

Recht op sociale zekerheid
Van identiteitscrisis naar hernieuwd zelfbewustzijn

Recht op sociale zekerheid
Van identiteitscrisis naar hernieuwd zelfbewustzijn

Rede in verkorte vorm uitgesproken op 29 januari 2008 bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar socialezekerheidsrecht aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen

door

G.J. Vonk

SDU Den Haag
2008

Mijnheer de rector magnificus,
dames en heren toehoorders,

1. Inleiding

Bij de aanvaarding van mijn leerstoel wil ik u onderhouden over het recht op sociale zekerheid.

Dit recht geldt als een van de sociale grondrechten, naast bijvoorbeeld het recht op onderwijs en het recht op huisvesting. Juristen leren al vroeg in hun opleiding dat sociale grondrechten zich van de klassieke vrijheidsrechten onderscheiden doordat ze de burger niet louter beschermen tegen overheidsbemoeyenis, maar van de overheid een bepaalde inspanning vragen. Net zoals de overheid erop moet toezien dat er voldoende scholen zijn en dat er toegankelijke huisvesting is, moet zij ervoor zorgen dat er een stelsel van aanspraken tot stand komt dat ons moet beschermen tegen de onzekerheden van werk en leven. Aldus markeren sociale grondrechten de overgang van de klassieke rechtsstaat naar de sociale rechtsstaat.

Het recht op sociale zekerheid in grondrechtelijke zin moet worden onderscheiden van het individuele recht op uitkering. De heersende opvatting is dat dit laatste recht niet uit het grondrecht valt af te leiden maar moet zijn gegrondvest op de nationale wettelijke systemen. Aan de andere kant is het zo dat waar een dergelijk systeem faalt, het grondrecht kan worden ingeroepen om de staat op zijn verantwoordelijkheid te wijzen.

Met het recht op sociale zekerheid is het tot dusver wat armetierig gesteld. Het werd voor het eerst geformuleerd in de Universele Verklaring van de rechten van de mens in 1948.¹ *Every person, as a Member of society, has the right to social security (...)*, zo stelt artikel 22 van de Verklaring.² Nadien is het in weer andere woorden opgenomen in andere internationale en regionale grondrechtteksten, zoals het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR)³ en het Europees Sociaal Handvest (ESH).⁴

Maar lange tijd is het vooral bij woorden gebleven. Want worden sociale grondrechten toch al stiefmoederlijk behandeld ten opzichte van de volbloed vrijheidsrechten, binnen de sociale grondrechten is de sociale zekerheid weer kleinduimpje; het internationale grondrechtelijke forum heeft het thema van de sociale zekerheid aanvankelijk doorgeschoven naar de ILO, de Internationale Arbeidsorganisatie.

¹ Strikt gesproken is er nog een vroegere internationale bron, namelijk het in 1941 door Roosevelt en Churchill ondertekende *Atlantic Charter*, dat in de vijfde overweging de wens uitspreekt te streven naar verbeterde levensomstandigheden, economische vooruitgang en sociale zekerheid.

² Art. 22 van de Verklaring: Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality.

³ Art. 9 IVESCR.

⁴ Art. 12 ESH.

In ons land is het grondrecht der sociale zekerheid in 1983 in een aantal verwarde volzinnen opgenomen in artikel 20 van de Grondwet.⁵ Het project van de sociale zekerheid was toen al voltooid; het grondrecht vormde voor de uitbouw van het stelsel geen inspiratiebron. De grondwettelijke erkenning kwam op een moment dat de samenleving de aanspraken juist weer ter discussie ging stellen.

