

Inleiding

Dit is de tweede bundel die verschijnt in het kader van 'recht in een geïndividualiseerde netwerksamenleving', het onderzoeksprogramma 2014-2019 van de Faculteit Cultuur-en Rechtswetenschappen van de Open Universiteit (C&R), meer in het bijzonder van het wetenschapsgebied Rechtswetenschappen. Deze bundel heeft 'De netwerksamenleving vanuit juridisch perspectief' als titel meegekregen. De twee thema's van het onderzoeksprogramma, 'de ontwikkeling van een netwerksamenleving' en 'individualisering' hebben de afgelopen jaren geleid tot een aanzienlijk aantal wetenschappelijke publicaties. Het wetenschappelijk verslag van C&R getuigt daarvan. Eveneens is een opmerkelijk aantal bijdragen aan de lezingenserie 'Work-in-Progress' van de faculteit, resultaat van dit onderzoeksprogramma.

De ontwikkeling van een netwerksamenleving roept fundamentele vragen op over de architectuur en inrichting van de maatschappij en over de aard en functie van de publieke machtsuitoefening. Deze vragen raken aan de grondslagen en tal van deelgebieden van het recht, waaronder het staats- en bestuursrecht, het privaatrecht en het internationaal recht. De vraag is welke consequenties verbonden zijn aan de gewijzigde politieke besluitvorming en de gehanteerde besluitvormen. Wat betekent 'ont-statelijking' voor het beleid van de overheid voor de regulering van markt en samenleving en voor de juridische instrumenten die daarvoor worden ingezet?

In deze bundel zijn de beide thema's van het onderzoeksprogramma, 'vernetwerking' en 'individualisering' belicht vanuit internationaal en Europeesrechtelijk perspectief en in het licht van het staats- en bestuursrecht en privaatrecht. Bovendien is een meer sociologische benadering aan de bundel toegevoegd. De auteurs van deze bundel zijn allen verbonden aan de Faculteit C&R, cluster Rechtswetenschappen.

Hoe verhoudt het moderne recht zich tot de hedendaagse ontwikkelingen in de samenleving? Voor het antwoord op die vraag probeert Huub Spoormans zich eerst een beeld te vormen van die ontwikkelingen, om dit vervolgens te confronteren met recente ontwikkelingen in het recht. De theorie van de netwerksamenleving van de Spaanse socioloog Manuel Castells (die onder sociale wetenschappers nog altijd zeer gezaghebbend is) staat daarbij centraal. De recente ontwikkelingen in het staatsrecht en het bestuursrecht, gezien vanuit de theorie van de netwerksamenleving, komen vervolgens aan de orde, terwijl tot slot de politieke instituties, het overheidsbeleid en toezicht daarop worden besproken.

Jan Willem Sap gaat in zijn bijdrage in op het beroep op de Europese solidariteit na de aanslagen van 13 november 2015 in Parijs. Voormalig president Hollande beriep zich hiervoor op het revolutionaire artikel 42 lid 7 VEU inzake wederzijdse verdediging. Wat is de betekenis van deze door Frankrijk geactiveerde plicht tot collectieve bijstand? Geldt de plicht voor alle lidstaten van de Unie? Is het huidige

internationale systeem voldoende effectief tegen netwerken van niet-statelijke actoren, zoals internationaal opererende terroristische organisaties?

Wendy Guns onderzoekt het burgerinitiatief dat geïntroduceerd werd in het Verdrag van Lissabon. De bedoeling van het initiatief was de burger direct bij het EU-besluitvormingsproces te betrekken en als zodanig is het een verwezenlijking van een Europese netwerksamenleving. Echter, zoals uit de bijdrage van Guns duidelijk zal worden is dit doel om een aantal redenen niet gerealiseerd. Het burgerinitiatief is nu vooral een middel voor belangenorganisaties, met alle gevolgen van dien.

Carla Zoethout bespreekt in haar (Engelstalige) bijdrage de ‘transnationale dialoog’ in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Met deze term wordt bedoeld dat het Hof soms verwijst naar uitspraken van andere internationale rechters en daarmee een bijdrage levert aan een zich ontwikkelende netwerksamenleving op het niveau van de internationale rechtspraak. In het artikel wordt zowel het verschijnsel zelf, als de rechtvaardiging ter discussie gesteld.

Waarom zou een verwijzing naar een Amerikaanse uitspraak, bepalend zijn voor een Europese rechter?

