

DEEL III  
DISCUSSIES



# A

## PARALLELSESSIE ‘ACHTER DE VOORDEUR’\*

### 1. INLEIDING

Bij ‘De overheid achter de voordeur’ staat de vraag centraal in hoeverre overheden zich mogen begeven in het private domein van burgers. Zo vindt overheidsinmenging in dit domein plaats in het belang van de bescherming van kinderen (bijvoorbeeld kinderbescherming, opvoedkundige ondersteuning, ouderschapsplan bij echtscheiding) of juist in het belang van bescherming van de openbare orde of terreurbestrijding (het sluiten van woningen, gebiedsverboden, fouilleren in veiligheidsrisicogebieden).

---

\* In het panel zaten prof. mr. J.G. (Jan) Brouwer, hoogleraar algemene rechtswetenschap aan de Rijksuniversiteit Groningen, prof. mr. A.E. (Jon) Schilder, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en mr. dr. M. (Marten) Oosting, staatsraad in buitengewone dienst. De discussie stond onder leiding van prof. mr. M.V. (Masha) Antokolskaia, hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen- en familierecht, aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

## 2. STELLINGEN JAN BROUWER

Op grond van art. 174a Gemeentewet heeft de burgemeester de bevoegdheid om een woning te sluiten 'als door gedragingen in de woning de openbare orde rond die woning wordt verstoord.' Van dit paardenmiddel wordt tot nu toe slechts weinig gebruik gemaakt. Wat echter wel veelvuldig gebeurt, is dat onder dreiging van de inzet van deze sluitingsbevoegdheid aan burgers de meest uiteenlopende gedragsaanwijzingen worden gegeven om woonoverlast tegen te gaan: van het stoppen van geluidsoverlast tot het maximeren van huisdieren. Het begrip 'openbare orde' wordt hiermee ontoelaatbaar opgerekt door de burgemeester. Naar aanleiding hiervan poneert Brouwer de stelling:

*Woonoverlast valt niet onder 'verstoring van de openbare orde', schrijvende gevallen waarin de veiligheid én de gezondheid van de omgeving in gevaar komen uitgezonderd.*

Overduidelijk bestaat er in de gemeentelijke praktijk behoefte aan het kunnen geven van gedragsaanwijzingen aan personen om overlast tegen te gaan. Op dit moment wordt de druk op de wetgever maximaal opgevoerd om de burgemeester zodanige bevoegdheden toe te kennen. Burgemeesters hebben het laatste decennium echter al een veelheid aan bevoegdheden toebedeeld gekregen en krijgen er binnenkort nog een aantal als de zogenaamde Voetbalwet in werking treedt. Op grond hiervan meent Brouwer het volgende:

*Het is vanuit rechtsstatelijk perspectief beter als gemeenten woonoverlast privaatrechtelijk in plaats van publiekrechtelijk bestrijden.*

Gemeenten kunnen dit doen door als rechtspersoon inwoners die overlast onderkennen in rechte te vertegenwoordigen in, dan wel door deze personen te faciliteren bij het voeren van een privaatrechtelijke procedure tegen een overlastveroorzaker, waarin een gedragsaanwijzing wordt gevorderd op straffe van het verbeuren van een dwangsom.

### 3. STELLINGEN JON SCHILDER

#### 3.1. HULP IN DE HUISHOUDING?

Alleen al in Rotterdam worden zo'n 20.000 keer per jaar spontaan huis-aan-huis bezoeken afgelegd door een gezelschap van gemeenteambtenaren, vertegenwoordigers van woningbouwcorporaties, energieleveranciers alsook hulpverleners. Deze teams hebben een dubbele taak: controle op naleving van regelgeving maar ook hulpverlening. Vrijblijvend kan deze hulpverlening niet worden genoemd: in het kader van het programma VIG (Vroegtijdige Interventie Gezinnen) komen gezinscoaches over de vloer die vervolgens de regie overnemen. Deze bemoeien zich met alle aspecten van het huishouden, 'doen voor hoe het moet', waarbij gebrek aan medewerking wordt bestraft met het (dreigen met) intrekken van de bijstandsuitkering.

De legitimatie voor deze wonderlijke mix van publieke en private bemoeienis is onduidelijk. Rechtaardiging wordt gezocht in een creatieve stapeling van allerlei afzonderlijke publiekrechtelijke en privaatrechtelijke bevoegdheden, waarvan het geheel kennelijk meer is dan de som der delen. Voor de bezochte burgers is dit volstrekt onduidelijk. Zij weten niet wat precies het doel is van de bezoeken, ('we komen eigenlijk voor alles', aldus een ambtenaar), wat er gebeurt met de verzamelde gegevens, welke waarborgen er zijn tegen willekeurig optreden en hoe het toezicht is geregeld. Schilder stelt daarom:

*Er is onvoldoende democratische legitimatie voor de nieuw ontwikkelde vormen van publiek-private overheidsbemoeienis achter de voordeur, waaronder de massale huisbezoeken en gedwongen 'hulp' in de huishouding bij probleemgezinnen.*

#### 3.2. PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN DE OPENBARE ORDE

Wie in de Haagse binnenstad in een winkel ongewenst gedrag vertoont, riskeert een Collectieve Winkelontzegging voor de duur van een jaar. Deze ontzegging geldt niet alleen voor winkels, maar ook voor bij het systeem aangesloten theaters, hotels, restaurants, apotheken en banken. In drie jaar tijd zijn er 1.671 verboden uitgevaardigd en 78 personen vervolgd wegens huisvredebreuk.<sup>1</sup> Niet alleen in winkelgebieden, ook op andere private plaatsen die voor het publiek toegankelijk zijn komen vrijheidsbeperkende maatregelen tot stand. Te denken valt aan het openbaar vervoer, zwembaden, sporthallen en voetbalstadions. Welke gedragsnormen precies gelden, hoe die tot stand komen en wie met de naleving daarvan zijn belast is onduidelijk. Toch kan een enkele opgewonden winkelier of cafébaas door

<sup>1</sup> D. Tokmetzis en L. Nab, 'Verboden toegang. Onderzoek gebiedsverboden', *NRC Weekblad* 19-25 september 2009, p. 28.

plaatsing op de zwarte lijst een lastige klant de toegang ontzeggen tot elementaire voorzieningen in diens woonomgeving. Daarbij kan ook nog eens de privacy van de betrokkene ernstig worden geschaad door opname van zijn portret in een (online) smoelenboek. In de stelling pleit Schilder voor de ontwikkeling van waarborgen tegen particulier machtsmisbruik zoals die de afgelopen decennia in het staats- en bestuursrecht zijn ontwikkeld:

*In toenemende mate vindt handhaving van de openbare orde plaats door particulieren met gebruikmaking van privaatrechtelijke instrumenten, zoals winkel- en horecaverboden. Tegen deze ontwikkeling bestaan ernstige bezwaren wanneer er niet ook vergelijkbare waarborgen worden ontwikkeld tegen machtsmisbruik zoals die in het publiekrecht tot stand zijn gekomen.*

## 4. DE DISCUSSIE

Verslag Lenneke VAN GAAL en Michel VOLS\*\*

Brouwer en Schilder gaven tijdens de discussie een korte toelichting op hun stellingen, waarna Marten Oosting als co-referent optrad. Tot slot mengde het publiek zich in de discussie.

### 4.1. 'HET KLEINE STROOMPJE VAN DE OPENBARE ORDE MAG GEEN KOLKENDE RIVIER WORDEN'

Brouwer spitst zijn betoog toe op de regulering van de private ruimte door de publieke overheid. Zowel Nederlandse als Engelse overheden handhaven steeds vaker de 'openbare orde' achter de voordeur van de woning. Dit is het gevolg van de groeiende bevolkingsdichtheid in die landen: mensen wonen dichter opeen, irriteren elkaar en veroorzaken woonoverlast. Het gaat echter te ver dat de overheid elke vorm van woonoverlast onder de noemer van de 'handhaving van de openbare orde' aanpakt. Het geval dat de Britse overheid een luidruchtig liefdeskoppel door middel van *Anti-social Behaviour Orders* (ASBO's) aanpakt, gaat volgens Brouwer te ver. We moeten waken dat 'het kleine stroompje' van de openbare orde niet ontoelaatbaar wordt opgerekt tot een 'grote kolkende rivier'. De publieke overheid kan alleen in private woonaangelegenheden treden wanneer sprake is van ernstige woonoverlast. In beginsel valt, zo stelt Brouwer, woonoverlast niet onder 'verstoring van de openbare orde', met uitzondering van zeer ernstige gevallen waarin de veiligheid én de gezondheid van de omgeving op het spel staan. Desalniettemin moet woonoverlast wel worden aangepakt. Aangezien het hier in beginsel om conflicten tussen burens gaat, dient het privaatrecht hier een grotere rol te spelen. Het is, aldus Brouwer, vanuit rechtsstatelijk perspectief beter als gemeenten woonoverlast privaatrechtelijk in plaats van publiekrechtelijk bestrijden. De publieke overheid, meer in het bijzonder de gemeente als rechtspersoon, kan private personen die overlast ondervinden in rechte vertegenwoordigen of deze personen faciliteren bij het voeren van een privaatrechtelijke procedure tegen een overlastveroorzaker. In deze procedure wordt een civielrechtelijke gedragsaanwijzing gevorderd op straffe van het verbeuren van een dwangsom.