Kijken we vandaag naar het grondrecht dan doet zich een paradoxale situatie voor. Aan de ene kant is de zeggingskracht er niet op vooruit gegaan. Misschien komt dit doordat de sociale zekerheid zelf in zo'n tumultueuze fase verkeert. Het stelsel wordt al jaren hervormd. Het voorzieningenniveau is teruggeschroefd en alternatieve benaderingen zoals privatisering, fiscalisering en eigen spaarvormen, tuimelen over elkaar heen. In verband met deze ontwikkelingen is mij al van verschillende kanten de suggestie aan de hand gedaan om in deze oratie in te gaan op de vraag of het socialezekerheidsrecht überhaupt nog wel bestaat. Het is niet helemaal duidelijk of men dan doelt op de sociale zekerheid als recht of als rechtsgebied, maar waarschijnlijk is het beide. Want je zou kunnen zeggen dat het recht op sociale zekerheid in een dubbele identiteitscrisis verkeert. We tasten niet alleen in het duister over het voorwerp van het recht – de betekenis van het socialezekerheidsbegrip – maar ook weten we niet goed met wat voor soort recht we te maken hebben. Dat was al nooit zo duidelijk, maar het voortdurend gehamer op de eigen verantwoordelijkheid roept onzekerheid op of het recht op sociale zekerheid jegens de gemeenschap wel zo'n geheiligd gegeven is.

Wat de rechter hiervan vindt, is niet duidelijk. Hij laat zich er niet over uit. Volgens de nationale rechter is het grondrecht te vaag en te onbepaald. Het kwalificeert zich daarom niet als een 'een ieder verbindende bepaling' in de zin van de Grondwet.⁶ Wat dit ook moge betekenen, het werkt als een *turn off*. Want wat niet rechtstreeks werkt in de rechtszaal, pleegt door de rechter inhoudelijk niet onderzocht te worden. Op deze wijze blijft de betekenis van ons grondrecht in de sterren geschreven.

Maar ik had het over een paradoxale situatie. Want aan de andere kant is in de krocchten van het vervallen socialezekerheidsimperium de aandacht voor ons grondrecht groeiende. Toezichhoudende organen van de Raad van Europa en de ILO verwijzen ernaar wanneer zij zich een oordeel aanmeten over de op drift geslagen Nederlandse ontwikkelingen.⁷ Constitutionele en internationale rechters zoals het Europese Hof voor

⁵ Art. 20 Gw: 1. De bestaanszekerheid der bevolking en spreiding van welvaart zijn voorwerp van zorg der overheid. 2. De wet stelt regels omtrent de aanspraken op sociale zekerheid. 3. Nederlanders hier te lande die niet in het bestaan kunnen voorzien, hebben een bij de wet te regelen recht op bijstand van overheidswege.

⁶ Zie CRvB 10 augustus 1988, RSV 1989/94, CRvB 5 december 2003, RSV 2004/219, CRvB 4 februari 2004, RSV 2005/315, CRvB 8 april 2005, RSV 2005/319 en CRvB 18 juni 2004, RSV 2004/298. Voor een kritische bespiegeling over (onder meer) deze lijn in de jurisprudentie zie Frank Vlemminx, 'The Netherlands and the ICECR, why didst thou promise such a beauteous day', in: Fons Coomans (ed.) *Justiciability of economic and social rights, experiences from domestic systems*, Antwerpen/Oxford, 2006, 43-66.

⁷ Zie hierover M.J.A.C. Driessen, 'Privatisering van sociale zekerheid en internationaalrechtelijke grenzen', in: *Had Geers het geweten, arbeid en gezondheid, schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming*, Saskia Klosse c.s. (red.), Kluwer, 206, 209-222.

de Rechten van de Mens, laten het meer en meer figureren in hun rechtspraak.⁸ Rechtswetenschappers vragen om aandacht voor de grondslagen en basisnormen die in het recht der sociale zekerheid besloten liggen; collega's Klosse⁹ en Boonstra¹⁰ hebben er in hun oraties over gesproken. En *last but not least* is er een nieuwe internationale oriëntatie op het recht op sociale zekerheid. Een aantal ontwikkelingen komt samen. Het Comité voor economische, sociale en culturele rechten (CESCR) is bezig om ter uitwerking van artikel 9 van het IVESCR een zogenoemd *General Comment* te ontwikkelen. Gelijktijdig wordt bij de VN gesproken over een individueel klachtenprotocol voor de sociale grondrechten die in het IVESCR zijn opgenomen. Ten slotte oriënteert de ILO zich op een meer grondrechtelijk geïnspireerde nieuwe generatie socialezekerheidsstandaarden die moeten leiden tot een wereldwijd sociaal vangnet.

