

EEN KLARE LIJN: HYBRIDITEIT DE ANOMALIE VOORBIJ?

Prof.mr.dr. Michiel A. Heldeweg (Universiteit Twente)

1. Hybriditeit – definitie en probleem

1.1. Object en focus

Private organisaties betrokken bij de behartiging van *publieke* belangen resp. de vervulling van *publieke* taken vormen, onder de noemer ‘hybride organisaties, centraal object van de reeks waartoe deze bijdrage behoort.

In eerdere bijdragen in deze reeks werd hybriditeit in abstracto gedefinieerd als een combinatie van “ongelijksoortige zaken (die), hoewel vermengd, blijven voortbestaan en niet in authenticiteit worden aangetast...” (Stout, 2010: 76; soortgelijk De Ridder, 2010: 69), respectievelijk een “mix van elementen, die in ideaaltypische zin ‘wezensvreemd’ zijn” (Brandsen&Karré, 2010: 73 – naar Noordergraaf, 2004). Cruciaal is dat bedoelde ‘zaken’ of ‘elementen’ “onderscheidene en conflicterende waarden” vertegenwoordigen.

Meer concreet ligt de focus hier op voor hybride organisaties juridisch-bestuurskundig relevante *soorten variabelen*, ook wel *dimensies*, in het bijzonder de *rechtsvorm* van de organisatie (in termen van zeggenschaps- en verantwoordingsrelaties), de aard en hoedanigheid van te behartigen *belangen* (in termen van de taakstelling of het doel van de organisatie), en toepasselijke soort gedrags- en bevoegdheids*regels* (gelet op de ordeningsvorm waarbinnen de organisatie opereert).¹ Hybriditeit van de organisatie is erin gelegen dat de specifieke combinatie op deze dimensies gedragen wordt door verschillende waarden, resp. een ‘kruising’ vormt van verschillende ‘grondvormen’ (De Ridder, 2010: 69 en 82). Vergelijk het geval waarin te behartigen belangen worden gedragen door waarden van type X (zeg, publieke waarden), worden behartigd resp. geborgd door een rechtsvorm en regels die waarden van type Y vertegenwoordigen (zeg, private organisaties of privaatrechtelijke regels).

Enerzijds is sprake van een voor publieke dienstverlening wenselijk geachte combinatie of functionele ‘verknoping’ van variabelen in een *organisatorische* eenheid. Anderzijds is geen sprake van een ‘*synthese*’ waarbij variabelen naar aard ‘in elkaar opgaan’, maar behouden zij hun eigen authentieke waardegeladen karakter (Stout, 2010: 76). Bijgevolg blijft een intrinsieke, waardegeladen spanning aanwezig – die energie geeft of juist neemt.

1.2 Kansen en risico’s

We zullen zien dat private organisaties – geheel of ten dele, en al dan niet automatisch – onder het publiekrecht kunnen vallen, juist vanwege de mogelijk negatieve gevolgen van hybriditeit. De combinatie van variabelen biedt immers enerzijds een *kans* op meerwaarde van naar kwaliteit en efficiëntie hoogwaardige dienstverlening, maar anderzijds is er ook een *risico* op mislukken. Mislukken, indien de hybride organisatie rust op een cocktail van incongruente variabelen, met ‘*organisatiefalen*’ door uitblijvende (hoogwaardige) dienstverlening als gevolg. En, als gevolg hiervan, mogelijk zelfs ‘*systeemfalen*’, doordat onderliggende waardesystemen zelf (en dragers daarvan, zoals de overheid voor de publieke sfeer) niet langer het vertrouwen genereren waarop hun bijdrage aan sociale orde rust.

1.3 Het vervolg

Het is verleidelijk hybride organisaties alomtegenwoordig te verklaren en de normen aan dit feit aan te passen. Mij lijkt dat niet erg vruchtbaar en vandaar dat hier de kritische vraag centraal staat of *publiek-private hybriditeit van organisaties normatief moet worden beschouwd als een anomalie, die steeds (en liefst zo snel mogelijk) moet worden geredresseerd volgens de reguliere kaders van de dichotomie tussen overheid en markt,*

resp. publiek(recht) en privaat(recht). De beantwoording leid ik in met een korte toelichting (in § 2), om vervolgens (in § 3) de hybriditeit te plaatsen in de verschuiving van waardedichotomie naar waardetrichotomie. Tegen die achtergrond ga ik (in § 4) nader in op de liberale rechtsstaat als normatief kader. Dat kader is vervolgens vertrekpunt voor een tweetal grensverkenningen, te weten (in § 5) hybriditeit en het publiekrechtelijk primaat en (in § 6) hybriditeit en maatschappelijk middenveld. Ten slotte sluit ik (in § 7) af met enkele conclusies.

2. Vraagstelling – probleem en oplossing

2.1 Insteek en vraagstelling

De kritische toonzetting van de leidende, normatieve vraag komt met name tot uitdrukking in een tweetal pejoratieve termen, te weten ‘anomalie’ en ‘redresseren’.

De term ‘*anomalie*’ sluit aan bij de *negatieve definitie* van de hybride organisatie. Het gaat om een type organisatie dat qua oriëntatie (publiek belang) en aansturing (publiekrechtelijke en/of privaatrechtelijke rechtsvorm en/of regels) niet slechts vanuit één waardesysteem kan worden begrepen.

De term ‘*redresseren*’ zet nieuwsgierigheid om in argwaan; vanuit normatief perspectief behoeft elke geconstateerde anomalie (wellicht elke hybride organisatie?) correctie, en wel door een terugbrengen in ‘dichotome’ termen. Een organisatie is publiek of privaat – *and never the twain shall meet*.²

Een dergelijke optiek verklaart het beeld van een waardedichotomie heilig en ziet in elke anomalie een dreiging van organisatie- en mogelijk zelfs systeemfalen. Op een bepaald niveau is dat een begrijpelijk beeld: als private organisaties de rol van de wetgever zouden overnemen valt te vrezen dat het fundament onder de overheid resp. het publiekrecht zou wegvallen. Tegelijkertijd zal het enkele feit dat private organisaties openbaar vervoerdiensten aanbieden, of dat overheden computers of dienstwagens kopen, niet tot een zodanig heftige reactie leiden. Hetzelfde lijkt het geval op het moment dat vrijwillige organisaties zich de milieubescherming of ouderenzorg aantrekken.

2.2 Goede bedoelingen

Een kritische insteek (met focus op risico's, tot op systeemniveau) is alleen verdedigbaar als we ons ook rekenschap geven van mogelijk *positieve* bedoelingen achter hybride organisaties (ergo, van de kans op meerwaarde). Daarover is in de eerdere bijdragen in deze reeks natuurlijk al het een en ander gezegd, dus ik kan er kort over zijn.

We kennen hybride organisaties, wat betreft de keuze voor de private vorm, vooral als een mogelijke oplossing voor *overheidsfalen*. Juridisch-bestuurskundig gezien hangt dit samen met publiekrechtelijke normering. De sociale rechtsstaat stelt eisen aan het overheidshandelen, zoals in de sfeer van besluitvormings- en controlemechanismen, rechtsbescherming, alsmede wat betreft bevoegdheid, rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, evenredigheid en zorgvuldigheid. Dergelijke eisen (en de *bureaucratische* effecten ervan) kunnen zowel *efficiëntie* als *innovatievermogen*, alsmede de *kwaliteit* van *dienstverlening* aan individuele burgers,³ hinderen. Daarentegen zullen private resp. privaatrechtelijk vormgegeven organisaties, opererend in professionele zelfstandigheid (als zbo) en/of op (resp. naar de tucht van) de markt, juist ‘*ondernemerschap*’ (efficiëntie, innovatie en vraagsturing) toevoegen aan de publieke dienstverlening (o.a. De Jongh c.s., 2009: 194 e.v.).