### 4.2. EEN ONGEOORLOOFDE VERVLECHTING VAN PUBLIEK- EN PRIVAATRECHT

Schilder betoogt dat de nieuwe vormen van aanpak van handhaving van de openbare orde, waarbij veelal sprake is van samenwerking tussen de overheid en private

\*\* Mr. H.C.H. van Gaal is in 2009 afgestudeerd aan de Vrije Universiteit Amsterdam en mr. M. Vols is als promovendus verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen.

partijen, leidt tot een ongeoorloofde vervlechting van publiek- en privaatrecht. Als eerste voorbeeld gaat hij in op huisbezoeken, waarbij sociale-interventieteams, bestaande uit zowel overheidsvertegenwoordigers als vertegenwoordigers uit de particuliere sector, achter de voordeur komen om op die manier problemen die in dat gezin bestaan op te lossen. Dit optreden kenmerkt zich door een hybride karakter: niet alleen kijkt de overheid naar manieren om de burgers te helpen, tevens kan de controlerende rol die partijen hier op zich nemen leiden tot sancties voor die burger. Ook kan het weigeren van het hulpaanbod leiden tot sancties zoals het korten van een uitkering, zodat van vrijwillige instemming van de burger geen sprake is. Schilder werpt ten aanzien van deze praktijk het volgende bezwaar op: met name het niet wettelijk geregelde, dwangmatige aspect leidt tot problemen, vooral ten aanzien van de rechtsbescherming van de burger, maar ook ten aanzien van toezicht. De overheid dringt binnen op formele titel, zoals de bevolkingsregistratie, maar laat op grond daarvan een team binnen van mensen die uit de private sector komen. Deze publiek-private samenwerking mist een wettelijke legitimatie, aldus Schilder.

Vervolgens behandelt Schilder een ander verschijnsel: de collectieve winkelontzegging. Private partijen, zoals winkels, theaters, apotheken en kroegen, sluiten zich hierbij aan. Indien een klant zich onbehoorlijk gedraagt wordt deze klant op een lijst geplaatst die ervoor zorgt dat hem de toegang wordt ontzegd tot alle aangesloten ondernemingen. Naast het feit dat er voor ondernemingen een behoorlijke druk bestaat zich aan te sluiten bij zo'n collectief, is het vooral problematisch dat de rechtswaARBorgen uit het staats- en bestuursrecht niet meegroeien met deze private aanpak van handhaving van de openbare orde. De overheid stimuleert deze aanpak echter wel.

#### 4.3. DE PROBLEMATIEK GEÏLLUSTREERD DOOR MARTEN OOSTING<sup>2</sup>

Oosting sluit aan bij de centrale vraag van de sessie of de overheid iets heeft te zoeken achter de voordeur. Onder welke omstandigheden kan een inbreuk op het huisrecht gerechtvaardigd zijn? Gevolg gevend aan de suggestie van de voorzitter, behandelt hij twee voorbeelden van de afweging die is vereist als het gaat om zo'n eventuele inbreuk. Oosting begint met een geval van feitelijk handelen, uit zijn vroegere ervaring als Nationale ombudsman. Daarna gaat hij in op een geval van wetgeving, waarmee hij niet lang geleden werd geconfronteerd als lid van de Raad van State.

Achter de voordeur gebeuren soms vreselijke dingen. Dat kan de overheid stellen voor scherpe dilemma's. Het gaat daarbij om het zoeken naar een balans tus-

<sup>2</sup> Aangezien Marten Oosting zo vriendelijk is geweest zijn co-referaat in uitgewerkte vorm voor de bundel beschikbaar te stellen, is dit onderdeel – behoudens enkele aanvullingen – van zijn hand.



sen het waarborgen van grondrechten en de taak van de overheid haar burgers te beschermen. Het is volgens Oosting goed om ook dat in het oog te houden bij de bespreking van het onderwerp. Als Nationale ombudsman kreeg hij destijds een klacht te behandelen over tekortschieten van politieambtenaren. Bij de politie was, laat in de avond, een melding binnengekomen dat in een huis in een woonwijk geschreeuw van een vrouw was te horen, en geroep om hulp. Twee politieambtenaren reden naar de woning, en troffen daar alles in rust. Bij aanbellen, werd niet opgedaan. Zij namen contact op met de wachtcommandant, om te overleggen wat hun te doen stond. De politieambtenaren hadden namelijk niet een machtiging tot binnentreden zonder toestemming van de bewoner(s), zodat zij in zoverre het huisrecht moesten respecteren. Hen werd aangeraden een blokje om te rijden, en dan nogmaals aan te bellen en te luisteren. Opnieuw: alles rustig. Een half uur later verscheen echter een vrouw ontredderd op het politiebureau: zij bleek kort daarvoor in de woning te zijn verkracht.

Deze zaak is een indringend voorbeeld van het conflict van rechtsplichten waarmee de politie te maken kan krijgen. In dit geval de afweging tussen haar taak in het kader van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en de hulpverleningstaak die de Politiewet eveneens aan de politie oplegt. Daarbij geldt voor feitelijk handelen – bij uitstek kenmerk van politieoptreden – dat de tijd voor onderzoek en reflectie doorgaans zeer beperkt is. Met de wijsheid achteraf is het altijd gemakkelijk praten. Ongetwijfeld zullen ook de betrokken politieambtenaren er achteraf grote spijt van hebben gehad dat zij niet voorrang hadden gegeven aan hun hulpverleningstaak, en niet waren binnengetrepen. Als Nationale ombudsman had Oosting echter te maken met de afweging die was gemaakt bij de woning. In een geval van feitelijk handelen als dit komt de betrokken ambtenaren een ruime beoordelingsmarge toe. Zijn oordeel was dat zij zorgvuldig hadden gehandeld in hun onderzoek van de situatie en door het houden van ruggespraak, en dat zij vervolgens een afweging hadden gemaakt die in het licht van de omstandigheden de toets der kritiek kon doorstaan. Hun gedraging werd daarom als behoorlijk aangemerkt. Ook al bleek, achteraf gezien, de gemaakte keuze uiterst ongelukkig te hebben uitgepakt.

Anders dan bij feitelijk handelen, biedt het proces van wetgeving doorgaans wel alle ruimte voor een grondige doordenking en bespreking. Oosting behandelt bij wijze van voorbeeld een wetsvoorstel dat de overheid de bevoegdheid verleent om achter de voordeur te kijken, met regeling van de gevolgen van het weigeren van het geven van toestemming. Dit voorbeeld sluit aan bij het onderwerp van de eerste stelling van de heer Schilder. Het gaat hier om het maken van een afweging tussen het eerbiedigen van grondrechten – in casu het huisrecht – enerzijds, en het behartigen van het algemeen belang – in casu het controleren van de rechtmatigheid van sociale-zekerheidsuitkeringen – anderzijds.

Op 18 december 2008 heeft de Raad van State advies uitgebracht over een voorstel van wet houdende een regeling in de sociale zekerheid van het niet aantonen van de leefsituatie na het aanbod van een huisbezoek. Het nader rapport is van 14 april 2009, waarna het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer is ingediend.<sup>3</sup> Voor de (hoogte van de) aanspraak op uitkeringen op het terrein van de sociale zekerheid is de woon- en/of leefsituatie (het al dan niet samenwonen) een centraal criterium. De rechtmatigheid van deze uitkeringen – een evident algemeen belang – is gediend bij voldoende mogelijkheden tot controle op de gegevens over deze situatie, zoals die bijvoorbeeld bij een aanvraag zijn verstrekt. Huisbezoek is in dit kader een controlemiddel. Op de belanghebbende rust een wettelijke inlichtingenplicht. In dat kader kan een huisbezoek voor hem/haar de functie vervullen van bewijsmiddel.

Indien uitkeringsinstanties een vermoeden hebben van uitkeringsfraude, in dat kader ter controle een huisbezoek willen brengen en daarbij geen toegang verkrijgen tot de woning, is dat laatste een grondslag om de uitkering (alsnog) te bepalen op een lager niveau. De jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep laat echter geen ruimte voor zo'n consequentie indien het gaat om een controlebezoek zonder dat sprake is van een vermoeden van fraude, bijvoorbeeld bij de controle van de gegevens van een aanvraag, of in het kader van een steekproef. Het bedoelde wetsvoorstel beoogt ook voor die situatie te voorzien in de sanctie van het verlagen van de uitkering bij de weigering van het zogenoemde 'aanbod tot huisbezoek'.