De identiteitscrisis lijkt dus niet op zichzelf te staan maar een bepaalde fase te vormen die voorafgaat aan een hernieuwd zelfbewustzijn. Het is alsof men in het grondrecht nieuwe bakens probeert te vinden die gelijktijdig richting moeten geven aan het Westerse hervormingsproces en aan het tekort aan sociale zekerheid elders in de wereld.

De pendelbeweging tussen identiteitscrisis en hervonden zelftrouwen vormt het onderwerp van mijn oratie. Doel is om na te gaan welke waarde het grondrecht voor de ontwikkeling van de sociale zekerheid heeft en nog kan hebben. Dit thema kan op verschillende niveaus worden geadresseerd: het nationale niveau, het niveau van de Europese Unie en het mondiale niveau. Ik zal achtereenvolgens alle drie niveaus met u verkennen. Op die wijze krijgen we een breed overzicht. Mijn betoog vangt aan met een korte bezinning op de inhoud van het grondrecht. Ik sluit af met enkele conclusies en accenten die ik wil leggen bij de invulling van mijn leerstoel.

⁸ Zo heeft het EHRM in het arrest *Poirrez* van 30 september 2003, RSV 2005/15, dat handelt over de weigering van de Franse autoriteiten om aan een legaal verblijvende onderdaan uit de Ivoorkust een gehandicaptenuitkering toe te kennen, uitdrukkelijk verwezen naar de verplichtingen van art. 12 ESH. Een rechtstreeks beroep op dit artikel buiten de context van het EVRM werd door dit Hof echter verworpen, aangezien het niet de verantwoordelijkheid van het Hof is om de naleving van andere instrumenten dan van het EVRM te bewaken. Zie de beslissing in *Zehnalová* en *Zehnal* van 14 mei 2002, ECHR 2002-V. Een bijzondere rol speelt ook het Zuid-Afrikaanse Constitutionele Hof. Zie o.m. Sandra Liebenberg, 'The Judicial Enforcement of Social Security Rights in South Africa – Enhancing Accountability for the Basic needs of the Poor' in *Social Security as a Human Right, Drafting a General Comment on Article 9 ICESCR*, Eibe Riedel (ed.), Berlin 2007, 69-90. Voorts: M.P. Olivier, N. Smit, E.R. Kalula (eds.), *Social Security: A Legal Analysis*, Durban, 2003, 51-121, in het bijzonder 87-90.

⁹ Saskia Klosse, *Moderne sociale zekerheid, efficiency met behoud van fundamentele waarde* (oratie Maastricht), 2003, aan wier oproep tot een grondrechtelijke oriëntatie op de sociale zekerheid ik graag gehoor geef.

¹⁰ Klara Boonstra, *Fundamenten voor een sociaal Europa* (oratie VU), Den Haag 2003.