Bastiaan van der Velden behandelt een staatsrechtelijk vraagstuk in historisch perspectief; burgemeestersbenoemingen in Heerlen, in de negentiende eeuw. In deze tijd bestond een netwerkmodel van lokale politiek (door het beperkte kiesrecht voorbehouden aan de economisch krachtige burgers), waarbij in Heerlen en andere gemeenten in Limburg een informeel tweepartijensysteem lijkt te zijn gecreëerd, dat door ingrijpen van de commissaris van de Koningin werd bijgestuurd. Deze bijsturing volgde niet uit positief recht, maar berustte op beleidsmatige overwegingen die wederom van hogere echelons (Minister van Binnenlandse Zaken en de Koning) werden bijgestuurd.

De staatsrechtelijke dimensie van het burgerschap komt aan de orde in de bijdrage van Michiel van Oosterzee. Zijn (Engelstalige) artikel gaat over burgerschap in drie verschillende dimensies: burgerschap als status, als identiteit en als actie of handeling. De drie dimensies creëren een referentiekader dat wordt gebruikt om de verschillende ontwikkelingen en uitdagingen van de burger in de netwerkmaatschappij te beschrijven. De historische ontwikkeling van het burgerschap gaat aan deze beschouwing vooraf.

Meer bestuursrechtelijk zijn de beschouwingen van Kaya en Kole en Flutsch. Is de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de bestuursrechter gewaarborgd in een netwerksamenleving? Die vraag wordt onderzocht in de bijdrage van Bünyamin Kaya. Artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) – het recht op een eerlijk proces door een onafhankelijke en onpartijdige rechter en de Straatsburgse jurisprudentie is daarbij leidend.

Sander Kole bespreekt de verplichting van de Nederlandse Staat om – op basis van de Europese Vogel- en Habitatrichtlijn – habitats, speciale beschermingszones – natuurgebieden – voor bepaalde habitats en soorten aan te wijzen en deze in stand te houden. Het belangrijkste instrument daartoe is de vergunningplicht van artikel 2.7 lid 2 Wet natuurbescherming. Uit een eerder onderzoek in 2014 is gebleken dat reeds bestaande activiteiten (‘bestaand gebruik’) in de meeste gevallen hiervan werden vrijgesteld door middel van een beschrijving in het verplichte be-

heerplan voor Natura 2000-gebieden. Naar aanleiding hiervan wordt in deze bijdrage onderzocht op welke manier ‘bestaand gebruik’ thans wordt vrijgesteld van de vergunningplicht van artikel 2.7 lid 2 Wet natuurbescherming, of het beheerplan voor Natura 2000-gebieden daarbij een rol speelt en welke problemen daar (mogelijkerwijs) bij optreden.

Paul Flutsch laat in zijn bijdrage zien dat het leerstuk van de interne compensatie niet alleen het belastingrecht, maar ook het strafrecht en het privaatrecht raakt. In het kader van deze ‘vernetwerking’ wordt in het facultair onderzoeksprogramma de vraag gesteld of juist het recht een ‘poortwachtersfunctie’ vormt, die onder meer rechtsbescherming en rechtszekerheid kan blijven bieden. Die vraag indachtig worden recente ontwikkelingen rond het leerstuk van de interne compensatie in kaart gebracht, waarbij de nadruk ligt op de rechtsbescherming van belastingplichtigen.

De privatisten hebben ieder voor een verschillende invalshoek gekozen om de netwerksamenleving vanuit juridisch perspectief te belichten. Ton Lamers bespreekt in zijn bijdrage een bijzonder arrest van de Hoge Raad waarin ons hoogste rechtscollege heeft bepaald dat een eigendomsvoorbehoud in een consignatieovereenkomst derdenwerking kan hebben. Hij plaatst zijn bevindingen met betrekking tot dit arrest vervolgens in het kader van de samenhangende rechtsverhoudingen in het overeenkomstenrecht.

De bijdrage van Mark Nelemans handelt over de regulering van banken in Europa en de oprichting van de Bankenunie, waarbij de nadruk wordt gelegd op de transformatie van soft law in hard law instrumenten. De implementatie van de kapitaal-eisen uit het Basel III-akkoord in de Europese kapitaalverordening en de vierde kapitaalrichtlijn (het CRD IV-pakket) wordt beschreven vanuit het oogpunt van legitimiteit en transparantie. De uitdagingen voor Europese en nationale wetgevers en toezichthouders zijn met name systeemrisico’s en het fenomeen ‘too big to fail’. De Bankenunie en de aangescherpte kapitaal- en liquiditeitseisen zijn erop gericht om een stabiele, prudentiële en toekomstbestendige financiële sector tot stand te brengen.

