

SOCIALE MARKTEN

Bijdrage voor de NILG rondetafelbijeenkomst 9 september 2010

Gijsbert Vonk (RUG), Willem Bouwens (VU) en Elies Steyger (VU)

Deze notitie bevat enkele gedachten over een onderzoekslijn met betrekking tot het verschijnsel van sociale markten. Na een eerste begripsduiding wordt een drietal thema's opgevoerd in het kader waarvan nadere onderzoeksvoorstellen ontwikkeld kunnen worden. De thema's zijn gesitueerd op de assen van het bestuursrecht, het arbeidsrecht en het Europees recht.

Sociale markten?

De term 'sociale markten' is grotendeels zelf bedacht. Hij verwijst naar de introductie van een 'quasi-markt' in de sfeer van de sociale sector. Een dergelijke markt is eerst in 1991 beschreven door de Britse econoom *Julian Le Grand* naar aanleiding van hervormingen in de sociale sector in Groot-Brittannië.¹ Door concurrentie toe te staan tussen uitvoeringsinstellingen en keuzevrijheid te bevorderen voor de burger, zou de kwaliteit en efficiëntie van de sociale sector verbeterd moeten worden. Deze gedachte heeft ook in Nederland zijn intrede gedaan; zij kleurde menig hervorming in de sociale zekerheid, de re-integratie, de zorg en de maatschappelijke dienstverlening.

Op de Nederlandse sociale markt figureert een stoet van actoren: ziektekostenverzekeraars, re-integratiebedrijven, woningbouwverenigingen, (kruis)zorginstellingen, service- en expertisecentra, indicatiebureaus, consultancy-ondernemingen, etc. Sommige van deze instellingen zijn op één of andere manier aan de overheid gelieerd, andere hebben hun wortels in het maatschappelijk middenveld, weer andere vormen zuiver commerciële ondernemingen. Deze instellingen concurreren met elkaar voor opdrachten van de overheid. Omdat ook not-for-profitinstellingen bij de concurrentie betrokken zijn, is winst niet de enige concurrentiefactor, althans dat is niet noodzakelijk het geval. Het voortbestaan van veel instellingen op lange termijn is afhankelijk van de mate waarin de organisaties op een continue basis overheidsopdrachten weten te verwerven. Daartoe is vereist dat zij structurele coöperatieve netwerken opbouwen, niet alleen met de overheid als opdrachtgever maar ook met elkaar en niet te vergeten met de burgers (en hun belangenorganisaties) als afnemers van de diensten.

In één van zijn latere publicaties onderscheidt Le Grand sociale markten van een ander nieuw verschijnsel, te weten de opkomst van de *legal welfare state*.² Bij de *legal welfare state* wordt de bescherming van kwetsbare groepen niet overgelaten aan het fiscale stelsel en de sociale zekerheid, maar wordt het gedrag van partijen in het kader van contractuele relaties aan regels en prikkels onderworpen. Ook dit fenomeen kennen we in Nederland. Denk bijvoorbeeld aan de invoering van de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte of de oprichting van het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen. Analytisch verwijst het begrip 'legal welfare state' inderdaad naar iets anders dan de 'sociale markt'. Bij sociale markten gaat het om een vorm van allocatie van overheidsmiddelen (of van bepaalde rechten); bij de *legal welfare state* gaat het – zoals gezegd – erom sturing te geven aan private contractsrelaties.

Het begrip sociale markt is afgeleid van het economische begrip van de quasi-markt. In de economische literatuur is er ook kritiek op dit begrip. Van geen enkele markt kan gezegd worden dat deze perfect is, waardoor de term te weinig onderscheidend en te veel normatief bepaald zou zijn, alsof deze stilzwijgend wil instemmen met meer marktwerking bij de

¹ Julian Le Grand, 'Quasi-markets and social policy', *The economic Journal*, 1991, p. 125-127. Le Grand is zelf nadien gaan werken als adviseur voor de regering Blair; op basis van zijn ervaringen schreef hij in 2007 het boek *The Other Invisible Hand: Delivering Public Services through Choice and Competition*, Princetown University Press.

² Julian Le Grand, 'Knights, Knaves or Pawns? Human Behaviour and Social Policy', *Journal of Social Policy*, 1997, p. 149-169.

overheid.³ Zonder afbreuk te willen doen aan deze kritiek, verwijst de titel van deze notitie niettemin naar het (sociale)marktconcept. Het heeft betrekking op een sturingsmodel waarbij de overheid diensten met een sociaal karakter niet als monopolist aanbiedt maar via derden probeert te organiseren met het doel competitie tussen verschillende aanbieders te bevorderen en keuzevrijheid voor de burgers als afnemers van deze diensten te vergroten.