De Raad van State was kritisch over het voorstel. Hij beoordeelde de voorgestelde bevoegdheid, in samenhang met de consequenties van een eventuele weigering van het aanbod, aan de hand van de criteria in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens over artikel 8 van het EVRM. Voldoende zeker moet zijn dat de met het voorstel toegekende bevoegdheid dringend noodzakelijk is (de eis van een *pressing social need*), en dat deze niet zodanig ruim is geformuleerd dat zij een onvoldoende garantie biedt dat toepassing ervan proportioneel zal zijn, zo oordeelde de Raad van State. Hij analyseerde het wetsvoorstel en de toelichting vanuit dit perspectief. Dit leidde tot de conclusie dat het voorstel aan geen van beide eisen voldeed, en met name leek te zijn ingegeven door overwegingen van efficiency. Dat laatste belang is zeker van gewicht, maar op zichzelf ontoereikend in het kader van de beantwoording van de vraag naar de evenredigheid van het voorstel. De Raad meende dat het voorstel onvoldoende garantie bood dat de toepassing van de bevoegdheid in alle gevallen proportioneel zou zijn. Op die wijze 'zou het voorstel feitelijk neerkomen op een algemene verplichting om mee te werken aan een huisbezoek'. De Raad adviseerde de noodzaak van het voorstel alsnog toereikend te motiveren, en voorts, met het oog op de evenredigheid van de toepassing, de voorgestelde regeling voldoende te clausuleren.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 929, nr. 2-3.

In het nader rapport werd bevestigd dat een huisbezoek praktisch gezien de meest eenvoudige controlemethode is. De regering scheerde voor het overige echter langs de beide hiervoor genoemde criteria heen, en kwam met een nieuw en primair dragend motief: 'dit wetsvoorstel heeft vooral een preventieve werking'. Nadere clausulering bleef uit. In het voorlopig verslag van de Tweede Kamer vonden de kritische opmerkingen van de Raad van State geen weerklank.<sup>4</sup>

Oosting noemt dit wetsvoorstel niet alleen omdat het aansluit bij de eerste stelling van de heer Schilder, maar met name ook omdat hij het ziet als een voorbeeld van een afweging in het proces van wetgeving dat laat zien hoe zwaar de ambitie van de overheid kan wegen om te kijken achter de voordeur. De betrokken burger moet dan op zijn beurt maar zien hoe zwaar hij daartegenover zijn grondrecht – het huisrecht – wil laten wegen. De kwaliteit van de repliek van de regering heeft Oosting verontrust. Gelet op de vereisten die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens stelt met betrekking tot de aanvaardbaarheid van een eventuele inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, in dit geval het huisrecht – een *pressing social need*, proportionaliteit en subsidiariteit – schiet het wetsvoorstel volgens Oosting duidelijk tekort.

#### 4.4. DE ZAAL AAN HET WOORD

Het publiek in de zaal doet volop mee in de discussie. Zo is het bepleiten van een wettelijke grondslag voor de praktijk zoals Schilder die heeft weergegeven, volgens een toehoorder slechts een manier van witwassen voor onbehoorlijke bestuursrechtelijke praktijken. Schilder reageert daarop dat hij het daarmee eens is. Echter, nu vanuit de politiek veel steun komt voor dergelijke praktijken, kan een wettelijke grondslag in ieder geval tegenwicht bieden door het geven van rechtsbescherming. Oosting voegt daaraan toe dat in sommige gevallen huisbezoeken legitiem zullen zijn, omdat bijvoorbeeld de bescherming van kinderen zwaarder dient te wegen dan het huisrecht van de ouders.

Op een opmerking vanuit het publiek dat er geen aandacht is besteed aan de antikraak-wetgeving, terwijl dit voorstel belangwekkend lijkt, reageert Oosting met het antwoord dat de Raad van State zich zeer kritisch heeft uitgelaten over het wetsvoorstel, vooral met het oog op het ontbreken van effectiviteit.

Een andere toehoorder werpt Brouwer voor dat juist de burgemeester omwille van zijn bestuurlijke taken allerlei bevoegdheden heeft verkregen en de rechter niet. De civiele rechter is geen bestuurder, aldus de discussiant. Brouwer geeft hem daarin gelijk, maar wijst wel op het feit dat de burgemeester verantwoordelijk is voor handhaving van de openbare orde. De burgemeester is dus geen bestuurder in meer private aangelegenheden.

<sup>4</sup> *Kamerstukken II 2008/09*, 31 929, nr. 6, (Verslag van 12 juni 2009).

Tenslotte wijst een huurrechtsdeskundige uit de zaal op de rol van verhuurders binnen de aanpak van woonoverlast. Volgens haar ondernemen de verhuurders ook steeds vaker actie tegen overlastgevende huurders: de laatste trend is dat huurovereenkomsten worden ontbonden wegens het enkele feit dat de huurder een strafbaar feit pleegt. Brouwer is op de hoogte van deze gevallen, maar wijst wel op het feit dat het hier een civielrechtelijke relatie betreft. Een persoon is niet verplicht om met een verhuurder een huurovereenkomst aan te gaan.

## B

### PARALLELSESSIE 'HYBRIDE ORGANISATIES'\*

#### 1. INLEIDING

Met 'hybride organisaties' worden organisaties bedoeld die een gemengd karakter hebben doordat zij een privaatrechtelijke status hebben én publieke belangen dienen, zoals woningcorporaties, ziekenhuizen en scholen. Levert een privaatrechtelijke hoedanigheid van organisaties met een publieke taak problemen op voor het functioneren van deze organisaties? Eén van de gevaren zou kunnen zijn dat de publieke taak wordt verwaarloosd ten gunste van de marktactiviteiten. Op welke wijze zou kunnen worden gewaarborgd dat een publieke taak bij een private organisatie in goede handen is?

Europeesrechtelijk is niet de publiek- of privaatrechtelijke status van een organisatie relevant, maar of de organisatie een onderneming is. Als het antwoord bevestigend is, is het mededingingsrecht van toepassing, hoewel een 'verzacht regime' van toepassing kan zijn als sprake is van publieke-taakuitoefening. De toepasselijkheid van mededingingsrecht heeft grote gevolgen voor de mogelijkheden tot samenwerking tussen, en overheidsfinanciering van hybride organisaties. Het lastige is dat niet zeker is wanneer een hybride organisatie Europeesrechtelijk een onderneming is. De kwestie is bijzonder actueel, bijvoorbeeld voor onderwijsinstellingen en universiteiten die 'de markt op gaan'.

Kortom: zowel vanuit een juridisch – in het bijzonder een Europeesrechtelijk – als een functionalistisch perspectief is een belangrijke vraag of een hybride organisatie die kenmerken heeft van een onderneming, een geschikte entiteit kan zijn om een publiek belang te behartigen.

---

\* In het panel zaten prof. dr. J. (Ko) de Ridder, hoogleraar bestuurskunde aan de Rijksuniversiteit Groningen, prof. mr. E. (Elies) Steyger, hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en prof. mr. dr. H.D. (Helen) Stout, hoogleraar recht en infrastructuur aan de Technische Universiteit Delft. De discussie stond onder leiding van dr. A.R. (Richard) Neerhof, universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

## 2. STELLINGEN ELIES STEYGER

*In het Europese recht is het niet relevant of een organisatie naar het recht van een lidstaat een publiek- of privaatrechtelijke status heeft. De enige vraag is of de organisatie een onderneming is, want dan is het mededingingsrecht in beginsel van toepassing. Als het antwoord bevestigend is, heeft dat vergaande consequenties voor mogelijkheden tot samenwerking en overheidsfinanciering.*

*Wanneer een hybride organisatie, zoals een school of universiteit, Europeesrechtelijk een onderneming is, is niet zeker. Het antwoord is van groot belang, want het is zeer de vraag of het publieke belang van toegankelijk onderwijs in goede handen kan zijn van een 'onderwijsonderneming'.*

### 3. STELLINGEN KO DE RIDDER

*De privaatrechtelijke hoedanigheid van organisaties met een publieke taak levert als zodanig geen wezenlijke problemen op voor het functioneren van die organisaties – mits de publieke taak duidelijk is omschreven, afgebakend en gecontroleerd.*

*De vermenging van publieke taken en private taken (marktactiviteiten) in een publieke organisatie is 'spelen met vuur': er is een tendens de publieke taak te verwaarlozen ten gunste van de marktactiviteiten.*

*Publieke taken in private handen vergen een publieke opdrachtgever met toereikende opdrachtgeversvaardigheden.*

## 4. DE DISCUSSIE

Verslag Simone DE VALK en Johan WOLSWINKEL\*\*

Steyger en De Ridder gaven tijdens de discussie een korte toelichting op hun stellingen, waarna Helen Stout als referente hierop reageerde. Daarna mengde het publiek zich in de discussie. Hieronder worden de belangrijkste standpunten thematisch weergegeven.