2.3 Kwade kansen

Dat de keuze voor de private rechtsvorm bij de behartiging van publieke belangen niet *immuniseert* tegen publiekrecht, belooft een aanmerkelijke relativering van de bovenstaande verwachtingen, en houdt vooral verband met de vrees voor de volgende twee kwaden.

In de eerste plaats *concurrentievervalsing of verstoring van de markt* (resp Brandsen&Karré, 2010: 77 en Zijlstra, 2009: 90 en 132). Dit risico doet zich met name voor indien private organisaties (waaronder 'overheidsbedrijven') publieke middelen voor publieke dienstverlening ontvangen (en bijvoorbeeld gebruiken als 'kruissubsidies'), resp. een monopoliepositie verwerven, terwijl zij in feite commerciële activiteiten verrichten (Steyger, 2010; De Ridder, onder aanhalen van In 't Veld, 2010: 77).

Daarnaast 'de *corrumpering* van publieke waarden' (Brandsen&Karré, 2010: 77) of de '*commerciële mentaliteit*' (Zijlstra, 2009: 90) waardoor private organisaties zich meer laten leiden door groei en (persoonlijk) financieel gewin, dan door het streven naar toegankelijke en betrouwbare publieke dienstverlening.

Deze kwade kansen botsen met specifieke eisen, zoals van *universele dienstverlening* (inclusief betaalbaarheid, toegankelijkheid, beschikbaarheid en betrouwbaarheid), maar ook met algemene eisen van rechtsstatelijkheid, zoals de eerdergenoemde (in § 2.2), alsmede (zie o.a. Zijlstra, 2009: 10, 89-90) eisen van *herkenbaarheid en doorzichtigheid* van de bestuurlijke organisatie, (met inbegrip van duidelijkheid over toepasselijkheid van grondrechten (ook horizontaal?), rollen (ondernemingsbelang versus publiek belang?) en aansprakelijkheid (dienstverlener of ook achterliggende overheid?) het verbod van *detournement de pouvoir* (geen gebruik van publieke bevoegdheden voor andere doelen dan waarvoor toegekend, laat staan voor persoonlijke doelen – zodat de APK-keuring ziet op veiligheid en milieu en niet op de orderportefeuille van de garagist?

3. Hybriditeit – dichotoom of trichotoom?

Met dit beeld van kansen en risico's van hybride organisaties wordt de kritische toonzetting in de centrale vraag al enigszins verklaard. Die verklaring hangt samen met een veronderstelde waardedichotomie – publiek versus privaat of overheid versus markt – die een tegenstelling impliceert die hybriden zou veroordelen tot organisatiefalen, met systeemfalen als mogelijk gevolg. Een eerste vervolgvraag is of dat beeld wel klopt, resp. of het concept van hybriditeit daarmee niet *te* radicaal wordt opgevat.

3.1 Waardendichotomie

Volgens Brandsen&Karré is het dichotome beeld typerend voor de discussie over hybriditeit in de jaren 90 van de vorige eeuw (2010: 72). Aan het publieke domein, resp. de particuliere sfeer worden typische en onderling afwijkende kenmerken toegedicht. Van Montfort heeft de verschillende pogingen tot vergelijkende beschrijving in zijn oratie helder op een rij gezet (Van Montfort, 2008; zie in deze reeks Brandsen&Karré, 2010: 72).

Juridisch kunnen we de dichotomie typeren in termen van verdelende versus vergeldende rechtvaardigheid, eenzijdig versus meerzijdig (rechts)handelen, legaliteit versus autonomie, en algemeen versus eigen belang.⁴ Daarmee is het voor juristen vertrouwde onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht tot uitgangspunt genomen. Dat onderscheid correleert echter – positiefrechtelijk – niet één op één met dat tussen overheid en markt. Zo bedienen overheden zich ook van privaatrechtelijke rechtsvormen (rechtspersoonlijkheid) en gebruiken zij privaatrechtelijke rechtsvormen (zoals overeenkomsten). Omgekeerd moeten marktpartijen zich voegen naar publiekrechtelijke mededingingsregels, algemene en op de sector toegespitste, alsmede naar publiekrechtelijke gedragsregels voor specifieke publieke belangen zoals veiligheid, milieu en gezondheid. Zelfs de begrippen 'overheid' en 'markt' zijn als zodanig juridisch niet eenduidig beschreven (vgl. Zijlstra, 2008).

3.2 Naar trichotomie?

Intussen ontwaren we in het bestuurskundig discours sinds de eeuwwisseling het beeld van een *trichotome* benadering van onderliggende waardeconstellaties (Brandsen&Karré, 2010:

72); soms als 'pragmatische erkenning' van een *verzameling* van hybride publiek-private tussenvormen, soms als 'ideaaltypische aanduiding' van een *derde weg* of *sector* naast die van overheid en markt.

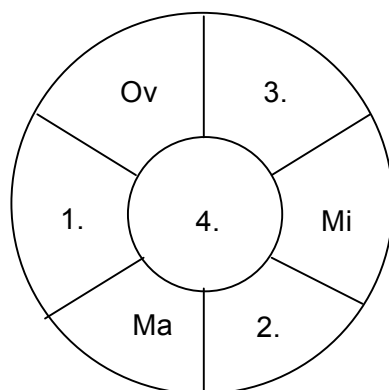
Van Montfort wijst in zijn oratie op de tekortkomingen van de dichotomie van publiek versus privaat (Van Montfort, 2008). Hij lijkt, vanuit nadruk op de *multidimensionaliteit* van het (politiek-economische) onderscheid publiek-privaat, een lans te willen breken voor een pragmatische analyse (en vergelijkende gevalsbeoordeling) van de grote veelheid aan 'cross over' arrangementen (m.n. netwerken van organisaties) op het spectrum tussen overheid en markt. Bepaald geen omarming van een derde – ideaaltypische – dogmatiek, al wijst hij wel op Van Hout's waarschuwing (Van Montfort, 2010: 21-22) “..om maatschappelijke organisaties uitsluitend te zien als mengvormen van publieke en private componenten.”

In de eerdergenoemde bijdragen van Brandsen & Karré alsmede van De Ridder (resp. 2^e en 3^e in deze reeks) herken ik toch meer de lijn van een *naast* markt en overheid te onderscheiden *zelfstandig* (niet tot overheid of markt herleidbaar of als mengvorm daarvan te begrijpen) derde waardesysteem; dat van het 'maatschappelijk middenveld' of de 'gemeenschap'. Daarmee zijn er binnen de samenleving drie ideaaltypische domeinen, met elk een typerende samenhang van interacties, resp. sociale coördinatie, alsmede van sociale controle. Dat omvat een normatieve dimensie – legitimerend, instrumenterend en beschermend – voor elke ordeningsvorm met een ideaaltypisch unieke configuratie van rechtsvormen, te behartigen belangen en ordeningsregels.

3.3 Ideaaltypische staalkaart

Een private organisatie die zich in het dichotome beeld van 'markt versus overheid' aftekt als hybriditeit resp. als te redresseren anomalie, kan in het ideaaltypisch trichotome beeld, mits voldoende consistent met de eigen waarden van het maatschappelijk middenveld, gelden als een 'normale' uitingsvorm daarvan. Reeds voor die categorie zou de centrale vraagstelling negatief beantwoord moeten worden, resp. aanpassing behoeven.