Johan Noteboom bespreekt gelijke behandeling van schuldeisers als fundamenteel beginsel in het insolventierecht vanuit het gezichtspunt van de figuur van de *actio pauliana*. Het antedateren van stukken met het doel te bemoeilijken dat de curator met succes de *actio pauliana* kan invoeren, dient met kracht te worden bestreden. De Blockchaintechnologie kan helpen om deze vorm van ondermijning van de regels met betrekking tot de gelijke behandeling van schuldeisers te voorkomen.

De bijdrage van Madeleine van Rossum en Linda Veldkamp behandelt de vraag of de prominente rol die de klachtplicht in de rechtspraak inneemt niet ten koste gaat van de extinctieve verjaring. De auteurs betogen dat een verdringing van de extinctieve verjaringstermijn door de klachtplicht tot een casuïstische afweging van de belangen van partijen, ten koste gaat van het gewicht van het objectieve tijdsverloop.

Onze bijzondere dank gaat uit naar zowel de oud-decaan prof. dr. Evert Stamhuis, interim-decaan prof. dr. Ige Dekker, als de huidige decaan van de faculteit, prof.

dr. Rein de Wilde.¹ Allen hebben een bijzonder stimulerende rol gespeeld in de versterking van het onderzoeksprofiel van de Open Universiteit. Het cluster Rechtswetenschappen binnen de Faculteit C&R heeft – vergeleken met andere Nederlandse faculteiten – een bescheiden onderzoeksomvang. Desondanks is geleidelijk aan een duidelijke onderzoekscultuur ontstaan met een navenante onderzoeksoutput. Aan dat resultaat hebben beide decanen veel bijgedragen, maar uiteraard ook de onderzoekers van de faculteit. Ook prof. mr. Anka Ernes, tot voor kort facultair onderzoekscoördinator, moet hier worden genoemd. Het is bijzonder om te zien hoe zich bij Rechtswetenschappen aan de Open Universiteit in relatief korte tijd een inspirerend onderzoeksklimaat heeft ontwikkeld.

Ton Lamers en Carla Zoethout, redacteuren

1. Opmerkelijk is dat de huidige decaan van de Faculteit Cultuur- en Rechtswetenschappen, prof. dr. Rein de Wilde al in een bijdrage aan literair tijdschrift *De Gids*, refereert aan een boek van de Open Universiteit, waarin de toekomst van het arbeidsbestel wordt gezien als een 'platte, open en netwerkachtige structuur'. Zie Rein de Wilde, 'Toekomstmagnetisme. Het verleden van de toekomst van de arbeid', *De Gids* 2000, no. 8, p. 647-655, hier p. 647-648.

I. Het meta-juridisch perspectief

Hoofdstuk 1

De netwerkstaat en het recht

Prof. dr. H.C.G. Spormans*

1.1 Inleiding

Het onderzoeksprogramma van het cluster Rechtswetenschappen van de Faculteit Cultuur- en Rechtswetenschappen staat in het teken van de vraag wat de effecten zijn van hedendaagse maatschappelijke ontwikkelingen op het recht en de rechtsorde. Meer in het bijzonder: wat zijn de gevolgen van individualisering en vernetwerking voor het recht, of omgekeerd: welke consequenties heeft het recht voor nieuwe vormen van individualisering en netwerken? Je kunt zeggen: niets nieuws onder de zon? Sinds de Franse Revolutie staat immers het individu en zijn relatie tot de politieke gemeenschap centraal in het recht. Het individu echter is niet langer de op zichzelf staande 19^e eeuwse *privatier*, of de 20^e eeuwse deelgenoot van een stand of klasse. Mensen maken tegenwoordig deel uit van allerlei en wisselende sociale verbanden en in het recht treden zij steeds vaker op niet als natuurlijke, maar als rechtspersonen.¹ Anderzijds valt de politieke gemeenschap niet langer samen met de territoriale staat of zijn onderafdelingen. In het proces van globalisering zijn talrijke gemeenschappen ontstaan boven, naast en binnen nationale staten die de overheid van haar centrale plaats lijken te beroven. Het einde van de nationale staat is niet gekomen, maar welke staat kan nog pretenderen soeverein en onafhankelijk van andere staten of sociale verbanden te leven? Welke consequenties heeft dat voor het recht en de rechtsorde, die toch zijn geënt op het onafhankelijke individu en zijn staat als dominante politieke gemeenschap? In deze bijdrage zal ik betogen dat deze vragen uitermate relevant zijn voor zowel het staatsrecht als het bestuursrecht. De stelling luidt dat de netwerkstructuur van de hedendaagse samenleving de verticale constitutionele verhoudingen verzwakt. Belangrijke beslissingen worden genomen buiten of onafhankelijk van de kaders van de vertegenwoordigende democratie. Daardoor dreigt de architectuur van ons bestel in het ongereede te raken. De vraag is nu: moeten we de maatschappelijke ontwikkelingen aanpassen aan het bestaande model of moeten we ons model aanpassen aan de netwerksamenleving?