### 4.1. HYBRIDE ORGANISATIES IN VELE SOORTEN EN MATEN

Volgens De Ridder zijn er vier soorten ‘hybriditeit’ te onderscheiden:

- (i) de overheid in private gedaante (bijvoorbeeld Rijksmusea als stichtingen, overheids-bv’s);
- (ii) publieke organisaties die vanuit efficiency-overwegingen hun meerwaarde zijn gaan ‘vermarkten’ (bijvoorbeeld IB-groep, Kadaster). Dit is een mislukking gebleken;
- (iii) private ondernemingen met vooral publieke taken (wegenbouw, vuilophaal). Uitbesteding wordt lastiger naarmate de activiteit meer de kern van de overheidstaak raakt;
- (iv) de overblijfselen van het maatschappelijk middenveld, zoals woningbouwcorporaties en welzijnsinstellingen. Deze organisaties hebben geen inbedding meer in de samenleving en zijn doordat zij geen principaal meer hebben ‘vrij zwevende organisaties’ geworden. De juridische oplossing voor dit probleem, waarbij woningbouwcorporaties zijn ingericht als ‘gewone’ private organisaties met een Raad van Toezicht, heeft niet gewerkt: er wordt vaak geen toezicht gehouden op de behartiging van het publieke belang. Invoering van het wetsvoorstel inzake de maatschappelijke onderneming biedt volgens De Ridder geen oplossing. Herinvoering van publiek toezicht verdient heroverweging.

In de discussie wordt door Maria Litjens (WUR) nog op een andere vorm van ‘hybriditeit’ gewezen, namelijk publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties die private regelgeving opstellen, zoals productschappen.

### 4.2. EUROPEES RECHT ALS COMPLICERENDE FACTOR VOOR HYBRIDE ORGANISATIES

Steyger bespreekt de complicaties van het Europese recht voor hybride organisaties. Voor de toepassing van het Europese mededingingsrecht is het publiekrechtelijke of privaatrechtelijke karakter van de organisatie irrelevant. Zo is de Neder-

\*\* Mr. dr. S.N. de Valk is als universitair docent verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen en mr. C.J. Wolswinkel is als promovendus verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam.



landse Orde van Advocaten (NOvA) naar nationaal recht een publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie, maar Europeesrechtelijk is de NOvA aangemerkt als een beroepsvereniging die afspraken maakt over de beroepsbeoefening, waardoor het mededingingsrecht van toepassing is. Deze functionele interpretatie van het HvJ EG leidt nationaalrechtelijk tot de lastige situatie dat een Nederlands bestuursorgaan (NMa) een ander Nederlands bestuursorgaan (NOvA) moet gaan controleren. Volgens Steyger is niet uitgesloten dat ook universiteiten als onderneming worden aangemerkt, namelijk als zij teveel commerciële activiteiten (commerciële masters, derde geldstroom) gaan ontwikkelen. Samenwerking in bijvoorbeeld een onderzoeksinstituut als het NILG is dan vanuit Europees perspectief niet zonder meer mogelijk. Samenwerking kan alleen met betrekking tot de publieke taak en wat een publieke taak is, wordt in laatste instantie beslist door het Hof van Justitie. Tegelijk kunnen dergelijke hybride organisaties met een publieke taak als *aanbestedende diensten* zijn onderworpen aan het Europese aanbestedingsrecht, hetgeen voor deze organisaties extra complicerend is.

#### 4.3. HYBRIDE ORGANISATIES BEHOEVEN HYBRIDE ARRANGEMENTEN

Stout stelt dat hybride organisaties enerzijds gewone bedrijven zijn maar dat anderzijds niet valt te ontkennen dat ze bijzonder zijn. In een gewone bedrijfstak is concurrentie de norm en wordt kwaliteit door concurrentie gewaarborgd. Dit geldt niet automatisch in een bijzondere bedrijfstak. De concurrentie zorgt er weliswaar voor dat productieve *efficiency* toeneemt, maar publieke belangen raken bekneld. Er ontstaat dus spanning.

Ze bepleit in haar reactie op de sprekers dat de oplossing moet worden gezocht in een adequaat hybride arrangement. Hybride organisaties behoeven een hybride arrangement, waarbij niet wordt teruggegrepen op een zuiver publiek of zuiver privaats arrangement. Stout is het dan ook eens met de stellingen 1 en 3 van De Ridder, maar niet met stelling 2 van Steyger: door een adequaat arrangement kan worden gezorgd voor een goede borging van het publieke belang van toegankelijk onderwijs. Hybride organisaties moeten *incentives* behouden om marktconform te opereren, maar er moet ook voor worden gezorgd dat publieke belangen – zoals het publieke belang van een constante stroomlevering bij energiebedrijven – worden verwezenlijkt.

#### 4.4. IS HET GOED OM EEN PUBLIEKE TAAK BIJ EEN PRIVATE ORGANISATIE NEER TE LEGGEN?

Volgens Frank Ankersmit (RUG) zou eerst deze principiële vraag aan de orde moeten worden gesteld. Volgens Steyger bestaat deze principiële keuze niet en is die ook niet nodig. Soms is het verstandig om bepaalde taken (defensie, sociale zekerheid) bij de overheid te houden, maar in andere gevallen kunnen publieke taken

soms beter door private organisaties worden uitgevoerd. Als voorbeeld noemt zij het ophalen en verwerken van destructiemateriaal. Het ophalen van dood vee is een publieke taak, maar het zou inefficiënt zijn om deze taak te scheiden van het verwerken van dode koeien tot halffabrikaat voor bijvoorbeeld kattenvoer – een commerciële activiteit. Volgens De Ridder is het bovendien soms nog maar de vraag waar het publieke belang het best kan worden geborgd. Zo zou het in het kader van de invoering van de kilometerheffing wel eens beter kunnen zijn om het publieke belang van privacybescherming in handen te leggen van een private organisatie dan in handen van de politie.

Een andere vraag die in dit verband in de discussie wordt opgeworpen, is of het recht wel in staat is om te zeggen wat een publieke taak is. Zowel Stout als Sjoerd Zijlstra (VU) beantwoorden deze vraag ontkennend. Zijlstra stelt dat het aan de politiek is om een belang als publiek aan te merken. Juristen kunnen vervolgens wel iets zeggen over de vraag welke arrangementen wel of niet kunnen bijdragen aan de borging van dat publieke belang. Stout geeft aan dat het antwoord op die vraag moet worden gezocht in de politieke filosofie, met name in rechtvaardigheidstheorieën (Michael Walzer e.d.).

#### 4.5. OVERHEID IN ‘DISGUISE’

De relatie tussen publiek en privaat is volgens De Ridder als gevolg van ‘New Public Management’ de afgelopen decennia drastisch veranderd. Deze relatie typeert hij als een *continuüm*. Juist in het midden van dit continuüm moeten hybride organisaties schipperen. Hij vraagt zich daarom met Dick Lubach (RUG) af waarom Zijlstra zichzelf een binaire denker noemt en tegen vervlechting van publiek en privaat lijkt te zijn. Zijlstra licht toe dat hij geen principieel tegenstander is van private organisaties met een publieke taak en ontkent ook niet dat in de *activiteit* vervlechting optreedt. Wel heeft hij moeite met vervlechting van *actoren*, namelijk als een en dezelfde instantie deels openbaar gezag uitoefent en deels commerciële activiteiten verricht. In dat geval is niet meer duidelijk wie als overheid en wie als marktpartij optreedt. Eén van de terreinen waar de ‘overheid in vermomming’ optreedt, is volgens Leon Verstappen (RUG) het notariaat: voor de burger is niet altijd duidelijk dat hij (deels) met de overheid te maken heeft. De Ridder meent dat in een dergelijke situatie zou kunnen worden gekozen voor het uitzuiveren van rollen. Notarissen zouden wellicht wat minder hybride moeten worden.

## C

### PARALLELSESSIE ‘SOCIALE MARKTEN’\*

#### 1. INLEIDING

‘Sociale markten’ zijn markten waarin niet alleen het realiseren van winst, maar ook het voorkomen of ongedaan maken van nadelige maatschappelijke effecten van ondernemingswijze productie een doelstelling is. Tot deze doelstelling behoort het bieden van een vangnet voor degene die door omstandigheden niet meer in staat is zijn arbeid te verrichten. Een sociale markt heeft als uitgangspunt het streven naar een zeker evenwicht tussen publieke en private belangen. Een dergelijke markt is ontstaan in het kielzog van de invoering van de Zorgverzekeringswet. Bij de inwerkingtreding van deze wet moet elke ingezetene zich namelijk verplicht verzekeren tegen het zorgrisico.

De discussie spitste zich toe op drie thema’s: de verdeling van verantwoordelijkheden bij arbeidsongeschiktheid door ziekte, de vormgeving van het stelsel bij arbeidsongeschiktheid en de invloed van het communautair recht bij het borgen van publieke belangen. Op de achtergrond van deze discussie speelde de centrale vraag: ‘Publiek/privaat: vervlechten of ontvlechten?’