Bij een ideaaltypische trichotomie ontstaat bovendien een meer genuanceerde staalkaart van variaties van typen organisatievormen. Om te beginnen (niet twee maar) drie normale vormtypen; passend binnen overheid of markt of middenveld. Voorts, volgens een negatieve definitie,⁵ (niet één maar) vier soorten hybriden; drie partieel (tussen overheid en markt, tussen markt en middenveld, tussen middenveld en overheid) en één compleet (tussen markt, overheid en middenveld). Even grafisch:



Toelichting op letters en nummers:

Ov – Overheidshiërarchie

Ma – Markt

Mi – Middenveld

1. – Hybriden O&M

2. – Hybriden M&N

3. – Hybriden N&O

4. – Hybriden van allen

Zo'n ideaaltypische staalkaart biedt aanknopingspunten voor positief gedefinieerde normaaltypen en aansluitend ook typen hybriden. Dit vereist echter wel een nadrukkelijke focus op *organisaties* en op *kerndimensies*.

Geen verbreding derhalve tot (open) netwerken of arrangementen rond de behartiging van een publiek of maatschappelijk belang en een open (lees, groot) aantal dimensies. Doen we dat wel, dan volgt onverbiddeijk een louter pragmatische benadering van hybriditeit, die onoverkomelijk leidt tot de conclusie dat in de praktijk (bijna) alle organisaties wel met enige mate van hybriditeit zijn behept (ook reeds in een dichotoom perspectief, vgl. Bozeman, 1987: 184-185).

In een normatief perspectief zijn helpt zo'n pragmatische aanpak ons onvoldoende om in een door hybride netwerken en 'governance' beheerste praktijk van publieke dienstverlening zicht te houden op zeggenschaps- en verantwoordelijkheidsrelaties tussen bij de behartiging van publieke belangen betrokken organisaties (Heldeweg, 2010: 49 resp. 67). Het beeld van 'niemand regeert' dreigt (Chavannes, 2009) en dat is niet alleen een risico in termen van 'niet afrekenbaar zijn' (op ondervonden nadeel) maar ook van 'verzwakte prikkels' (tot kwaliteit, innovatie en efficiëntie). Pragmatiek houdt het risico in van louter casuïstisch oordelen, resp. een normatief 'anything goes'. Juist het hanteren van duidelijke referentiepunten in ordeningsvormen – toegepast op de institutioneel vastgelegde verhouding tussen verschillende posities binnen een beperkt aantal organisatiedimensies, zoals rechtsvorm, te behartigen belang, ordeningsregels – biedt normatieve kaders waarmee we kunnen bepalen tot welke prestaties betrokken organisaties in staat mogen worden geacht resp. gehouden zijn.

3.4 Tegenstellingen?

Aanvaarding van een ideaaltypische trichotomie dwingt tevens tot reflectie op de termen "onderscheidene en conflicterende" waardesystemen, respectievelijk op ons begrip van hybriditeit.

Met een focus op een beperkt aantal gedeelde dimensies brengt de overstap van een dichotoom naar een trichotoom systeem het inzicht dat verschillen in een trichotomie *niet absoluut* kunnen zijn – waarbij *alle* variabelen van het ene systeem een onverenigbaar andere waarde hebben voor *alle* variabelen van het andere systeem. Alleen relatieve verschillen zijn mogelijk, zodat er op sommige dimensies ook enkelvoudig (met één ander waardesysteem) overeenstemming bestaat. Reeds deze ruimte voor partiële congruentie kan opmaat zijn tot interessante hybride tussenposities. Ook de aard van tegenstellingen op dimensies kan verschillen, omdat verschillende posities daarbinnen zich (schematisch) contradictoir, contrair, subcontrair of subaltern tot elkaar kunnen verhouden. Daarmee zijn combinaties weliswaar niet tot één onderliggend waardesysteem herleidbaar, maar bestaan er op organisatieniveau mogelijkheden voor een consistente handelingspraktijk, daargelaten dat tegenstellingen als *trade-off* acceptabel kunnen zijn, zoals bij een hybride vormgeving die het innovatief vermogen van de dienstverlenende organisatie bevordert, ten koste van aandacht voor universele dienstverlening of gunstige arbeidsvoorwaarden.

Een schematische uitwerking hiervan voert nu te ver. Indachtig de eerdere afbeelding met drie hybride zones tussen Overheid, Markt en Middenveld, kunnen we wel verschillende aldaar gepositioneerde hybride organisatievormen onderscheiden, zoals:

1. *Hybriden tussen Overheid & Markt*: het overheidsbedrijf (resp. het overheidsmeerderheidsaandeel); het particulier bedrijf met overheidsbevoegdheid of publieke taak; het particulier bedrijf met minderheidsaandeel overheid.
2. *Hybriden tussen Markt en Middenveld*: het particulier bedrijf met MVO missie (Maatschappelijk Verantwoord, maar toch Markt?); het particulier bedrijf met maatschappelijke aandeelhouders: een stichting kwaliteitseisen (vgl. keuringen en certificering); de maatschappelijke onderneming met winstuitkering (reeds Middenveld?).
3. *Hybriden tussen Middenveld en Overheid*: de maatschappelijke onderneming als verplichte vorm⁶; stichtingen uit particulier initiatief onder overheidszeggenschap; dito door overheden ingesteld – al dan niet met werknemers met ambtelijke status.

3.5 In fine

In de perspectiefwisseling van dichotomie naar trichotomie tekenen sommige hybriden zich af als 'puur middenveld' en relateert tegenstellingen tussen betrokken kerndimensies, hetgeen uitzicht biedt op succesvolle hybriden. Juridisch gezien biedt het dichotome onderscheid publiekrecht-privaatrecht in combinatie met een ideaaltypische trichotomie kansen om, met focus op organisaties en kerndimensies, een normatief kader te bepalen voor de beoordeling van het bestaansrecht en presteren van hybriden.

4. De liberale rechtsstaat – ordening en norm

Het normatieve concept van de liberale rechtsstaat biedt zicht op hoe ideaaltypische waardesystemen, alsmede publiekrecht en privaatrecht zich tot elkaar verhouden. Dat levert een maatstaf op voor hoe hybride organisaties presteren op het grensvlak van ordeningssystemen en maakt een nadere verkenning opportuun.

4.1 Liberale rechtsstaat

Uitgangspunt van de liberale rechtsstaat is de gelijkwaardige autonomie van burgers ('*alles mag, tenzij...*') versus de gebondenheid van de overheid ('*niets mag, tenzij...*'). Binnen een in beginsel staatsvrije sfeer behartigen burgers hun eigen belangen in de privé-sfeer (van gezin of familie) of in de sfeer van maatschappelijk middenveld (van vrijwillige netwerkorganisaties) of van de markt (van ruiltransacties op grondslag van vraag en aanbod). Overheidsoptreden geldt – normatief gesproken – als 'uitzondering' en behoeft derhalve een *expliciete* en *specifieke* gezagstoekenning. Die toekenning *mag slechts* en *moet* gericht zijn op de behartiging van een *publiek belang*.

In termen van de WRR is dit een maatschappelijk belang dat, tenzij de overheid dit zich aantrekt, niet goed tot zijn recht komt. Maatschappelijke belangen staan tegenover individuele belangen, als belangen waarvan de behartiging voor de samenleving als geheel gewenst is, tegenover belangen die slechts liggen in de persoonlijke sfeer (WRR, 2000: 19-20). Het '*zich aantrekken*' door de overheid van een maatschappelijk belang behoeft een gezaghebbende uitspraak, bijvoorkeur in wettelijk vorm. Die uitspraak constitueert zowel de (bevoegdheid tot) zeggenschap in het gedrag van burgers, als de verantwoordelijkheid voor het goed gebruik daarvan (Heldeweg, 2010: 25-26).

Voor zover een maatschappelijk belang tot publiek belang is verklaard, is de behartiging daarvan *door de overheid* onderwerp van *publiekrechtelijke* normering (zoals van eisen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, proportionaliteit en zorgvuldigheid).⁷ Saillant voor de liberale rechtsstaat is echter, dat de verklaring tot publiek belang geen *verstatelijking* van het onderwerp meebrengt en niet uitsluit dat particulieren het zelfde belang wel degelijk nog spontaan als maatschappelijk belang behartigen, volgens regels van privaatrecht – al valt te voorzien dat het publiekrecht hieraan grenzen zal stellen (waarover meer onder § 4.4).

