste plaats via niet-economische uitzonderingen op het vrije handelsverkeer die in het Verdrag zijn opgenomen, zoals openbare orde en de volksgezondheid, of die in rechtspraak zijn ontwikkeld op basis van een *public interest*-test. Bijvoorbeeld ruimtelijke ordening, milieubescherming, financieel evenwicht van een socialezekerheidsstelsel, etc. Met deze *rule of reason*-excepties komen lidstaten een heel eind maar zij hebben wel de bewijslast dat het gekozen middel geschikt en noodzakelijk is. In de tweede plaats bevat het EG-verdrag een uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang⁷, het enige *service public*-achtige begrip dat het Verdrag rijk is. Het komt erop neer dat de verdragsregels wijken als een met een publieke taak belaste onderneming anders die taak niet naar behoren kan uitoefenen. Dat gaat van vervoer op onrendabele lijnen tot het ophalen van huisvuil, pensioenfondsen met acceptatieplicht en de publieke omroep. Zo kan de continuïteit en de betaalbaarheid van publieke diensten worden zeker gesteld. Daarnaast worden publieke belangen geborgd in sectorale harmonisatierichtlijnen, bijvoorbeeld universele dienstverplichtingen bij de telecommunicatie en de brievenpost.

Het dagthema bevat ook de woorden *vervlechten* en *ontvlechten*. Ontvlechting kan verplicht zijn op grond van bepaalde specifieke Europese regels, om te voorkomen dat een onderneming in een netwerkgebonden sector profiteert van zijn dubbele pet van exploitant van het netwerk en aanbieder van diensten. Als je concurrent afhankelijk is van jouw netwerk heb je geen 'prikkel' die concurrent toe te laten. In de telecomsector moet de OPTA ontbundelde toegang afdwingen. Het gevaar van belangenvermenging en concurrentieverstoring is ook een van de redenen waarom Nederland de splitsing tussen handel in energie en beheer van de distributienetten heeft voorgeschreven. De Europese richtlijnen op energiegebied houden wel de verplichting tot juridische en functionele ontvlechting in, maar geen verplichting

4 En straks mogelijk ook de Wet markt en overheid, een product van eigen Nederlandse bodem.

5 HvJ EG 11 december 2007, nr. C-438/05, *Viking*, *Jur.* 2007, p. I-10779 en HvJ EG 18 december 2007, nr. C-341/05, *Laval*, *Jur.* 2007, p. I-11767.

6 HvJ EG 19 februari 2002, nr. C-309/99, *Wouters/NOvA*, *Jur.* 2002, p. I-1577.

7 Art. 86 lid 2 EG, vanaf 1-12-2009 art. 102 lid 2 VWEU.

tot eigendomssplitsing. Het netbeheer blijft in publieke handen, maar het is wel een economische activiteit.

Ik sluit af met twee opmerkingen, een over *law* en een over *governance*.

De opmerking over *law* houdt in dat naar Europees recht zwart-wit oplossingen meestal makkelijker te verdedigen zijn dan genuanceerde polderoplossingen vol met grijstinten. Energieactiviteiten verkopen via een openbare procedure is geen probleem, alles strak in overheidshanden houden ook niet. Wel verkopen maar een stellen aan de koper of opvolgende kopers is lastig. Logisch: cashen en controleren gaan niet samen. De basisverzekering van de Zorgverzekeringswet is een typisch hybride product: uitgevoerd door private zorgverzekeraars, maar volgevoerd met publieke waarborgen. Het is slechts op basis van een vrij smalle uitzondering in de Derde schadeverzekeringsrichtlijn⁸ dat dit ziekenfondspakket nieuwe stijl Europeesrechtelijk mogelijk bleek.

Mijn opmerking over *governance* houdt in dat sommige Europese richtlijnen voor bepaalde 'gereguleerde' sectoren wel bepaalde *governance*-regels geven, maar dat het Europees recht geen algemene regels geeft over *governance* waaraan de lidstaten zich moeten houden. Voorlopig heeft de EU de handen vol aan haar eigen *governance*. Misschien is het begrip *governance* ook wat weinig omlijnd. Met de werkzaamheden van het NILG zal het begrip *governance* ongetwijfeld van nieuwe inhoud en dynamiek worden voorzien. Ik wens u daarbij alle inspiratie toe.