---

\* In het panel zaten prof. mr. W.A. (Wijnand) Zondag, hoogleraar arbeidsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen, prof. mr. A.J. (Arno) Akkermans, hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en mr. dr. J.J.M. (Jan-Koen) Sluijs, advocaat bij GMW Advocaten en partner van Legaltree. De discussie stond onder leiding van prof. mr. W.D. (Wilbert) Kolkman, hoogleraar notarieel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

## 2. STELLINGEN WIJNAND ZONDAG

Met de inwerkingtreding van de Wet Uitbreiding Loondoorbetalingsplicht bij Ziekte (WULBZ) in 1996 is het risico van het verstrekken van een inkomen aan de werknemer bij arbeidsongeschiktheid in het eerste ziektejaar – en thans ook het tweede ziektejaar – grotendeels verschoven van het publieke domein (Ziektewet) naar het private domein (de loondoorbetalingsverplichting ex artikel 7:629 BW). Slechts voor enkele risico's – waaronder ziekte ten gevolge van zwangerschap, orgaandonatie en ziekte van een (ex-)WIA-gerechtigde – voorziet de Ziektewet (artikelen 29, 29a en 29b) in een inkomen gedurende (maximaal) de eerste twee ziektejaren. Deze risicoherverdeling is voornamelijk gebaseerd op economische overwegingen (terugdringing ziekteverzuim en instroom in de WAO/WIA) en beoogt prikkels toe te kennen aan de werkgever en (in mindere mate) de werknemer om de duur van de ziekteperiode zo kort mogelijk te houden.

Aan de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer ten aanzien van het verwezenlijken van het ziekterisico wordt in de wettelijke regeling beperkt aandacht besteed. Slechts wanneer de ziekte door 'opzet' van de werknemer is veroorzaakt of wanneer de ziekte – kort gezegd – het gevolg is van een gebrek waarover hij in het kader van een aanstellingskeuring valse informatie heeft verstrekt, vervalt voor de werkgever de loondoorbetalingsverplichting. Uit de wetgeschiedenis en de rechtspraak volgt dat ongelukken in de privésfeer van de werknemer, zoals sportblessures, en complicaties ten gevolge van een cosmetische operatie niet als 'opzet' in voornoemde zin kunnen worden aangemerkt. Empirisch onderzoek wijst uit dat beoefenaren van het arbeidsrecht (advocaten, HRM-functionarissen) van oordeel zijn dat naar mate de werknemer meer in staat is om invloed uit te oefenen op de verwezenlijking van het ziekterisico er ook in mindere mate een verplichting voor de werkgever tot (gedeeltelijke) doorbetaling van het loon bij verwezenlijking van dit risico zou moeten zijn.

Voorgaande mondt uit in de volgende twee stellingen:

*Een aantal oorzaken van de verwezenlijking van het ziekterisico dat thans leidt tot een (gedeeltelijke) loondoorbetalingsverplichting ex artikel 7:629 BW dient (weer) te worden overgeheveld naar het publieke domein (Ziektewet) en/of dient te leiden tot een verminderde loonaanspraak (bijvoorbeeld 50 procent in plaats van 70 procent van het laatstverdiende loon of van het maximum dagloon).*

*De eigen verantwoordelijkheid van de werknemer in de civielrechtelijke regeling van artikel 7:629 BW dient sterker te worden gemaakt door de exoneratie 'opzet' te vervangen door een lagere schuldgraad (zoals 'grove schuld' of 'ernstige verwijtbaarheid').*

### 3. STELLINGEN ARNO AKKERMANS

Het huidige stelsel van bescherming tegen de gevolgen van arbeidsongeschiktheid kent twee pijlers: enerzijds is er de publiekrechtelijke pijler van de sociale verzekering (met name de WIA), anderzijds de privaatrechtelijke kant van de werkgevers-aansprakelijkheid op grond van schuld (artikel 7:658 BW) dan wel de redelijkheid en billijkheid (artikel 7:611 BW). Beide pijlers liggen momenteel onder vuur.

#### 3.1. DE PUBLIEKE PIJLER, DE WIA, ZAL MOETEN WORDEN AANGEPAST.

Volgens het Comité van Deskundigen van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) voldoet de WIA op verschillende punten niet aan de eisen van het IAO-verdrag nr. 121, *de Employment Injury Benefits Compensation*. Het gaat onder andere om de referte-eis voor een loongerelateerde uitkering, de inkomenseis voor de loonaanvullingsuitkering en het ontbreken van een uitkering bij minder dan 35% arbeidsongeschiktheid.

Dit leidt tot de volgende stelling:

*Het huidige wettelijk stelsel van bescherming tegen arbeidsongeschiktheid zal moeten worden herzien. Daarbij zal handhaving van het ideaal van gelijke behandeling van arbeidsgerelateerde en niet-arbidsgerelateerde arbeidsongeschiktheid onhoudbaar blijken. Vroeg of laat zal het voorstel voor een Extra Garantieregeling Beroepsrisico's (EGB) uit de mottenballen moeten worden gehaald.*

#### 3.2. DE PRIVATE PIJLER: DE GRENZEN VOOR AANSPRAKELIJKHEID EN VERZEKERINGSPLICHT ZIJN ONVOLDOENDE VERDEDIGBAAR

De private pijler kent vanouds twee knelpunten. Inmiddels is er een derde bijgekomen. Omdat artikel 7:658 BW uitgaat van een schuldaansprakelijkheid met het karakter van een bijna-risicoaansprakelijkheid is het onderscheid dat *de facto* bestaat tussen arbeidsongevallen waarbij wel en waarbij geen vergoeding wordt toegekend uitsluitend nog vanuit het perspectief van de juridische studeerkamer te verdedigen: vanuit het publieke belang gezien is het verschil onverdedigbaar.

De problematiek van beroepsziekten met een multi-causaal karakter legt zeer hoge procedurele lasten op arbeidsongeschikte werknemers. De recente ontwikkeling door de Hoge Raad van een stelsel van indirect verplichte verzekering voor werkgerelateerde verkeersschade noopt tot ontwikkeling van nog niet bestaande private schadeverzekeringen en roept eens te meer onverdedigbare beschermingsverschillen op: waarom wel (op het publieke systeem aanvullende) schadevergoeding bui-

ten schuld van de werkgever in het verkeer, en niet voor het klassieke arbeidsongeval?

Het voorgaande leidt tot de volgende stelling:

*Het huidige stelsel van werkgeversaansprakelijkheid van de artikelen 7:658 BW (toerekenbare tekortkoming in nakoming veiligheidsverplichtingen) en 6:611 BW (goed werkgever-/werknemerschap) heeft zijn langste tijd gehad. Het geeft zodanig ongelijke uitkomsten, dat het niet meer voldoet aan de eisen die aan een wettelijk systeem moeten worden gesteld. Een ingrijpende verbouwing van het systeem is onafwendbaar.*

### 3.3. AFSTEMMING TUSSEN DE PUBLIEKE EN DE PRIVATE PIJLER

Bij de vormgeving van de publieke en private pijler dient afstemming plaats te vinden. De derde stelling luidt:

*Bij het ingrijpen door de wetgever dat op grond van bovenstaande ontwikkelingen is geboden, dienen beide pijlers (publiek en privaat) te worden betrokken, liefst op basis van één alomvattende visie op de bescherming tegen arbeidsongeschiktheid door het werk. De keuze tussen publieke en private instrumenten dient daarbij te worden genomen op basis van geschiktheid van deze middelen tot één samenhangend geformuleerde doelstelling.*

#### 4. STELLINGEN JAN-KOEN SLUIJS

Sluijs brengt in dat de vraag of bepaalde belangen publiek of privaat van aard zijn of moeten zijn, vooral een politieke vraag is. De keuze voor het één of het ander dient in principe democratisch te zijn gelegitimeerd. De wetgever bepaalt in welke mate 'een ieder' bijvoorbeeld recht heeft op sociale zekerheid en op welke wijze hieraan uitvoering kan of moet worden gegeven. Die uitvoering kan in private handen komen, maar ook in publieke handen. De keuzen die worden gemaakt, dus die over 'inhoud en omvang' en over de 'uitvoering', hebben economische en juridische betekenis. De keuze als zodanig, in het bijzonder het definiëren van publieke belangen en uitvoering, is echter uiteindelijk politiek gekleurd en cultureel bepaald. Daaraan doet niet af dat bij de politieke keuze het economisch denken over publiek of privaat wel vaak een sleutelrol zal vervullen. Als betrokken belangen in de markt niet zijn geborgd – en er simpel gezegd sprake is van (een dreigend) economisch marktfalen – dan hebben we in wezen met een publiek belang te maken, tenzij een meerderheid van de volksvertegenwoordiging anders oordeelt. In het laatste geval zal bij marktfalen de bescherming van dit belang (tijdelijk) uit de samenleving verdwijnen.

Sluijs gaat vervolgens in het kort in op de Europeesrechtelijke consequentie van een bepaalde keuze. De beginselen van het Europese vrije verkeer zijn van toepassing op overheidsmaatregelen met betrekking tot de wettelijke sociale zekerheid. Wettelijke socialezekerheidsverzekeringen, voor zover deze niet zijn geharmoniseerd op Europees niveau<sup>1</sup>, mogen niet het vrij verkeer van werknemers, en ook niet dat van diensten en vestiging, belemmeren. Op grond van een nationaal publiek belang, zoals de openbare orde en de volksgezondheid (artikel 52 VWEU, oud 46 VEG), kan een eventuele (discriminerende)<sup>2</sup> belemmering van het vrije verkeer, gerechtvaardigd zijn. Behalve deze verdragsrechtelijke uitzondering op het verbod om het vrije verkeer te belemmeren, die overigens eng moet worden uitgelegd, kan een nationale, (niet-discriminerende)<sup>3</sup> wettelijke belemmering ook om dwingende redenen van algemeen belang geoorloofd zijn. Deze zogeheten *rules of reason* blijken vaak het ventiel in het Europese systeem dat nationaal beleid nog mogelijk maakt. Voor alle duidelijkheid: de belangen in het kader van de verdragsrechtelijke uitzonderingen en de *rule of reason* mogen niet zuiver economisch van aard zijn. Vaak wordt daarom ook gesproken over niet-economische belangen.