4.2 Meta- of specifiek publieke taak

Karakteristiek voor de liberale rechtsstaat is dat het de primaire, *meta-publieke* overheidstaak is, zonedig te faciliteren dat burgers inderdaad hun (individuele of maatschappelijke) belangen in privé-sfeer, middenveld en markt kunnen regelen. Dat wil zeggen faciliteren zonder daarbij als overheid een specifiek publiek belang (zoals huisvesting of zorg) op het oog te hebben – kortom, slechts omwille van het 'goed functioneren' van de desbetreffende ordeningsvormen. Voor het functioneren van markten is dat, bijvoorbeeld, de aanwezigheid van een adequaat rechtspersonen, eigendoms-, overeenkomsten- en aansprakelijkheidsrecht, alsmede, bij toenemende complexiteit, mededingings- en consumentenrecht. De intensiteit waarmee de overheid zich van deze taak kwijt, verschilt naar intensiteit met heersende rechtspolitieke opvattingen, soms uitgedrukt in de beelden *nachtwakersstaat* en *verzorgingsstaat*, alsmede *transactiestaat* (met groot optimisme wat betreft de rol van markten bij de behartiging van publieke belangen (Wolfson, 2006).

Waar wel een *specifiek* publiek belang in het geding is, omdat spontaan of ondanks meta-publieke overheidszorg, bepaalde maatschappelijk gewenste diensten en goederen niet of niet op de gewenste wijze worden geleverd, geldt volgens het liberaal rechtsstatelijke uitgangspunt opnieuw dat de overheid dient te bezien of de behartiging daarvan (in uitvoerende zin) aan maatschappelijke actoren kan worden gelaten (Zijlstra, 2009: 94). Ontvlechting of *unbundling*, althans het scheiden van de vaststelling van het publiek belang (resp. de gewenste 'publieke kwaliteit'), door de overheid, en de uitvoerende behartiging daarvan, verzelfstandigd of geprivatiseerd resp. geliberaliseerd ('private kwaliteit'), is hiervoor de sleutel (Stout, 2010: 79 en 81; WRR 2000: 21-22; Heldeweg, 2010: 46-49).

Juist omdat falen van markt of middenveld de oorzaak is voor overheidsbemoeyenis, valt echter te verwachten dat een dergelijke betrokkenheid hooguit in gereguleerde vorm mogelijk is, d.w.z. op basis van publiekrechtelijke ordeningsregels die de noodzakelijke transacties coördineren (zoals door aanbodregulering, bijvoorbeeld bij concurrentie 'om de markt'). Onderliggende privaatrechtelijke regel(stelsel)s worden ingeperkt, soms welhaast geëclipseerd, door publiekrechtelijke regimes. Dit levert ons de gereguleerde, hybride contexten op waarin hybride organisaties figureren – tussen overheid en markt en overheid en middenveld.

4.3 Normatieve ordening en 'alignment'

Maatschappelijke waardesystemen verschaffen een consistente 'normatieve set' van kerndimensies, zoals ten aanzien van rechtsvorm, te behartigen belangen en ordeningsregels. Naarmate organisaties daarmee meer congruent zijn ingericht – zeg, daarmee meer 'in *alignment*' zijn – sterkt dit hun legitimiteit, rechtsgelding en, in juridische zin, effectiviteit en efficiëntie,⁸ resp. zullen zij minder gebukt gaan onder normatieve fricties (zoals door tegenstrijdige normatieve prikkels of reguleringsvormen).

Een dergelijke *alignment* lijkt bij voorbaat problematisch voor hybride organisaties. In die zin is het (door Stout, 2010: 77, aangehaalde) beeld van In 't Veld, te weten, van het (problematische) vermogen van hybride organisaties om 'culturele stabiliteit' te verwerven en de noodzaak voor het opvangen van 'tegenstrijdige impulsen', of ter voorkoming daarvan, 'verzoenings- of integratiemechanismen' te ontwikkelen, zeer herkenbaar.

Wat mij betreft is het slechts zinvol om te spreken van hybride organisaties als organisaties *institutioneel* niet eenduidig zijn wat betreft het door hen te behartigen *belang* omdat zeggenschaps- en verantwoordingsrelaties (vanuit de gekozen rechtsvorm)⁹ en/of toepasselijke ordeningsregels daarmee niet consistent zijn.

Dat betreft niet de situatie van overheden of vrijwilligersorganisaties die markttransacties verrichten voor aanschaf van utensiliën, noch de onderworpenheid van vrijwilligersorganisaties of ondernemingen aan generieke publiekrechtelijke voorschriften inzake milieu, veiligheid en gezondheid, of aan eisen van overheidssubsidies om realisatie van naar eigen oordeel bepaalde eigen belangen mee te bevorderen. Deze activiteiten resp. onderworpenheid leidt niet af van het (eenduidig) te behartigen belang, doch faciliteert of beperkt slechts de mogelijkheden tot behartiging daarvan.

4.4 Normatief uitgangspunt

Een goed begrip hiervan verlangt acceptatie van het liberaal rechtsstatelijk uitgangspunt dat het zijn van een publiek belang resp. toepasselijkheid van publiekrecht *geen exclusieve* strekking hebben. Dat wil zeggen dat:

- een maatschappelijk belang dat de overheid zich als *publiek* belang heeft aangetrokken, *niet* ophoudt een *maatschappelijk* belang te zijn en in die zin onderwerp kan blijven van activiteiten vanuit markt en maatschappelijk middenveld. Sterker nog, uitgangspunt is dat de behartiging van maatschappelijke belangen primair een aangelegenheid is van particuliere organisaties (Zijlstra, 2009: 94) – ergo het *primaat* van *particuliere autonomie*;
- dat toepasselijkheid van publiekrecht op resp. ter behartiging van een publiek belang, weliswaar de mogelijkheid van publiekrechtelijke regulering impliceert, maar dat de voor

dit publiek belang relevante activiteiten van marktpartijen en actoren uit het maatschappelijk middenveld in beginsel (primair) door het privaatrecht worden beheerst – tenzij het publiekrecht daaraan grenzen stelt.

Dit uitgangspunt laat onverlet, dat de determinatie van wat een publiek belang inhoudt en meebrengt, alsmede de verantwoordelijkheid daarvoor, *wel* uitdrukkelijk een exclusieve overheidsaangelegenheid is die eveneens *exclusief* door het publiekrecht wordt gereguleerd. Dit *primaat* van het *publiekrecht* over definitie en behartiging van publieke belangen, los van of die belangen ook als maatschappelijke belangen door maatschappelijke actoren (op markt en middenveld) worden behartigd, heeft een verplichtend karakter (automatisch voor overheden; potentieel voor private organisaties) en contrasteert principieel met de vrijheid, resp. vrijblijvendheid van particuliere organisaties, in hun engagement met maatschappelijke belangen (Heldeweg, 2010: 123).

Hieruit kunnen wij voor de reikwijdte van het publiekrecht en de positie van particuliere organisaties het volgende afleiden:

1. allereerst, dat overheden *automatisch* vallen onder de regels van het publiekrecht, dat wil zeggen de generieke regels (voor bevoegdheid, rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, (andere) beginselen van behoorlijk bestuur, alsmede inzake toezicht, handhaving en rechtsbescherming – ongeacht of deze regels zijn gecodificeerd of niet), alsmede de specifieke wettelijke regels aangaande een concreet te behartigen publiek belang (bijvoorbeeld regels voor toedeling van schaarse vergunningen – Van Ommeren, 2004). In dit automatisme wordt de *principiële onvrijheid* van de overheid ('niets mag, tenzij...') uitgedrukt;

2. voorts, dat *discrepanties* kunnen optreden tussen opvattingen en acties van particulieren inzake een maatschappelijk belang, dat de overheid zich als publiek belang heeft aangetrokken, en de opvattingen en acties van de overheid inzake dat zelfde publieke belang – en dat de overheid in die discrepanties aanleiding kan zien om uit hoofde van haar publiekrechtelijke verantwoordelijkheid particuliere behartiging van het betrokken maatschappelijk belang publiekrechtelijk te reguleren.

