

DEEL IV

LOPEND ONDERZOEK

A

VU UNIVERSITY AMSTERDAM CENTRE FOR LAW AND GOVERNANCE – ILLUSTRATIEVE ONDERZOEKSPROJECTEN VAN HET PROGRAMMA ‘PUBLIEKE EN PRIVATE BELANGEN IN BALANS’

1. INLEIDING

Het centrale onderzoeksthema van het NILG is hoe publieke en private belangen door middel van het recht met elkaar in balans worden gebracht. Ook het onderzoeksprogramma ‘Publieke en private belangen in balans’ van het VU Amsterdam Centre for Law and Governance (VU CLG), een van de twee poten die het instituut kent, houdt zich met de beantwoording van die vraag bezig. De rode draad van het programma is dat het de functie van het recht is om activiteiten in de samenleving te reguleren, door een goede balans te vinden tussen tegenstrijdige en congruente publieke en private belangen die met die activiteiten verband houden. Onder een publiek belang kan worden verstaan: een belang dat het individuele belang overstijgt. Dat kan een belang zijn waarvan de overheid de behartiging naar zich toe heeft getrokken, maar dat hoeft niet: ook maatschappelijke belangen maken deel uit van dit ruime begrip ‘publiek belang’. Onder een privaat belang kan worden verstaan: een belang dat het individuele belang niet overstijgt.

Een kernvraag is hoe het recht maatschappelijke activiteiten zodanig kan reguleren, dat er een balans is tussen private en publieke belangen. Daarbij worden binnen het programma de volgende deelterreinen onderscheiden:

1. Balans via regulering van de privésfeer;
2. Balans via regulering en organisatie van de semi-publieke sfeer;
3. Balans via regulering van private markten;
4. Balans via regulering van verhoudingen met de overheid.

De afgelopen jaren zijn interessante onderzoeken op elk van de genoemde deelterreinen gestart. Hieronder wordt, na een korte beschrijving van het onderzoek dat

Lopend onderzoek

op een bepaald deelterrein wordt verricht, een onderzoeksproject besproken dat illustratief is voor dat onderzoek. Het gaat in alle gevallen om promotieonderzoek. De beschrijvingen van deze projecten zijn gebaseerd op voorstellen die de afgelopen jaren – vaak met succes – bij NWO zijn ingediend. De beschrijvingen zijn om die reden in de Engelse taal opgesteld. Alle onderzoeken zijn inmiddels aangevangen en zijn in een enkel geval al in een gevorderd stadium.

2. BALANS VIA REGULERING VAN DE PRIVÉSFEER

2.1. TOELICHTING OP HET DEELPROGRAMMA

Het gaat binnen dit deelterrein van het onderzoeksprogramma dat in het VU University Amsterdam Centre for Law and Governance (VU CLG) wordt uitgevoerd, om de balans tussen de individuele belangen die burgers in de privésfeer beogen te verwezenlijken en die op gespannen voet kunnen staan met de verwezenlijking van publieke belangen waarvan de overheid de bescherming aan zich heeft getrokken. Die spanning uit zich als een burger een ingrijpen door de overheid ervaart als een onwenselijke ingreep in zijn privéleven. Spanning kan ook ontstaan doordat (delen van) de samenleving zulk ingrijpen wenselijk acht(en), doch de overheid daar juist niet toe wil overgaan.

Onderzoek op dit deelterrein richt zich ten eerste op rechtstreekse overheidsinterventies ‘achter de voordeur’ in het belang van de openbare orde en veiligheid. Dergelijke interventies zijn deels gegrond op relatief nieuwe publiekrechtelijke voorschriften, bijvoorbeeld in het geval van kindermishandeling of geweld tussen partners. Andere maatregelen zijn al ouder, zoals contact- en groepsverboden als instrumenten tegen overlast. Maar ook zonder (duidelijke) wettelijke basis wordt dwang uitgeoefend op burgers tot aanpassing van (maatschappelijk onwenselijk) gedrag, bijvoorbeeld door afspraken met burgers te maken (‘contractual governance’).

Niet alleen overheidsinterventies in de privésfeer in het belang van de openbare orde vallen onder dit deelgebied van onderzoek, ook overheidsingrijpen in familiale verhoudingen maakt daarvan deel uit. Dit overheidsingrijpen kan zeer verstrekkend zijn. Wanneer het gaat om familiale verhoudingen is een spanning tussen rivaliserende belangen aanwezig. Tegenover het belang van bescherming van zwakkere partijen in de gezins- en familiesfeer staat het belang van een ieder om zijn privéleven naar eigen inzicht te kunnen inrichten. In welke mate moet het private belang van de autonomie van voormalige en aanstaande partners worden gerespecteerd, en wanneer moet de overheid in naam van het publieke belang van de bescherming van kinderen en de zwakkere partij interveniëren? Deze vragen spelen een rol in de discussie rond de vernieuwing van het (echt)scheidings(proces) recht. Een van de onderzoeken dat recentelijk van start is gegaan, heeft betrekking op het verplichte ouderschapsplan ter regulering van de gevolgen van (echt)scheiding voor de daarbij betrokken minderjarige kinderen.

2.2. COMPULSORY PARENTAL PLAN: HIT OR MISS?

Promovenda: Marit VAN DER LANS*
Promotores: Masha ANTOKOLSKAIA
Lieke COENRAAD
Bert NIEMEIJER**

2.2.1. RESEARCH TOPIC

Introduction

On March 1, 2009 the Act on Promoting Continuation of Parentage after Divorce and Responsible Divorce (*Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding*) entered into force.¹ The most important innovation brought about by this Act is the introduction of a compulsory parental plan, containing agreements between parents on the consequences of their divorce or separation with regard to their children. This measure is unique in Europe. Firstly, this parental plan is not only compulsory for parents who dissolve their marriage or registered partnership,² but also for separating parents in informal, non-institutionalised relationships.³ Secondly, according to the *text* of the new Act, a parental plan is a compulsory prerequisite of both a joint and a unilateral petition for divorce.

The purpose of the compulsory parental plan is to improve the execution of joint parental responsibility after divorce. This objective is generally acknowledged, however one can question the effectiveness and proportionality of a compulsory parental plan as a means of attaining this objective. This compulsory parental plan has been introduced against the recommendations of advisory bodies and the academic community, without any preparatory research on its effectiveness, proportionality or contemplation of alternatives used in other countries. This leads to several fundamental questions. In the first place, there is no clarity whether a compulsory parental plan is suitable at all for reaching the stated objective:

* Mr. M.L. van der Lans is promovenda bij de afdeling Privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam.

** Prof. dr. M.V. Antokolskaia is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen- en familierecht, bij de afdeling Privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam. Dr. L.M. Coenraad is universitair hoofddocent privaatrecht bij de afdeling Privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam. Prof. dr. E. Niemeijer is bijzonder hoogleraar empirische rechtssociologie bij de afdeling Rechtstheorie en Rechtsgeschiedenis van de Vrije Universiteit Amsterdam.

1 *Staatsblad* 2008, 500; *Staatsblad* 2009, 56.

2 Both forms of relationships are further referred to as 'marriage', participants thereof as 'spouses' and dissolution thereof as 'divorce'.

3 All three groups of parents are further referred to as divorced parents, unless specified otherwise.

improvement of the execution of joint parental responsibility after divorce. In the second place, there is no evidence that this measure is the most effective and proportional compared to the possible alternatives (e.g. positive stimulation of making a parental plan). One can also doubt the legal quality of a compulsory parental plan (e.g. compatibility with the fundamental principles of access to court and freedom of contract), and the clarity and consistency of the legal rules.

Therefore, the main objectives of this multi-disciplinary – legal, legal-comparative and socio-legal – PhD project will be to examine the legal quality, effectiveness and proportionality of the recently introduced compulsory parental plan, as compared to alternative measures, and to explore the possibilities of producing a proposal for the most effective and most proportional legislation of high legal quality aimed at improving the execution of joint parental responsibility after divorce.

Social and political legal framework

The compulsory parental plan has been introduced in the hope that this measure would solve urgent problems of execution of joint parental responsibilities after divorce. The problematic nature of post-divorce parenting in the Netherlands affects, roughly estimated, between 550.000 and 900.000 children.⁴ The negative impact of divorce on children increases greatly when parents run into conflicts about the consequences of their divorce.⁵ Around 30% of ‘children of divorce’ have been monitored, and have problems like depression, aggression, delinquency, ‘high risk’ behavioural habits and poor school performance.⁶

In order to ensure equality for the parents after divorce, the majority of European countries grant divorced parents joint parental responsibilities. Since 1998 in the Netherlands, joint parental responsibility in principle continues automatically after divorce. This automatic continuation of joint parental responsibility solved the problem of legal inequality of the parent who does not reside with the child (in more than 85% of the cases – the father),⁷ but the problem of factual inequality remained.⁸ The parent who resides with the child (in more than 90% of the cases – the mother) can effectively frustrate execution of parental rights by the other parent. Vesting divorced parents with equal legal rights, joint parental responsibility means that these parents are supposed to decide together upon all important child matters. Automatic continuation of joint parental responsibility after divorce, ir-

4 E-Quality, *Nieuwe gezinnen. Scheidingen en de vorming van stiefgezinnen*. Den Haag, 2008 p. 35.

5 A.P. Spruijt et al., *Het verdeelde kind*, Den Haag: Raad van de Kinderbescherming 2002.

6 A.P. Spruijt, *Scheidingskinderen*, Amsterdam: SWP 2007, p. 21-23.

7 Spruijt 2002, p. 28.

8 Even after 1998 around 20% of children of divorced parents have no contact with the parent with whom they do not reside. A.P. Spruijt, ‘Kinderen in het echtscheidingsrecht. Overwegingen vanuit sociaal-wetenschappelijk onderzoek’, in M.V. Antokolskaia (ed.), *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap*, Amsterdam: SWP 2006, p. 196.

respective of the wishes of the parents and their ability to communicate with each other, means that also parents who are no longer on speaking terms, need each other for taking decisions regarding their child. As such parents are mostly unable to reach an agreement on child matters, they have to resort to court every time they need to take a decision. Therefore, joint parental responsibility in these cases, may in fact turn into an empty shell which merely leads to an increase of the conflict.

Persisting problems with the execution of joint parental responsibility after divorce forced a search for means of improvement. Successful experiments with mediation have empirically proven that agreements reached by the parents themselves not only helped to improve their communication, but are also more frequently adhered to by these parents than judicial decisions imposed upon them.⁹ It is with this background that the idea of a compulsory parental plan was conceived. The following step was to think of the most appropriate way of its legal implementation. At this stage the politicians have chosen for the – easiest – total approach: to compel *all* divorcing parents to present a parental plan as a precondition for filing a divorce petition. Thereby, no consideration has been given to the fact that the group of divorcing parents is highly diverse. This group can be roughly divided into three subgroups, depending on the level of communication problems: zero, low or high. It has been suggested that the effectiveness and proportionality of the compulsory parental plan will be different with regard to each of these groups.¹⁰

Legal framework

Doctrine: state of the art

The compulsory parental plan has been introduced without much foundation in (legal) research. The only legal research that has been commissioned by the Ministry of Justice with regard to the compulsory parental plan is a piece of comparative research on arrangements regarding children made during separation of unmarried or unregistered parents, carried out by the main applicant L.M. Coenraad and co-applicant M.V. Antokolskaia.¹¹ Furthermore, the consequences of automatic continuation of joint parental responsibilities have been analysed in two recent dissertations.¹² The compulsory parental plan was in both studies no more than a rather marginal sub-issue. In addition, between 2004 and 2009 a number of articles appeared, in which numerous objections against a compulsory parental

9 B.E.S. Chin-A-Fat & M.J. Steketee, *Bemiddeling in uitvoering. Evaluatie Experimenten Scheidings- en Omgangsbemiddeling*, Utrecht/Amsterdam: Verwey-Jonker Instituut/VU Amsterdam 2001, p. 132-136.

10 M.V. Antokolskaia, 'Administratieve echtscheiding vanuit nationaal en internationaal perspectief', in Antokolskaia 2006, p. 56-58.

11 M.V. Antokolskaia & L.M. Coenraad, *Afspraken met betrekking tot kinderen bij scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2006.

12 C. van Rooijen, *Scheiden zonder vrijheid: is gezamenlijk ouderlijk gezag na echtscheiding in het belang van het kind?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007; C.J. de Boer, *Joint Parental Authority*, Antwerpen: Intersentia 2008.

plan were put forward both by scholars and practitioners. In legal literature the idea of a parental plan as such is generally appreciated. However, the compulsory nature was subjected to heavy criticism.¹³ The main points of criticism were: the problematic compatibility with article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR), the questionable validity of contracts concluded under threat of non-acceptance of divorce petition, the poor embedment of mediation, manifold procedural problems and the doubts with regard to the effectiveness and proportionality of the measure.

Legislation: state of the art

The idea of a compulsory parental plan does not come from doctrine but from politics. In 2004 this idea was incorporated into a Bill of the then MP Luchtenveld, which was finally rejected by the Senate in 2006.¹⁴ Parallel to Luchtenveld's Bill, in 2005 the compulsory parental plan became the core of the Governmental Bill which was accepted by the Parliament and entered into force on March 1, 2009.

According to the new law, the parental plan is required in case of terminating all kinds of relationships: marriages, registered partnerships and even informal relationships. The plan should minimally include the arrangements with regard to the care and education of the child, including arrangements concerning the consultations and exchange of information between the parents. A parental plan should further contain provisions on financial contributions of the parents to the costs of child care and child education.

The most debated aspect of the compulsory parental plan is that it is – at least according to the text of article 815 of the Dutch Code of Civil Procedure – required even in case of a unilateral divorce petition. This requirement is introduced out of fear that if filing a unilateral divorce petition would be allowed without a parental plan, many divorcing couples would opt for this route in order to avoid the require-

13 M.V. Antokolskaia, 'De voorstellen tot hervorming van het echtscheidingsrecht: naar de vorm modern, naar de inhoud een stap terug', *WPNR* 2005 (6636), p. 740-741; C. Forder, 'Kroniek van het personen- en familierecht', *NJB* 2005, p. 1665-1667; L.M. Coenraad, 'Scheiden: administratief of rechterlijk? Het wetsvoorstel Luchtenveld is nog niet rijp', *TCR* 2006, p. 1-5; S.F.M. Wortmann, 'Over administratief scheiden en "ouderschapsconflicten"', *WPNR* 2006 (6656), p. 156-162; Y. Quispel, 'De wenselijkheid en mogelijkheid van echtscheiding zonder rechterlijke tussenkomst na de "val" van Wetsvoorstel Luchtenveld', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2006, p. 280; P. Vlaardingebroek, 'Echtscheiding, ouderschap en voortgezet gezag', in Antokolskaia 2006, p. 156-176; L.M. Coenraad, 'Procederen over het voortgezet ouderschap', in Antokolskaia 2006, p. 60-100; B.E.S. Chin-A-Fat 'De Rol van Mediation in het nieuwe echtscheidingsrecht', in Antokolskaia 2006, p. 100-115. Recently: J.C.E. Ackermans-Wijn & G.W. Brands Bottema, 'De invoering van het ouderschapsplan: goed bedoeld, maar slecht geregeld', *Trema* 2009/2, p. 45-53.

14 Bill of the Act on Dissolution of Marriage without Judicial Intervention and on Embodying in Legal Form the Continuation of Parentage after Divorce. *Kamerstukken I* 2005/06, 29 676, nr. A (*Voorstel voor de Wet Beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap*).

ment of making a parental plan. As article 6 ECHR requires that access to court may not be obstructed, an escape clause had to be introduced: the divorce petition can be accepted without a parental plan, when the parties ‘cannot be reasonably expected’ to produce a parental plan within a ‘reasonable time’. However, there is no clarity regarding the interpretation of the terms ‘not reasonably possible’ and ‘within a reasonable time’.

During the parliamentary debates in the Senate it appeared that many senators had great problems with this rather ambiguous way of safeguarding such a fundamental right like the right of access to court.¹⁵ As the Senate was about to reject the Bill, the Minister of Justice ensured the senators that ‘the parties will always have resort to a unilateral petition for divorce’ and that a unilateral petition will never be declared unacceptable due to the failure to produce a parental plan.¹⁶ It is rather unclear whether these words of the Minister mean that the spouses, who *first* applied for divorce *jointly* but failed to present a parental plan, always can resort to a unilateral petition for divorce for which *in such a case* no parental plan is required. Or does the Minister mean that a parental plan is not required even if the procedure *is initially started* by a *unilateral* divorce petition? As a result of this political move it is no longer clear whether the obligation to present a parental plan also covers the unilateral divorce petition.

Another problem that has been discussed extensively in Parliament dealt with the amendment of a parental plan after its conclusion. Since children get older and circumstances constantly change in their lives and in those of their parents, it is clear that parental plans can never be made once and forever during the dissolution of marriage. However, there is no clarity as to in which way a parental plan can be amended after divorce.

Since under the Dutch legal system district courts and courts of appeal cannot ask the Supreme Court to give a prejudicial ruling, lower courts are forced to give their own interpretations to legal rules. This somewhat uncoordinated search for interpretation on the part of these courts can easily lead to a lasting period of dissimilar and contradictory case law. Short-term relief is to be expected from the revised Procedural Regulation on Divorce (*Procesreglement Scheiding*) and, in the mid-term of 2-3 years, from the decisions of the Supreme Court. In 3-4 years the evaluation of the new law by the Ministry of Justice is to be expected which might result in an amendment providing necessary clarification.