Literatuur:

W. Sauter & H. Schepel, *State and Market in European law – The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge: Cambridge University Press 2008.

B.J. Drijber, 'Interne markt en publieke voorzieningen: een schijntegenstelling', *SEW* 2007, p. 258-264.

8 Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 18 juni 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en houdende wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG (PbEG 1992 L 228/1).

F

NAAR EEN ‘ASSESSMENT INSTRUMENT’ TEN BEHOEVE VAN EFFECTIEVE PUBLIEK-PRIVATE SAMENWERKING

David RAIČ*

Bijdrage

1. INTRODUCTIE

Graag zou ik willen beginnen met de Rijksuniversiteit Groningen en de Vrije Universiteit Amsterdam te feliciteren met de aanstaande formele oprichting van het Netherlands Institute for Law and Governance.

Ik ben gevraagd om de belangrijkste conclusies te presenteren die zijn voortgekomen uit de onlangs door het Hague Institute for the Internationalisation of Law (HiiL) georganiseerde conferentie inzake publiek-private samenwerking. Voordat ik dieper inga op de resultaten van de conferentie, zal ik een paar woorden wijden aan het HiiL. Ik ben me er van bewust dat sommigen van u nauw betrokken zijn geweest bij de oprichting en verdere ontwikkeling van het instituut, maar dat geldt niet voor alle aanwezigen vandaag. Een korte uiteenzetting van wat het HiiL doet, en op welke manier, zorgt ervoor dat de opzet en de doelstellingen van de jaarconferentie in het juiste perspectief kunnen worden geplaatst.

2. HET HIIIL

Het HiiL is een internationaal onderzoeksinstituut en *think-tank*. Het instituut initieert, faciliteert en subsidieert onderzoek naar de effecten van globalisering en internationalisering op nationale rechtssystemen. Het HiiL heeft zich ten doel gesteld een voortrekkersrol te spelen, door problemen die nationale staten en hun

* Dr. D. Raič is Deputy Director en Head of Research Programming van het Hague Institute for the Internationalisation of Law.

rechtssystemen ondervinden als gevolg van internationalisering en globalisering te identificeren door middel van een *bottom-up* benadering: onderzoekers en mensen uit de praktijk worden actief ingeschakeld om de relevante onderzoeksvragen te identificeren. De benadering is multidisciplinair en probleemgericht: de geïdentificeerde onderzoeksvragen bepalen welke wetenschappelijke disciplines vereist zijn ter bestudering en beantwoording ervan; niet andersom. Door deze *bottom-up*-methodiek ten behoeve van het genereren van onderzoeksvragen probeert het HiiL tevens een brug te slaan tussen de academie en de praktijk. Dit heeft geleid tot het opzetten van verschillende themagerelateerde netwerken die door het HiiL worden gefaciliteerd.

Eén van de onderzoeksthema's binnen het HiiL is *Private Actors and Self-Regulation*. Zoals deze titel suggereert betreft het hier onderzoek naar de rol van private actoren op het gebied van normstelling, tegen de achtergrond van een globaliserende samenleving en in verhouding tot publieke normstelling. En dat brengt mij bij de jaarconferentie van 8 en 9 oktober jongstleden, die binnen het kader van dit thema plaatsvond.

3. DE HII-L-JAARCONFERENTIE 2009: GLOBALISERING, DE NATIONALE STAAT EN PRIVATE ACTOREN

De titel van de conferentie was *Globalisation, the Nation-State and Private Actors: Re-thinking Public-Private Cooperation in Shaping Law and Governance*. Het deelnemersveld bestond uit academici, ambtenaren van verschillende binnen- en buitenlandse ministeries, vertegenwoordigers van intergouvernementele organisaties (IGO's) alsmede chief executive and chief learning officers (ceo's en clo's) uit het internationale bedrijfsleven.