In beginsel, de liberale rechtsstaat indachtig, zou die regulering slechts zover moeten strekken als nodig om *falen* van markt of maatschappelijk middenveld te voorkomen.¹⁰ Een dergelijke publiekrechtelijke binding van particulieren volgt daarom *niet automatisch* (uit hun bemoeienis met wat tevens geldt als publiek belang), maar verlangt een uitdrukkelijke en specifieke wettelijke regeling, hetgeen uitdrukking geeft aan de *principiële vrijheid* van burgers ('alles mag, tenzij...') (Zijlstra, 2009: 95-97) – hetgeen ook de *contraire logica* is achter het feit dat overheidsbetrokkenheid bij de uitvoering van deze publiekrechtelijke regels wel weer *automatisch* onder publiekrecht valt, conform punt 1.

4.5 Vervolgens

Hieronder verwoord ik allereerst de consequenties van het primaat van het publiekrecht voor de toepasselijkheid van publiekrecht op hybride organisaties (te weten in § 5).

Vervolgens wil ik nagaan wat in het beeld van belangen, die tegelijkertijd publiek en maatschappelijk van aard kunnen zijn, institutioneel betekent voor de positie van actoren in het maatschappelijk middenveld – en met name of zij waarlijk meer dan hybride kunnen zijn.

5. Hybriditeit en het primaat van het publiekrecht

Wat het primaat van het publiekrecht positiefrechtelijk meebrengt voor hybride organisaties kunnen we in een aantal stappen inzichtelijk worden gemaakt.

5.1 A-organen

Ik begin met een positiefrechtelijke bevestiging van het hierboven (in § 4.4, onder 1) gestelde. Art. 1.1 lid 1, sub a Awb geeft een wettelijke bevestiging van het *automatisme* van onderworpenheid van overheden aan publiekrecht, aangezien in dat artikel de toepasselijkheid van publiekrechtelijke Awb-regels wel degelijk afhankelijk wordt gemaakt van of 'iets' een klassiek bestuursorgaan is in de zin van een orgaan van een rechtspersoon krachtens publiekrecht (de zogenoemde '*a-organen*'). Dit is eigenlijk een typische 'alignment' (lees, 'niks hybriditeit') tussen publiekrechtelijke rechtsvorm en het toepasselijke waardesysteem: t.w. overheidshiërarchie.

5.2 B-organen

Interessant is, dat het uitgangspunt van 'principiële vrijheid' van particuliere organisaties (punt 2. in § 4.4) positiefrechtelijk een contraire bevestiging vindt. *Alleen* op het moment dat particuliere organisaties *openbaar gezag* uitoefenen, geldt voor hen eveneens een *automatische* toepasselijkheid van het Awb-publiekrecht. Dit volgt uit art. 1:1, lid 1, sub b Awb, dat andere 'personen of colleges' (dan voornoemde '*a-organen*'; ergo '*b-organen*'), zoals privaatrechtelijke *rechtspersonen*,¹¹ voor zover 'met enig openbaar gezag bekleed' ook aanmerkt als bestuursorgaan en daarmee een rechtsfeit creëert waardoor ook zij, binnen de uitoefening van dit openbaar gezag, aan Awb-publiekrecht moeten voldoen.

Dat de privaatrechtelijke rechtsvorm onder specifieke voorwaarden geen beletsel is voor (zelfs automatische) toepasselijkheid van (Awb) publiekrecht sluit aan bij Bozeman's credo, "*Publicness is independent of the formal status of the organisation.*" (vgl. de verwijzing in Van Montfort, 2008: 15) – al geldt dit credo dus *beslist* niet voor de *a-organen* en zou ik dat laatste, gegeven het uitgangspunt van de liberale rechtsstaat, liever ook niet anders zien!¹²

Belangrijk is voorts, dat private organisaties naar positief recht 'slechts' op drie manieren *openbaar gezag* kunnen verwerven. Zo'n beperking is logisch. Enerzijds zouden we niet willen dat elke particuliere club (zoals de ANWB) naar eigen bevinden met openbaar gezag, lees 'burgers bindend', over maatschappelijke vraagstukken (zoals invoering rekeningrijden) zou kunnen beslissen. Anderzijds zouden we niet willen dat openbaar gezag zo snel wordt aangenomen dat particuliere organisaties reeds bij de geringste betrokkenheid bij de behartiging van publieke belangen automatisch zouden zijn onderworpen aan het publiekrecht. Een dergelijke *verstatelijking* past de liberale rechtstaat niet.

De drie manieren van verkrijging van openbaar gezag zijn:

- a. *wettelijk*, door toekenning bij wettelijk voorschrift van een publiekrechtelijke *bevoegdheid* (zoals de APK-keuringsbevoegdheid van een private garagehouder, de toezichtsbevoegdheden van de stichting AFM en het toekennen van diploma's door bijzondere universiteiten);
- b. *buitenwettelijk*, door *overwegende overheidsinvloed* op het beheer - bestuurlijk, financieel en personeel – van de private rechtspersoon, strekkend tot openbaar gezag over ambtelijk personeel (zoals bij stichtingen met welzijnstaken, zoals zorg, sport en kunst);
- c. *buitenwettelijk*, door uitvoering van een '*publieke taak*', als 'presterend bestuur', zoals subsidieverlening, met de private organisatie als 'doorgeefluik' omdat de overheid de kosten betaalt en de criteria bepaalt (zoals in Stichting Silicose Oud Mijnwerkers (ABRS 30 november 1995, JB 1995, 337, m.nt. FAMS).

Voor al deze particuliere organisaties geldt, dat zij slechts bestuursorgaan zijn *voor zover* zij met openbaar gezag zijn bekleed. Het kan dus zijn dat een particuliere organisatie voor andere activiteiten dan de uitoefening van openbaar gezag uitsluitend valt onder het privaatrecht.

5.3 Kleine categorisering

Doorredenerend kunnen we nu drie verschillende soorten particuliere organisaties (A, B en C) categoriseren naar toepasselijkheid van publiekrecht, resp. aanvaardbaarheid van hybriditeit.