Deze discussie voeren wij niet voor het eerst. Mark Bovens heeft in zijn oratie *De digitale rechtsstaat* (1999) betoogd dat de moderne rechtsstaat het best te begrijpen is door het voor te stellen als een 'herenhuis vol met beginselen, instituties en arrangementen.'² Dat huis van de rechtsstaat heeft in de loop der eeuwen talrijke veranderingen ondergaan. Maatschappelijke veranderingen gaven aanleiding om

* Prof. dr. H.C.G. Spormans is als hoogleraar verbonden aan de Faculteit Cultuur- en Rechtswetenschappen, wetenschapsgebied Rechtswetenschappen van de Open Universiteit.

1. Vgl. Marc Galanter, 'Planet of the APs: Reflections on the Scale of Law and its Users', *Buffalo Law Review* 2006, afl. 5, p. 1369 e.v.
2. Mark Bovens, *De digitale republiek, Democratie en rechtsstaat in de informatiemaatschappij*. Amsterdam: Amsterdam University Press 2003, p. 13 e.v.

bepaalde kamers aan te passen of zelfs nieuwe verdiepingen in te richten. In de liberale rechtsstaat staat de bescherming van de burger tegen de macht van het staatsbestuur centraal. Het gaat om klassieke vrijheidsrechten, rechtsbescherming, machtscheiding en legaliteit. In de loop van de 19^e eeuw komt er meer aandacht voor ministeriële verantwoordelijkheid, (uitbreiding van) politieke rechten, en de scheiding van politiek en bestuur. In de 20^e eeuw komt de bescherming van de burger niet tegen, maar door de overheid centraal te staan, hetgeen tot uitdrukking komt in sociale grondrechten. De overheid wordt niet langer geacht aan de zijlijn van het maatschappelijk verkeer te staan, maar juist in het midden. Dit leidde vervolgens weer tot het aan maat en regel binden van de overheid door allerlei eisen van behoorlijkheid, zoals de beginselen van behoorlijk bestuur. Er bestaat, schrijft Bovens, geen onveranderlijke kern of essentie van de rechtsstaat.³ De rechtsstaat is beter te begrijpen als een verzameling van rechten en instituties, die aangroeien in reactie op maatschappelijke ontwikkelingen. Er bestaat dus geen standaardhuis van de rechtsstaat, maar het huis van de rechtsstaat wordt voortdurend verbouwd en gerenoveerd.

Elke verbouwing gaat gepaard met politieke en juridische debatten. De opkomst van de verzorgingsstaat, bijvoorbeeld, leidde tot een discussie over de vermeende ondergang van de rechtsstaatsgedachte. In 1958 constateert Böhntling overal in Europa een crisis in het rechtsstaatsbegrip:

‘De staatsonthouding maakte plaats voor de welvaartsstaat, de staat, die behalve als nachtwaker ook optreedt als uitdeler van diensten, als ondernemer, als controleur van de nationale economie, als arbiter tussen de verschillende belangengroepen en tenslotte als consument van b.v. gasmaskers, helmen en gewone kantoorbehoeften. De groei van deze welvaartsstaat gaat ten dele tegen de oude rechtsstaatsgedachte in en ten dele er langs heen, maar gaat in beide gevallen ten koste ervan’.⁴

In de zin van Böhntling moeten wij opnieuw onderzoeken wat de consequenties zijn van hedendaagse ontwikkelingen in de samenleving voor het recht en de rechtsstaat. Dit onderzoek kan tot verschillende antwoorden leiden. Een antwoord zou kunnen zijn dat de wereld verandert maar dat dit niet of niet betekenisvol raakt aan het recht. Hierbij denk ik aan Elzinga die in zijn dissertatie uit 1982 over de wettelijke regulering van politieke partijen constateerde dat er in zijn geval een grote afstand bestaat tussen het staatsrecht en de politieke werkelijkheid.⁵ Wie iets over de politieke werkelijkheid wil weten, moet niet naar het staatsrecht kijken, schrijft hij. Dat hoeft ook niet, want het staatsrecht hoeft geen spiegel te zijn van de werkelijkheid. Klassieke vormen kunnen goed samen gaan met hedendaagse ontwikkelingen.⁶

Een tweede antwoord zou kunnen zijn dat bepaalde ontwikkelingen een bedreiging vormen voor het recht, de rechtsstaat of de beginselen die daaraan ten grondslag

3. Idem.

4. Böhntling geciteerd bij Willem Witteveen, *De geordende wereld van het recht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1996, p. 223.