15 Including the senators of the Minister’s of Justice own political party CDA. *Handelingen I*, 2008/09, 30 145, nr. 8, p. 392-393.

16 *Handelingen I*, 2008/09, 30 145, nr. 8, p. 402-404 (translation provided by the author).

2.2.2. RESEARCH QUESTIONS AND APPROACH

As follows from the abovementioned, this multi-disciplinary PhD project has two objectives:

- To examine the legal quality, effectiveness and proportionality of the recently introduced legal measure of a compulsory parental plan as compared to possible alternative measures;
- To explore the possibilities of producing a proposal for the most effective and most proportional legislation of high legal quality, aimed at improving the execution of joint parental responsibility after divorce.

Legal quality of the measure of a compulsory parental plan means that it meets various legal requirements. The most important one is legality and compliance with fundamental legal principles and international law. Other criteria are: harmony with other rules, simplicity, precision, clarity, consistency, accessibility and subsidiarity.

The *effectiveness* of the measure of a compulsory parental plan concerns the degree to which the measure is actually able to achieve its goals. It requires a clear relation between goals and means of the measure. It addresses the question how the measure will work under a given legal context with regard to various groups of parents with zero, low or high level of communication problems.

The *proportionality* of the measure of a compulsory parental plan is the third yardstick. It deals with the magnitude and intrusiveness of the measure: the compulsory plan should be in proper balance with its stated objective, i.e. improving the execution of joint parental responsibility after divorce.

In this light the research will focus on the following five research questions:

1. How can the *legal quality* of the introduced compulsory parental plan be estimated?
2. To what extent is a compulsory parental plan an *effective* measure?
3. To what extent is a compulsory parental plan a *proportional* measure?
4. What are possible *alternative solutions*?
5. What is the *best measure* for an optimal execution of joint parental responsibility after divorce?

In order to reach the stated objectives and to answer the research questions, both theoretical and practical legal dimensions as well as psycho-social implications of the compulsory parental plan need to be studied. Therefore, this PhD research will be based upon a multidisciplinary approach. The research will consist of four parts. In part 1 the Dutch legal regulation of the compulsory parental plan – its legal quality in particular – will be examined. In part 2 alternatives to the compulsory pa-

rental plan will be surveyed and scrutinised. This part will be centred on the legal quality, effectiveness and proportionality of the alternative measures. In the light of the results of part 2 on the alternative measures, part 3 will contain research, of both a theoretical and an empirical nature, into the effectiveness and proportionality of the Dutch measure of a compulsory parental plan. In part 4 the legal quality, effectiveness and proportionality of the compulsory parental plan will be compared with the legal quality, effectiveness and proportionality of the previously considered alternatives. On the basis of this analysis, the final conclusions and – eventually – a proposal for a new regulation will be formulated.

Part 1. Compulsory parental plan: the unique dutch solution

This first part will comprise a study into the legal issues of the compulsory parental plan in the Netherlands. The research will commence with the scrutiny of the (parliamentary) history and legal-political background of the introduction of the compulsory parental plan. Subsequently the objective of the introduction of the compulsory parental plan – the improvement of the execution of joint parental responsibility after divorce – will be dealt with. Therefore the current problems with the execution of parental responsibility after divorce will be scrutinised. In order to answer research questions 2 and 3 – in part 3 – special attention will be given to analysing the relation between the aforementioned objective and the measure employed for its achieving: the compulsory parental plan. This part of the research will be based on studying parliamentary history and literature.

Part 1 will continue with exploring the legal quality of the measure of the compulsory parental plan in order to provide an answer to research question 1. Therefore the legality and accordance with legal principles and international law will be comprehensively examined. The compliance of a compulsory parental plan with two fundamental legal principles – the right of access to court and the freedom of contract – will be analysed. Important issues to be explored are the questions of whether or not the (questionable) requirement to present a parental plan as a precondition for filing a unilateral divorce petition is in compliance with the right of access to court protected by article 6 ECRM; and whether the compulsory nature of a parental plan does not jeopardise the validity of the agreements incorporated into it.

Subsequently the harmony with other rules, simplicity, precision, clarity, consistency, accessibility and subsidiarity of the regulation governing the compulsory parental plan will be examined. Thereby, the research will focus on issues which are considered unclear under the new law e.g.:

- Whether or not a compulsory parental plan is required in case of a unilateral petition for divorce?
- Which interpretation should be given to the terms ‘not reasonably possible’ and ‘within a reasonable term’ when deciding upon admissibility of a divorce

petition without a parental plan on the ground that making a parental plan within a reasonable time was not reasonably possible?

- In what way can a parental plan be amended after divorce?

This research will be based on a theoretical multidisciplinary legal research in family, human rights and contract law and will comprise examining the statutes, parliamentary history, literature, and case law of the European Court of Human Rights. The study will also include a case law study and interviews with judges and legal practitioners aimed at detecting the ambiguities and inconsistencies of the new law on the compulsory parental plan. On the basis of this research suggestions to detected ambiguities and inconsistencies of the current regulation will be formulated.

Part 2. Search for best practices: a legal-comparative approach

A compulsory parental plan is only one of the measures aimed at the improvement of the exercise of joint parental responsibility after divorce. Research on alternative measures could lead to insights regarding the effectiveness and proportionality of measures in general which can also be used in the following part 3 on the effectiveness and proportionality of the Dutch measure of a compulsory parental plan. For this reason research question 4 on possible alternative solutions will be first addressed in this second part, before research questions 2 and 3 will be answered in part 3 of this research.

This second part will consist of two subparts:

In subpart 1 alternative measures for improvement of the exercise of joint parental responsibility after divorce as developed in *Dutch* literature and legal practice – such as mediation – will be delineated and analysed on the basis of legal literature, case law and relevant empirical studies.

In subpart 2 *legal-comparative research* will be conducted regarding alternative measures. This legal-comparative research will consist of two steps:

- 1) The first step will include a pilot study of the legal measures for improvement of the exercise of joint parental responsibilities after divorce in other European countries. Therefore, the 22 *CEFL*¹⁷ National Reports on Parental Responsibilities¹⁸ will be analysed. The objective of this scrutiny is to uncover and examine the alternatives to the compulsory parental plan for improvement of the exercise of joint parental responsibility after divorce.

17 The CEFL – Commission on European Family Law – is an academic initiative, uniting scholars from 22 European jurisdictions. The objective of the CEFL is comparative research-based elaborating of non-binding model Principles for Europe for various fields of family law. Co-applicant Antokolskaia is a member of the CEFL.

18 K. Boele-Woelki, B. Braat & I. Sumner (eds.), *European Family Law in Action, Volume 3: Parental Responsibilities, European Family Law Series*, No. 9, Antwerpen: Intersentia 2005.

2) A close-up study of two (or three) selected jurisdictions. On the basis of the data collected in the first step, two (or three) jurisdictions will be selected for close up study. The selection will be made on the ground of the following criteria:

- Probable effectiveness and proportionality of the measures in question;
- Compatibility of the measures with the Dutch legal system;
- Availability and accessibility of legal sources and other information.

In the close up study the measures employed to improve the exercise of joint parental responsibility after divorce in the selected jurisdictions will be examined. Both law in the books and law in action will be taken into consideration. Firstly, legal literature and case law on the alternative measures will be studied, with special attention for legal quality, effectiveness and proportionality of the measures. Secondly, relevant empirical studies on effectiveness and proportionality will be collected which can be used both in this second part and the following third part of this PhD research. Furthermore, working visits to the selected countries will take place in order to complete literature and case law study and to interview academics and practitioners.

Part 3. Effectiveness and proportionality: theoretical and empirical research

This third part will focus on the effectiveness and proportionality of the Dutch measure of the compulsory parental plan. An exploratory theoretical and empirical research will be conducted in order to provide an answer to research questions 2 and 3. Insights and opinions regarding the effectiveness and proportionality of the alternative measures, examined in part 2, might be of use in answering the questions on the effectiveness and proportionality of the measure of the compulsory parental plan.

Also this third part of the research will consist of two steps:

1) The first step will entail an exploratory theoretical study, consisting of:

- A study of relevant – both national and international (see part 2) – empirical and theoretical literature on effectiveness and proportionality of measures in general and of measures regarding post-divorce parentage in particular. Special attention will be given to the influence of compulsion in combination with a total approach (i.e. applicability to *all* divorcing parents) on the effectiveness and proportionality of measures.
- Uncovering and analysing the social assumptions on the basis of which the *Dutch legislator* has come to the idea of introducing a compulsory parental plan. Therefore a study of parliamentary history and public debate will be conducted. The results of this will be confronted with the results of the aforementioned literature study.

2) The second step will include an exploratory empirical study, consisting of semi-structured oral interviews with professional parties. A questionnaire will be developed in order to evaluate the above considered social assumptions and to obtain indications as to the effectiveness and proportionality of the compulsory parental plan with regard to four distinct groups of parents:

- Divorced parents under obligation to make a parental plan *without problems* in making arrangements regarding children (representatives of this group can be indicated by making alternate residence arrangements)
- Divorced parents under obligation to make a parental plan *with irredeemable problems* in making arrangements regarding children (representatives of this group can be indicated by failing to make a compulsory parental plan and seeking resort to the escape clause).
- Divorced parents under obligation to make a parental plan *with some problems* in making arrangements regarding children (rest category)
- Control group: divorced parents with *no obligation* to make a parental plan (applied for divorce before the legal obligation to make a parental plan was introduced).

Therefore interviews with professionals will be held about their relevant experience with regard to each of the aforementioned groups of parents. The following groups of professionals will be addressed:

- Judges (n=40);
- Lawyers/Mediators (n=40);¹⁹
- Mediators (non lawyers, such as psychologists, social workers etc.) (n=20).

Subsequently, the results of the interviews will be analysed in order to draw conclusions with regard to the plausibility of the social assumptions and obtain indications of the degree of effectiveness and proportionality of the measure of a compulsory parental plan.

Part 4. Final conclusions and proposals: search for the best measure

In the last part, the data collected in the previous parts will be used in order to reach the stated research objectives and answer the final research question 5. Therefore, the effectiveness and proportionality of the compulsory parental plan examined in part 3 will be compared with the effectiveness and proportionality of the selected alternative measures studied in part 2. In this way, the most effective and proportional legal measure will be selected. On the basis of this analysis and taking into the consideration the conclusions from the part regarding legal quality of the compulsory parental plan, the final assessment of this measure will be made. Building

¹⁹ The lawyers will be selected in such a manner that half of them are both a lawyer and a mediator.

Lopend onderzoek

upon this assessment, a possible proposal for Dutch legislation as to the most effective and most proportional measure of high legal quality, aimed at improving the exercise of joint parental responsibility after divorce, will be elaborated.

3. BALANS VIA REGULERING EN ORGANISATIE VAN DE SEMI-PUBLIEKE SFEER

3.1. TOELICHTING OP HET DEELPROGRAMMA

Binnen dit deelterrein van het onderzoeksprogramma dat in het VU CLG wordt uitgevoerd, wordt door publiek- en privaatrechtjuristen gezamenlijk onderzoek gedaan naar de balans tussen private en publieke belangen die betrokken zijn bij de taakuitoefening door maatschappelijke organisaties. Hieronder worden begrepen private organisaties die een publieke taak behartigen, de zogenoemde hybride organisaties. Dit zijn private organisaties die bekleed zijn met overheidsbevoegdheden of een andere wettelijke publieke taak en private organisaties die deel uitmaken van het gesubsidieerde maatschappelijk middenveld (woningcorporaties, ziekenhuizen, onderwijsinstellingen). Naast hybride organisaties zijn ook andere maatschappelijke organisaties (kerkgenootschappen, goedgebedoelen-instellingen) voorwerp van onderzoek.

Een belangrijk aandachtsgebied is de borging van publieke belangen bij semi-publieke en maatschappelijke organisaties. Hoe kan de overheid deze organisaties het beste faciliteren met het oog op deze belangen? Daarbij speelt ook de vraag hoe de spanning met private belangen te reguleren. Bij commerciële instellingen met een publieke taak ligt de spanning met private belangen vooral in het streven naar winstmaximalisatie; bij het gesubsidieerde maatschappelijk middenveld gaat het vaak om de spanning met gewenste keuzevrijheid van de instelling (subsidiariteit). De invalshoek is primair organisatierechtelijk: hoe zou het privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonenrecht zich moeten ontwikkelen, mede vanuit Europeesrechtelijk perspectief? Een van de gevaren is dat de publieke belangen worden verwaarloosd. Borging van publieke belangen kan plaatsvinden door gebruik van algemene *good governance*-instrumenten binnen het vennootschaps- en rechtspersonenrecht (intern toezicht, openbare verslaglegging, verantwoording), door statutaire voorzieningen, maar ook door bijzonder-wettelijke organisatie-rechtelijke voorzieningen.

Op dit deelgebied is ook de doorwerking van het Europees recht een belangrijk voorwerp van aandacht. 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.

Eén van de belangrijke actuele Europeesrechtelijke ontwikkelingen in dit deelgebied is de Dienstenrichtlijn, die vóór 28 december 2009 door de wetgever moest zijn geïmplementeerd. Recentelijk is een onderzoek gestart dat betrekking heeft op de implementatie van deze richtlijn. Deze richtlijn is bedoeld om de opheffing van de belemmeringen die de ontwikkeling van het dienstenverkeer tussen de lidstaten in de weg staan te bewerkstelligen. De richtlijn is van toepassing op 'diensten', maar de vraag is om welke activiteiten van organisaties het daarbij precies gaat. Welke overheidsactiviteiten worden erdoor geraakt? Wanneer zijn de in de richtlijn opgenomen uitzonderingen voor niet-economische activiteiten van algemeen belang en werkzaamheden ter uitoefening van openbaar gezag van toepassing? De richtlijn is van toepassing op diensten van algemeen economisch belang, tenzij een specifieke uitzondering deze toepasselijkheid voorkomt. Wat is een dienst van algemeen economisch belang? Vragen als deze zijn van groot belang voor een goede implementatie van de Dienstenrichtlijn in de wetgeving en voor activiteiten van private en publieke organisaties.

3.2. THE SERVICES DIRECTIVE: EXPERIMENT FOR THE IMPLEMENTATION OF HORIZONTAL DIRECTIVES

Promovenda: Marleen BOTMAN*

Promotor: Elies STEYGER**

3.2.1. RESEARCH TOPIC

In March 2000 the European Council set out a new strategy to modernise Europe, which became known as 'the Lisbon Strategy'. The aim of the Lisbon Strategy is to make the EU 'the most dynamic and competitive knowledge-based economy in the world capable of sustainable economic growth with more and better jobs and greater social cohesion, and respect for the environment by 2010'.

An important part of the Lisbon Strategy is the completion of the internal market. As services form an integral and substantive part of the internal market, accounting for between 60 and 70% of economic activity in the European Union, specific attention was paid by the Commission to the removal of internal market barriers to services. Such barriers include, for example, the number of authorisations

* Mr. M.R. Botman is promovenda bij de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam.

** Prof. dr. E. Steyger is hoogleraar Europees bestuursrecht bij de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam en advocaat bij Holla Poelman van Leeuwen advocaten te Den Bosch.

required, the length and complexity of administrative formalities, discretionary powers of local authorities and the fact that businesses are often asked to comply again in the countries where they want to operate with the same formalities they have already fulfilled in their Member State of origin. Also barriers maintained by private organisations providing services should be removed. Research showed that the existing Treaty provisions and the jurisprudence of the European Court of Justice were not sufficient to remove these barriers.¹ For this reason, the Commission chose to create a Directive with which a gradual and coordinated modernisation of the national legislation on services would come about, thus achieving a true European internal services market.

The Services Directive² entered into force on 28 December 2006. The provisions of the Directive aim to simplify administrative procedures, remove obstacles for services activities as well as enhance both mutual trust between Member States and the confidence of providers and consumers in the Internal Market. The Directive had to be implemented by all Member States within three years, i.e. before 28 December 2009. The Directive not only requires Member States to take concrete legislative measures, but also asks them to put into place a variety of practical measures such as points of single contact for service providers, electronic procedures and administrative cooperation. It also introduces innovative tools, such as the review of national legislation and the process of mutual evaluation. Because of this broad spectrum of required measures, the implementation of the Directive can by far be seen as a simple task. Furthermore, the Directive requires from the member states to remove the barriers and discriminatory practices maintained by private parties, so as to achieve not just an internal service market for service-providers, but also for recipients of services. To effectuate these obligations the introduction of legislation alone may not be enough. A much more active attitude may be required, and not just administrative law, but also civil law may be affected.

Since the scope of the Services Directive is horizontal (which means it harmonises the requirements for providing services in general instead of imposing demands on specifically identified services) and thus very broad, the question of whether effective implementation is feasible and how it may be achieved, addresses not just the Services Directive itself, but also the implementation of other potential horizontal Directive, which may be adopted in the wake of the Services Directive.

This research aims to analyse what the Services Directive means to Dutch administrative and if necessary civil law, how it could and should be implemented in the Netherlands, which difficulties can be expected during the implementing process

1 Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the state of the internal market for services presented under the first stage of the Internal Market Strategy for Services, COM/2002/0441 final.