1 Op Europees niveau vindt tot nu toe met name alleen *coördinatie* van sociale zekerheid plaats. Niettemin zijn typische publieke (nuts)sectoren, zoals telecom en energie, op Europees niveau al geharmoniseerd, wat betekent dat een lidstaat zich dient te houden aan het doorgaans minimale niveau van borging van de specifieke (nuts)belangen.

2 Waarbij eigen onderdanen voordeliger worden behandeld dan niet-eigen onderdanen.

3 In beginsel bestaat er geen onderscheid tussen de behandeling van de eigen onderdanen en de niet-eigen onderdanen.

De Europese rechter toetst of een door een lidstaat ingeroepen dwingende reden van algemeen belang ook daadwerkelijk als zodanig is te kwalificeren. In de rechtspraktijk levert het nauwelijks problemen op als een lidstaat meent dat een 'zus of zo'-belang, een nationaal publiek belang is. Wel rijst de vraag of voor het vaststellen van het publieke belang een lidstaat een open norm zou mogen hanteren, omdat hierdoor onzekerheid kan ontstaan over de 'omvang' van dat publieke belang. De afbakening van het publieke belang is in dat geval niet helder maar amorf, en dus kunnen er twijfels ontstaan over de kwalificatie als zodanig. Verstandiger is om het publieke belang concreet te definiëren.

Belangrijk is hoe een lidstaat de 'uitvoering' van de publieke belangen concreet heeft vormgegeven en ingericht. Proportionaliteit is daarbij van cruciaal belang. De toets die het Hof in zijn rechtspraak daarvoor heeft aangelegd, kent verschillende nuances. Duidelijk is dat het Hof beoordeelt of de overheidsmaatregel i) *noodzakelijk* is, dat wil zeggen 'geschikt' is om het doel te bereiken en er 'causaliteit' bestaat tussen de overheidsmaatregel en het beoogde doel, en ii) *evenredig* is, dat wil zeggen of die overheidsmaatregel in casu het 'minst beperkende alternatief' is. In recente rechtspraak op het gebied van het aanbieden van gezondheidszorg<sup>4</sup> hanteerde het Hof een fraai stappenschema. Het Hof beoordeelde eerst de noodzakelijkheid door te toetsen of de overheidsregulering de *publieke-belangdoelstelling* op een 'coherente en systematische' wijze nastreefde en of de *bevoegdheden* van de autoriteiten duidelijk waren begrensd. Wat dit laatste betreft, dienen de bevoegdheden te zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn. Vervolgens toetste het Hof op evenredigheid, namelijk of het betrokken doel niet even doeltreffend kon worden bereikt met maatregelen die het vrije verkeer minder beperken.

In de proportionaliteitstoets zit vaak toch het venijn, want de ene keer is het Hof resoluut en stelt het op basis van de feiten in het geding vast dat de desbetreffende maatregel niet proportioneel is.<sup>5</sup> De andere keer laat het Hof de uiteindelijke proportionaliteitstoets over aan de nationale (verwijzende) rechter, maar dan niet zonder hem daartoe enige handreiking(en) te geven.<sup>6</sup> Niet denkbeeldig is dat dit met de gevoeligheid van het betrokken onderwerp te maken heeft.<sup>7</sup>

4 HvJ EG 10 maart 2009, nr. C-169/07, Hartlauer (n.n.g.), HvJ EG 19 mei 2009, nrs. C-171/07 & C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes*, (n.n.g.) en HvJ EG 19 mei 2009, nr. C-531/06, *Commissie/Italië* (n.n.g.).

5 Bijv. HvJ EG 28 april 1998, nr. C-158/96, *Kohll*, *Jur.* 1998, p. I-1931 en HvJ EG 25 maart 2004, nr. C-442/02, *Caixa-Bank/France*, *Jur.* 2004, p. I-8961.

6 Bijv. HvJ EG 26 juni 1997, nr. C-368/95, *Familiapress*, *Jur.* 1997, p. I-3689 en HvJ EG 5 december 2006, nr. C-94/04, *Cipolla*, *Jur.* 2006, p. I-11421.

7 Over deze materie, nuances in beoordelingen en oplossingen daarvoor zie uitgebreid S.A. de Vries, *Tensions within the Internal Market; The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies* (diss. Utrecht), Groningen: Europa Law Publishing 2006.



Wanneer het realiseren van sociale zekerheid aan de markt wordt overgedragen ('privatisering van sociale zekerheid'), verdwijnt als het ware het overheidskarakter (de *rule of reason*) ervan en wordt het een economische activiteit. Daarmee worden de mogelijkheden om publieke belangen te borgen kleiner. Althans, een lidstaat moet zich ervan bewust zijn of het borgen van het publieke belang de bovengeschetste Europeesrechtelijke proportionaliteitstoets kan doorstaan. Daarbij moet in het bijzonder worden opgelet als verzekeraars een rol krijgen toebedeeld, omdat hun activiteiten economisch van aard zijn en in belangrijke mate zijn geharmoniseerd. Zo is op grond van de Derde Schaderichtlijn een overheidsverbod op premiedifferentiatie en een wettelijk verplichte acceptatie van potentiële klanten niet toegestaan.<sup>8</sup> Het is dan ook tot op de dag van vandaag (maar misschien is het haarkloverij) onzeker of de overheid en een dergelijk verbod en een dergelijke verplichting aan zorgverzekeraars heeft kunnen opleggen. Met steun van de toenmalige Eurocommissaris voor de interne markt, Frits Bolkestein, wordt dit regime nochtans gedoogd.<sup>9</sup>

Een laatste punt dat aandacht vraagt is het repareren 'in de polder' van gaten die in de sociale zekerheid door privatisering ontstaan, ofwel suppletie. Het belang van collectieve arbeidsovereenkomsten wordt in vrijwel elke lidstaat onderkend en veel (sociale) arbeids- en werkgelegenheidsvoorwaarden worden in de praktijk geharmoniseerd door CAO's. De Europese rechter bleek niet blind voor het belang van dit instrumentarium en heeft bepaald dat CAO's immuun zijn voor de toepassing van het kartelverbod.<sup>10</sup> Immunitet voor de toepassing van het vrije verkeer van diensten, de vrijheid van vestiging en bijvoorbeeld de regels over staatssteun heeft het Hof echter van de hand gewezen.<sup>11</sup> Eén en ander betekent dat suppletie alleen stand kan houden voor de eigen onderdanen en dat zij mogelijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden vanuit andere lidstaten niet buiten de deur kan houden. De volgende stellingen werden door Jan-Koen Sluijs ingebracht in de discussie:

*Lidstaten zijn vrij om hun socialezekerheidsstelsel (qua omvang en inhoud) in te richten, maar niet op basis van open normen.*

*De Derde Schaderichtlijn maakt het borgen van publieke belangen bij geliberaliseerde sociale verzekeringen moeilijk.*

*Suppletie van arbeidsvoorwaarden in CAO's kan concurrentie op arbeidsvoorwaarden niet tegenhouden.*

<sup>8</sup> Richtlijn 92/49/EEG, Pb. 1992, L 228/1.

<sup>9</sup> De Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) en de Landsadvocaat hadden destijds bij de voorstellen voor de Zorgverzekeringswet grote twijfels over de verenigbaarheid daarvan met de Derde Schaderichtlijn, zie J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2004, p. 73 en 74.

<sup>10</sup> HvJ EG 21 september 1999, nr. C-67/96, *Albany*, Jur. 1999, p. I-5751.

<sup>11</sup> Resp. HvJ EG 3 april 2008, nr. C-346/06, *Rüffert*, Jur. 2008, p. I-1989, HvJ EG 11 december 2007, nr. C-438/05, *Viking*, Jur. 2007, p. I-10799 en HvJ EG 9 juli 2009, nr. C-319/07, *3F* (n.n.g.).

## 5. DE DISCUSSIE

Verslag Alex CORRÀ, Sijbren KUIPER en Bram RIJPKEMA\*\*

Zondag, Akkermans en Sluijs gaven tijdens de discussie een korte toelichting op hun stellingen waarna het publiek zich mengde in de discussie. De belangrijkste standpunten worden hierna thematisch weergegeven.