Onderzoeksthema's

Bij een onderzoek naar het functioneren van sociale markten kan men zich veel voorstellen, zowel in termen van samenwerking tussen rechtsgebieden als tussen disciplines. Een deel van het onderzoek zou betrekking moeten hebben op de algemene theorievorming met betrekking tot sociale markten. Hierbij kan worden gedacht aan de voorstellen zoals die worden gedaan in de binnenkort te verschijnen bundel van Vonk en Tollenaar getiteld *Social security as a public interest; a multidisciplinary inquiry into the foundations of the regulatory welfare state*.⁴ Bij deze voorstellen gaat het om het nader uitwerken en systematiseren van de publieke doelstellingen die gemoeid zijn met de sociale markt en het begrijpen van het functioneren van de mix van juridische en niet-juridische sturingsinstrumenten waarvan de sociale markt zich bedient. In deze notitie laten wij dit gedachtenspoor verder liggen en concentreren wij ons op enkele raakvlakken met drie rechtsgebieden, namelijk het bestuursrecht, het arbeidsrecht en het Europees recht. Drie thema's worden aldus opgevoerd, te weten:

- a. Forumkeuze bij de uitbesteding van taken
- b. De rechtspositie van de zorgverlener
- c. Europese sociale markten

Forumkeuze bij de realisering van taken

Een overheidsdienst die bepaalde doelen wil realiseren, bijvoorbeeld het aanbieden van vervoersvoorzieningen voor gehandicapten, staat een keur van mogelijkheden ter beschikking om deze doelen te realiseren. Hij kan de diensten in eigen beheer uitvoeren als publiekrechtelijke rechtspersoon of mandateren aan een ander bestuursorgaan; hij kan een overheidsbedrijf in het leven roepen of een joint venture aangaan met andere ondernemingen; hij kan de diensten aanbesteden bij derden en daarbij een keuze maken tussen commerciële ondernemingen of not-for-profitinstellingen; hij kan een stelsel van persoonsgebonden budgetten in het leven roepen of de taak volledig privatiseren en via regulering de regels van de markt naar de eigen hand zetten. Op de verschillende uitvoeringsmodaliteiten zijn verschillende rechtsregimes van toepassing. Dit laat ook zien hoe relatief de betekenis van de Awb voor de overheid eigenlijk is. Alle zorgvuldig bedachte regels over het besluit, mandaat- en delegatie, subsidie en klachten: ze kunnen met één knip van de vingers worden uitgesloten door te kiezen voor een andere uitvoeringsconstructie. Daar wachten dan weer andere regels. Op deze wijze heeft de overheid als regisseur een soort 'forumkeuze'; zij kan via de keuze van de uitvoeringsmodaliteit het toepasselijke rechtsregime zelf bepalen.

Zo'n forumkeuze hoeft niet als iets negatiefs te worden gezien: het is logisch dat voor verschillende rollen verschillende regels gelden. Wel rijst de vraag in hoeverre de keuze van de uitvoeringsmodaliteit bewust wordt ingegeven door de wens bepaalde waarborgen in het rechtssysteem te ontwijken. Bijvoorbeeld, wordt de keuze voor de privaatrechtelijke uitvoeringsmodaliteit ingegeven door de wens de bezwaarschiftprocedure te ontwijken? Wordt gekozen voor een overeenkomst van opdracht met het doel om de Awb subsidievoorschriften buiten werking te stellen? Andersom rijst de vraag of de verschillen die bestaan tussen de onderscheiden rechtsregimes voldoende gerechtvaardigd zijn. Wij geven een voorbeeld. De toedeling van taken binnen de overheid is een geheimzinnige aangelegenheid. De aanbesteding bij private instellingen is volledig transparant. Waarom niet een gemengd regime? Zo is er bijvoorbeeld vanuit een oogpunt van 'institutionele competitie'

³ Vgl. onder meer Robert MacMaster, 'A Veblenian-inspired critique of the "quasi-market" concept', *International Journal of Social Economics*, 2001, p. 710-724.

⁴ Verschijnt volgende maand bij Intersentia, in de *Social Europe* reeks.

veel voor te zeggen om publieke organen mee te laten dingen in aanbestedingsprocedures. Dit is echter om mededingingstechnische redenen (economische competitie) niet mogelijk.

Er is in verband met dit thema nog een volgend vraagstuk dat aandacht verdient en dat is kostenbeheersing. Voor het voortbestaan van de verzorgingsstaat moeten de uitkeringslasten beheerst worden. Omdat voorzieningen rechten zijn en rechten kunnen worden afgedwongen, raakt elke beker snel tot aan het randje opgevuld met aanvragen. Bij sommige regelingen is dat de bedoeling. Als de AOW niet tot uitbetaling komt, heet dat niet-gebruik. Maar bij andere regelingen, bijvoorbeeld in de sfeer van de arbeidsongeschiktheid, medische zorg en maatschappelijke ondersteuning is de hoop dat het gebruik tot de noodzakelijke gevallen beperkt blijft.