2 Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Services in the Internal Market, OJ L376 of 27.12.2006.

and how those difficulties could be solved. From there the purpose is to generalise its conclusions, so as to develop a framework for implementation for horizontal directives in general.

This research will confine itself mainly to the Netherlands, because the framework mentioned cannot be a framework for all other member states. Nevertheless, because some member states do have legal systems with a certain similarity with the Dutch system, legal comparisons may be in order.

3.2.2. RESEARCH QUESTIONS AND APPROACH

The researcher will seek an answer to the following main questions:

*1. How can the Services Directive be understood in the light of the existing *acquis communautaire*, more specifically the EC-Treaty and the jurisprudence of the European Court of Justice? To what extent is the Directive changing the existing ideas about community legislation? To what extent do the exception clauses included in the Directive weaken the Directive itself and how should these be interpreted?*

The researcher will assess the current debate about the codificational character of the Services Directive and analyse the goal and necessity of the Directive in the light of the current development of the services market. A classical legal research method will be applied: the analysis of existing legal resources (treaties, case law, literature), to understand the position of the Directive in the light of that existing legislation. Through the analysis of literature, the development of the European treaties and case law, the changes the Directive brings to the existing *acquis communautaire* will be evaluated, as well as how those changes can be understood and whether they are suitable to achieve the goal of the Directive.

2. The second point of research is the scope of the Services Directive. Does it do justice to the concept of a service? Does the Directive also apply to the distribution of goods? Is the Directive applicable in purely internal situations? What is the position of the 'services of general (economic) interest'? How will the legislation which falls within the scope of the Directive be addressed in the Netherlands? How will the Dutch screening process of this legislation be executed?

This question aims to clarify the lingering uncertainties expressed in legal documents and legal literature concerning the scope and thus the effects of the Directive. This clarification is necessary to decide on the correct implementation of the Directive while taking into account Dutch theories on implementation of Directives in general. To answer the question, relevant European and national legal documents will be reviewed, as well as case law and literature, thereby using a

classical legal research method, to analyse the difficulties that arise in determining the scope of the Services Directive. More specifically, attention will be given to the question of whether the Directive also applies to the distribution of goods and the place of 'services of general interest' within the framework of the Directive. The screening process of existing legislation of the Netherlands, as prescribed by the Directive, will be researched and evaluated, not just as an instrument to implement certain provisions of the Directive, but also to unearth the Dutch political vision on the legal scope of the Directive.

3. What obligations, both material and procedural, does the Services Directive impose on the Member States?

By studying the Services Directive and the underlying explanatory documents will be analysed what obligations the Directive imposes on the Member States. The researcher will assess the character of the different obligations and evaluate the purpose of those obligations within the framework of the Directive. To do so, both legal as political underlying documents to the Directive will be analysed, as well as relevant legal literature. An analysis will be made of which obligations can be dealt with through legislation and which obligations must be effectuated by other actions such as action of the member state itself, or facilitating private parties to comply with the obligations through either self-imposed measures or specific enforcing measures.

4. How will the Netherlands comply with the obligations of the Services Directive? To what extent will the General Administrative Act (Algemene wet bestuursrecht) have to be adjusted? Will an Act regarding general provisions for services be introduced and what will be its scope? What more implementing measures does the Dutch government plan to take? Will the implementation scheme as introduced by the Netherlands be sufficient?

To answer this question, it will be analysed to what extent the Dutch legislation already complies with the Services Directive, and to what extent implementing measures are necessary to bring the Dutch legislation in compliance with the Directive. Specific attention will be given to the obligation to minimize the requirements of licenses and the obligation to introduce the system of a *lex silencio positivo* (which introduces the system of licences supposed to be granted if the administration fails to decide on the application). The researcher will analyse the proposed implementing measures of the Dutch Government and evaluate whether those measures are sufficient to correctly implement the Directive in the light of the analysis made with regard to the answer to research question 3. This part of the research will be a continuing process, as during the project implementation measures will be taken as well by the legislator as private parties.

5. What is the meaning of the Services Directive to the Dutch local authorities? What are the specific problems local authorities have to deal with in connection with the Directive? How can the problem of selective effect be dealt with? What role does the Dutch central government play here?

Literature has already concluded that the Services Directive does not pay sufficient attention to the role of local authorities in the implementation and application of the Directive. The question therefore arises whether the Directive entails specific problems for local authorities that have been disregarded in the community legislative process and how to solve these problems in the national implementation. To answer this question, the researcher will analyse which elements of the freedom of services local authorities are mostly confronted with and evaluate whether the Directive influences those elements. Furthermore, the researcher will assess whether the implementing measures have to be taken on a local level. Apart from literature and case law, use may be made of the information that has been gathered by the platform Europa Decentraal and the screening process by VNG.

6. To compare the questions the Dutch government faces to other member states the question how the Services Directive has been implemented in Germany will be addressed. What difficulties did the German Government foresee in advance of the implementation process? Are there differences between the assessment beforehand and how did these influence the implementation processes in Germany and the Netherlands? Is there a possibility to learn from or use different German methods to improve the Dutch implementing process?

The German assessment of how the Directive should be implemented and the subsequent legal steps will be analysed and compared to the Dutch assessment and implementation. This comparison is particularly relevant because Germany is one of the European countries besides the Netherlands that has a general administrative act, so one might expect a certain similarity. It is however not certain whether that is the case. As the Services Directive is one of the first horizontal directives applicable on such a large scale, a comparison is necessary not just to discover whether different legislative techniques can both be compatible with the Directive but also to assess whether different attitudes beforehand lead to different solutions.

7. If it is possible within the time scheme, lastly an assessment will be made of the first application of the implementing measures and whether these measures may be regarded as sufficient to guarantee a correct and full application of the Directive. What is the progress in the application report to the European Parliament and Council?

The Services Directive has to be implemented before 28 December 2009. If the implementation period is not exceeded by the Dutch government, the period following the implementation deadline will show whether the implementation has been successful, and moreover, whether the Directive accomplishes the effects that it was created to accomplish. Member States will have to report about this application process to the European Parliament and the Council before 28 December 2011. If possible, the effect of the implementing legislation will be analysed and the effects of this legislation will be compared to the effects that the Directive was created to achieve. This research question is, however, dependant from the compliance to the implementation period of the Dutch government.

8. What overall conclusions can be reached from a research on a horizontal directive this broad? Can the implementation activities be converted into a legislative framework to implement other horizontal directives, especially with regard to the compliance of private parties? Are there any omissions which must be addressed?

In this conclusion the researcher will abstract from the Services Directive to see whether a first step to reach a theory concerning how a comprehensible framework can be constructed for the implementation of horizontal directives, with regard not just to the legal implementation (the legislative process) but, moreover, taking into account the effectiveness of horizontal directives with regard to private parties.

4. BALANS VIA REGULERING VAN PRIVATE MARKTEN

4.1. TOELICHTING OP HET DEELPROGRAMMA

Dit deelterrain van het onderzoeksprogramma dat in het VU CLG wordt uitgevoerd, ziet op de regulering van de balans tussen private en publieke belangen in vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen. De verwezenlijking van individuele private belangen raakt aan publieke belangen die de individuele rechtsverhouding overstijgen. Die publieke belangen worden vaak geborgd door publiekrechtelijke regulering die interfereert met regels van privaatrecht. Onderzoek op dit deelgebied richt zich op de inhoud van regulering waarmee bepaalde nadelige effecten van bepaalde activiteiten op een private markt worden afgeremd. Gedacht kan worden aan versterking van de positie van het 'zwakkere' rechtssubject (burger, werknemer, consument, midden- en kleinbedrijf), het opleggen van verplichtingen (bijvoorbeeld informatieplichten) aan de kant van het 'sterkere' rechtssubject, het in handen geven van instrumenten aan het 'zwakkere' rechtssubject (*empowerment*), de inrichting van het betreffende domein als zodanig (vergroten marktwerking, regulering, toezicht, handhaving), *multi-level* regulering (de impact van Europeesrechtelijke regulering op (onderdelen van) de nationaalrechtelijke regulering van het betreffende domein), de wisselwerking tussen publiekrechtelijke regulering en privaatrecht en vormen van zelfregulering.

Eén van de publieke belangen die op private markten wordt gereguleerd, is dat van het terugdringen van hoge maatschappelijke kosten die ontstaan door ziekte en arbeidsongeschiktheid. Degenen die door omstandigheden niet meer of in mindere mate in staat zijn arbeid te verrichten, hebben belang bij een vangnet. Werkgevers en/of degenen door wiens handelen de situatie is veroorzaakt alsook de samenleving hebben echter andere belangen die met het belang van zo'n vangnet kunnen rivaliseren. De maatschappij vangt benadeelden op allerlei manieren op, zowel in de publieke als in de private sfeer. Doordat niemand daarbij de regie lijkt te nemen, ontstaan marktdeficiënties die door middel van regulering kunnen worden opgevangen. Bij de beantwoording van vragen over de aard en inhoud van die regulering wordt geprobeerd een verbinding te leggen tussen het arbeidsrecht, het aansprakelijkheids- en (zorg)verzekeringsrecht, het burgerlijk procesrecht, het gezondheidsrecht en het sociaalezekerheidsrecht. Een onlangs gestart onderzoeksproject betreft de re-integratieverplichtingen van letselschadeslachtoffers. Daarbij is het de vraag wat de inhoud is en zou moeten zijn van de regels met betrekking tot aansprakelijkheden, aanspraken en verplichtingen van alle betrokken partijen (werknemer, werkgever, *laedens*, UVW) en of deze optimaal op elkaar zijn afgestemd.

4.2. OBLIGATIONS TO REHABILITATE: THE INTERACTION BETWEEN CIVIL LAW AND LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW

Promovenda: Marieke OPDAM*
Promotores: Arno AKKERMANS
Willem BOUWENS**

4.2.1. RESEARCH TOPIC

Introduction

When an employee becomes the victim of an accident or other event for which another party is liable, different areas of law are involved. Liability law provides the employee with a right to recover damage from the liable party. Labour law and social security law provide for an entitlement to continued payment of the employee's salary, or to a social security benefit. Such entitlements, however, come with obligations. For instance, an employee has the duty to mitigate damage, in so far as this can reasonably be required, and he has far-reaching obligations to rehabilitate into the workplace. These obligations originate from different areas of law and are not co-ordinated as regards content. This causes legal uncertainty.

Occupational disability and occupational rehabilitation

In order to achieve that sick employees return to gainful employment as soon as feasible, major legislative changes have been implemented in the area of labour law and social security law in the past few years.

Until 1996, employers were obliged to continue salary payments to sick employees during a relatively short period. Such obligatory continued salary payments were only supplementary in nature, as employees were also entitled to a benefit under the *Ziektewet* (Sickness Benefits Act), which was deductible from the salary. At the time, this Act only pertained to the first year on sick leave. After that, employees usually qualified for a full benefit under the *Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering* (WAO) (Invalidity Insurance Act).

In 1996, the division of the responsibility for income continuity during sick leave changed fundamentally with the introduction of the *Wet uitbreiding loondoorbeta-*

* Mr. M. Opdam is promovenda bij de afdeling Privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam.

** Prof. dr. A.J. Akkermans is hoogleraar privaatrecht bij de afdeling Privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam. Prof. dr. W.H.A.C.M. Bouwens is hoogleraar sociaal recht bij de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam.

*lingsplicht bij ziekte (WULBZ)*¹ (Obligation to Continue to Pay Wages (Extension) Act). This Act set the employers' obligation to continue salary payments at 52 weeks, but was especially significant because the *Ziektewet* was also amended. Since the introduction of the *WULBZ*, a sick employee is generally entitled to a benefit under the *Ziektewet* only when his employer is not (or no longer) obliged to continue salary payments. The primacy for income continuity during sick leave, therefore, has been shifted to the employer.²

The main objective underlying the introduction of the *WULBZ* was a reduction in the number of new invalidity benefit claimants. By making the employer primarily responsible over a longer period of time for his sick employees' income, the legislator intended to give a considerable financial incentive to promote an employee's rehabilitation into his own, an adapted, or suitable workplace, thus avoiding claims for invalidity benefits.³

As the legislative change generated insufficient effect in this respect, regulations increasing the employee's and employer's responsibility for the rehabilitation of incapacitated employees were introduced after 1996. Especially important was the introduction of the *Wet verbetering poortwachter (WVP)* (Eligibility for Permanent Invalidation Benefit (Restrictions) Act) per 1 January 2002.⁴ The purpose of this Act was to improve the rehabilitation achievements of both employer and employee.⁵ Primarily, it introduced a number of procedural obligations for the employer. In case of potential long-term absence, for instance, the employer is now required to open a file on the course of the employee's occupational disability; he is required to draft an action plan in consultation with the employee and the *Arbo-dienst* (occupational health and safety service) and periodically evaluate this plan. In addition, the *WVP* also introduced some substantive rehabilitation obligations in legislation. Pursuant thereto, the employer is obliged to take measures and give instructions as is reasonably necessary to enable the employee to perform his own work or other suitable work. If it is established that an employee can no longer perform his own work, and that there is no other suitable work for him in the employer's business, an employer is required to promote the employment of that employee in another employer's business (7:658a *BW* [Dutch Civil Code]).

1 *Staatsblad* 1996, 134.

2 W.J.P.M. Fase, *Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte*, Deventer: Kluwer 1996, p. 11; B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Sanders Instituut 1999, p. 52; C.F. Sparrius, *De verantwoordelijkheidsverdeling voor de inkomensbescherming van zieke werknemers* (diss. Amsterdam VU), Maastricht: Skaker Publishing BV 2001, p. 104; I.P. Asscher-Vonk et al., *De zieke werknemer*, Deventer: Kluwer 2007, p. 108.

3 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 1-3.

4 *Staatsblad* 2001, 628.

5 B. Barentsen & J.M. Fleuren-Van Walsem, *Wet verbetering poortwachter*, Deventer: Kluwer 2002, p. 11.

The *WVP* does not only impose obligations on the employer; the employee has clearly been made co-responsible for his own rehabilitation. He has to adhere to reasonable rules and regulations imposed by the employer, *Arbo-dienst*, or rehabilitation agency, cooperate in rehabilitation measures taken by the employer, and is required to perform suitable work offered by the employer (article 7:660a *BW*). This notion entails more than work previously agreed upon. Suitable work means work for which an employee is capable and competent, unless the performance of such work cannot be required for reasons of a physical, mental, or social nature.

Should the *employer* fail to comply with his obligations under the *WVP*, the *UWV* (Employee Insurance Agency) will extend the period the employee is entitled to continued salary payments with a maximum of 52 weeks. Should the *employee* fail to comply with the obligation to cooperate in his own rehabilitation, his entitlement to continued salary payments will lapse, he faces dismissal, and the *UWV* may, fully or partially, refuse to pay the benefit entitlement under the *WAO*.

The *WVP* was an important step in the legislative process, more closely defining the principle ‘work above income’. Subsequent legislation introduced the *Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte (WVLZ)*⁶ (Act on the continuation of pay during illness), which extended the employer’s obligation to continue salary payments from one to two years; and replaced the *WAO* by the *Wet Werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA)*⁷ (Work and Income according to Labour Capacity Act), in which the rehabilitation obligations for both employer and employee have again been tightened up.⁸

Since then, the *WVP* has been evaluated. This evaluation has shown that ‘since the introduction of the *WVP*, substantial volume effects on health-related absenteeism and the number of new invalidity benefit claimants have indeed been achieved’. The evaluation found that, even though it is difficult to establish exactly to which degree the *WVP* has contributed to the reduction in the number of new claimants, it is obvious that the *WVP* has had a positive effect. It also showed that the objectives of the *WVP* have been more than met, and that it has proved to be effective. ‘The *WVP* has given a powerful impulse to the timely approach of health-related absenteeism and rehabilitation by work organisations, and with that to the actual reduction of health-related absenteeism and the number of new invalidity benefit claimants.’⁹

6 *Staatsblad* 2003, 555.

7 *Staatsblad* 2005, 572.

8 B. Barentsen, *Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen*, Deventer: Kluwer 2006.

9 *Kamerstukken I* 2005/06, 27 678, nr. A.

Liability and the duty to mitigate

If the illness of the employee was caused by an accident or event for which another party is liable, the employee will also have to deal with the liable third party. From that liable party, the employee can recover the part of his damage not compensated by the continued salary payments and a possible WIA-benefit.

In liability law full compensation of damage comes first. In addition, the principle is that the culprit takes the victim as he finds him. A specific mental or physical condition provides no ground for limiting the liability for compensation. Financially the injured party, to the extent possible, should be restored to its position before the accident.¹⁰

These 'victim friendly' principles are limited, *inter alia*, by the duty to mitigate based on article 6:101 subsection 1 *BW*. The injured party is obliged to mitigate to the extent that can reasonably be required of him. What will be required of the victim depends on the circumstances of the case.¹¹ In this process the injured party is usually spared to some extent, since it was the culprit's behaviour that put him in a position necessitating mitigation.¹² The emphasis thus lies far more on the responsibility of the culprit, than on that of the victim. So far the differences have not been mapped systematically, but based on what *is* known, it can be concluded that this is the reason the employee is expected to make much more of an effort to rehabilitate as regards his relationship with the employer than as regards his relationship with the liable third party.