De thematiek van de conferentie was gekozen tegen de achtergrond van een trend van verschuivingen tussen het publieke en private domein. Private actoren – in het kader van de conferentie primair gedefinieerd als (multinationale) bedrijven – zijn in toenemende mate betrokken bij het realiseren van publieke belangen. Om een voorbeeld te noemen: ooit was de VN-mensenrechtenmachinerie het hart van de normstelling en afdwinging op het gebied van mensenrechten. Vandaag de dag worden mensenrechtenstandaarden gedecentraliseerd door bedrijven opgenomen in *codes of conduct* en door middel van contracten opgelegd aan *sub-contractors* en andere actoren in de *supply chain*.

De complexiteit van verschillende hedendaagse wereldwijde problemen, zoals de klimaatcrisis, de energiecrisis, de voedselcrisis en de financiële crisis – om er maar een paar te noemen – heeft duidelijk gemaakt dat dergelijke problemen niet opgelost kunnen worden binnen een politiek wereldmodel dat slechts is gebaseerd

op tussenstatelijke relaties en publiek bestuur. Er is langzaam een collectief bewustzijn ontstaan dat daarvoor ook een inspanning benodigd is van de zijde van niet-statelijke actoren. (Multinationale) bedrijven spelen hierbij in toenemende mate een belangrijke rol: ze zijn actief op het gebied van publieke belangen en in de uitvoering van taken die traditioneel tot de kerntaken van de staat behoorden, zoals op het gebied van energie- en watervoorziening, militaire aangelegenheden, gezondheids- en onderwijsprojecten en milieu- en mensenrechtenbescherming.

De rol van private actoren in het kader van publieke belangen en taken is groter geworden. Tegelijkertijd hebben verschillende sceptici in de financiële crisis het bewijs gezien dat bedrijven niet in staat zijn om hun eigen gedrag te reguleren – en zeker niet in die gevallen waar publieke belangen in het spel zijn. Daarom zouden publieke interventie en regulering noodzakelijk zijn. Nu moge het duidelijk zijn dat er binnen verschillende publieke gremia, zoals het IMF, de G20, de EU en de VN, maar ook door individuele staten zelf, inderdaad wordt gepleit voor meer publieke regulering en overheidstoezicht ten aanzien van de financiële sector. Maar in geen van die gevallen heeft men gesteld dat de oplossing louter en alleen via het publieke domein zal kunnen worden gevonden. Samenwerking tussen publiek en privaat blijft gezien de complexiteit van de financiële sector vereist. En dat geldt eveneens voor andere, eerder genoemde probleemgebieden.

De kernvraag die ten grondslag lag aan de jaarconferentie was daarom: op welke gebieden is (meer) samenwerking tussen publiek en privaat noodzakelijk en hoe bepaal je het juiste evenwicht in de verdeling tussen publiek en privaat? Met andere woorden: hoe bepaal je de effectiviteit van publiek-private samenwerking ten aanzien van een grensoverschrijdende problematiek?

Een aantal subvragen kan worden onderscheiden:

- Wanneer kies je voor publieke, wanneer voor private en wanneer voor co-regulering?
- Wanneer kies je voor *hard law*, wanneer voor *soft law* en wanneer voor een combinatie van beide?
- Hoe bepaal je op welk niveau of welke niveaus (internationaal, regionaal, nationaal) regulering en toezicht dienen plaats te vinden?

De conferentie heeft in dat kader een drietal representatieve onderwerpen centraal gesteld:

1. De regulering van financiële markten en instituties.
2. De afdwinging van standaarden voor maatschappelijk verantwoord ondernemen (hierna: MVO-standaarden).
3. Publiek-private *partnerships* ten behoeve van het realiseren van de Millenniumdoelstellingen van de VN.

4. DE HIIL-JAARCONFERENTIE 2009: AANBEVELINGEN OVER REGULERING

Ik zal nu kort op de belangrijkste conclusies en aanbevelingen per onderwerp ingaan.