2. Recht op sociale op zekerheid in zeven kernprincipes

Recht op sociale zekerheid, wat houdt dat in? Als we dat al niet weten in verband met de onduidelijkheid van het socialezekerheidsbegrip dat meedeint op de branding van allerlei hervormingsmaatregelen, is het zinvol diepere wateren op te zoeken. Die vinden we in de geschiedenis van het denken over armoede en sociale gerechtigheid.¹¹ Lange tijd werd armoede gezien als de schuld van de arme zelf, dan toch in ieder geval als een natuurlijk en onveranderbaar verschijnsel. Ook werd armoede beschouwd als een noodzaak om de samenleving in de bestaande vorm in stand te houden. De christelijke leer predikte liefdadigheid voor de armen. In naam van die leer zijn grote daden verricht. De Martinieten is ervoor verzezen, genoemd naar Maarten die als ongelovig Romeins soldaat zijn mantel deelde met een bedelaar en zich daarna bekeerde tot het geloof. Maar de moderne sociale zekerheid is wat anders dan deze eenzijdige religieuze verplichting. Zij is ook wat anders dan het optreden van de toenmalige wereldlijke autoriteiten die bovenal politoneel reageerden op armoede. Paupers, bedelaars en daklozen werden verbannen, opgesloten of gedwongen tewerkgesteld. Op het Drentse veen en de Groningse slikken heeft deze laatste praktijk nog tot in de jaren vijftig van de vorige eeuw doorgang gevonden.¹²

De premoderne visie op het armoedeververschijnsel heeft vanaf de verlichting een metamorfose ondergaan die is uitgemond in de erkenning van het recht op sociale zekerheid. Dit heeft te maken met een rij van geschakelde inzichten. De inzichten houden in dat de mens vrij en gelijk is; dat de vrijheid en de gelijkheid impliceren dat eenieder op eenzelfde wijze zijn talenten moet kunnen benutten; dat dit veronderstelt dat materiële belemmeringen voor ontplooiing worden weggenomen; dat de mens voor sociale en fysieke tekorten moet worden gecompenseerd; en uiteindelijk dat de overheid niet alleen het vermogen maar ook de plicht heeft erop toe te zien dat het armoedeververschijnsel wordt aangepakt, dat burgers worden beschermd tegen sociale risico's en dat de welvaart wordt gespreid.

Ik beschouw het vastleggen van het grondrecht der sociale zekerheid vooral als een poging om dit geleidelijk gegroeide inzicht – dit beschavingsresultaat – in bescherming te nemen.

Moeilijker wordt het als we het recht concreter handen en voeten moeten geven. Juristen zeggen graag dat bij gebrek aan consensus inhoudelijke richtsnoeren niet te geven zijn. Dat is veilig en wetenschappelijk verantwoord bovendien. Maar het is ook een zwaktebod. We zouden ten minste een poging moeten doen uit het grondrecht een aantal beginselen te destilleren. Zo niet, dan komen we terecht in een cirkel van ontkenning: wat

¹¹ Voor een inspirerende beschouwing over deze geschiedenis zie Samuel Fleischacker, *A short history of distributive justice*, Cambridge (Mass.) 2004. Voor een overzicht van de hedendaagse benadering van het onderwerp zie Will Kymlica, *Contemporary political philosophy, an introduction*, Oxford, 2002, met name hoofdstuk 3.

¹² Zie hierover Cees Stolk, *Slikken of Stikken. 1939-1955 werkverschaffing in Groningen*, Scheemda, 1993.

we niet kennen, passen we niet toe, waardoor we het ook nooit leren kennen. Wat de boer niet kent, dat vreet hij niet.

Nadenkend over deze problematiek meen ik dat er zeven kernprincipes zijn die kenmerkend zijn voor het recht op sociale zekerheid.¹³ Ik voer deze kernprincipes op om een concreter handvat te hebben om straks een aantal actuele vraagstukken te beoordelen.