If an employee suffers personal injury through the actions of another party, his employer suffers damage as well. After all, the employer will have to continue to pay at least 70% of the employee's salary, and will incur rehabilitation costs. A provision has been included in legislation enabling the employer to recover the sick employee's net salary costs from the liable third party (article 6:107a *BW*). A similar right of recourse to recover the expenses incurred by *UWV* under the *WAO* and *WIA* has been included in those Acts.¹³ The liable third party has the same defence possibilities against the recovery claim of the employer and *UWV* as he would have had against the injured party. Circumstances that can be imputed to the victim will, therefore, as a rule also influence the extent of the employer's recourse claim.

10 S.D. Lindenberg, 'Schadevergoeding, een kwestie van techniek en moraal', in S.D. Lindenberg et al. (eds.), *Schade: vergoeden of beperken*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 1, 3-4; J. Spier et al., *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006, p. 246-248.

11 HR 5 October 1979, *NJ* 1980, 43 (*Tauber/Verhey*).

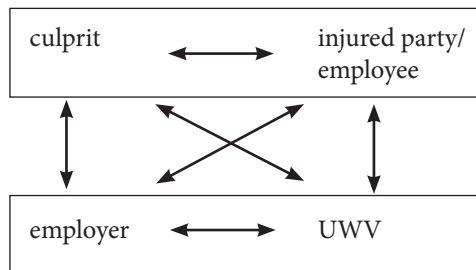
12 A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 118.

13 See also: E.F.D. Engelhard, 'Naar een nieuw criterium voor de vergoeding van derden: het voorontwerp Inkomenschade en het wetsvoorstel Re-integratiekosten', *Verkeersrecht* 2008, p. 1; M. Keijzer-de Korver, 'Schade van de werkgever bij arbeidsongeschiktheid werknemer door toedoen van een ander', *TVP* 2006, p. 117.

Special provisions dealing with costs incurred accommodating the workplace and other rehabilitation costs have recently been included in legislation. In the past, the employer could only recover the costs of rehabilitation measures the employee, had he incurred such costs himself, also could have recovered (article 6:107 *BW*). To remove any uncertainties as to the scope of this right to recover, a provision was added to article 107a Book 6 *BW* obliging the liable party to compensate 'reasonable costs' incurred by the employer in order to comply with the rehabilitation obligations laid down in article 7:658a *BW*. The reasonableness test does not pertain to the measure itself, but only to the level of the costs of the measure.¹⁴ This seems to render it impossible for the liable third party to question the relevance of certain measures for his obligation to compensate the loss of income.¹⁵

A complex system

The above illustrates a complex system of interrelated rights and obligations when an employee suffers personal injury due to the action of another party and consequently becomes unfit for work for a long period of time. Diagrammatically the system looks like this:



In this complex system, the employer, the employee, the *UWV*, and the liable third party have rights and obligations with respect to the rehabilitation of the employee, but these rights and obligations are not coordinated. For instance, in his legal relationship with the liable third party the victim has to cooperate in restoring his capacity to earn an income, but this obligation – at least as interpreted in case law and literature until now – is less far-reaching than the cooperation expected of him as an employee in his relationship with his employer. A consequence could be that, if the victim is employed, the liable third benefits from the activities performed by others (employer, employee, *Arbo-dienst*, rehabilitation agency) in their compliance with the *WVP*.¹⁶

Several behavioural reactions are conceivable. The financial incentives introduced with the *WULBZ* and the *WVP* will lose some of their effect if the damage can be

¹⁴ *Kamerstukken II* 2006/07, 31 087, nr. 3, p. 4.

¹⁵ Engelhard 2008, p. 4-5.

¹⁶ W.H. van Boom, 'De gevolgen van Poortwachter voor de civiele letselschadepraktijk', *NJB* 2004, p. 928, 934.

recovered from a liable third party. The economic necessity for the employer to rehabilitate the sick employee is less urgent if he is able to pass on the salary costs to a third party. The liability of a third party may also influence the attitude of the employee. Perhaps he will be less inclined to cooperate in a speedy rehabilitation because it would minimize his claims to compensation. Should he lose his entitlements to salary payments and/or social security benefits as a result of that attitude, it may well be possible for the employee to claim the loss of income as damage from the culprit. After all, non-compliance with the *WVP*-obligations will not automatically constitute a violation of the duty to mitigate he has towards the culprit.¹⁷ As indicated, there is a considerable gap between both obligations.

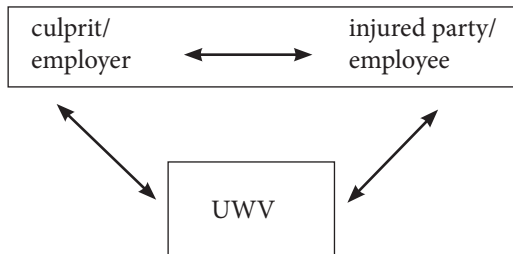
Should the interaction between the duty to mitigate and the rehabilitation obligations indeed bring about the aforementioned behavioural reactions, it means that the positive effects the *WVP* has had could possibly be annihilated. The financial incentives the *WVP* relies on to encourage employees to return to gainful employment could be lost in case a sick employee is also a personal injury victim.

A first survey among occupational physicians furthermore shows that the specifics of the rehabilitation process may differ according to whether the employer can pass on the costs thereof to a liable third party. If the costs can be recovered, a 'luxury' process is opted for sooner, which sometimes also takes longer. This could also be to the advantage of the employee, as there is a greater chance of returning to work at a level close that of the duties performed before the onset of the occupational disability. It could have adverse effects for the liable third party, since a discussion on the benefit and necessity of the rehabilitation measures seems virtually out of the question.

Being employer and culprit

In a considerable number of cases, the system outlined above of cohesive but uncoordinated rights and obligations is even more complex. If the illness of the employee is a consequence of an occupational injury or of his working conditions, the employer is often liable for the employee's damage under article 7:658 and/or 7:611 *BW*. The employer, in that case, has the dual capacity of employer *and* culprit. The diagram shown above in that case is:

17 Van Boom 2004, p. 934; S. Klosse, 'Vergoeding als noodverband', *AV&S* 2003, p. 25, 32. See also: S. Klosse, 'WIA: prikkel tot werk of tot een toenemend gebruik van het aansprakelijkheidsrecht?', *AV&S* 2006, p. 139, 148.



The coincidence of different capacities may have peculiar consequences. It is conceivable, for instance, that an employee who no longer receives salary payments because of his failure to comply with his rehabilitation obligations towards his employer, may try to recover those salary payments as loss of income under article 7:658 *BW* from that same employer. Since the victim's obligations to mitigate are not as far-reaching as the employer's *WVP*-obligations, this claim may be awarded. On the other hand, the employer may be less inclined to use his powers with respect to the employee's rehabilitation if he is responsible for the employee's occupational disability. Another possible scenario, however, is that the employer tries to minimize the recoverable damage by giving more attention to the employee's rehabilitation. This in turn carries the risk that the employer uses the powers granted by the *WVP* to promote the rehabilitation of the employee, to minimize his own liability for compensation.

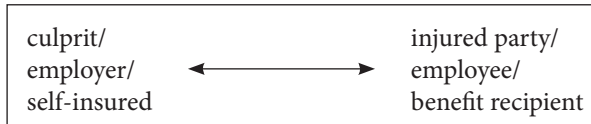
Liable employer as self-insurer

There is yet another variant of the aforementioned case. After the period of continued salary payments by the employer, the incapacitated employee, provided conditions are met, is entitled to a benefit under the *WIA*. The *WIA* has provided for the possibility to charge the benefit of the employee (the insured) to the employer during a number of years. This leads to certain financial benefits for the employer. The employer is then considered self-insured.

Self-insurance already existed under the *WAO*, but at that time the responsibility for the rehabilitation rested with the *UWV*. Under the *WIA*, however, the self-insured is responsible for the rehabilitation, even when the employee is no longer employed by him. The legislature considers the self-insured as an administrative body with public powers, such as the possibility to partially refuse the employee's benefit if he fails to comply with his obligations as a benefit recipient. In other words, the self-insured is both government and private individual at the same time.¹⁸

¹⁸ W.L. Roozendaal, 'De eigenrisicodragers een bestuursorgaan', *SMA* 2006, p. 235, 238; B. Marseille & E. van Wolde, 'De werkgever als bestuursorgaan', in M. Herweijer, G.J. Vonk & W.A. Zondag (eds.), *Sociale zekerheid voor het oog van de meester*, Deventer: Kluwer 2006, p. 295; E.J.A. Franssen, 'Het eigenrisicodragerschap voor de *WIA*: meer haken en ogen dan men denkt', *Arbeidsrecht* 2008, p. 7, 11.

In case of an occupational injury or occupational illness for which the employer is liable, parties then fulfil three legally different roles:



The authority to cut back a *WIA*-benefit provides the self-insured with a tool to persuade the employee to cooperate in his own rehabilitation. This also carries the risk, however, that this authority is used to minimize the possible liability for damage resulting from an occupational injury or occupational illness. On the other hand, the possibility that the employee recovers the cut in his benefit from the employer as loss of income under article 7:658 *BW* cannot be excluded either. In that case, the authority to impose sanctions in the framework of the *WIA* loses much of its regulatory effect on behaviour.

4.2.2. RESEARCH QUESTIONS AND APPROACH

This study aims to provide insight in the mutual influence of civil liability law and labour and social security laws as regards the obligations of an employee aimed at returning to gainful employment.

The study can be divided into several research questions:

1. The duty to mitigate in civil liability law and the rehabilitation obligations in labour law and social security law will be identified. We will examine to what extent the employee's obligations under the aforementioned areas of law differ from each other.
2. We will examine in what ways interaction between the different areas of law is theoretically possible, and pay specific attention to the underlying objectives of the various areas of regulations.
3. We will explore in what way interaction between the two areas of law takes place in practice. For example, whether, and to what extent, the rehabilitation process differs depending on the circumstance that the salary and rehabilitation costs can be passed on to a third party. Will such a circumstance lead to a more 'luxurious' process, for instance, and/or to a different appreciation of the process by the parties involved? We will explore whether, and to what extent, the personal injury process differs depending on the circumstance that the personal injury victim is also an employee with the obligation towards his employer to rehabilitate as soon as possible. Will the liable party await the outcome of the rehabilitation process,

for example, before he compensates the damage? We will also examine how the differences found can be explained.

4. We will explore whether, and to what extent, the rehabilitation process is influenced by the circumstance that the employer is liable for the damage the employee suffers due to an occupational injury, or by the circumstance that the employer is self-insured and at the same time liable for the damage suffered due to an occupational injury. Could it be that the powers granted to the employer/self-insured for the promotion of the rehabilitation are used differently than when the personal injury is a result of an event for which the employer is not liable?

5. We will examine if the law as it stands provides sufficient guarantees against an employer's misuse of powers granted for the realization of the employee's rehabilitation.

In answering the question about the differences in the rehabilitation and personal injury process, the influence of an insurance covering the damage and/or salary and rehabilitation costs will also be considered.

6. The question will be answered how medically, the best possible rehabilitation results can be reached and how to best manage the process of damage assessment in the framework of the personal injury process.

The study will result in a number of proposals for the improvement of the harmonization between civil liability law and labour and social security law.

In a large part of the study the classical legal method will be applied. This entails: a thorough analysis of the legislative text, the legislative history, scientific literature, policy documents, and (published) case law.

In answering the question what the law entails, we will use a classical form of law finding. According to this method, an Act can be interpreted in five different ways, namely: historically, grammatically/textually, systematically (the context rule), teleologically, and legal-historically. There are five different factors to consider, therefore, when interpreting an Act: the history of the Act, use of language, the system of the law as a whole, societal objective and effects of its application, and the historical development. This method of law finding is also used by the courts.¹⁹

Using the classical legal method, we will primarily identify the duty to mitigate, the rehabilitation obligations, and the theoretical possibilities for interaction between the various obligations. The objectives from both regulatory domains will be

¹⁹ See also: P. Scholten & G.J. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het burgerlijk recht. Algemeen deel*. Deel I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 33-36.

listed. This method will also be applied to answer the question whether the law as it stands provides sufficient guarantees against an employer's misuse of his powers to promote the employee's rehabilitation. Therefore, research questions 1, 2 and 5 will be answered using the classical legal method.

Research questions 3 and 4 will be answered through empirical research. Through focus groups, we will seek answers to the questions whether the circumstance that salary and rehabilitation costs can be passed on to a third party results in a different rehabilitation process, whether the circumstance that a personal injury victim is also an employee results in a different personal injury process and whether and to what extent the rehabilitation process can be influenced by the circumstance that the employer is liable for the employee's damage, or by the circumstance that the employer is self-insured and at the same time liable for the damage. Additionally, we will examine whether such circumstances cause the parties involved to appreciate the processes differently. We will gather information through focus groups with occupational physicians, personal injury lawyers and third party liability insurers. Three or four focus groups with six to eight people, will be conducted with every type of participant. Respondents will be selected by approaching several businesses, law firms and insurers. To avoid one-sidedness of information, a number of businesses will be approached for each group. The focus groups will be recorded, and later transcribed. The analysis will be carried out using the atlas.ti programme. Information will be processed anonymously.²⁰

To answer research question 6, we will review medical-scientific publications systematically to determine how to best direct the rehabilitation process in order to achieve the best possible results. And to assess how the process of damage assessment in the framework of a personal injury process can best be handled, literature will be studied, in particular the *Gedragscode behandeling letselschade* (Code of Conduct for Handling Personal Injury Claims) which specifically deals with this question.

The last part of the study will be evaluative in nature. Previous findings of the study will be incorporated in the proposal for the improvement of the rehabilitation process of personal injury victims. Because the duty to mitigate and the rehabilitation obligations have been identified at the beginning of the study, we have a complete picture of the scope of the different obligations. The underlying objectives from the different regulatory domains play an important role and these should be safeguarded where possible. The aim is an optimal degree of interaction between the areas of law. In this, it is important to avoid undesirable consequences of interaction. The outcome of the empirical part of the study will be an important source of information for drafting the proposals. There may be forms of interaction

20 R. A. Krueger & M. A. Casey, *Focus groups: a practical guide for applied research*, Thousand Oaks, Calif: Sage Publications 2009.

which in practice are considered highly desirable, or, to the contrary, undesirable. It is important to take this into account. The appreciation of the parties is another factor to consider. In conclusion, we will also assess how to best direct the rehabilitation process in order to optimize its results, and how to best handle the process of damage assessment in the framework of the personal injury process. We deem it desirable that the proposals made for harmonization of the different areas of law promote, rather than hinder, a proper management of rehabilitation and the personal injury process.

The proposals for the harmonization of the duty to mitigate and the rehabilitation obligations that will eventually be submitted are aimed at striving for an optimal result in the rehabilitation of personal injury victims.

5. BALANS VIA REGULERING VAN VERHOUDINGEN MET DE OVERHEID

5.1. TOELICHTING OP HET DEELPROGRAMMA

Het vierde deelterrein van het onderzoeksprogramma dat aan het VU CLG wordt uitgevoerd, richt zich op rechtsverhoudingen tussen de overheid en private partijen. Een bijzondere rechtsverhouding waar het onderzoek zich op richt is die waarbij de overheid zelf als marktpartij optreedt en voor de betrokken private partijen financiële belangen in het geding zijn.

De overheid neemt een bijzondere positie in wanneer private partijen – veelal ondernemingen – het recht krijgen om goederen of diensten aan de overheid te leveren, of het recht om goederen of diensten te exploiteren, ook waar het door de overheid verleende vergunningen of subsidies betreft. Er dient een balans te worden gevonden tussen de private belangen enerzijds en het belang van de betrokken overheidsinstantie anderzijds. Daarbij heeft de overheid bijvoorbeeld een verantwoordelijkheid voor het borgen van publieke belangen als het bieden van gelijke kansen, het zorgen voor transparantie van het proces waarmee tot allocatie van rechten wordt gekomen en het bewerkstelligen van innovatie.

Het onderzoek op dit deelterrein ziet meer specifiek op de toekenning door de overheid van schaarse rechten aan private partijen. De overheid kent rechten toe via toekennings- en verdelingsmechanismen. Daarbij valt te denken aan diverse rechten, zoals vergunningen, subsidies, ontwikkelingsrechten, emissierechten, het recht om een markt te exploiteren, een weg aan te leggen, enz., die via uiteenlopende mechanismen worden verdeeld, zoals de methode van aanbesteding, de veilingmethode, de methode van wie het eerst komt het eerst maalt, enz. Van belang daarvoor is de wisselwerking tussen de specifieke verdelingsregels enerzijds – zoals aanbestedingsrecht, veilingrecht, subsidierecht – en algemene regels van bestuursrecht, verbintenissenrecht, grond- en mensenrechten en Europees recht anderzijds.

Een overheid die goederen of diensten aankoopt, is vaak verplicht tot het volgen van een aanbestedingsprocedure conform de regels van het (Europees) overheidsaangebestedingsrecht. Het achterliggende doel daarvan is om marktfalen te bestrijden dat inherent is aan de markt van overheidopdrachten. Een vraag is echter of de toepassing van regels van aanbestedingsrecht juist niet leidt tot nieuw marktfalen doordat zogenoemde ‘onvolledige contracten’ worden gesloten waarin voor de private partij onredelijk bezwarende bedingen zijn opgenomen. Een onderzoek dat binnen het programma wordt uitgevoerd en dat reeds in een gevorderd stadium is, heeft betrekking op deze vraag en op de vraag hoe dergelijk marktfalen zou kunnen worden gecorrigeerd.