### 5.1. DE VERDELING VAN VERANTWOORDELIJKHEDEN BIJ ARBEIDSONGESCHIKTHEID DOOR ZIEKTE

Zondag beargumenteert dat de sociale zekerheid bij ziekte zowel privaat als publiek kan worden geregeld onder verwijzing naar de historische ontwikkeling van dit rechtsgebied. Hij schetst in grote lijnen de ontwikkeling tussen privaat en publiek in de twintigste eeuw. Van 1907 tot 1930 kenmerkte het stelsel zich door een civielrechtelijke loondoorbetalingsplicht voor ‘betrekkelijk korte tijd’, vanaf 1930 werd deze praktijk verdrongen door de publiekrechtelijke regeling van de Ziekte-wet, om vanaf de jaren 1990 weer terug te keren naar de loondoorbetalingsplicht die zich stapsgewijs ontwikkelde tot een periode van twee jaar. De achtergrond van deze terugkeer naar meer private oplossingen lag in de WAO-problematiek, tref-fend verwoord door de toenmalige minister-president Lubbers in zijn uitspraak: ‘Nederland is ziek.’ Het medicijn bestond uit het geleidelijk introduceren van prik-kels als de loondoorbetalingsplicht.

Uit deze organische historische ontwikkeling vloeit voort dat de grenzen tussen het publieke en het private domein, ook in het huidige stelsel, niet als vanzelfsprekend hoeven te worden aanvaard, aldus Zondag. Deze opvatting onderbouwt hij met een verwijzing naar de opvattingen onder arbeidsrechtadvocaten en HRM-ers. Zij vinden het volgens onderzoek niet rechtvaardig dat de werkgever moet betalen voor arbeidsongeschiktheid veroorzaakt door risicovol gedrag van de werknemer, zoals het geval is bij sportblessures. Om ‘rechtsvervreemding’ te voorkomen, ligt heroverweging van het huidige stelsel dan ook voor de hand. Hierbij kan volgens Zondag in verschillende oplossingsrichtingen worden gedacht, zoals volledige overheveling van dit soort risico’s naar de vangnet-Ziektewet of een differentiatie van de dekking door de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer aan te scherpen. Kortom: Zondag pleit voor het verbeteren van het evenwicht tussen de publiek en privaat gedragen risico’s, waarbij vervlechting van het publieke en het private domein niet uitgesloten is.

\*\* Mr. drs. Corrà en mr. drs. A.M.P. Rijpkema zijn als promovendi verbonden aan de Rijksuni-versiteit Groningen; mr. S.H. Kuiper is als promovendus verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

Vanuit het publiek wordt naar voren gebracht dat sporten juist gezond is. Gezonde werknemers zijn toch in het belang van alle partijen? Daarnaast wordt aangedragen dat wanneer de verantwoordelijkheid van werknemers aangescherpt zou worden, deze eerder aangewezen zijn op de bijstand. Daardoor zal het algemene beschermingsniveau dalen. Zondag wijst in reactie op het risico van rechtsvervreemding, dat om een antwoord vraagt. Dat differentiatie denkbaar is, blijkt uit recente rechtspraak van de Hoge Raad, die het criterium van ernstige verwijtbaarheid in een CAO-afspraken over suppletie toestond. Akkermans waarschuwt dat de vraag naar de grenzen tussen het publieke en private domein en de eventueel op basis van gedeelde verantwoordelijkheden gebaseerde differentiatie door elkaar dreigen te lopen. Akkermans is geen tegenstander van verdere vervlechting door het overhevelen van bepaalde bijzondere categorieën naar het publieke vangnet van de Ziektewet.

## 5.2. DE VORMGEVING VAN HET STELSEL BIJ ARBEIDSONGESCHIKTHEID

Akkermans introduceert kort het Nederlandse systeem van inkomensvoorzieningen bij blijvende arbeidsongeschiktheid. Dat bestaat uit een publiek- en een privaatrechtelijke pijler. De publiekrechtelijke pijler staat onder druk omdat de WIA op een aantal punten niet lijkt te voldoen aan verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie. Dat heeft volgens Akkermans iets te maken met de keuze die men in Nederland maakte om de gevolgen van arbeidsgerelateerde en niet-arbeidsgerelateerde arbeidsongeschiktheid gelijk te behandelen. Om het volume terug te brengen is zoveel van die bescherming afgeknabbeld dat het systeem niet langer voldoet aan minimumnormen die internationaal staan voor arbeidsgerelateerde arbeidsongeschiktheid. Het stelsel moet dus herzien worden. Gelijke behandeling van arbeidsgerelateerde en niet-arbeidsgerelateerde arbeidsongeschiktheid zal, naar Akkermans' verwachting, niet meer haalbaar blijken.

De private pijler bestaat uit werkgeversaansprakelijkheid. Wanneer de werkgever een verwijt te maken valt bij arbeidsongeschiktheid van een werknemer, is er recht op een vergoeding. Dit systeem heeft wat betreft Akkermans eveneens zijn langste tijd gehad. Het systeem pakt uit als een soort tombola: soms is er wel en soms is er geen tekortkoming te vinden. Dat heeft tot gevolg dat het onderscheid dat *de facto* bestaat tussen arbeidsongevallen waarbij wel en waarbij niet vergoeding wordt toegekend uitsluitend nog vanuit het perspectief van de juridische studeerkamer te verdedigen is. Vanuit het publieke belang en het gebruikersperspectief gezien is het verschil onverdedigbaar. De problematiek van beroepsziekten met een multicausaal karakter legt daarenboven zeer hoge procedurele lasten op aan arbeidsongeschikte werknemers. Dat komt de gebruiksvriendelijkheid van het systeem, stelt Akkermans, niet ten goede. De recente ontwikkeling door de Hoge Raad van een stelsel van indirect verplichte verzekering voor werkgerelateerde verkeersschade

noopt tot ontwikkeling van nog niet bestaande private schadeverzekeringen en roept eens te meer onverdedigbare beschermingsverschillen op: waarom wel (op het publieke systeem aanvullende) schadevergoeding buiten schuld van de werkgever in het verkeer, en niet voor het klassieke arbeidsongeval?

Uit de zaal komt de vraag naar de inhoud van de alomvattende visie die nodig is voor stelselherziening. In reactie stelt Akkermans dat het stelsel voor bescherming tegen arbeidsongeschiktheid tenminste mensen ervoor moet behoeden dat zij 'toetaal door het systeem van bescherming heen vallen.' Een ideologisch gedreven discussie zal zoveel mogelijk vermeden moeten worden bij de juridische inrichting van het systeem. Verder empirisch onderzoek naar de werking van prikkels bij burgers, eventueel in combinatie met onderzoek naar rechtvaardigheidsbeleving, zal leidend moeten zijn.

### 5.3. EUROPEESRECHTELIJKE CONSEQUENTIES VOOR DE KEUZE PUBLIEK OF PRIVAAT

Een belangrijk aspect dat in de discussie over het borgen van publieke belangen vaak over het hoofd wordt gezien, is de Europese dimensie. Europa kent thans een interne markt met vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal en vestiging. Dit kan tot spanningen leiden met het borgen van publieke belangen op nationaal niveau. Dit wordt nog eens versterkt doordat binnen het Europa van de Zevenentwintig, verschillend wordt gedacht over wat publieke belangen zijn en wat sociale zekerheid inhoudt.

Een voorbeeld van de spanning tussen Europees recht en bescherming van publieke belangen op nationaal niveau kan gevonden worden in de recente uitspraak van het Europese Hof van Justitie in de zaak *Viking*.<sup>12</sup> Hierin ging het om een Finse veerboot die onder Estlandse vlag ging varen, waardoor de bemanning onder een Estlandse – en goedkopere – CAO viel in plaats van een Finse CAO. De Finse vakbonden verzetten zich hiertegen en probeerden door middel van een boycot de eigenaar van de veerboot van het omvlaggen te weerhouden, althans hem te dwingen de bemanning volgens de Finse CAO te blijven betalen. Deze acties werden echter door het Hof in strijd geacht met het Europees recht. In Nederland speelt een vergelijkbare kwestie bij suppletiebepalingen in CAO's, die alleen gelden voor werknemers in dienst van binnen de betreffende lidstaat gevestigde ondernemingen. Er is immuniteit van CAO's voor de toepassing van het kartelverbod, maar uitdrukkelijk niet voor de toepassing van overige Europese bepalingen, zoals de vrij-verkeersregels.

Een ander voorbeeld van spanning tussen Europees recht en nationale bescherming van een publiek belang doet zich voor bij de privatiseringen en liberalise-

12 HvJ EG 11 december 2007, nr. C-438/05, *Viking*, *Jur.* 2007, p. I-10799.

ringen in de sfeer van de sociale zekerheid of de zorg. Zo worden private actoren die op de Nederlandse zorgverzekeringsmarkt actief zijn allerlei verplichtingen opgelegd om publieke belangen te borgen, zoals een verbod op premiedifferentiatie en een acceptatieplicht. Echter, het opleggen van dit soort toegangsvereisten is in principe in strijd met regels van de interne markt in het algemeen en met de Derde Schaderichtlijn in het bijzonder. Het is dus mogelijk dat een onderneming met een buitenlandse rechtsvorm die in Nederland activiteiten ontplooit zich kan onttrekken aan de spelregels van de Nederlandse zorgverzekeringsmarkt, waarmee het borgen van publieke belangen op nationaal niveau onder druk kan komen te staan.

Kortom, wanneer gekozen wordt om activiteiten in het private domein te brengen, dan kan op nationaal niveau de borging van publieke belangen worden ondermijnd door het Europese belang van het functioneren van de interne markt.