1. Bescherming. Sociale zekerheid moet bestaanszekerheid bieden. Dit veronderstelt het bestaan van een stelsel dat is gericht op de bescherming tegen de risico's van arbeid, zoals werkloosheid en arbeidsongeschiktheid, en risico's van het leven, zoals ouderdom, excessieve kosten en in de breedste zin: armoede.
2. Insluiting. Het stelsel moet zijn gericht zijn op participatie van de burger in de samenleving via een betaalde baan, via beschermde arbeidsplaatsen of anderszins. Onder het insluitingsprincipe kan ook de zogenoemde investeringsgedachte worden geschaard, volgens welke de sociale zekerheid gericht moet zijn op het ondersteunen van de mogelijkheden en capaciteiten van mensen om duurzaam te participeren in de samenleving.¹⁴ *Freedom to act* naast *freedom from want*, zo luiden de *catch phrases* in dit verband.¹⁵
3. Zekerheid. Het socialezekerheidsstelsel moet bestendig en betrouwbaar zijn. Dit veronderstelt een goede balans tussen een solide financiële basis en respect voor opgebouwde uitkeringsrechten. Die twee doelstellingen willen elkaar nog weleens bijten.¹⁶
4. Solidariteit. Hier simpel opgevat als een bijdrage van de sterkere aan de zwakkere ten behoeve van diens bescherming.¹⁷ Ook al moet dit gegeven voortdurend concurreren met de eigen verantwoordelijkheid van het individu, het vormt een wezenskenmerk van de sociale zekerheid, zonder welke de eerste twee doelstellingen niet kunnen worden bereikt.

¹³ Deze zeven principes zijn intuïtief ontwikkeld, maar niet zonder kennis van de literatuur, jurisprudentie en rapporten van toezichthoudende organen. Hoewel ze alle een normatief karakter hebben, zijn ze niet van gelijke orde. Bij de eerste drie (bescherming, insluiting en zekerheid) gaat het om doelstellingen. Het vierde en het vijfde principe (solidariteit en gelijke rechtsbedeling) hebben meer het karakter van intrinsieke kenmerken. Bij de laatste twee (*rule of law* en goed bestuur) gaat het om noodzakelijke randvoorwaarden.

¹⁴ Vgl. *Sociale zekerheid als investering. Manifest*, Piet Leenders, Ivo Kuijpers en Felix Rottenberg (red.), De Balie, 2005.

¹⁵ Waarbij het *freedom from want* ontleend is aan Roosevelt's boodschap aan het Amerikaanse Congres van 6 januari 1941. De frase *freedom to act* is van veel recentere datum en wordt soms opgevoerd als credo bij het activeringsbeleid. Ik sluit niet uit dat zij is afgeleid van het werk van Amartya Sen, in het bijzonder diens 'capabilities approach', eerst ontwikkeld in *Commodities and Capabilities*, Oxford, 1985.

¹⁶ Zie over deze problematiek vanuit het perspectief van de jurisprudentie van het EHRM onder meer Frans Pennings, 'Eigendomsbescherming in de sociale zekerheid', in: *Sociale zekerheid voor het oog van de meester, opstellen voor prof. mr. F.M. Noordam*, Deventer, 2006, 101-114. Een analyse van nationale Europese jurisprudentie is opgenomen in Danny Pieters en Berhard Zaglmayer, *Social Security Cases in Europe: National Courts*, Antwerpen, 2006, 3-23.

¹⁷ In deze overkoepelende zin ook opgevat door Danny Pieters, *Social Security: An Introduction to the Basic Principles*, Alphen aan den Rijn, 2006, 4, als een wezenskenmerk van sociale zekerheid. Voor een problematisering van de solidariteitsnotie, zie Wim van Oorschot, 'Solidariteit en het draagvlak voor sociale zekerheid: enkele kanttekeningen vanuit sociologisch perspectief', in: *Sociale zekerheid voor het oog van de meester, opstellen voor prof. mr. F.M. Noordam*, Deventer 2006, 47-56.