A - Allereerst de particuliere organisaties die *uitsluitend* activiteiten verrichten binnen het bestek van *openbaar gezag*, en dus zonder eigen maatschappelijke doelstelling – dit zijn mijns inziens suspecte hybriden. Het gaat om twee vormen:

- die waarvan het openbaar gezag gericht is op burgers, te weten type a. en c. van § 5.2. De termen '*stromanconstructie*' en '*overheid in vermomming*' (Zijlstra, 2009: 53 en 54) zijn hier (vooral bij c.)¹³ gepast. Het door de private rechtspersoon te behartigen belang ontbeert een zelfstandige maatschappelijke taakbehartiging, want is identiek aan het de publiekrechtelijke bevoegdheid c.q. publieke taak waartoe de overheid zich heeft verplicht – er is enkel in schijn afstand tot het publieke domein gecreëerd. Mijns inziens zijn het foute hybriden; anomalieën die conversie tot een publiekrechtelijke vorm behoeven, opdat de normativiteit van de overheidshierarchie zijn volle effect heeft.
- die met openbaar gezag vanwege de ambtelijke status van het personeel – type b. van § 5.2. Deze categorie heeft vooral betrekking op het streven om de rechtspositie van werknemers in verzelfstandigde overheidsorganisaties te beschermen. Ik deel het standpunt (Zijlstra, 2009: 51-52) dat deze organisaties *ten volle* als onderdeel van de *overheid* moeten worden gezien. Hybriden dus met het karakter van te redresseren anomalie en zo al niet geconverteerd dan toch automatisch en ten volle (niet slechts 'voor zover') onder het Awb-publiekrecht vallend. Dit standpunt neemt een *meerderheidspositie* in aandelen (bij vennootschappen) en/of een *doorslaggevende* stem in de benoeming of ontslag van de meerderheid van het bestuur (bij de stichting) als cruciaal criterium – juist omdat dit essentieel onderscheidend is tegenover de enkele subsidierelatie. Dit treft praktisch de hele 'riedel' van *quasi*-verzelfstandigde resp. geprivatiseerde dienstverleners – zoals de NS, Connexxion, de Staatsloterij, energiemaatschappijen (voorzover nog in overheidshanden), NV Schiphol en wat dies meer zij. Thans echter vallen deze organisaties buiten de sfeer van ambtelijke betrekkingen enkel onder het privaatrecht – tenzij er specifieke publiekrechtelijke regels gelden.

B - Vervolgens particuliere organisaties met enerzijds openbaar gezag en anderzijds andere activiteiten op markt of maatschappelijk middenveld. Juridisch gezien de *enig echte hybriden* (Zijlstra, 2009: 87). Hier dreigt ten volle het risico van 'de kat op het spek binden', van private taken die publieke taken verdringen, resp. marktprikkels die de prikkel tot publieke belangenbehartiging verdringen (De Ridder, 2010: 77).

In het bijzonder moeten we binnen deze categorie denken aan:

- het *overheidsbedrijf* dat naast activiteiten onder openbaar gezag, activiteiten op de markt gaat verrichten – zoals ooit de Informatiebeheergroep (De Ridder, 2010: 78-79). De kans op marktverstoring (door kruissubsidiëring of soortgelijke concurrentievoordelen) kan rechtens prohibitief zijn voor dit type hybride, terwijl overigens het gevaar voor verdringing van het publieke taakbesef door commerciële prioriteiten een contra-indicatie kan zijn;
- de *private organisatie* die naast maatschappelijke of marktactiviteiten opereert krachtens openbaar gezag. Vergelijk de bijzondere universiteit, alsmede APK-garages en andere keuringsinstanties (zie ook De Ridder, 2010: 74). Vooral de primaire aanwezigheid van de commerciële belangen prikkelt (uit vrees voor 'markt verdringt publiek belang'), maar evenzogoed kan de primaire aanwezigheid van een (privaat gedefinieerd) maatschappelijk belang een publiek belang 'ideologisch' in de weg zitten ('gemeenschap verdringt publiek belang').

Steyger heeft in haar bijdrage aan deze reeks ook voor deze categorie gewezen op belangrijke Europeesrechtelijke beperkingen (Steyger, 2010).

Voorts deze categorie is het 'voor zover'-criterium cruciaal, zodat we onderscheid moeten maken tussen de organisatie als bestuursorgaan en de organisatie als actor binnen privaatrechtelijke spelregels van markt of middenveld. Essentieel is of verhoudingen tussen de publieke en het private identiteit van de betrokken organisatie voldoende helder zijn – indachtig het voor de overheidsdienst geldende uitgangspunt van een herkenbare en doorzichtige organisatie (zie § 2.3).

C - Ten slotte de categorie van particuliere organisaties *geheel zonder* openbaar gezag, maar anderszins betrokken bij de behartiging van een maatschappelijk belang dat de overheid zich als publiek belang heeft aangetrokken. Hun hybriditeit is juridisch gezien minder spannend omdat zij, bij gebreke aan openbaar gezag, op generlei wijze automatisch onder publiekrechtelijke regels vallen. Zij zijn 'in beginsel vrij' – indachtig het uitgangspunt van de liberale rechtsstaat.

Dat neemt niet weg dat hun functioneren gelet op maatschappelijke belangenbehartiging, gebukt kan gaan onder *falen* (van markt of middenveld) en dat de overheid zich dit belang daarom als publiek belang aantrekt en publiekrechtelijk *normeert* - zonder dat dit aan het particuliere karakter van betrokken organisaties en hun vrijheid ten principale afbreuk hoeft te doen.

In hoofdzaak kan aan drie soorten publiekrechtelijke normering worden gedacht:

- a. *meta-publiekrechtelijke* regels, bedoeld om de ordeningsvorm waarin deze organisaties functioneren, los van de specifieke activiteit die zij ontplooiën, publiekrechtelijk te reguleren. Bijvoorbeeld, bij gevreesd marktfalen, regels van mededingings- of consumentenrecht. Bij gevreesd falen van het middenveld komt de mogelijkheid van (vrije!) keuze voor het regime van de 'maatschappelijke onderneming' als rechtsvorm in beeld.
- b. *specifieke publiekrechtelijke* regels voor gereguleerde markten of netwerken, waardoor private organisaties moeten voldoen aan sectorgewijs – zoals voor zorg, telecommunicatie en onderwijs opgestelde ordeningsregels, ter coördinatie en normering van onderlinge interacties, bijvoorbeeld met het oog op 'universele dienstverlening' (Stout, 2010, 81).
- c. *generieke publiekrechtelijke* regels ongeacht de specifieke ordeningsvorm – zoals doorgaans voor veiligheid, gezondheid en milieu het geval is (voor gedragingen/activiteiten zonder meer).

Normaliter betreft het publiekrechtelijke normering bij wet. Voorstelbaar is echter dat op gevalsbasis een 'achterliggende overheid' (via statuten, contractuele relatie of beschikkingsvoorwaarden) dergelijke normen oplegt. Ook kan de burgerlijke rechter publiekrechtelijke normen via de open normen van het privaatrecht (m.n. art. 3:14 BW toepassen). *Last but not least* kunnen private organisaties zich vrijwillig aan publiekrechtelijke normen of aan maatschappelijke verantwoord ondernemen (MVO) binden, bijvoorbeeld door een eigen of branchegebonden *Good Governance Code* (Zijlstra, 2008: 54).

De vraag is natuurlijk of deze vormen van regulering het vertrouwen schragen dat maatschappelijke resp. publieke belangen adequaat (door organisaties van type C) zullen worden gediend. Dit klemmt vooral daar waar het private organisaties op gereguleerde markt of middenveld (categorie b.) betreft. Dat lijkt de enige categorie waar het zin kan hebben nog over hybride organisaties te spreken – in categorieën a. en c. kwalificeren we doorsnee brood- en banketbakkerijen ook niet als hybride, ook al is hun dienstverlening stellig van maatschappelijk belang.

Dat we categorie b. kritischer bezien heeft te maken met een combinatie van twee factoren. Allereerst betreft het diensten van 'algemeen nut', waardoor het belang van universele dienstverlening, maar ook dat van duurzaamheid en innovatie, zwaar weegt. Voorts staat de productie of dienstverlening bloot aan belangrijke orderingsrisico's, met name bij '*natuurlijke monopolies*' (Stout, 2010, 80-82), en '*managers monopolies*'.¹⁴ Regulering van markt of middenveld is een mogelijk antwoord, maar uit vrees voor onvoldoende naleving daarvan (Stout, 2010: 84-86) wordt ook de *institutionele borging* wel gepraktiseerd resp. bepleit – vanuit de institutionele samenhang van rechtsvorm en te behartigen belang van private organisaties.