5.2. IMPROVED STRATEGIES FOR CONCLUDING CONTRACTS IN THE FRAMEWORK OF EUROPEAN PUBLIC PROCUREMENT LAW PROCEDURES

Promovenda: Songül MUTLUER*
Promotores: Chris JANSEN
Jacobien RUTGERS**

5.2.1. RESEARCH TOPIC

When buying goods and services, public authorities must apply competitive tendering procedures on the basis of international and European public procurement law rules.¹ In Europe, these rules were first introduced in the early 1970s in order to solve market failures that are inherent to the market of government contracts. These market failures together with their negative effects, occurred in a market with no stringent rules. This situation being due to the violation of the non-discrimination principle of Article 12 EC Treaty. Public procurement law rules were enacted on the basis of this non-discrimination principle in order to facilitate fair competition in the market of government contracts, efficient spending of public money, and to stimulate innovative market solutions.

Recent research has indicated, however, that the application of public procurement law rules may (unintentionally) lead to new market failures.² For instance, in the course of the performance of tendered supply contracts, it may turn out that the supply of goods and services becomes more costly than the price which was originally agreed upon between the public authority and the supplier who offered the winning bid.

* Mr. S. Mutluer is promovenda bij de afdeling Privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam.

** Prof. dr. C.E.C. Jansen is hoogleraar privaatrecht bij de afdeling Privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam en co-programmaleider van het onderzoeksprogramma 'Publieke en private belangen in balans' van het VU CLG. Mr. dr. J.W. Rutgers is universitair hoofddocent privaatrecht bij de afdeling Privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam.

1 EC Directives 2004/17 and 2004/18; Aanbestedingswet; WTO Agreement on Government procurement.

2 R.G.T. Bleeker, 'Contractsdwang en rechtsbescherming', *BR* 2003, p. 773; Expert Group Report for the European Commission, Public procurement for Research and Innovation, 2005; C.E. Drion, 'Ongewenste ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht', *NJB* 2006, p. 303; Regieraad Bouw, *Beter aanbesteden in de bouw: Regels bieden ruimte voor kwaliteit, efficiency en innovatie*, Gouda 2006; C.E.C. Jansen & E.R. Manunza, '(On)gewenste ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht?', *NJB* 2006, p. 1038.

As a consequence, quality requirements established by public authorities at the beginning of the tendering procedure are put under pressure in order to solve the aforesaid problem. Moreover, solving the problem causes parties to enter into legal conflicts which are both costly and time-consuming.

In the end, it seems that parties did not conclude an optimal contract as it leads to the waste of public money. The purpose of this law and economics research is to investigate to what extent the application of public procurement law rules leads to new market failures, to find out what the nature and effects of these failures are, and how they could be solved without affecting the accomplishment of the goals set out above for which public procurement law rules were initially introduced. The use of regulated public procurement law procedures as such, however, will not be disputed in this research.

5.2.2. RESEARCH QUESTIONS AND APPROACH

Research question I

The first research question that will be addressed is:

To what extent do public procurement law rules lead to new market failures, resulting in the conclusion of incomplete contracts between public authorities and suppliers who have offered winning bids in tendering procedures?

The assumption is that both public authorities and suppliers will want their contract to be a complete contract.³ A complete contract is a hypothetical ideal model: it has no gaps and it provides parties with maximal joint profits, which means that social welfare will also be maximized. Many contracts do not fulfil these conditions and are therefore considered to be incomplete due to market failures. Government's interventions – legislators and courts of law – should therefore aim at making contracts as complete as possible by preventing market failures.⁴

Considering the first research question, the analysis will concentrate on two aspects of tendering procedures – as well as the regulation of such procedures – that are considered to be at the root of possible new market failures: (1) the restriction of pre-contractual information exchange between public authorities and suppliers taking part in tendering procedures; (2) the fact that public authorities are in the dominant position to impose unilaterally onerous contract conditions on suppliers taking part in tendering procedures.

3 According to law and economics rules, good rules of law maximize social welfare. In contract law it is maximized by a complete contract.

4 L. Kaplow & S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press 2002; R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Restricted pre-contractual information exchange

As regards the first aspect mentioned, it is noted that information-asymmetry is generally recognized to be a market failure which could prevent the conclusion of complete contracts. This is particularly relevant in the market of goods and services that are to be supplied tailor-made on the basis of the client's specific requirements. The purpose of pre-contractual information exchange is to facilitate that risks inherent both in the client's specification and in the manner in which the supplier proposes to solve these requirements are dealt with prior to the conclusion of the contract. If the supplier's offer is not properly attuned to the client's demand, the parties may encounter (after the conclusion of the contract) risks that are addressed above. This explains the reasons for traditional government intervention (legislators, courts of law) through the development of pre-contractual information duties. It is undisputed that pre-contractual information exchange is also of great importance in the framework of contracts concluded through tendering procedures. However, bilateral pre-contractual information exchange is considered to be in conflict with the principles of equal treatment and transparency underlying public procurement law rules. The idea is that bilateral information exchange between a public authority and a single bidder might affect the creation of a level playing field for all bidders involved in the procedure. For this reason, the rules restrict the possibilities of pre-contractual information exchange to a large extent. Hence, in light of the first research question, the following questions need to be answered:

- (i) to what extent do public procurement law rules limit pre-contractual information exchange?
- (ii) what are the consequences of the legal restrictions in practice, in light of the desire of the parties involved to come as close as possible to a complete contract?
- (iii) what are the most frequently occurring examples in practice of infringements on the aforesaid rules?

Unbalanced contract conditions

As regards the second aspect mentioned above, recent preliminary research has suggested that public procurement law puts public authorities in a dominant position that allows them to impose unbalanced contract conditions upon suppliers.⁵ These conditions are made known at the beginning of the tendering procedure and are already made applicable to the contract that will later on be concluded between the authority and the winning bidder. In these contract conditions, public authorities seem to allocate risks to their counterpart in a manner that diverges from the usual risk allocation to be found in frequently used standardized contract conditions. It has been argued that some of these divergences even involve the allocation of risks which can not be controlled by suppliers. Such allocation would

5 Bleeker 2003; Jansen & Manunza 2006; Regieraad Bouw 2006.

imply a waste of public money, given that public authorities in general can control these risks better than suppliers as they can insure these risks for a lower price. Some of these allocated risks are risks that can occur when the supplier's offer is not properly attuned to the client's demand as a result of insufficient pre-contractual information exchange. Why is this problematic? In normal contract negotiations, a supplier may try to negotiate the contract conditions proposed by the other party. Alternatively, the supplier may try to take the allocated risks into account in his offer. In the framework of a tendering procedure, however, the situation becomes different. Given the dominant position of a public authority, which is inherent in a tendering procedure where multiple suppliers enter into direct competition with one another, the authority will be less inclined to negotiate the proposed contract conditions. And even if the authority would want to enter into such negotiations, it will be prevented from doing so by public procurement law rules. The rules restrict negotiations to a large extent, again on the basis of the aforesaid general principle of equal treatment. The consequence of this is that a bidder has only two options: refusing to take part in the tendering procedure, or offering a bid on the basis of the proposed contract conditions. In the latter case, he will not always take into account the allocated risks in his offer, given that this would increase his offer and hence reduce his chances of obtaining the contract. This will become problematic when the risks occur after the conclusion of the contract. It means that the consequences will have to be dealt with on the basis of onerous contract conditions. This will not only affect the interests of the supplier, but also those of the authority, as was illustrated above. In light of the first research question, the following questions need to be answered with regard to the alleged phenomenon of authorities imposing unilaterally onerous contract conditions in the framework of tendering procedures:

- (i) to what extent do public procurement law rules allow authorities to impose onerous contract conditions?
- (ii) what are the most frequently occurring examples of this phenomenon in practice?
- (iii) what are the consequences of this practice, in light of the desire of the parties involved to come as close as possible to a complete contract?

The assumption is that the analysis of the first research question will clarify to what extent public procurement law rules may lead to market failures, resulting in the conclusion of incomplete contracts between public authorities and suppliers.

Starting point for the analysis of the first research question is the law and economics hypothetical ideal model of a complete contract as explained above. A legal analysis of current public procurement law rules, case law and legal doctrine will be used to establish to what extent the said rules prevent public authorities and suppliers from concluding complete contracts. Subsequently, a qualitative empirical investigation will be made into the most prominent effects that occur in practice as a result of

complying with the rules. Of particular interest is the occurrence of risks that can occur when the supplier's offer is not properly attuned to the public authority's specified demand as a result of insufficient pre-contractual information exchange. The qualitative empirical investigation will further be used in order to determine whether public authorities currently impose unilaterally onerous contract conditions on suppliers taking part in tendering procedures, particularly as regards the allocation of the aforesaid risks. The empirical investigation will concentrate on public procurement procedures in construction and ICT industries, given that a quick scan has shown that the object of the proposed research particularly causes problems in these industries.

Research question II

On the basis of the outcome of the abovementioned analysis, the second research question will be addressed:

What kind of government intervention (legislators, courts of law) is needed in order to enable public authorities and suppliers to make their contracts as complete as possible, without affecting the accomplishment of the goals for which public procurement law rules were initially introduced?

Mandatory rules and contractual default rules

There are two possible ways in which governments could intervene in order to enable public authorities and suppliers to make their contracts as complete as possible. Governments could intervene by imposing mandatory rules on the parties, hence restricting the parties' freedom of contract. But they could also provide for a system of contractual default rules (mainly to be found in the Civil Code), leaving the parties' freedom of contract intact. Such default rules can be used by the courts to supplement, interpret or amend the contract in case the parties did either not agree on a specific matter or agreed in unclear or otherwise problematic wording.

How does current government intervention operate?

In order to answer the second research question, it seems necessary to analyse first how current government intervention operates in order to enable public authorities and suppliers to make their contracts as complete as possible.

In the current situation, after the conclusion of the incomplete contract, the public authority and the winning bidder will be confronted with the occurrence of risks that are due to the fact that offer and demand are not properly attuned to one another as a result of insufficient pre-contractual information exchange. Assuming that the (legal) consequences will then have to be established on the basis of onerous contract conditions imposed upon the bidder by the authority, the question arises in what manner this will take place. Consequences will not be established on the basis of what has explicitly been agreed upon between the parties in their con-

tract only. In the current situation, parties may also seek resort to contractual rules to be found in the Dutch Civil Code, which have further been developed through case law. In the given case, these contract rules – which are the result of government intervention – could particularly come to the aid of the bidder. The latter could try to argue a case on the basis of *dwaling* (influence of error, Article 6:228 CC), *misbruik van omstandigheden* (abuse of circumstances, Article 3:44 CC), *uitleg van overeenkomsten* (interpretation of contracts, Article 6:248 para. 1 CC), and *aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid* (the principle of reasonableness and fairness, Article 6:2 and 6:248 CC), in order to escape the harsh consequences of risk allocation resulting from the contract. What the aforesaid legal concepts have in common is that the courts, when applying the said concepts, must particularly take into account the circumstances surrounding both the pre-contractual stage and the conclusion of the contract, having regard to the subjective intentions of the parties. They will have to take into account differences in economic power between the parties, whether the parties did negotiate the risk allocation in the contract, and whether one part of the contract might restore possible disadvantages resulting from the manner in which another part of the contract deals with certain risk allocation. On the basis of what has been stated above in the context of the first research question of this proposal, it is submitted that the circumstances surrounding the conclusion of a contract in a tendering procedure are rather peculiar. There are only a few court decisions to be found where the courts were asked to shed light on the relevance of these peculiar circumstances in the framework of the application of the aforesaid legal concepts. Hence the question to be answered is how the courts will apply the contractual rules that can be derived from these concepts, having regard to the manner in which they apply these rules in resembling situations. The proposition is that the aforesaid analysis of the application of current contract law rules will show that there is room for improvement.

Government intervention by mandatory rules?

Mandatory rules can be a good instrument in order to control market failures that are at the centre of the proposed research. Hence a question that needs to be addressed is whether and how mandatory rules – either contract law rules or public procurement law rules – should compel public authorities and suppliers to enter into pre-contractual bilateral information exchange without running the risk of affecting the accomplishment of the goals of public procurement law rules. Another question that needs to be dealt with is whether and to what extent mandatory rules should prevent public authorities from imposing unbalanced contract conditions upon suppliers.

Government intervention by alternative forms of contractual default rules?

An alternative form of government intervention are contractual default rules which can be derived from the law and economics theories.⁶ Just like the con-

6 Van Bijnen 2005.

tract rules that are currently being applied by the courts, these alternative forms have in common that the parties' freedom of contract will not be limited. In this respect, they differ from the form of intervention by which governments impose mandatory rules upon the parties in order to control market failures. The question that needs to be answered is whether the following three alternative forms will enable public authorities and suppliers to come closer to complete contracts: (1) the would-have-wanted standard: an open norm that is filled in afterwards by the judge as the parties would have done beforehand if they had been able to negotiate without restrictions; (2) the normative approach: the desires of the parties are not decisive. Here the legislator or a judge decides what the best – fairest – way will be to fill in the gaps in a contract; (3) governments encouraging (organisations of) public authorities and suppliers to draw up standard-form contracts by means of self-regulation.

The second research question will first be approached with a traditional legal analysis of the current contract law rules that can be applied by the courts in order to enable parties to come closer to a complete contract, despite the fact that this has become more difficult as a result of public procurement law rules. The analysis will involve the relevant legal concepts, the Civil Code rules that follow from these concepts, as well as the interpretation of these rules by the courts and legal doctrine in resembling situations. Subsequently, a comparative law and economics analysis of other possible forms of government intervention will be made in order to determine whether or not the current form of intervention is the most adequate form enabling public authorities and suppliers to make their contracts as complete as complete. The ultimate objective is to give recommendations on the basis of the outcome of this analysis whether or not alternative forms of government intervention are needed, either in the area of contract law or public procurement law. If so, these recommendations will be tested on the basis of the requirement that the accomplishment of the goals for which public procurement law rules were initially introduced, are not to be affected.

B

GRONINGEN CENTRE FOR LAW AND GOVERNANCE: RECHT EN DE REGULERENDE OVERHEID. DE INTERACTIE TUSSEN PUBLIEKE EN PRIVATE BELANGEN

1. INLEIDING

1.1. ACHTERGRONDEN VAN HET THEMA: DE *REGULATORY STATE*

De verhouding tussen de staat, de samenleving en de burger is voortdurend aan verandering onderhevig. Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw is sprake van een ontwikkeling van verzorgingsstaat richting de *regulatory state*. In dat type staat worden allerlei overheidstaken overgelaten aan de particuliere sector en wordt er een groter beroep gedaan op het zelfredzame vermogen van de samenleving en het individu. Onder het devies 'niet roeien maar sturen' treedt de overheid minder zelf op en beperkt zij zich tot indirecte normstelling, het stimuleren van professionele standaarden, het houden van toezicht en het handhaven van deze normen en standaarden. Deze ontwikkeling vindt niet alleen plaats op het nationale maar tevens op het Europese en het internationale niveau.

Een kenmerk van de *regulatory state* is dat publieke en private belangen meer vervlechten. De overheid deelt haar zorg voor het publieke belang met het maatschappelijke middenveld en het bedrijfsleven. Als gevolg hiervan zijn private actoren betrokken – zelfstandig of in samenwerking met publieke instellingen – bij de behartiging van publieke belangen en de uitvoering van taken, die traditioneel tot het publieke domein behoorden, zoals energie- en watervoorziening, militaire activiteiten, gezondheids- en onderwijsprojecten, milieu- en mensenrechtenbescherming en/of ontwikkelingssamenwerking. Private instellingen, zoals energiebedrijven, de spoorwegen, ziektekostenverzekeraars zijn aldus belast met publieke taken. Intussen proberen de overheid en de maatschappelijke sector op hun beurt meer op een bedrijfsmatige manier te werken. Woningbouwcorporaties, sociale

werkplaatsen en onderwijsinstellingen zijn zich meer gaan gedragen alsof het ondernemingen zijn.

Met de kredietcrisis is het perspectief van de regulerende overheid weer aan het veranderen. Door deze crisis voelt de overheid zich genoodzaakt direct te interveniëren in de bankensector en de economie. De roep om een sterke overheid klinkt alom, vaak in combinatie met het argument dat private actoren niet in staat zijn om hun gedrag zelfstandig en op effectieve wijze te reguleren – vooral niet op die gebieden die het algemeen belang raken. De *core business* van banken en andere financiële instellingen is immers het genereren van winst, niet de behartiging van publieke belangen. Onduidelijk is nog welke gevolgen deze ontwikkelingen zullen hebben voor de vormgeving van publieke en private belangen. Moeten deze belangen weer worden ‘ontvlecht’ of moeten nieuwe structuren worden gebouwd die beter zijn afgestemd op de publiek-private mix? Deze vraag kan overigens slecht in zijn algemeenheid worden beantwoord. Er zal rekening moeten worden gehouden met sectorspecifieke kenmerken.