4.1. DE REGULERING VAN FINANCIËLE MARKTEN EN INSTITUTIES

Uit de discussies kwam onder andere het volgende naar voren:

- De discussie dient niet te gaan over meer of minder regulering, maar over *effectieve* en *slimme* regulering en hoe dat te realiseren.
- Een nieuw reguleringssysteem dient tot stand te worden gebracht in een samenwerking tussen de publieke en private sector. Participatie door de private sector is noodzakelijk wegens de complexiteit van de markt, creëert *commitment* en vergroot de kans op naleving.
- De totstandkoming van nieuwe regulering dient transparant te zijn opdat vertrouwen wordt teruggewonnen. In dat kader zou overwogen kunnen worden om ook eindgebruikers (zoals consumentenorganisaties) te betrekken in het proces van normstelling.
- Overregulering moet worden voorkomen omdat dat zal leiden tot een vlucht naar exotische producten die buiten de bestaande regulering vallen (met op-nieuw de risico's die de huidige crisis in de hand hebben gewerkt).
- Het palet aan nationale en internationale voorstellen tot herziening van het reguleringsregime van de financiële sector is zeer gevarieerd. Er bestaat echter geen instrument of systeem om vast te stellen welk gedrag door regels van welk type (*hard law/soft law*) en van welk niveau (internationaal, regionaal, nationaal) moet worden gereguleerd en afgedwongen.
- Er bestaat geen model om vast te stellen wat de meest effectieve balans is tussen publieke en private regels.
- Het is onduidelijk wat de onderlinge samenhang is tussen de verschillende voorstellen en wat de effecten van implementatie in de praktijk zullen zijn.
- De deelnemers onderkennen en benadrukten dat regulering beperkingen heeft. De financiële sector was één van de meest gereguleerde sectoren. Dit weerhield verschillende spelers er echter niet van om zich immoreel of onethisch te gedragen, zonder een formele regel te schenden. Het *design* van een nieuw financieel systeem vereist dan ook naast input van juristen en economen, tevens de input van gedragswetenschappers waaronder sociologen en psychologen.

4.2. HET AFDWINGEN VAN MVO-STANDAARDEN

De volgende punten werden naar voren gebracht:

- De complexiteit van de huidige samenleving vereist dat op MVO-gerelateerde terreinen de normstelling, het toezicht en de afdwinging plaatsvinden in een proces waarin zowel regeringen, bedrijven als *civil society* een rol spelen.
- Er dient een effectieve combinatie te worden gevonden van zelfregulering en door de publieke sector opgelegde MVO-standaarden.

Gezien de focus van het onderwerp (het afdwingen van MVO-standaarden) richtte de discussie zich vervolgens op twee cruciale kwesties:

1. Belemmeringen bij het afdwingen en
2. Mogelijkheden tot afdwingen.

Ad 1. Er werden in grote lijnen drie belemmeringen geïdentificeerd:

- De onduidelijkheid van MVO-standaarden (variaties en grijze gebieden). Internationale samenwerking is vereist teneinde tot uniforme (minimum)standaarden te komen.
- Het *soft law*-karakter van de meeste normen.
- De onduidelijkheden omtrent de aansprakelijkheid. Het gaat hierbij om de kwestie van extraterritorialiteit. De vraag is of alleen op de staat waarin een schending plaatsvindt een *duty to protect* rust of ook op de staat waarin het hoofdkwartier van de onderneming is gevestigd. Ook hier dienen, volgens de deelnemers, in een proces waarin zowel publiek als privaats is betrokken internationale standaarden ontwikkeld te worden.