Dergelijke institutionele oplossingen kunnen samenvallen met het reeds besproken type A., althans de organisaties met (kort gezegd) meerderheidszeggenschap van overheidswege, die mijns inziens ten volle en automatisch onder het publiekrecht moeten vallen. De

wenselijkheid van institutionele borging gaat naar de volgende paragraaf, gelet op de aansluiting bij de institutionele positionering van typische middenveldorganisaties.

6. Hybriditeit en maatschappelijk middenveld

Juist omdat belangen tegelijkertijd publiek en maatschappelijk van aard kunnen zijn, klemmt de vraag wat dit institutioneel meebrengt voor de positie van actoren in het *maatschappelijk* middenveld; prikkelender gezegd: kunnen zij meer dan hybride zijn?

6.1 Maatschappelijke organisaties?

Vanuit het beeld van de pure vrijwilligersorganisaties uit particulier initiatief (op het middenveld – de privé-sfeer daargelaten) past hierop een positief antwoord: dergelijke organisaties kunnen de pure expressie van gemeenschapshandelen zijn. Als daarbij gebruik van overheidssubsidies of dotaties uit het bedrijfsleven in het geding is maakt dit, zolang betrokken organisaties ‘hun eigen plan kunnen blijven trekken’, niet anders.¹⁵

Het beeld van de institutionele verankering van het maatschappelijk belang binnen de private organisatie verwijst juist naar hybride opties zoals reeds opgesomd in § 3.4, zoals het overheidsbedrijf/overheidsmeerderheidsaandeel, het bedrijf met MvO-missie, en het bedrijf met maatschappelijke aandeelhouders, de maatschappelijke onderneming als verplichte vorm, de stichtingen uit particulier initiatief onder overheidszeggenschap en de stichtingen uit particulier initiatief met werknemers met ambtelijke status.

De organisatievorm ‘overheidsdeelneming’ hoort alleen in dit rijtje als de overheid haar belang *meta-publiek* inzet door het bedrijf tot Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen te verplichten (zonder daar overigens instructies uit specifiek publiek belang aan toe te voegen) – zoals dit overigens ook louter door regulering zou kunnen (analoog aan art. 2:391, lid 5 BW).

Het maatschappelijk aandeelhouderschap (indachtig *corporate citizenship*) is (in haar oratie en haar bijdrage aan deze reeks) krachtig bepleit door Stout (Stout, 2007 en 2010), met een nadrukkelijke toespitsing op de nutssectoren (de diensten van type C., die aan het slot van de vorige paragraaf werden geproblematiseerd). Net als ten aanzien van overheidsdeelneming heb ik een aantal aarzelingen of deze intrinsieke of institutionele hybriditeit wel goed zal werken. De belangrijkste daarvan zijn: negatieve beeldvorming en bijgevolg uitval van private geldschieters of opdrachtgevers, negatieve druk van publieke doelen op efficiëntie en innovatie, interne en externe rolconflicten (vennootschappelijk versus maatschappelijk belang), louter interne strekking (geen beroep door derden op missie) en hoge transactiekosten (Heldeweg, 2010: 130-133). Wellicht geldt dat ‘*the proof of the pudding is in the eating*’ en dan zal gevalsbeoordeling (‘*evidence based*’) moeten uitwijzen of mijn kritiek hout snijdt.

6.2 Maatschappelijk ondernemen

De suggestie van Stout nadert tot het beeld van de *maatschappelijke onderneming* zoals bij wetsvoorstel (kamerstukken 32.003) thans (nog) aanhangig. Deze rechtsvorm, die zich in beginsel laat begrijpen als een pure invulling van een organisatie op het maatschappelijk middenveld is onderwerp van de bijdrage van Van Bijsterveld (in deze reeks en dit nummer). Met name wordt hierbij gedacht aan sectoren (van algemeen nut) zoals zorg, onderwijs en huisvesting, maar in potentie is het bereik groter. Dat het wetsvoorstel er ligt kan worden begrepen als een poging van de overheid om uit *meta-publiek* belang te zorgen dat belangenvertegenwoordiging, professionaliteit en financiering (ook uit de markt, maar ‘maatschappelijk verantwoord’) institutioneel worden geborgd.

Dat gezegd zijnde, kan ook deze pure vorm in een hybride komen te verkeren op het moment dat de overheid tevens uit *specifiek publiek* belang, bijvoorbeeld van

volkshuisvesting, een gereguleerd middenveld ontwerpt waarbinnen maatschappelijke ondernemingen zijn gebonden aan een specifiek publiekrechtelijke regiem, al dan niet met inbegrip van een (verplichtende?) Governance code en uitvoeringstoezicht van overheidswege.

Wat mij betreft derhalve geen twijfels over het bestaansrecht van pure middenveldorganisaties. Wel twijfels dat de verleiding voor de overheid om uit specifiek publiek belang het maatschappelijk belang in handen van actoren op het middenveld te doen eclipsen, veelal te sterk zal blijken. De hybride uitkomsten die hiervan het gevolg kunnen zijn zullen niet per definitie falen, maar ik sta wel voor de scepsis die ik hierover in mijn oratie heb geuit wat betreft transparantie en effectiviteit in zeggenschap & verantwoording (Heldeweg, 2010: 134-148). De behoefte aan een klare lijn, die door alle betrokkenen goed is te begrijpen, is hierbij leidend.

7. Ten slotte – een klare lijn?

Zo'n klare lijn,¹⁶ hoopte ik natuurlijk ook te vinden door een krasse centrale vraag: *Moet publiek-private hybriditeit van organisaties normatief worden beschouwd als een anomalie, die steeds (en liefst zo snel mogelijk) moet worden geredresseerd volgens de reguliere kaders van de dichotomie tussen overheid en markt, resp. publiek(recht) en privaat(recht)?*

Vooreerst werden zaken echter complexer (want trichotoom) maar daaruit heb ik geconcludeerd dat we er *normatief* voordeel bij hebben als we hybriden kunnen categoriseren als posities op de overgangen tussen de ideaaltypen Overheid, Markt en Middenveld.

De relatie tussen die ideaaltypische ordeningsvormen kon vervolgens normatief worden geduid aan de hand van de *liberale rechtsstaat*, met gevolgtrekkingen voor de betekenis en verhouding van het primaat van particuliere autonomie (ook over maatschappelijke belangenbehartiging) en het primaat van het publiekrecht (over publieke belangenbehartiging). Dat bood een leidraad voor de *beoordeling* van de bestuursrechtelijke categorieën van private organisaties, al dan niet met (partieel) open baar gezag, betrokken bij de behartiging van maatschappelijke belangen die (ook) de overheid zich (als publiek belang) heeft aangetrokken. Daarbij zijn enkele voorstellen voor een uitbreiding van de grenzen van de overheid, resp. het bereik van het publiekrecht gedaan, ter redressering van enkele anomalieën (de leidende vraag indachtig).