5. Gelijke rechtsbedeling en non-discriminatie. Het stelsel moet voor ieder toegankelijk zijn ongeacht maatschappelijke positie. Dat veronderstelt extra aandacht voor kwetsbare groepen, zoals gehandicapten, chronisch zieken en minderheden. Voorts mag het stelsel uiteraard niet discrimineren op grond van geslacht, ras, religieuze overtuiging, e.d.
6. *Rule of law*. Het recht op sociale zekerheid vraagt om een verankering van aanspraken in het recht. Dit impliceert dat aanspraken moeten zijn geformuleerd als subjectieve rechten die afdwingbaar zijn. De oude situatie dat armen afhankelijk zijn van liefdadigheid of allerlei informele netwerken, is kenmerkend voor de premoderne sociale zekerheid en heeft met récht op sociale zekerheid niets te maken. De *rule of law* veronderstelt voorts dat er toegang is tot een rechter en uiteindelijk de onderworpenheid aan alle grondrechten.¹⁸
7. Goed bestuur. Het stelsel waarop socialezekerheidsaanspraken zijn gebaseerd, moet efficiënt, transparant en onbevooroordeeld worden aangestuurd en uitgevoerd. De verzekerden en/of gerechtigden moeten invloed kunnen uitoefenen op de uitvoering. Waar de bescherming in handen is van particuliere instellingen of sociale partners, behoudt de overheid de eindverantwoordelijkheid voor het goede functioneren van het stelsel.

Mijn zeven principes zijn summier geformuleerd. Naar de inhoud, werking en gelding ervan kan uitvoerig onderzoek worden verricht. Misschien zullen ze u op het eerste gezicht niet controversieel voorkomen, maar pas op: in de confrontatie met de harde werkelijkheid krijgen ze tanden. Hebben ze een afdruk achtergelaten in Nederland? Om die vraag te beantwoorden wil ik een drietal ontwikkelingen kritisch tegen het licht houden. Dat zijn achtereenvolgens de privatisering, de fiscalisering en de hierna nog toe te lichten herijking van de ‘rechten-en-plichtenbalans’.

¹⁸ De redenering dat vrijheidsrechten op de sociale zekerheid niet van toepassing zijn omdat – simpel weergegeven – niemand verplicht is een uitkering aan te vragen, moet dan ook worden afgewezen. Deze redenering werd wel gehanteerd in oudere CRvB-jurisprudentie en recentelijk nog door L.C. Groen en B.P. Vermeulen in hun annotatie bij V.zr. Rb. Amsterdam 24 mei 2007 (weigerig bijstand te verlenen aan boerkadraagster), *AB* 2007, 306. Je kunt niet met deze ene pennenstreek vrijheidsrechten zoals het recht op vrijheid van godsdienst, buiten toepassing verklaren op uitkeringsvoorwaarden. Het referentiepunt voor de schending van het desbetreffende vrijheidsrecht zou eenieders recht op sociale zekerheid moeten zijn, niet de gunst om een uitkering aan te vragen.

3. Nederlandse hervormingen en het grondrecht der sociale zekerheid

3.1 Privatisering

De Nederlandse privatisering golf die Nederland in de jaren negentig in zijn greep heeft gehouden, heeft zijn sporen achtergelaten bij de ziektekostenverzekering, de ziekte- en arbeidsongeschiktheidsregelingen en de re-integratie van niet-actieven. Privatisering wordt bepleit omdat zij de effectiviteit en de efficiëntie van het stelsel zou bevorderen, ook omdat zij de mensen bewust maakt van de kosten. Tegelijkertijd kunnen van de markt ongunstige effecten uitgaan: *adverse selection*, *freerider*-gedrag en *cherry picking*, en wat voor Engels daaraan nog kan worden toegevoegd.¹⁹ Dergelijke effecten kunnen de geprivatiseerde stelsels in aanvaring brengen met de kernprincipes der sociale zekerheid.²⁰ Hoe te voorkomen dat werkgevers zieke werknemers selecteren aan de poort, dat re-integratiebedrijven alleen maar kansrijke werklozen begeleiden naar de arbeidsmarkt of dat ziektekostenverzekeraars voor slechte risico's te hoge premies in rekening brengen?