1.2. THEMA: PUBLIEKE EN PRIVATE BELANGEN IN BALANS

Er is veel wetenschappelijk onderzoek verricht naar de vraag op welke wijze de overheid zich van haar regulerende en handhavende taak kan kwijten. Voor een deel betreft dit economisch onderzoek. Economen zijn onder meer geïnteresseerd in de vraag welk reguleringsmodel tot minimale transactiekosten en optimale efficiëntie leidt. Politicologen en bestuurskundigen laten zich evenmin onberoerd. Zij richten hun aandacht bijvoorbeeld op de machtsverhoudingen tussen de verschillende statelijke en private actoren en de invloed van institutionele factoren op de naleving van regulering.

Het recht in de *regulatory state* als zelfstandig thema wordt door juristen echter weinig onderzocht. Misschien komt dit doordat in de *regulatory state* het recht zijn plaats uitdrukkelijker moet delen met andere sturingsmechanismen, zoals beleidscoördinatie, outputsturing en allerlei feedbackmechanismen. Misschien is een reden dat de overheid allerlei interventies pleegt die zich niets aantrekken van de klassieke indeling van rechtsgebieden. Het rechtswetenschappelijk onderzoek heeft zich veelal nog niet van deze indeling losgemaakt.

Het gebrek aan juridische belangstelling voor de *regulatory state* is een gemis. Dit is het geval omdat juristen bij uitstek vertrouwd zijn met het vraagstuk van de vormgeving van de verhouding tussen publieke en private belangen. Zoals gezegd is het recht voor het functioneren van de *regulatory state* een relevant thema. Het biedt van oudsher een normatief kader voor zowel de bevoegdheidsuitoefening van de overheid als de bescherming van de vrije sfeer van de burgers, ondernemingen en maatschappelijke instellingen. Het heeft ook kaders ontwikkeld voor de afweging

van tegenstrijdige belangen, met name met het oog op individuele geschillenbeslechting. Daarmee biedt het recht een stabiel kader om de woelige discussies over de verhouding publiek-privaat in goede banen te leiden. Om die reden richt het onderzoek zich op de wijze waarop het recht publieke en private belangen in balans kan brengen. In een globaliserende wereld, op terreinen die de staat deels of geheel overschrijden, kan men zelfs spreken van een braakliggend terrein. De roep om regulering binnen de sterk internationaliserende context wordt steeds sterker, en daarin zal de verhouding publiek-privaat en de rol van het recht daarin van cruciaal belang zijn.

1.3. ONDERZOEKSVRAGEN

De vrije markt vormt de kern van het hedendaagse economische bestel. Haar rol is gegroeid doordat de overheid tal van taken in zekere mate aan de markt is gaan overlaten, daartoe zelfs markten heeft gecreëerd (bijvoorbeeld die van CO₂-emissierechten), dan wel doordat sommige (internationale) marktprocessen weinig vatbaar zijn voor overheidsregulering. Het bestaan en goed functioneren van de vrije markt is daarmee een in aanmerking te nemen publiek belang. Zij veronderstelt een 'juridische infrastructuur': het bestaan van eigendomsrechten (in ruime zin), op basis waarvan met het contractenrecht transacties kunnen worden vormgegeven en een systeem om rechten af te dwingen en geschillen op te lossen. De vraag of die infrastructuur adequaat is en in hoeverre verbeteringen mogelijk zijn, is voorwerp van onderzoek.

De vrije markt is – uiteraard – niet het enige in aanmerking te nemen publieke belang. Er kunnen publieke belangen in het geding zijn, die ingrijpen in de partijautonomie – de essentie van de vrije markt – rechtvaardigen. De discussie hierover wordt voortdurend en op vele fronten gevoerd. Het juridische onderzoek kan er op twee manieren toe bijdragen deze discussie te ordenen. In de eerste plaats kan het recht de publieke belangen in een normatief kader plaatsen. Klassieke en sociale grondrechten bieden hier reeds belangrijke ijkpunten. De betekenis van deze grondrechten kan nader worden ingekleurd met referentie naar normatieve subprincipes, die kunnen worden opgespoord door onderzoek te doen naar de wetsgeschiedenis, naar nationale, Europese en internationale jurisprudentie, naar rapportages van toezichthoudende instellingen en naar standpunten van officiële adviescolleges. In de tweede plaats kan het recht een bijdrage leveren aan de ontwikkeling van kaders en procedures voor de afweging tussen de diverse en vaak tegenstrijdige publieke belangen. Bestaande kaders die veelal zijn ontwikkeld met het oog op individuele geschillenbeslechting (denk bijvoorbeeld aan de ongelijkheidscompensatie in het civiele recht), kunnen worden getransponeerd naar het publieke debat over de afweging van belangen. Zij zullen dit debat helpen stroomlijnen.

Is besloten dat de overheid in actie moet komen, dan staat daarmee echter nog niet vast met welke instrumenten zij dat moet doen. De mogelijkheden variëren van dwingendwettelijke (inter)nationale of Europese regels (aanbestedingsrecht, mededingingsrecht) tot min of meer vrijblijvende 'codes' (bv. de Code-Tabaksblad). Bovendien zijn er ook niet-juridische instrumenten. Bij handhaving en toezicht variëren de mogelijkheden bijvoorbeeld van 'de tucht van de markt', via private handhaving – door bijvoorbeeld concurrenten, aandeelhouders, consumentenorganisaties, beroepsorganisaties – tot publieke handhaving door allerlei 'op afstand' geplaatste toezichthouders (bv. de AFM, de Europese Centrale Bank, etc.) en het traditionele straf- en bestuursrecht.

De vraag rijst daarmee welke vormen van regulering leiden tot een optimale borging van publieke én private belangen, zonder overigens de coherentie van het recht te verliezen. Ook ten aanzien van deze vraag kan het recht een bijdrage leveren. Ten behoeve van de effectieve regulering van publieke en/of private belangen dient telkenmale een afweging te worden gemaakt ten aanzien van de noodzaak, de vorm (publiek, privaat, co-regulering), en het niveau (nationaal, regionaal en/of internationaal) van regulering en toezicht. Bovendien dient men rekening te houden met bestaande regulering en met het effect van de nieuwe regulering op dit reeds bestaande normatieve stelsel. Het ontbreken van een integraal beoordelings- of meetinstrument ten behoeve van het beantwoorden van deze vragen draagt bij aan de complexiteit van de problematiek van het vinden van een juiste balans tussen publiek en privaat, zowel op het nationale als op het internationale niveau. Het recht biedt echter wel aanknopingspunten op basis waarvan een dergelijk instrument ontwikkeld zou kunnen worden.

Een fundamentele onderzoeksvraag is – *last but not least* – de vraag waarin de legitimiteit berust van nieuwe vormen van norm- en regelgeving die buiten de wetgever om ontstaan. In democratische rechtsstaten voorziet de klassieke legitimatie-doctrine van de publieke normering van een maatschappelijk belang in legitimering via constitutionele regels. Allerlei alternatieve vormen van regelgeving en niet te vergeten de Europese Unie vergen echter een heroverweging van die doctrine en van rechtsstatelijke waarden als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Semi-publieke of private behartiging van publieke belangen kunnen immers een legitimering van geheel eigen aard kennen die kan afwijken van de democratische legitimiteit. De vraag is uiteraard waarin die legitimatie gevonden kan worden en welke eisen die aan de regulering van publieke en private belangen stelt.

De vraag naar de rol van het recht in de *regulatory state* kan alleen maar goed worden beantwoord als ook inzicht bestaat in de feitelijke werking van het recht in de samenleving. Andere disciplines worden daarom uitdrukkelijk uitgenodigd de verbinding aan te gaan met het juridische onderzoek: met name de economische, politicologische en bestuurskundige disciplines vormen gerede kandidaten.

2. EEN ILLUSTRATIEF ONDERZOEKSPROJECT: *PUBLIC GOVERNANCE AND SOCIAL SECURITY. TOWARDS A REGULATORY WELFARE STATE*

Albertjan TOLLENAAR*

2.1. INLEIDING EN VRAAGSTELLING

De grens tussen publieke en private sociale zekerheid is diffuus en verschuift door de jaren heen. De verzekering van het risico op de (inkomens)gevolgen van ongevallen en ziekte van werknemers muteerde van een privaat initiatief van werkgevers die ongevallenkassen op het niveau van individuele bedrijven inrichtten, naar een collectief initiatief waarin (regionale) bedrijfskassen dit risico dekten, naar uiteindelijk een publiek stelsel waarin het afdekken van dit risico bij wet verplicht werd gesteld.¹ In de loop der tijd won het publieke stelsel aan belang, niet alleen voor wat betreft de materiële aanspraak, maar ook voor wat betreft de organisatie van de claimafhandeling. De oprichting van het publiekrechtelijke UWV, als vervanging van de private bedrijfsverenigingen, markeert deze omslag.²

Toch is nooit sprake van een volledige publiekisering van de werknemersrisico's. Parallel aan de hiervoor beschreven ontwikkelingen vond namelijk ook privatisering plaats: het stelsel van publieke sociale zekerheid werd verrijkt met 'prikkel's die private rechtsverhoudingen creëerden of herschikten. Voor de werknemersrisico's vormt het arbeidsrecht een aangrijpingspunt om socialezekerheidsdoelen te verwezenlijken. De rechtsverhouding tussen werknemer en werkgever is uitgebreid door de aansprakelijkheid voor ziekte van de werknemer gedurende een aantal maanden en uiteindelijk gedurende de eerste twee jaar van ziekte, bij de werkgever neer te leggen. De werkgever zou dit risico op de private markt kunnen herverzekeren. De markt biedt meer ruimte voor maatwerk, bijvoorbeeld in de vorm van korting indien geen beroep wordt gedaan op de verzekering (no-claimkorting). Deze prikkels zouden de werkgever stimuleren tot een effectief verzuimbeleid. Bovendien wordt verondersteld dat werknemers zich minder snel ziek zouden melden, nu de consequenties van de ziekmelding worden gedragen door een zichtbare partij, namelijk de werkgever, en niet langer door een anoniem overheidsapparaat.³

* Mr. dr. A. Tollenaar is als post-doc en universitair docent verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1 R.J.S. Schwitters, *De risico's van de arbeid. Het ontstaan van de Ongevallenwet in sociologisch perspectief*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1991.

2 N. van Gestel, P. de Beer & M.J.S.M. van der Meer, *Het hervormingsmoeras van de verzorgingsstaat: veranderingen in de organisatie van de sociale zekerheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009.

3 P.S. Fluit, *Verzekeringen van solidariteit*, Deventer: Kluwer 2001; A. Tollenaar & M. Plantinga, 'Publieke belangen van de sociale zekerheid', *SMA* 63 (2008) 11/12 (dec), p. 466-471.

Een andere vorm van privatisering in dit domein van de sociale zekerheid is de mogelijkheid voor werkgevers om het risico op arbeidsongeschiktheid van werknemers zelf te dragen. Deze zogenaamde eigenrisicodragers krijgen korting op de publieke WAO-premie en kunnen dit risico vervolgens herverzekeren bij private verzekeringsmaatschappijen.⁴

De verschuivende grens tussen publiek en privaat is herkenbaar op meerdere deelterreinen van de sociale zekerheid. De re-integratie van bijstandsgerechtigden werd bijvoorbeeld eerst in het publieke domein vormgegeven en uitgevoerd door publiekrechtelijke arbeidsbureaus. Later legde de wetgever de gemeenten, die verantwoordelijk zijn voor re-integratie, de plicht op om deze taak 'uit te besteden' aan de markt, in de veronderstelling dat daardoor de kosten van re-integratie inzichtelijker zouden zijn en dat de markt eenvoudiger maatwerk zou kunnen leveren. Inmiddels is de wetgever van deze uitbestedingsplicht teruggekomen en hebben gemeenten keuzevrijheid. Ook voor wat betreft de vormgeving van de re-integratiedienst rukken private prikkels op. Van een tamelijk éézijdige beschikking, werd de re-integratie vormgegeven in een 'overeenkomst', hoewel het die naam juridisch mogelijk niet mag hebben.⁵

Beide voorbeelden van de verschuivende lijn tussen publiek en privaat roepen vragen op. Allereerst de vraag naar overheidsverantwoordelijkheid: verschuivingen van het publieke naar het private domein worden gebaseerd op veronderstellingen over de werking van marktprikkels. Deze verschuivingen zijn echter niet waardevrij: een verschuiving naar de markt leidt tot een ander soort overheidsverantwoordelijkheid. De eerste vraag die dus moet worden beantwoord is voor welke belangen de overheid in de sociale zekerheid verantwoordelijkheid draagt. In iets andere bewoordingen gesteld is dit de vraag wat de publieke belangen van de sociale zekerheid zijn.

De volgende vraag gaat over de werking van hybride stelsels waarin sociale zekerheid vorm krijgt in een spanningsveld van private prikkels en publieke waarborgen. Uit de literatuur over marktwerking is bekend dat de markt faalt. Marktfalen eist correctie door de overheid. Deze correctie vertaalt zich in veel gevallen in een vorm van toezicht: de overheid corrigeert door de introductie van toezichtmechanismen. Deze publiekrechtelijke interventie in de vorm van toezicht kent vele gezichten: van de introductie van een publiekrechtelijk toezichtorgaan dat boetes kan opleggen, zoals de Arbeidsinspectie, tot het organiseren van privaat toezicht, door bevoegdheden toe te kennen aan de ondernemingsraad. Bovendien kan toezicht op vele niveaus worden vormgegeven, van toezicht op de afhandeling van individuele claims, in de vorm van rechtsbescherming door de rechter, tot toezicht

4 Dit is geregeld in art. 75a e.v. WAO en art. 82 WIA.

5 Zie hierover: K.A. Faber, *Re-integratie volgens plan* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

op het functioneren van de organisaties die deze claims moeten toekennen, in de vorm van *benchmarking*. Toezicht vindt zelfs op het systeemniveau plaats, wanneer men de (continue) evaluatiestudies meerekent.⁶ Kortom, de vraag die in dit onderzoek aan de orde wordt gesteld is de volgende:

Welke vormen van toezicht zijn noodzakelijk om de publieke belangen van de sociale zekerheid te waarborgen, in een stelsel van sociale zekerheid waarin private elementen in toenemende mate van betekenis zijn?

De verschuivende lijn tussen publieke en private sociale zekerheid wordt in het vervolg aangeduid als *regulatory welfare state*.⁷ De centrale vraag vormt de grondslag voor het project 'Public governance in the welfare state', dat door de Stichting Instituut Gak wordt gefinancierd. De looptijd van het project beslaat vijf jaar. In het kader van het project werken twee post-docs (dr. Mirjam Plantinga en mr. dr. Albertjan Tollenaar) en twee promovendi (mr. drs. Alex Corrà en mr. drs. Bram Rijpkema) aan zowel toegepast als fundamenteel onderzoek naar de werking van de *regulatory welfare state*. De centrale vraag is uitgewerkt in een tweetal fundamentele deelvragen:

1. *Wat zijn de publieke belangen van de sociale zekerheid?*
2. *Hoe werkt de regulatory welfare state? Wat zijn de borgingsmechanismen in een publieke en een private sociale zekerheid?*

Daarnaast zijn twee toegepaste vragen geformuleerd, die als illustratie dienen en waarin de veronderstellingen uit het fundamentele deel van het onderzoek worden getoetst:

3. *Hoe zijn de publieke belangen geborgd bij een private verzekering van werknemersrisico's op ziekte en arbeidsongeschiktheid en wat is de functie van toezicht daarbij?*
4. *Hoe zijn de publieke belangen geborgd in de re-integratiemarkt en wat is de functie van toezicht daarbij?*

⁶ De Wwb-monitor door Divosa (een vereniging van managers op het terrein van werk, inkomen en sociale vraagstukken) is een voorbeeld van een evaluatiestudie die jaarlijks wordt herhaald en waarin de werking van een specifieke wet zeer nauwgezet wordt gevolgd.

⁷ Als een verbijzondering van het verschijnsel *regulatory state*, I. Bartle & P. Vass, 'Self-regulation within the regulatory state. Towards a new regulatory paradigm?', *Public administration: journal of the Royal Institute of Public Administration*, vol. 85 (2007), afl. 4, p. 885-906; M. Moran, 'Review Article: Understanding the Regulatory State', *British journal of political science*, vol. 32 (2002), afl. 2, p. 391; C. Scott, 'Accountability in the Regulatory State', *Journal of law and society*, vol. 27 (2000), afl. 1, p. 38-60.