Ad 2. Met betrekking tot de innovatieve mogelijkheden tot afdwingen van de MVO-standaarden werd een aantal voorstellen gedaan. Ik noem er drie:

- *Mediation*: Dit instrument is niet geschikt in geval van ernstige mensenrechtenschendingen zoals genocide of marteling, maar wel in gevallen van bijvoorbeeld niet-naleving van arbeidsrechtelijke standaarden en discriminatie.
- *The Compact*: Dit is een civiel contract tussen een aantal biotechnologiebedrijven die genetisch gemodificeerde zaden produceren. Daarin wordt het recht aan staten gegeven om één van de contractanten voor het Permanente Hof van Arbitrage te dagen wanneer deze schade zou hebben toegebracht aan de biodiversiteit in die staat.
- De oprichting van een *multi-stakeholderplatform* waarin overheden, bedrijven, NGO's en consumenten vertegenwoordigd zijn en waar schendingen van MVO-standaarden aan de kaak kunnen worden gesteld.

In verband met de grote invloed van bedrijven (52 van de 100 sterkste economieën ter wereld zijn multinationale bedrijven) werd meerdere malen het idee van *civic constitutionalization* opgeworpen. Dit concept betreft het identificeren of formuleren van 'constitutie-achtige' normen die gelden voor bedrijven.

De *bottomline* van de discussie was dat onduidelijkheid bestaat over welk type regels het meest effectief is, op welk niveau deze regels moeten worden opgesteld en door wie, en hoe en op welk niveau MVO-standaarden moeten worden afgedwongen.

4.3. PUBLIEK-PRIVATE PARTNERSHIPS TEN BEHOEVE VAN DE REALISERING VAN DE MILLENNIUMDOELSTELLINGEN VAN DE VN

Publiek-private partnerships (PPP's) was onderdeel van de conferentie omdat daarbij verregaande samenwerking plaatsvindt tussen de publieke en private sector. Een aantal fundamentele zaken kwam naar voren:

- Er is een noodzaak om tot een internationaal raamwerk te komen waarbinnen PPP's opereren.
- Zo'n raamwerk zou regels moeten stellen ten aanzien van aanbestedingen, selectiecriteria voor deelneming, aansprakelijkheid, vergoedingen, medezeggenschap bij de inhoud van de overeenkomst, rapportageprocedures en de kwaliteit van het eindproduct.
- Zo'n raamwerk zou de mogelijkheid moeten bieden om de effectiviteit van een PPP te meten in het licht van de realisering van de Millenniumdoelstellingen.
- Als alternatief voor of complementair aan een internationaal raamwerk werd onderzoek naar *codes of conduct* voor PPP's genoemd. Omdat hierbij een *bottom-up approach* wordt gevolgd zou dit eerder en makkelijker tot stand kunnen worden gebracht dan een internationaal instrument.

De *bottomline* van de discussie was ook hier onduidelijkheid over het antwoord op de vraag door wie en op welk niveau uniforme regels moeten worden gesteld, wat voor type normen een internationaal raamwerk zou moeten bevatten (minimumstandaarden met uitwerking op nationaal niveau of een gedetailleerd regelstelsel) en door wie en op welk niveau toezicht op naleving zou moeten plaatsvinden.

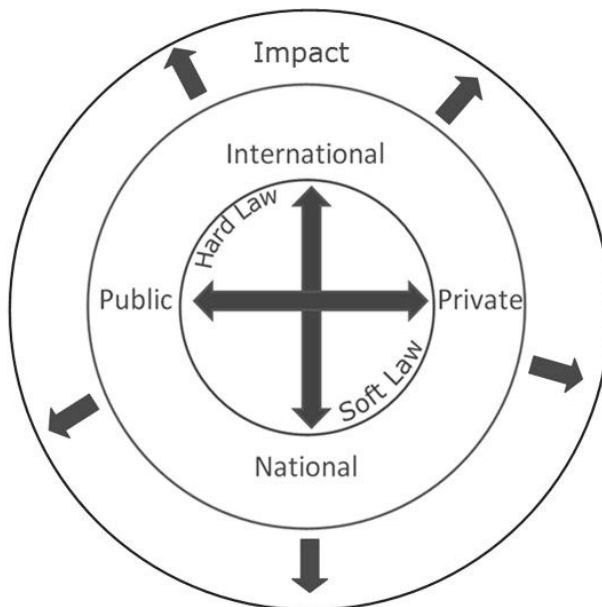
5. NAAR EEN 'ASSESSMENT INSTRUMENT'