In een sociale markt staat het de overheid vrij om een keuze te maken tussen een civielrechtelijk en een publiekrechtelijk uitvoeringsmodel. In welke mate heeft deze keuze invloed op de kostenbeheersing? Het bestuursrechtelijke model heeft de schijn tegen zich omdat het zo sterk de nadruk legt op het indammen van vrijheden en het expliciteren van regels en toekenningscriteria. Een dergelijke 'bureaucratisering van rechten' kan claimgedrag in de hand werken; voorzieningen worden aangevraagd omdat men er nu eenmaal aanspraak op maakt. In een poging bureaucraties van rechten tegen te gaan, zoekt de wetgever naar alternatieve juridische constructies waarbij wordt gepoogd het recht enigszins op afstand te houden. Zo zijn de 'aanspraken' ingevolge de AWBZ vervangen door het compensatiebeginsel van de Wmo. De bedoeling is dat van geval tot geval, in samenspraak met de belanghebbende ('rond de keukentafel') wordt beoordeeld welke voorzieningen nodig zijn om ervoor te zorgen dat een persoon ondanks zijn beperkingen zelfstandig kan blijven functioneren. Respekteert het bestuursrecht dit soort constructies voldoende of leiden rechterlijke interventies er toe dat de vrije ruimte binnen de kortste keren wordt dichtgesmeerd? Wat moet er in het bestuursrecht veranderen om dit soort constructies beter uit de verf te laten komen zonder dat daarbij de positie van de burger in de knel komt? En andersom: zijn privaatrechtelijke uitkeringsvormen vatbaar voor het ontstaan van weer andere vormen van claimcultuur en hoe kunnen deze worden vermeden?

De organisatie van de arbeid in de sociale markten

In de sociale markt wordt vaak teruggevallen op de constructie van het persoonsgebonden budget (pgb). Zij komt onder verschillende namen, van rugzakje tot voucher. Kern van de constructie is dat de overheid aan de burger een bepaald bedrag aan geld ter beschikking stelt, zodat deze de desbetreffende dienst zelf kan inkopen bij een derde partij. Via het persoonsgebonden budget ontstaat vanzelf keuzevrijheid voor de afnemer en concurrentie tussen de dienstverleners.

Een aspect van persoonsgebonden budget dat relatief onderbelicht is, heeft betrekking op de gevolgen van de organisatie van de arbeid. De pgb-constructie staat het toe dat een hulpbehoevende zijn diensten rechtstreeks inhuurt bij de zorgverlener zelf: de huishoudster, de verpleegster, de kinderverzorgster, de gehandicaptenbegeleider, etc. Hierdoor ontstaat de mogelijkheid dat de zorgverleners rechtstreeks als natuurlijke persoon een arbeidsrelatie aangaan met de hulpbehoevende, als werknemer of als zelfstandige zonder personeel. Na de invoering van Wmo zijn grote thuiszorginstellingen er toe overgegaan hun personeel van de loonlijst te schrappen door van hen te verlangen dat men voortaan rechtstreeks zaken doet met de hulpbehoevende. Dat heeft allerlei consequenties voor de rechtspositie, niet alleen voor de sociale zekerheid en het arbeidsrecht maar ook voor het aansprakelijkheidsrecht (er is niet langer een werkgever die aansprakelijk kan worden gesteld als de zorgverlener een fout maakt; de zorgverlener is zelf aansprakelijk voor fouten die zijn begaan bij de uitoefening van de hem opgedragen taak).

De vraag is welke verschuivingen de sociale markt met zich meebrengt in de organisatie van de arbeid, wat de consequenties zijn voor de rechtspositie van de zorgverleners en op welke wijze het sociaal recht en het aansprakelijkheidsrecht hierop zouden moeten reageren.

Europese sociale markten

Het EU-recht kent van oorsprong een scherpe dichotomie tussen markt en overheid. Of het is markt en dan zijn alle marktregels (vrij verkeer en mededingingsrecht) van toepassing of het is zuiver overheid en dan zijn deze regels niet van toepassing. De sociale markten worden daarentegen juist gekenmerkt door hybride regimes met zowel kenmerken van de markt als van de overheid. De traditionele thuiszorg, de aanvullende pensioenvoorziening en sociale woningbouw vormen voorbeelden van dergelijke hybride regimes. Zonder nadere regulering worden hybriden door de EU gedwongen een keuze te maken: of markt of overheid. Het recente voornemen van de Europese Commissie om inkomensgrenzen te stellen aan de toelaatbaarheid van de gesubsidieerde huursector (tot €30.000) vormt daarvan een voorbeeld. Ook het Nederlandse pensioenstelsel moet zich voortdurend verdedigen tegen Europa. Er zijn verschillende redenen om kritisch te zijn over deze invloed van het Europese recht. Een ervan is dat de dogmatiek van het EG-Verdrag de introductie van sociale markten in de weg staat. De Europese Commissie is zich hiervan bewust en heeft in 2006 een initiatief genomen om te komen tot normstelling over “sociale diensten van algemeen economisch belang”.⁵ Het ging er om duidelijkheid te krijgen over de aard van deze diensten en hun verhouding met het Europese recht. Dit initiatief is om politieke redenen in het slop geraakt, maar het wetenschappelijk onderzoek kan intussen doorgaan. Hoe kunnen sociale markten worden gedefinieerd; zijn zij te onderscheiden van andere diensten van algemeen belang en welke ruimte moeten ze Europeesrechtelijk krijgen?

⁵ 26 april 2006, COM(2006) 117 def.