2.2. DE REGULATORY WELFARE STATE

Naar de eerste twee deelvragen, over de werking van de *regulatory welfare state*, is al enig onderzoek verricht. Dit heeft geresulteerd in een bundel, waarin vanuit vier disciplines, namelijk een economische, sociologische, juridische en filosofische invalshoek, is nagegaan wat publieke belangen in de sociale zekerheid zijn en hoe deze kunnen worden geborgd.⁸

2.2.1. WAT ZIJN PUBLIEKE BELANGEN IN DE WELFARE STATE?

De *regulatory welfare state* vergt in de eerste plaats een normatieve basis. Het onderzoek behoeft een definiëring van de belangen waarvoor de overheid in ieder geval verantwoordelijkheid draagt. Dit is de zoektocht naar de publieke belangen van de sociale zekerheid. Publieke belangen als zodanig vormen het onderwerp van een economische redenering naar de omvang van overheidsverantwoordelijkheid.⁹ Het vertrekpunt van de economische analyse is dat de markt in beginsel tot de grootste welvaart leidt: vraag en aanbod leiden tot transacties waarin de individuele welvaart wordt gemaximaliseerd.¹⁰ De rechtvaardiging voor overheidsverantwoordelijkheid is gebaseerd op de constatering dat de markt faalt. De markt heeft externe effecten, bijvoorbeeld in de vorm van de negatieve gevolgen van een transactie die niet in de transactie zelf worden verdisconteerd.¹¹ Risico's op ziekte en arbeidsongeschiktheid van werknemers zullen niet snel onderdeel uitmaken van het arbeidscontract tussen werkgever en werknemer omdat sprake is van een informatieasymmetrie. Deze informatieasymmetrie kan twee kanten uit werken: de werknemer weet meer over zijn ziekterisico dan de werkgever, waardoor de werkgever niet goed kan inschatten welk risico hij loopt indien hij een werknemer aanneemt. Aan de andere kant: zodra de werkgever zich wel een beeld kan vormen van het ziekterisico van de werknemer, bijvoorbeeld door een sollicitant aan een medische keuring te onderwerpen, zal hij op dat risico selecteren. Dit soort externe gevolgen worden afgewenteld op de goedgegelovige werkgevers die worden geconfronteerd met hoge kosten en op gehandicapte werknemers die dreigen te worden uitgesloten van betaalde arbeid.

Een ander type extern effect dat overheidsingrijpen rechtvaardigt, vormt het *free rider*-gedrag. *Free riders* zijn calculerende burgers die wel willen profiteren van een transactie, maar daaraan niet willen bijdragen. Indien *free rider*-gedrag de over-

8 G.J. Vonk & A. Tollenaar (red.), *Social security as a public interest. A multidisciplinary inquiry into the foundations of the regulatory welfare state*, (verschijnt in) 2010.

9 C.N. Teulings, A.L. Bovenberg & H.P. van Dalen, *De Calculus van het publieke belang*, Den Haag: Ministerie van Economische Zaken 2003; A. Nentjes & E. Woerdman, 'The public interest in social security: an economic perspective', in Vonk & Tollenaar 2010, p. 31-49.

10 D.J. Wolfson, *Transactie als bestuurlijke vernieuwing. Op zoek naar samenhang in beleid en uitvoering*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2005.

11 Teulings, Bovenberg & Van Dalen 2003.

hand krijgt, komen transacties zelfs in het geheel niet tot stand. Dit zijn de typische collectieve goederen die eveneens rechtvaardigen dat de overheid ingrijpt. Zodra sprake is van een extern effect en iemand een nadeel ondervindt dat niet wordt gecompenseerd, is er een taak voor de overheid weggelegd om voor die compensatie zorg te dragen. In al deze voorbeelden is sprake van een publiek belang: een belang waarvoor de overheid verantwoordelijkheid draagt en dat de overheid moet beschermen.

De economische redenering vindt weerklank in een sociologische benadering van het vraagstuk naar publieke belangen. Sociologisch beschouwd zijn publieke belangen die belangen die op een bepaald moment in een bepaalde samenleving steun krijgen als publieke belangen. Publieke belangen worden dus door de samenleving zelf geïdentificeerd en variëren al naar gelang de sociale context varieert.¹² Wel is duidelijk dat elke samenleving tot op zekere hoogte solidariteit nastreeft.¹³ Deze solidariteit is voor een deel instrumenteel: elk individueel lid van een maatschappij heeft belang bij een zekere mate van solidariteit, omdat daarmee de sociale rust en orde wordt bewaard. Deze solidariteit kent haar keerzijde in de individuele verantwoordelijkheid en de eisen die aan elke deelnemer van de samenleving worden gesteld. Dit laatste vormt de grondslag voor de plichten die samenhangen met sociale zekerheid.

Vanuit een juridisch perspectief vormen grondrechten een aanknopingspunt om publieke belangen te definiëren. Het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten en het Europees Sociaal Handvest zijn twee bronnen, naast tal van andere bronnen, zoals verdragen van de International Labour Organisation, die invulling geven aan de plicht van de overheid om zorg te dragen voor sociale zekerheid. Een juridische analyse leidt tot drie soorten verplichtingen: de verplichting van de overheid om private initiatieven te respecteren, kwetsbare groepen te beschermen en sociale zekerheid te verstrekken. Dit resulteert in een zevental publieke belangen of eisen die aan de overheid kunnen worden gesteld als het gaat om de sociale zekerheid. Sociale zekerheid moet bescherming bieden, moet activeren en moet betrouwbaar zijn. Daarnaast kent sociale zekerheid twee intrinsieke waarden: sociale zekerheid moet solidair zijn en gelijkelijk toegankelijk zijn voor een ieder. Ten slotte zijn er twee preconditionele belangen: om sociale zekerheid te verschaffen moet sprake zijn van een *rule of law* en *good governance*.¹⁴

12 B. Bozeman, *Public values and public interest. Counterbalancing economic individualism*, Washington: Georgetown University Press 2007.

13 M. Plantinga, 'The public interests of social security: the social science approach', in Vonk & Tollenaar 2010, p. 51-68; W. van Oorschot, *The Dutch Welfare State. From collective solidarity towards individual responsibility*, Aalborg: Centre for Comparative Welfare Studies, working paper nr. 2006-41, 2006.

14 G.J. Vonk, *Recht op sociale zekerheid. Van identiteitscrisis naar hernieuwd zelfbewustzijn* (oratie Groningen), Den Haag: Sdu Uitgevers 2008; G.J. Vonk, 'The public interest and the welfare state: a legal approach', in Vonk & Tollenaar 2010, p. 69-86.

De filosofische benadering legt de nadruk op de begrenzing van publieke belangen.¹⁵ Sociale zekerheid vindt zijn grondslag in zowel liberale als in communitaristische theorie. Tegelijkertijd kennen beide theorieën een volstrekt andere invalshoek. Waar liberalen zich richten op de vrijheid van het individu en diens individuele ontplooiing, richten communitaristen zich op de keerzijde daarvan, namelijk de plicht van een ieder om bij te dragen aan de totstandkoming van een stelsel van sociale zekerheid en de kwaliteit van de samenleving. Het formuleren van publieke belangen vergt het zoeken naar balans tussen deze twee tegengestelde visies: een balans tussen rechten en plichten.

2.2.2. WELKE BORGINGSMECHANISMEN KENT DE *REGULATORY STATE*?

De werking van de *regulatory welfare state* vergt naast een definitie van publieke belangen ook een verkenning van de instrumenten die die publieke belangen kunnen beschermen. Ook hierbij is een interdisciplinaire benadering gevolgd. Vanuit een economisch perspectief vormen transacties het aangrijpingspunt. Door het aangaan van transacties kunnen de partijen die die transactie aangaan hun individuele welvaart maximaliseren. Waar de overheid optreedt, worden deze transacties vervangen door eenzijdige rechtshandelingen, verricht door een overheidsbureaucratie. Dit leidt tot 'public sector failures': overheidsorganisaties hebben de neiging om te groeien en produceren inefficiënt, waarmee (ook) wordt bedoeld dat onvoldoende maatwerk geleverd wordt of kan worden.¹⁶ Vanuit een bestuurskundig perspectief valt het oog op de organisatorische prikkels die *New Public Management* voort heeft gebracht: contractmanagement en uitbesteden zijn twee varianten van private prikkels in een publieke organisatie.¹⁷ Beide zijn wezensvreemde instrumenten voor klassieke Weberiaanse overheidsbureaucratieën en tasten traditionele bureaucratische waarden als voorspelbaarheid en (rechts)gelijkheid aan. Deze private prikkels kunnen namelijk eenvoudig pervers werken en hun doel missen omdat de ambtelijke organisaties niet in staat zijn als marktpartij te opereren. Toezicht op de naleving van contracten en het afdwingen van contractuele voorwaarden vergen bijvoorbeeld een andere ambtelijke attitude dan het eenzijdig opleggen van verplichtingen. Dat geldt ook voor de attitude bij het onderhandelen voorafgaand aan de contracten.

15 O. Brinkman, 'The public interest in social security: contemporary political philosophy', in Vonk & Tollenaar 2010, p. 87-108.

16 A. Nentjes & E. Woerdman, 'Safeguarding the public interest in social security: an economic perspective', in Vonk & Tollenaar 2010, p. 111-124.

17 J. de Ridder, 'Safeguarding public values in social security: a public administration perspective', in Vonk & Tollenaar 2010, p. 125-140.

Vanuit een juridisch perspectief zijn de instrumenten gebaseerd op wetgeving.¹⁸ De publieke belangen worden beschermd door de wetgevingsbevoegdheid hoog (uniformiteit, rechtsgelijkheid) of juist laag (legitimiteit, maatwerk) neer te leggen. Voor zover een wetgevende bevoegdheid resulteert in een bestuursbevoegdheid, ligt een competentiestrijd tussen rechter en bestuur op de loer. Enerzijds kan de wetgever beogen het bestuursorgaan vrijheid te verschaffen om maatwerk te leveren. Dit resulteert in een terughoudende toets van de rechter. Anderzijds worden soms onbedoeld ruime bestuursbevoegdheden verschafft, omdat de feiten waarover de rechter moet oordelen, specifieke (medische) kennis vergen. De specialistische kennis maakt het besluit van het bestuur immuun voor een indringende rechterlijke toets.

Juridische instrumenten kunnen ook worden vormgegeven in een private variant, bijvoorbeeld door aansprakelijkheden toe te kennen of door instemmingsrechten te verschaffen. Het privaatrecht is dan een beleidsinstrument, dat publieke doelen verwezenlijkt. Of deze doelen daadwerkelijk worden verwezenlijkt, hangt echter af van de vraag of private actoren erin slagen hun rechten af te dwingen. Tussen het hebben van een recht en het krijgen ervan, zit immers een wereld van verschil.

Filosofen zien in het beschermen van publieke belangen de bescherming van de publieke sfeer.¹⁹ De publieke sfeer is de resultante van sociale interacties tussen individuen. Zodra de samenleving groter en diverser wordt, neemt het belang van de publieke sfeer toe. Er is dan behoefte aan expliciete, objectieve regels, die van te voren kenbaar zijn gemaakt. De handhaving van deze regels vergt een onafhankelijke partij. Dit is in veel gevallen de Staat. Tegelijkertijd blijkt het handhaven van neutraliteit en onpartijdigheid niet eenvoudig voor de staat, zeker waar de staat als verstreker van sociale zekerheid optreedt. Zodra de overheid sociale zekerheid verstrekt, krijgt zij immers een specifiek belang, dat het publieke belang bedreigt. De overheid wil zichzelf in stand houden en heeft belang bij een bepaald gebruik van het stelsel. Dit leidt dan al snel tot aanvullende, buitenwettelijke plichten die de onpartijdigheid verder bedreigen. Alleen een sterke rechter, die het private domein kan onderscheiden van de publieke sfeer, kan deze onpartijdigheid beschermen.

18 A. Tollenaar, 'Safeguarding public interests: a legal perspective', in Vonk & Tollenaar 2010, p. 141-160.

19 P.C. Westerman, 'Safeguarding the public sphere: a philosophical perspective', in Vonk & Tollenaar 2010, p. 161-178.

2.3. TWEE VOORBEEDEN VAN PRIVATISERING

Naast het fundamentele onderzoek dat in de voorgaande paragraaf is beschreven, vinden binnen het project twee toegespitste onderzoeken plaats, naar de privatisering van het risico op ziekte en arbeidsongeschiktheid en naar de privatisering van de re-integratiemarkt.

2.3.1. PRIVATISERING VAN HET RISICO OP ZIEKTE EN ARBEIDSONGESCHIKTHEID

Sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid van werknemers wordt voortgebracht door overheid, werkgever en werknemer. Hun onderlinge verantwoordelijkheidsverdeling is regelmatig gewijzigd. In de huidige verdeling van verantwoordelijkheden is de directe verantwoordelijkheid van de overheid verkleind en die van de werkgever vergroot. Voor de werknemer heeft dit onder meer als gevolg dat hij nu rechten als inkomenszekerheid en maatschappelijke insluiting moet zoeken in zowel bestuursrechtelijke als civielrechtelijke procedures met de ene keer de overheid als wederpartij en de andere keer de eigen werkgever.

Het onderzoeksthema van de borging van publieke belangen is in dit deelonderzoek toegespitst op het vraagstuk van *access to justice*, oftewel: toegang tot het recht. De veronderstelling is immers dat de toevoeging van private elementen in het systeem consequenties heeft voor de wijze waarop de werknemer zijn recht kan verwezenlijken. In plaats van een exclusief bestuursrechtelijk stelsel, met bestuursrechtelijke waarborgen en rechtsbescherming, is sprake van een gemengd systeem, waarbij de waarborgen moeten worden gevonden in zowel het arbeidsrecht als het bestuursrecht. Bovendien is in de rechtsverhouding tussen overheid en werknemer de werkgever aan te merken als derdebelanghebbende. Dit compliceert de rechtsbetrekking en vormt mogelijk een obstakel voor het verwezenlijken van aanspraken.

Het uitgangspunt in het onderzoek is dat wijzigingen in de wijze waarop de werknemer zijn recht kan halen, diens toegang tot het recht niet behoren aan te tasten. Niet alleen verdient de procespositie van de zieke werknemer bijzondere bescherming, gelet op zijn medische toestand en zijn grote afhankelijkheidspositie tegenover zowel zijn werkgever als het UWV, bovendien heeft de wetgever regelmatig overwogen dat een verslechtering van de wijze waarop de werknemer zijn recht kan halen, uitdrukkelijk niet aan de orde zou mogen zijn bij de inbedding van nieuwe prikkels in het systeem van sociale zekerheid.

In de onderzoeksopzet is voorzien in twee delen: een algemeen deel en een bijzonder deel. Het algemene deel bestaat uit een hoofdstuk over de ontwikkeling van het rechtsgebied tussen publiek en privaat en een hoofdstuk waarin een normatief kader wordt neergezet. Dit kader bestaat uit juridische en feitelijke voorwaarden

van toegang tot het recht, waarbij de juridische voorwaarden zien op eigenschappen van de geschilbehandeling in het stelsel en de feitelijke voorwaarden op het vermogen van de zieke werknemer om met bureaucratische vaardigheden recht te halen.

In het bijzondere deel wordt dit kader gebruikt om specifieke procedures in het rechtsgebied te toetsen. Hierbij kan concreet worden gedacht aan procedures die solliciterende werknemers kunnen benutten om op te treden tegen een op risico selecterende werkgever, zoals een procedure bij de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen of een civielrechtelijke vordering op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), aan procedures waarin de werknemer een loonvordering (art. 7:629 BW) instelt tegen een werkgever die weigert het loon door te betalen met bijzondere aandacht voor de rol van het deskundigenoordeel van het UWV daarbij en aan procedures over het opleggen van een loonsanctie aan de werkgever en de gevolgen voor het recht op loondoorbetaling van de werknemer. In deze procedures kunnen allerlei belemmeringen bestaan die de zieke werknemer zijn toegang tot het recht ontnemen of bemoeilijken.

2.3.2. PRIVATISERING VAN DE RE-INTEGRATIEMARKT

In Nederland heeft zich, met betrekking tot de uitvoering van de toeleiding naar werk (re-integratie) van uitkeringsgerechtigden, een belangrijke verschuiving voorgedaan in het begin van deze eeuw. Waar voorheen de activiteiten uitgevoerd werden door de publieke arbeidsbureaus, is met de invoering van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (Wet SUWI) in 2002 en later de Wet werk en bijstand (WWB) in 2004, het landschap met betrekking tot de uitvoering van re-integratie grondig veranderd. Hoewel de eindverantwoordelijkheid voor dienstverlening een publieke blijft, is een deel van de uitvoering van deze taken overgegaan naar private actoren. In dit onderzoek wordt de vraag beantwoord wat de consequenties zijn van dit nieuwe uitvoeringsarrangement, waarin private actoren een belangrijke rol spelen voor het borgen van publieke belangen.

In de uitvoering van beleid moeten beslissingen worden genomen over allerlei aspecten van dienstverlening, die vaak bestaan uit het afwegen van verschillende publieke en private belangen. Wanneer private actoren betrokken zijn bij dienstverlening, spelen contracten vaak een cruciale rol. Dit deelonderzoek richt zich specifiek op de mogelijke consequenties van het gebruik van contractsrelaties, zoals die bij de uitbesteding van re-integratieactiviteiten aan private actoren zijn ontstaan, voor het borgen van publieke belangen. Hierbij is één van de veronderstellingen dat het gebruik van contracten invloed zal hebben op de afwegingen van sleutelfiguren die bij de re-integratie betrokken zijn (ambtenaren die moeten controleren, private aanbieders die moeten leveren en burgers die in het contract de concretisering van hun recht terugvinden). Dit kan leiden tot een situatie waarin afwegingen worden gemaakt waarbij bepaalde publieke belangen minder goed zijn geborgd, omdat

deze niet expliciet in de contracten staan vermeld. Bijvoorbeeld omdat deze publieke belangen zich moeilijk laten vangen in de tekst van een contract.

Een andere veronderstelling is dat het gebruik van contracten en de vormgeving daarvan, de uitvoeringssituatie zodanig complexer maakt dat dit leidt tot minder transparantie en mogelijk ook tot minder flexibiliteit. Door de complexiteit van het contract is men alleen nog maar bezig met het voldoen aan alle vereisten die gerelateerd zijn aan de beloningsprikkels in het contract en dreigt men de oorspronkelijke doelen van het contract uit het oog te verliezen.