De discussies tijdens de HiiL-jaarconferentie 2009 leverden het volgende beeld op. Of het nu ging om regulering van de financiële sector, het afdwingen van MVO-standaarden of de ontwikkeling van een raamwerk voor PPP's, voor al deze gevallen werd duidelijk dat het noodzakelijk is om de private sector in het proces van normstelling en toezicht te betrekken. De redenen hiervoor houden verband met de complexiteit van de problemen en het gebrek aan alomvattende expertise in het publieke domein. Het werd ook duidelijk dat de mate van betrokkenheid door de private sector (en de publieke sector) contextgerelateerd moet zijn: het kan meer

zijn of minder, vaak afhankelijk van de bijzonderheden van het betreffende terrein.

De belangrijkste bevinding was dat niemand in staat bleek voor welke situatie dan ook aan te geven wat de beste verhouding tussen 'publiek' en 'privaat' is. Of het nu ging om het type regels, de vorm van afdwingen of de niveaus waarop regelstelling of afdwingen moeten plaatsvinden, geen van de deelnemers kon een model of instrument benoemen op basis waarvan dit soort beslissingen rationeel kunnen worden gemaakt. Dat is op zijn minst zorgwekkend te noemen. Immers, besluitvormers zien zich voor een dilemma gesteld telkens wanneer zij een bepaald gedrag of situatie willen reguleren: voor welke reguleringsoptie moet worden gekozen? Wij hebben het dilemma van de reguleringsopties binnen het HiiL aangeduid als het *Level-Source-Type-Impact Dilemma*. Een grafische weergave ziet er als volgt uit.

Figuur 1. Het 'Level-Source-Type-Impact Dilemma'



Nu tijdens de conferentie bleek dat, ongeacht het specifieke terrein, geen van de aanwezigen een oplossing voor dit dilemma kon geven, is het HiiL onderzoek gestart naar de ontwikkeling van een model of instrument (wij noemen het een *Assessment Matrix*) dat besluitvormers (in zowel de publieke als private sector) richtlijnen zou kunnen geven voor:

1. Het niveau van regulering (internationaal, regionaal, nationaal of een combinatie),

2. Het type regels (*hard law*, *soft law* of een combinatie) en
 3. De rechtsbron (publiek, privaat of co-regulering).
- Daarnaast zou de *Matrix* informatie moeten verschaffen over de impact van de voorziene regulering op de effectiviteit van het gehele relevante stelsel aan bestaande regels.

De *Assessment Matrix* bevat vooraansnog vier factoren die vaak worden gebruikt bij de beoordeling van publieke en private normen of regels: kwaliteit, effectiviteit, legitimiteit en afdwinging. De *Matrix* ziet er als volgt uit:

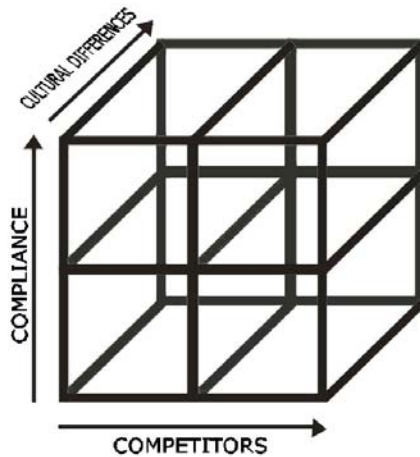
Figuur 2. Geïntegreerde Assessment Matrix (2D-model)

| Draft Assessment Matrix on the Effectiveness, Quality, Enforcement and Legitimacy of Financial Regulation | | | | | |
|---|--------------------------------------|----------------------------------|--|--------------------------------------|----------------------------------|
| Quality | | | Effectiveness | | |
| Defining Elements | Proposals for Implementation/ Change | Strategies for Impact Assessment | Defining Elements | Proposals for Implementation/ Change | Strategies for Impact Assessment |
| | | | | | |
| Concerns with regard to public/private/co-regulation | | | Concerns with regard to public/private/co-regulation | | |
| | | | | | |
| Legitimacy | | | Enforcement | | |
| Defining Elements | Proposals for Implementation/ Change | Strategies for Impact Assessment | Defining Elements | Proposals for Implementation/ Change | Strategies for Impact Assessment |
| | | | | | |
| Concerns with regard to public/private/co-regulation | | | Concerns with regard to public/private/co-regulation | | |
| | | | | | |