#### 5.4. TOT SLOT

Aan het einde van discussie kwam naar voren dat in het denken over het vervlechten of ontvlechten van publiek en privaat gewaakt moet worden tegen een overmaat aan ideologie. Het streven zou moeten zijn om zo veel mogelijk op grond van empirische argumenten de discussie over dit onderwerp te voeren, zonder de pretentie te hebben dat ideologie volledig weg te cijferen is.



## D

### PANELDISCUSSIE\*

Verslag Niels JAK en Albertjan TOLLENAAR\*\*

*Is vervlechting of ontvlechting een digitaal of een analoog vraagstuk?*

Het centrale thema van het congres wordt, naar de opvatting van Stout, te veel benaderd vanuit een digitaal perspectief: het is óf publiek, óf privaat. Het zou van meer realiteitszin getuigen als hybride organisatievormen, waarin zowel publieke als private elementen te herkennen zijn, worden benaderd vanuit een analoog gezichtspunt. De maatschappelijke werkelijkheid is nu eenmaal veelzijdiger dan een jurist kan categoriseren. Juristen moeten buiten bestaande denkkaders treden en problemen van ontvlechting en vervlechting multidisciplinair te lijf gaan.

Dit betoog van Stout krijgt bijval van onder andere Lubach. Volgens hem is de gedachtevorming de laatste decennia er één van meer naar elkaar toegroeiende rechtsculturen. Publiek en privaat vinden elkaar op dit moment in een gemeenschappelijke rechtsleer waarin enkele algemeen geldende rechtsnormen tot uitdrukking komen. Deze rechtsnormen zijn eigen aan zowel het publiekrecht als het privaatrecht. In zekere zin doet de organisatievorm er daarom niet meer toe: de gemeenschappelijke rechtsleer maakt het mogelijk recht te doen aan de aard van elke (hybride) organisatievorm.

---

\* In het panel zaten prof. dr. W. (Walter) van Gerven, emeritus hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Leuven, prof. mr. dr. H.D. (Helen) Stout, hoogleraar Recht en Infrastructuren aan de Technische Universiteit Delft en prof. mr. S.E. (Sjoerd) Zijlstra, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Voorzitter was prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren, hoogleraar staats- en bestuursrecht, in het bijzonder inzake publiek- private rechtsbetrekkingen, aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

\*\* Mr. N. Jak is als docent verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam en mr. dr. A. Tollenaar werkt als post-doc en universitair docent aan de Rijksuniversiteit Groningen. Dit verslag is geen chronologische, maar een thematische weergave van de discussie.

Ankersmit is daarentegen kritisch. Hij betoogt dat een digitale benadering beter aansluit op de aard van de rechtswetenschap. Juridische ordening moet bijdragen aan het verhelderen van schemergebieden en eist daarom de duidelijkheid van een digitale benadering. Bovendien, zo wordt door Wouter Hulstijn (RUG) opgemerkt, is het een illusie te denken dat een meer analoge benadering de veelzijdigheid van alle geconstateerde problemen met betrekking tot het vervlechtingsvraagstuk zou kunnen vatten. Lizet van Donkersgoed-van Zwet (HU) voegt daaraan toe dat bij een multidisciplinaire benadering van deze vervlechting, met name juristen ervoor moeten waken dat de grondrechten worden gewaarborgd. Van Ommeren merkt tot slot op dat juristen in een samenleving, waarin publiek en privaat in elkaar overvloeien, altijd hun eigen denkmodel en hun eigen waarden moeten blijven hanteren, juist ook wanneer onderzoek wordt gedaan in een interdisciplinair onderzoeksveld.

*Behartiging van een publiek belang en publiekrechtelijke normering*

Een andere belangrijke vraag is of de behartiging van een publiek belang door een private instelling als vanzelfsprekend de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen met zich brengt. Zijlstra wijst als voorbeeld op de collectieve winkelontzeggingen.<sup>1</sup> Collectieve winkelontzeggingen zijn beslissingen van winkeliers gezamenlijk om personen die zich hebben schuldig gemaakt aan crimineel gedrag, te weren uit alle aangesloten winkels. Deze ontzegging dient een publiek belang, namelijk het tegengaan van ongewenst gedrag in de semi-openbare ruimte. Hierbij rijst meteen de vraag of dan ook allerlei publiekrechtelijke normen, zoals hoorplichten en het gelijkheidsbeginsel, van toepassing zijn. Gelet op het quasi-publiekrechtelijke karakter van de winkelontzegging komt zelfs de vraag in beeld of rechtsbescherming bij de bestuursrechter open zou moeten staan.

Deze vragen worden door Zijlstra ontkennend beantwoord. Dit betekent volgens hem echter niet dat het publieke belang helemaal geen rol meer speelt. Het gegeven dat hier een publiek belang aan de orde is, biedt de overheid de legitimatie om in te grijpen en de vrijheid van private organisaties te beperken door middel van wetgeving. Daardoor kan de overheid de behartiging van het publieke belang normeren op een manier die verder gaat dan het privaatrecht mogelijk maakt. Zo kan bijvoorbeeld worden voorkomen dat winkeliers de winkelontzegging misbruiken en zich schuldig maken aan discriminatie.

Volgens Akkermans is de aard van de normering niet zozeer het pijnpunt. Ook de burgerlijke rechter zal immers een winkelontzegging toetsen aan publiekrechtelijk getinte normen als het gelijkheidsbeginsel. Veel belangrijker is de vraag hoe de toetsing wordt georganiseerd. Laten we het initiatief daartoe bij de particulier die door de ontzegging wordt getroffen (toetsing achteraf) of vinden we het wense-

---

<sup>1</sup> De Collectieve Winkelontzegging is uitgebreid aan de orde gekomen tijdens de parallelsessie 'Achter de voordeur'.



lijker dat de overheid zich op een of andere wijze (kaders stellen, toezicht) vooraf bemoeit met de normstelling als zodanig?

In verband met de winkelontzegging vreest Van Gerven overigens voor het gevaar dat de motieven achter de winkelontzegging vooral discriminatoir dan wel racistisch van aard zijn. Hij zou dan ook graag willen weten wat precies de achterliggende redenen zijn voor het opleggen van winkelontzeggingen.

#### *Financiële crisis en het vennootschapsbelang*

Tegen de achtergrond van de financiële crisis stelt Van Gerven de vraag aan de orde hoe binnen een vennootschapsstructuur de belangen van de vennootschap zelf zich verhouden tot in het geding zijnde publieke belangen. De casus van de ondergang van Fortis toont aan hoe deze belangen met elkaar vermengd kunnen raken. In deze casus nam het bestuur, onder druk van de regeringen van onder meer België en Nederland, beslissingen over de toekomst van Fortis, zonder daarin de aandeelhouders te kennen. De eerste vraag is dan hoe het vennootschapsbelang precies moet worden gedefinieerd. Omvat dat alleen het aandeelhoudersbelang, zoals mogelijk vanuit zuiver economisch perspectief moet worden geredeneerd, of moet men ook rekening houden met de depositohouders, (toekomstige) kredietnemers en niet in de laatste plaats: de werknemers? Tegelijkertijd behartigen de regeringen het algemeen belang, meer in het bijzonder het belang van een stabiel betalingsverkeer. In hoeverre zijn dat algemene belang en het vennootschapsbelang met elkaar vervlochten?

Juridische vragen hebben in de eerste plaats betrekking op het ontrafelen van dit spanningsveld. Met welke belangen moet precies rekening worden gehouden? Vervolgens rijst de meer ethische vraag of de maatregelen die getroffen zijn om het faillissement van Fortis te voorkomen, wel afgewenteld kunnen worden op enkel en alleen de aandeelhouders, die immers maar één van de belanghebbenden zijn. Omgekeerd echter rijst de vraag of het wel aangaat de overheid en dus de belastingbetaler met een niet vlekkeloos verleden van een bank of holding op te zadelen. Juristen zouden, volgens Van Gerven, ook hun ogen moeten openen voor deze ethische vragen.

Zijlstra wijst erop dat de financiële crisis ook aantoont dat de wetgever, en in diens navolging de toezichthouders, een inschattingsfout hebben gemaakt. In plaats van organisaties, zoals banken, onderwerp te maken van wettelijke normen, had de wetgever moeten aangrijpen bij de individuen die deze organisaties bevolken. Uiteindelijk maakt de financiële crisis vooral duidelijk dat het individuele belang van bestuurders niet overeenstemt met het belang van de bankorganisatie als geheel. Bestuurders hadden slechts interesse in hun eigen belangen en namen daardoor grotere risico's dan aanvaardbaar zou zijn voor de reputatie en het voortbestaan van de bank. Het is dan ook een denkfout om organisaties te normeren: de wetgever zou beter het individu als object van normering kunnen nemen. Het zijn

immers uiteindelijk de personen die de touwtjes in handen hebben, die de fouten maken en die daarmee de crisis hebben veroorzaakt.





*Parallelsessie 'Achter de voordeur'*



*Parallelsessie 'Hybride organisaties'*



*De paneldiscussie*



*Parallelsessie 'Sociale markten'*