In dit project zal worden onderzocht hoe in de verschillende fasen van het uitbestedingsproces (de keuze voor kopen of maken van diensten, de specificatie- en selectiefase, de monitoringfase en de aansturingfase) publieke belangen worden geborgd en welke beslissingen er door actoren in deze fasen genomen worden met betrekking tot het borgen van publieke belangen.

2.4. CONCLUSIE: DE TOETS VAN DE *REGULATORY WELFARE STATE*

Het doel van het onderzoek is definiëring en verkenning van de *regulatory welfare state*. De eerste aanzet daarvoor is gegeven in paragraaf 2. Het vertrekpunt is de constatering dat sociale zekerheid altijd een samenspel is van markt en overheid. Dat is altijd zo geweest en zal altijd wel zo blijven. De overheid draagt wel verantwoordelijkheid, maar zal voor de verwezenlijking ervan gebruik maken van private structuren. De overheid wordt dan van verstrekker, facilitator of regulator.

Er is onmiskenbaar een deel van de sociale zekerheid waarin de verantwoordelijkheid van de overheid eist dat het sociale zekerheid *verstrekt*. Dit is met name het geval waar geen markt tot stand komt. Denk bijvoorbeeld aan zekerheid voor kwetsbare groepen, zoals langdurig zieken of gehandicapten. Waar wel markttransacties tot stand komen, heeft de overheid een rol als *facilitator*, door de markt te beschermen en misbruik van marktposities tegen te gaan. Dit leidt bijvoorbeeld tot toezicht op de verzekeringsmarkt en het stellen van eisen aan de dekkingsgraad van pensioenfondsen en dergelijke. De rol van *regulator* is daaraan annex: de overheid kan indirect, bijvoorbeeld via belastingmaatregelen, transacties stimuleren.

Deze rollen van de overheid komen tot uitdrukking in de twee deelonderzoeken die in paragraaf 3 zijn behandeld. Deze deelonderzoeken kunnen worden beschouwd als 'casestudies' van privatisering binnen de sociale zekerheid. Beide hebben een ander karakter en bieden daarom gezamenlijk een redelijk volledig beeld van de consequenties van privatisering in de sociale zekerheid. Het verschil in karakter heeft te maken met het soort privatisering dat wordt onderzocht. Is bij de privatisering van het ziekte- en arbeidsongeschiktheidsrisico sprake van een

verschuiving van *aansprakelijkheid* van publiek naar privaat, bij de privatisering van de re-integratiemarkt blijft de aansprakelijkheid in publieke handen en heeft de privatisering vooral betrekking op de wijze waarop de sociale zekerheid wordt verstrekt: in plaats van een *publiek* uitvoeringsorgaan, wordt een *private* rechtsverhouding geconstrueerd tussen overheid en uitvoeringsorgaan.

Bovendien verschilt ook de benadering van de publieke belangen: terwijl in het deelonderzoek naar ziekte en arbeidsongeschiktheid een keuze is gemaakt voor een specifiek publiek belang dat op de praktijk wordt geprojecteerd, worden in het onderzoek naar de re-integratiemarkt de publieke belangen afgeleid uit de keuzes en handelingen van de actoren binnen de (beleids)praktijk.

Gelet op deze variatie vullen beide onderzoeken elkaar aan en bieden ze tezamen een tamelijk volledig beeld over zowel de reikwijdte van de publieke belangen van de sociale zekerheid, als de werking van de *regulatory welfare state*.

C

NETHERLANDS INSTITUTE FOR LAW AND GOVERNANCE

1. INLEIDING

Het Netherlands Institute for Law and Governance (NILG) is een samenwerkingsverband tussen de rechtenfaculteiten van de Vrije Universiteit en de Rijksuniversiteit Groningen. Het is geworteld in activiteiten die beide faculteiten in het verleden hebben ontplooid. Het NILG bestaat uit twee pijlers: het VU University Amsterdam Centre for Law and Governance (VU CLG) en het Groningen Centre for Law and Governance (GCL). Deze centra hebben een eigen onderzoeksprogrammering en zijn ingebed in de facultaire organisaties.¹

De VU heeft een jarenlange onderzoekstraditie waarin de samenhang tussen publieke en private belangen centraal staat. Het huidige onderzoeksprogramma draagt de titel 'Publieke en private belangen in balans' (2010-2015). Het onderzoek dat in het kader van dit programma wordt uitgevoerd, is ondergebracht bij het VU CLG.

De rechtenfaculteit van de RUG heeft in 2008 het GCL opgericht. Dit centrum richt zich op het onderzoeksthema 'recht en de regulerende overheid; de interactie tussen publieke en private belangen'. Het betreft een soortgelijk onderzoeksthema als dat van het VU-programma. Op dit terrein heeft de Groningse rechtenfaculteit een breed onderzoeksprogramma ontwikkeld voor de jaren 2009-2013.

Met de oprichting van het NILG willen de rechtenfaculteiten van de VU en de RUG hun krachten bundelen en activiteiten op elkaar afstemmen. Het onderzoeksthema van het NILG is overkoepelend en heeft betrekking op de regulering van publieke en private belangen. Dit thema heeft grote maatschappelijke relevantie. De verhouding tussen de publieke en de private sfeer houdt de gemoederen verdeeld. Van de overheid wordt steeds meer verwacht. Zij moet meer handelen, maar ook meer 'met rust laten'. Daarin schuilt een paradox. Het recht biedt van oudsher een

¹ Van het lopend onderzoek dat bij het VU CLG en het GCL plaatsvindt, is in A en B van dit vierde deel van de congresbundel een impressie geven.

normatief kader voor zowel de bevoegdheidsuitoefening van de overheid als de bescherming van de vrije sfeer van de burgers, ondernemingen en maatschappelijke instellingen. Daarmee biedt het recht een stabiel kader om de woelige discussies over de verhouding publiek-privaat in goede banen te leiden. Het NILG wil dit kader nader doordenken en een krachtige bijdrage leveren om het te verbeteren.

Het onderzoeksthema van het NILG nodigt niet alleen uit tot ‘intern’ juridisch onderzoek, maar tevens tot reflectie op de functie van het recht ten opzichte van andere sturingsinstrumenten. Het houdt nauw verband met het denken over de functie van het recht in de *regulatory state*. Overstijgende analyses zijn nodig om het thema tot bloei te laten komen. De in deel II van deze bundel opgenomen achtergrondstudies kunnen worden gezien als voorbeelden van dergelijke analyses. Met overstijgende analyses zijn in de eerste plaats analyses bedoeld die rechtsgebieden te boven gaan. In de tweede plaats gaat het om analyses waarbij gebruik wordt gemaakt van andere disciplines dan de juridische. Het onderzoeksprofiel van het instituut is evenwel primair juridisch: vanuit het recht worden verbanden met andere disciplines gelegd.

Door de samenwerking ontstaat een sterke en gevarieerde onderzoeksgroep. Het NILG is bovendien een open onderzoeksplatform. Het is gericht op samenwerking met individuele onderzoekers, instellingen en faculteiten die zich tot het thema aangetrokken voelen: derden zijn uitdrukkelijk uitgenodigd om te participeren.

Het NILG werkt aan uitwerking van het onderzoeksthema van het NILG in concrete samenwerkingsprojecten. Het lopende onderzoek naar ‘koude uitsluiting’ dat wordt uitgevoerd door onderzoekers van de VU en de RUG dat hieronder wordt besproken, kan illustratief zijn voor de projecten die in de toekomst zullen worden ontwikkeld. In de toekomst zal onderzoek worden gebundeld en zullen diverse congressen en symposia door het NILG worden georganiseerd. Onderzoekers zullen jaarlijks bijeenkomen om elkaars onderzoek te bespreken.

2. EEN ILLUSTRATIEF ONDERZOEKSPROJECT: KOUDE UITSLUITING

Wilbert KOLKMAN*

2.1. INLEIDING

De minister van Justitie heeft in 2008 toegezegd de wenselijkheid en mogelijkheden van (aanvullende) wetgeving met betrekking tot in huwelijkse voorwaarden opgenomen koude uitsluiting te zullen verkennen, en daarbij ook de gevolgen van de verbreking van een langdurige duurzame relatie door ongehuwde en ongeregistreerde mensen te betrekken. In 2009 is dit onderzoek gegund aan een samenwerkingsverband van onderzoekers van de VU en de RUG.

Het tweeledige onderzoek betreft enerzijds de vraag naar de wenselijkheid tot ingrijpen in een overeenkomst tussen echtgenoten (die koude uitsluiting in hun huwelijkse voorwaarden hebben opgenomen) en anderzijds de vraag naar de wenselijkheid een vermogensrechtelijke regeling te ontwerpen voor ongehuwde partners.

Beide gevallen zijn vraagstukken die zich op het gebied begeven van de 'overheid achter de voordeur'. Moet de overheid ingrijpen in een contract dat na vele jaren onbillijk uitpakt (koude uitsluiting), moet zij optreden in een situatie die onredelijk uitpakt voor de 'scheidende' samenwoner? In de kern komt het hier neer op de vraag in welke mate de overheid in familierechtelijke verhoudingen dwingende regels dient te introduceren. Centraal staat de afweging van de betrokken publieke belangen (denk aan een vlot lopend rechtsverkeer) en private belangen (denk aan de vrijheid vermogensrechtelijke afspraken te maken). Bezien wordt of de gekozen vormen van regulering zijn in te passen in het bestaande systeem en of deze leiden tot een adequate waarborging van de betrokken belangen.

2.2. PROBLEEMSTELLING

Het onderzoek spitst zich toe op de volgende drie kwesties: wat zijn de aard, ernst en omvang van de problematiek van koude uitsluiting, wat zijn oorzaken daarvan, en wat zijn mogelijke oplossingen?

Met 'koude uitsluiting' wordt veelal bedoeld op huwelijkse voorwaarden (of partnerschapsvoorwaarden) waarbij door echtgenoten of geregistreerde partners iedere gemeenschap van goederen is uitgesloten en geen verrekening van inkomsten of

* Prof. mr. W.D. Kolkman is hoogleraar notarieel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

vermogen is overeengekomen. Bij verbreking van een relatie tussen ongehuwde en niet-geregistreerde partners kunnen zich deels vergelijkbare financiële problemen voordoen, niet zozeer door overeengekomen afwijking van het wettelijke huwelijksvermogensrecht, maar doordat de wet aan een ongehuwde/niet-geregistreerde samenleving geen met het huwelijk of geregistreerd partnerschap vergelijkbare algemene vermogensrechtelijke gevolgen verbindt, noch een verplichting tot het verschaffen van alimentatie. Enigszins oneigenlijk uitgedrukt: tussen ongehuwd/niet-geregistreerd samenwonenden is op grond van de wet sprake van 'koude uitsluiting'. De probleemstelling wordt derhalve mede betrokken op de financiële problematiek na verbreking van een relatie tussen ongehuwde (en niet-geregistreerde) partners. Voor deze partners dient daarbij wel rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat zij in een (al dan niet notariële) samenlevingsovereenkomst een vorm van verrekening van inkomsten of vermogen zijn overeengekomen. Ook kunnen zij in een samenlevingsovereenkomst een regeling treffen voor betaling van alimentatie in geval van verbreking van de relatie.

2.3. OPZET

Het onderzoek valt uiteen in drie onderdelen:

- i. empirisch onderzoek naar de aard, ernst, oorzaken en omvang van de problematiek;
- ii. rechtsvergelijkend onderzoek naar oplossingen van de problematiek zoals gehanteerd in andere landen;
- iii. normatief-juridisch onderzoek naar de mogelijkheden in het Nederlandse recht.

Ad i. Het gaat om literatuur- en jurisprudentieonderzoek naar de stand van zaken van de kennis van deze problematiek, aangevuld met een beschrijving van de problematiek op basis van semigestructureerde diepte-interviews met ervaringsdeskundigen zoals bijvoorbeeld echtscheidingsadvocaten, academici en notarissen. Ook zullen expertmeetings worden gehouden.

Het onderzoek heeft betrekking op twee groepen partners, te weten ongehuwd samenwonende partners die niet een verrekenbeding of een alimentatiebeding in een samenlevingsovereenkomst zijn overeengekomen en gehuwden of in geregistreerd partnerschap verbonden partners die voor koude uitsluiting hebben gekozen. Gemeenschappelijk aan de twee groepen is dat de vermogens van de partners gescheiden blijven en er bij het einde van de relatie ook geen verrekening plaatsvindt. De (ex)samenwonende partners hebben bovendien geen recht op partneralimentatie. Beide groepen blijven dus verstoken van de compenserende werking van het wettelijke huwelijksgoederenstelsel en (althans de samenlevende partners) het alimentatiestelsel.

Ad ii. Het rechtsvergelijkende deelonderzoek heeft zowel betrekking op ‘law in the books’ als op ‘law in action’. Naast Nederland worden in het onderzoek betrokken Zweden, Hongarije, Aruba/Antillen en een thans nog nader te bepalen vierde land. Bij de analyse en de beschrijving van de regelingen in het buitenland fungeren de onderzoeksvragen als leidraad. Dit impliceert dat ook wordt nagegaan waarom voor welk type regeling is gekozen. Verder wordt via jurisprudentie en doctrine nagegaan hoe de regeling in de praktijk werkt. Ter aanvulling worden telefonische of schriftelijke interviews georganiseerd met deskundigen (academici, advocaten, notarissen, overheid) uit die landen. In het rechtsvergelijkende hoofdstuk worden de buitenlandse regelingen geplaatst en gewaardeerd in het licht van de mogelijkheden die het Nederlandse recht biedt.

Ad iii. In het normatief-juridische onderzoek naar de mogelijkheden die het Nederlandse recht biedt, dan wel zou behoren te bieden, worden de literatuur en jurisprudentie over de onderhavige problematiek onderzocht en beschreven. Daarbij staan de volgende vragen centraal: welke mogelijkheden kent het Nederlandse recht thans om onbillijke vermogensverdeling na verbreking van de (huwelijks) relatie te ondervangen? Wat zijn de commentaren hierop vanuit rechtspraak en -wetenschap? In welke mate worden die mogelijkheden al dan niet met succes toegepast? Wat is de rechtvaardiging van overheidsingrijpen in de contractsvrijheid, bezien vanuit de rechtszekerheid en de rechtvaardigheid? Wat zijn de instrumenten die een onbillijke vermogensverdeling na verbreking van de (huwelijks)relatie kunnen tegengaan? Wat is de overgangsrechtelijke problematiek die invoering van dwingendrechtelijke aanspraken tussen partners met zich zal brengen?

Dit deel van het onderzoek wordt uitgevoerd door eerst een analyse te maken van de bestaande situatie. De nadruk zal hier liggen op relatievermogensrechtelijke jurisprudentie en literatuur, maar ook algemene leerstukken worden belicht, zoals met name de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Vervolgens wordt aanvullend onderzoek verricht bij practici: één expertmeeting (academici, advocaten, notarissen, rechterlijke macht) en aanvullende vragen aan de in het kader van het empirische onderzoek benaderde advocaten en notarissen, ter inventarisatie van de voor- en nadelen van de diverse mogelijkheden. Tot slot volgen de conclusies en aanbevelingen, met concrete wetsvoorstellen ter invulling van de door de huidige wet gelaten leemtes.

2.4. DUUR EN ONDERZOEKERS

De geplande duur van het onderzoek is december 2009 tot augustus 2010.

De Vrije Universiteit Amsterdam en de Rijksuniversiteit Groningen zien dit project als een gezamenlijk werk, onder de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de betrokkenen. Van de VU zijn betrokken de onderzoekers mr. Naomi Spalter, mr.

Lopend onderzoek

Liesbeth Hulst, mr. Bart Breederveld, prof. mr. Masha Antokolskaia, prof. mr. Bert Niemeijer en prof. mr. Frits Salomons. Van de RUG zijn betrokken prof. mr. Marc Hertogh, prof. mr. Wilbert Kolkman en prof. mr. Leon Verstappen. De direct verantwoordelijken zijn de hoogleraren Antokolskaia en Salomons (namens de VU) en Kolkman en Verstappen (namens de RUG).

Het NILG kan beginnen!



Prof. dr. Theo Mulder



Prof. dr. Arend Soeteman

Leon Verstappen en Anja Oskamp, de decanen van de rechtenfaculteiten van de Rijksuniversiteit Groningen en de Vrije Universiteit Amsterdam, gaven het startsein van het instituut met een overhandiging aan elkaar van het getekende NILG-convenant.

De minister van Justitie Ernst Hirsch Ballin bracht in zijn videoboodschap de uitdagingen voor het instituut overtuigend naar voren.

Een enthousiasmerende afsluitende toespraak kwam van prof. dr. Theo Mulder, directeur Onderzoek en Instituten bij de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen.

Tijdens het buffet werden feestelijke redes gehouden door Peter Rehwinkel, de burgemeester van Groningen, en Arend Soeteman, emeritus-hoogleraar rechtsfilosofie aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

Het NILG kan beginnen!



Dr. Ernst Hirsch Ballin



Dr. Peter Rehwinkel



Prof. mr. Anja Oskamp en prof. mr. Leon Verstappen