5. D.J. Elzinga, *De Politieke Partij en het Constitutionele Recht*, Nijmegen: Ars Aequi 1982.

6. Voor kritiek op de opvatting dat recht maatschappelijke ontwikkelingen weerspiegelt, zie Brian Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford: Oxford University Press 2001.

liggen. Dit standpunt is naar voren gebracht door o.a. de historicus Ankersmit, die stelt dat globalisering en horizontalisering leiden tot de teloorgang van het primaat van de wet. De horizontalisering die zich binnen het bestuur voltrekt, dreigt uit te monden in een tirannie van de overheidsmanagers en van het recht van de sterkste. Het ondergraaft een machtscentrum en het gevolg is een nemonarchie, een bestuur door niemand. Geboden is volgens Ankersmit een herstel van de verticaliteit. Een machtscentrum moet in stand blijven waar alle informatie samenkomt en dat gecontroleerd kan worden door het parlement en de gekozen vertegenwoordigers van de burgers.

Een derde antwoord zou kunnen zijn dat klassieke vormen van vertegenwoordiging, aansturing en verantwoording in sommige gevallen niet meer effectief zijn en daarom vervangen moeten worden door nieuwe regelgeving (bijvoorbeeld kaderwetgeving), nieuwe instituties (ontstatelijking) of nieuwe praktijken (governance en new public management). Orly Lobel heeft dit uitvoerig beschreven voor de VS en zij komt recentelijk tot de conclusie, dat veel governance-praktijken bestaan uit de formalisering en legalisering van reeds bestaande praktijken.⁷ In de zin van Bovens gaat het hier om het aanbouwen van een nieuwe kamer aan het huis van de rechtsstaat. Maar in hoeverre gaat de nieuwbouw ten koste van het originele ontwerp? Waaraan ontlenu deze nieuwe constructies hun legitimiteit anders dan aan hun effectiviteit? Is effectiviteit voldoende voor de legitimiteit van een rechtsstaat? Is er in het recht niet een interne legitimiteit vereist in de zin van Lon Fuller? Stelt het recht geen eigen regels over wat legitiem is en wat niet? Of beslist de meerderheid en het gebruiksgemak?

Als we gaan onderzoeken hoe het moderne recht zich verhoudt tot de hedendaagse ontwikkelingen in de samenleving, dan moeten we eerst een beeld vormen van die ontwikkelingen (paragraaf 1.2) en vervolgens dit beeld confronteren met recente ontwikkelingen in het recht (paragraaf 1.3, 1.4, 1.5 en 1.6). In paragraaf 1.2 bespreek ik de theorie van de netwerksamenleving van de Spaanse socioloog Manuel Castells. Hij is niet de enige die geschreven heeft over de netwerkmaatschappij, maar zijn analyse geldt als zeer gezaghebbend onder sociale wetenschappers.⁸ Vervolgens bespreek ik recente ontwikkelingen in het staatsrecht en het bestuursrecht, gezien vanuit de theorie van de netwerksamenleving. Paragraaf 1.3 is gewijd aan de politieke instituties en de democratie en paragraaf 1.4 aan het overheidsbeleid en het toezicht daarop.

7. Vgl. Orly Lobel, 'The renew deal: The fall of regulation and the rise in governance in contemporary legal thought', *Minnesota Law Review* 1001 (2004) 2146-62; O. Lobel, 'New Governance as Regulatory Governance', in: David Levi-Faur (red.), *Oxford Handbook of Governance*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 65-82.

8. Castells heeft gedooceerd in Parijs en Madrid, later aan de University of California, Berkeley, het Massachusetts Institute for Technology, en aan de universiteiten van Oxford en Cambridge in Groot-Brittannië. Momenteel is hij leider van het onderzoeksprogramma van de Catalaanse open universiteit (UOC). In de internationale ranking van de meest geciteerde sociale wetenschappers tussen 2000 en 2015 staat hij op plaats 4 (na Anthony Giddens, Robert Putnam en Jurgen Habermas).