In de *Matrix* worden de vier factoren of dimensies separaat genoemd. De factoren worden uitgewerkt in constituerende criteria of elementen. De identificatie en definiëring van deze criteria of elementen is noodzakelijk om de mate van legitimiteit of kwaliteit van een bepaald reguleringsvoorstel (of van bestaande regulering) te kunnen meten. Ook worden bepaalde problemen geïdentificeerd wanneer men bijvoorbeeld voor private of juist publieke regulering zou opteren of voor een bepaald niveau van regulering.

Het is te verwachten dat – in de loop van het onderzoek – andere elementen aan de *Matrix* zullen worden toegevoegd, zoals cultuur of het aantal spelers binnen een specifieke sector. In een dergelijk geval zal de *Matrix* de vorm aannemen van een driedimensionaal model:

Figuur 3. 3D-model



Dit model ziet er een stuk complexer uit. Maar we voorzien dat het uiteindelijke instrument dat door besluitvormers kan worden gebruikt relatief eenvoudig in het gebruik zal zijn. Het zou bijvoorbeeld de vorm kunnen aannemen van een digitale *checklist*.

De *Assessment Matrix* is nog volop in ontwikkeling. Het HiiL heeft een grote onderzoeksgroep onder leiding van professor Fabrizio Cafaggi van het European University Institute te Florence aan het werk gezet om de *Matrix* handen en voeten te geven. Dat zal onder andere geschieden door de constituerende criteria van de verschillende dimensies te identificeren en meetbaar te maken.

Daarnaast is het HiiL in samenwerking met de Duisenberg School of Finance gestart met de ontwikkeling van een specifieke *Assessment Matrix* voor de financiële sector.

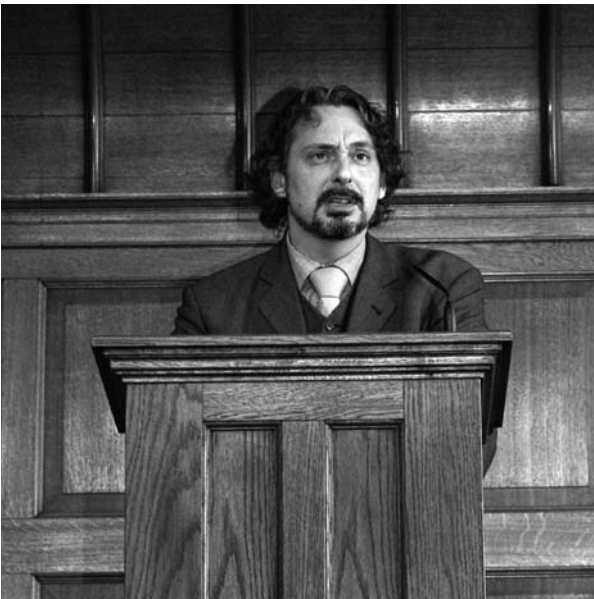
Gezien de thematiek van het onderzoek voorzie ik dan ook dat het HiiL en het Netherlands Institute for Law and Governance elkaar in de toekomst nog regelmatig zullen consulteren. Ik kijk daar dan ook oprecht naar uit.



Frank Ankersmit



Marc Chavannes



David Raič



Dorien Pessers



V.l.n.r. Dorien Pessers, Marc Chavannes, Gijsbert Vonk, Berend Jan Drijber en David Raič



Gijsbert Vonk en Berend Jan Drijber



Chris Jansen en Frank van Ommeren