Het laatste punt was die van *institutionele borging*, in het bijzonder buiten de sfeer van uitoefening van openbaar gezag en in relatie tot het perspectief van maatschappelijke organisaties resp. ondernemingen. De complexe combinaties van gereguleerde markten of middenvelden met ook nog eens institutionele borgingsvormen doen mij regelmatig verzuchten dat een klare lijn onbereikbaar is, omdat het zelden van tweeën één is (alleen regulering, alleen institutionele borging; alleen meta-publiek, alleen specifiek publiek); geen klare lijn, maar hybriditeit in het *kwadraat*! Dat vind ik zorgelijk wat betreft risico's van *organisatiefalen*, maar ook van *systeemfalen* – omdat het vertrouwen in ordeningsvormen wegvalt als zij hun sociale controlefunctie niet kunnen waarmaken. Als normatieve kaders (voor zeggenschap en verantwoording) ondoorzichtig zijn, ontbreekt een helder regulerend mechanisme voor sociale interacties tussen overheden, private maatschappelijke dienstverleners en burgers en redt ook toezicht daar niets meer aan. Een klare lijn verlangt heldere keuzes, ook wat betreft het gestelde vertrouwen in de rol van private organisaties: *'If it doesn't come naturally, leave it.'*

- Balkenende, J.P., Vermaatschappelijking als bestuurlijke vernieuwing, een nieuw perspectief voor het maatschappelijk middenveld, in: Chr.L. Baljé e.a., *De ontzuiling voorbij, openbaar bestuur en individueel burgerschap* (Rbb-advies), Den Haag 1996, p. 143-159
- Brandsen, Taco en Philip Marcel Karré, Hybride organisaties: een overzicht van het onderzoek in de Nederlandse Bestuurskunde, in: *Bestuurswetenschappen*, 2010, nr. 2, p. 71 t/m 83
- Chavannes, Marc, *Niemand regeert, De privatisering van de Nederlandse politiek*, NRC Boeken, Amsterdam 2009
- Heldeweg, M.A., *Smart Rules & Regimes. Publiekrechtelijk(e) ontwerpen voor privatisering en technologische innovatie* (uitgewerkte oratie), Enschede: Universiteit Twente, 2010
- Jongh, J.M., A.J.P. Schild en L. Timmerman, Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvorm in Boek 2 BW? In: Eijsbouts, A.J.A.J., F.G.H. Kristen, J.M. de Jongh, A.J.P. Schild, L. Timmerman, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, preadviezen NJV (2010), p. 191 t/m 252
- Montfort, C. van, *Besturen van het onbekende. Goed bestuur bij publiek-private arrangementen*, oratie UvT 2008, Den Haag: Lemma, 2008
- Noordergraaf, M., *Management in het publieke domein*, Bussum: Coutinho, 2004
- Ommeren, F.J. van, *Schaarse vergunningen, De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie VU), Deventer: Kluwer, 2004
- Raat, C., *Mensen met macht, Rechtstatelijkheid als organisatiegoed voor maatschappelijke organisaties* (prft. UvT), Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2007
- Ridder, J. de, Over bastaards en kruisbestuiving: naar een taxonomie van organisatorische hybriditeit, *Bestuurswetenschappen*, 2010, nr. 4, p. 69 t/m 85
- Steyger, Hybride organisaties in Europeesrechtelijke perspectief, *Bestuurswetenschappen*, 2010, nr. 5 (paginering onbekend)
- Stout, H.D., *Weerbare waarden. Borging van publieke belangen in nutssectoren* (oratie TuD), Den Haag, 2007
- Stout, H.D., Serie 'Hybride organisaties: Zegen of vloek?', *Bestuurswetenschappen*, 2010, nr. 1, p. 76 t/m 77
- Stout, H.D., Solide Hybride: naar een hybridisering van de vennootschapsstructuur van nutsbedrijven', in: *Bestuurswetenschappen*, 2010, nr. 1, p. 78 t/m 93
- Tak, A.Q.C., Dimensies van overheidshandelen, In het bijzonder betrokken op de rechtsbescherming, in: Linden, E.C.H.J. van der, R.J.N. Schlössels en A.Q.C. Tak reds, *Spectraal recht? De bevoegdheidsuitoefening door de overheid als rechtsfeit*, p.1 t/m 28.
- Teunissen, J.M.H.F., *Het burgerlijk kled van de staat, Beschouwingen over de tweewegenleer*, diss. Maastricht, Zwolle 1996
- Wolfson, D.J., Pleidooi voor een transactiestaat, *Bestuurswetenschappen* 2006/3, p. 186-2009
- WRR (Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid), *Het borgen van publiek belang*, Rapporten aan de regering nr. 56
- Zijlstra, S.E., De grenzen aan de overheid, in: Zijlstra S.E., R.A.J. van gestel en A.A. Freriks, *Privaat bestuur? Preadviezen VAR, VAR-reeks 140* (2008), p. 7 t/m 93
- Zijlstra, S.E., *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer (Wolters Kluwer) 2009

Noten

¹ Kort voor het aanleveren van deze tekst zag ik de invalshoeken *taak, zeggenschap* en *prikkel*, zoals door De Ridder in deze reeks geponeerd (De Ridder, 2010: 73 e.v.). Mij dunkt dat er een sterkte verwantschap is, maar ik kon deze niet meer nader onderzoeken.

² Vgl. Rudyard Kipling (1865-1963), *The Ballad of East and West*, eerste strofe: *Oh, East is East, and West is West, and never the twain shall meet*. Gedoeld werd op het (onoverbrugbare?) cultuurverschil tussen Engelsen en Indiërs.

³ Vooral ‘vraaggestuurdheid’ of ‘klantgerichtheid’ speelt parten (er is een aanbod, maar niet op maat van bestaande wensen). Dat zijn overigens wel termen die refereren aan andere dan het publiek(recht)e waardesysteem.

⁴ In soortgelijke termen Tak (Tak, 1998). Vergelijk ook Raat (Raat, 2007: 6-13).

⁵ Te weten: er is sprake van hybriditeit als een organisatie niet meer exclusief kan worden begrepen in de termen van één waardesysteem of ordeningsvorm.

⁶ Volgens het wetsvoorstel is de rechtsvorm Maatschappelijke onderneming een keuzeoptie. Waarschijnlijk zal de overheid daar waar zij bekostigt regelmatig verlangen dat een organisatie deze rechtsvorm kiest. Zie over deze rechtsvorm Van Bijsterveld (elders in dit blad).

⁷ Vergelijk de zienswijze van Teunissen (1996: 228-240, m.n. 233). De Grondwetgever en wetgever in formele zin zijn nog vrije actoren. Zodra zij een belang (door hun wetgevingsdaad) als publiek belang hebben gearticuleerd, is het *als zodanig* onderwerp van publiekrechtelijke normering.

⁸ Zie de typering van deze categorieën in mijn oratie (Heldeweg, 2010: 69-101)

⁹ Met inbegrip van institutionele verhoudingen met (institutionele) stakeholders (zoals door een belanghebbendenraad, een medezeggenschapsraad, een aandeelhoudersvergadering of toezichhouders).

¹⁰ De term ‘falen’ suggereert eenzijdig onvermogen van markt of middenveld. Het mag helder zijn dat de conclusie ‘falen’ tevens een resultante is van publieke maatstaven, resp. politieke wil en prioritering (Heldeweg, 2010: 30-31).

¹¹ Daarnaast zelfstandige bestuursorganen zonder rechtspersoonlijkheid – zoals de Kiesraad.

¹² Zijlstra spreekt in dit verband van ‘subjectiviteit en normativiteit’ als twee zijden van de medaille die democratische rechtsstaat heet (Zijlstra, 2008: 13). Bij ‘subjectiviteit’ geldt norm volgt vorm (indien overheid, dan onderworpen aan publiekrecht – vgl. *a-organen*) en bij ‘normativiteit’ geldt vorm volgt norm (indien publiekrecht gepast is, dan aanmerken als overheid – vgl. *b-organen*).

¹³ M.i. is een publieke taak een publiek belang gepositieerd in een uitdrukkelijke opdracht tot actieve behartiging (Zijlstra, 2008: 83), die slechts uitvoeringstechnisch rust bij een particuliere organisatie.

¹⁴ Op het middenveld, als inhoudelijke of organisatorische complexiteit van dienstverlening leidt tot ‘loszingen’ van maatschappelijke stakeholders.

¹⁵ Een omslagpunt geldt indien de organisaties hierdoor in feite worden ‘leeggezogen’ en inhoudelijk door (met name) de overheid worden overgenomen (Balkenende, 1996: 156).

¹⁶ Een wikipediaverwijzing schijnt in wetenschappelijk werk niet te mogen, maar voor dit doel lijkt het me geen probleem: over de herkomst van de term klare lijn vide: http://nl.wikipedia.org/wiki/Klare_lijn