Kijken we terug op de privatiseringsmaatregelen, dan valt op dat de wetgever allerlei flankerende maatregelen heeft genomen om de risico's in te dammen. In dit verband is het interessant om te memoreren dat halverwege de jaren negentig bij de eerste privatiseringsplannen van de Ziektewet, de Raad van State de toenmalige regering (het eerste paarse kabinet) heeft uitgedaagd een standpunt te bepalen over de verenigbaarheid van dit voornemen met artikel 20 van de Grondwet. Dit was bij mijn weten de eerste keer dat het grondrecht officieel van stal werd gehaald om de legitimiteit van hervormingen ter discussie te stellen. De regering reageerde met de stelling dat een socialezekerheidsstelsel dat zich bedient van de markt, geen strijd oplevert met artikel 20 van de Grondwet voor zover in een wettelijk kader wordt voorzien dat de negatieve effecten van de markt opheft en werknemers voldoende bescherming biedt. De wetgever diende de privatiseringsoperatie 'sociaal te conditioneren'. De volgende eisen werden hieraan gekoppeld: de plicht van alle werknemers om tegen de belangrijke sociale risico's verzekerd te zijn; het recht van werkgevers om voor alle werknemers (zonder selectie) een betaalbare verzekering tegen dit risico te kunnen afsluiten. Voorts dienden de rechten van werknemers in geval van faillissement van de werkgevers verzekerd te zijn. Ten slotte moest er moet voldoende aandacht zijn voor de positie van chronisch zieke werknemers en kleine bedrijven.²¹

¹⁹ Over dit thema: C.N. Teulings, A.L. Bovenberg en H.P. Van Dalen, *De Calculus van het publieke belang*, Den Haag: ministerie van Economische Zaken, 2003.

²⁰ Zie in brede zin Nicholas Barr, *The Economics of the Welfare state*, Stanford University Press, 1998. Zie voorts M. Faure, 'Solidariteit en individualisering in private verzekering en sociale zekerheid', *NJB* 2005, 1786-1791. Voor de Nederlandse context zie de breed georiënteerde bijdrage van Mirjam Plantinga en Albertjan Tollenaar, 'Public governance in the Dutch welfare state, the consequences of privatisation for securing public interests in the history of the Dutch welfare state', Paper for the panel 'Regulating Private Welfare Provision', to be presented at the 4th ECPR conference, 6-8 September 2007, Pisa, <www.rug.nl/Rechten/faculteit/vakgroepen/bes/pdf-bestanden>.

²¹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 3, 5.

De regering leidde dus uit artikel 20 van de Grondwet een plicht af om in te grijpen op het moment dat de markt niet zodanig functioneert dat aan de doelstellingen van de sociale zekerheid tegemoet wordt gekomen en gaf daarvoor zelf de criteria aan. Dat is voor dit onderwerp een relevant gegeven. Want we klagen altijd wel over de onbepaaldheid van het grondrecht, maar in een concrete situatie waar het erom spant, blijkt dat het toch mogelijk is precies aan te geven welke eisen uit het grondrecht moeten worden afgeleid. ‘Voldoende nauwkeurig en precies’, voeg ik daaraan toe voor de fijnproevers.

Uiteindelijk is de Ziektewet niet afgeschaft maar voor bepaalde groepen vervangen door een arbeidsrechtelijke loonbetalingsverplichting waarvan de minimale hoogte in de wet is verankerd. Waar vervolgens alsnog bepaalde nadelen worden gepercipieerd, zoals het probleem van risico-selectie aan de kant van de werkgever, heeft de wetgever bijzondere maatregelen genomen in de vorm van de Wet op de medische keuringen. Een ingewikkeld stelsel van procedures, rechten en verplichtingen dat door het leven gaat als het poortwachtersmodel, moet er vervolgens voor zorgen dat de zieke werknemer weer snel bij een werkgever wordt teruggeplaatst. Op deze manier ontstaat er een *regulatory welfare state*, waarbij de overheid op afstand het gedrag van private partijen wil sturen. Ook het nieuwe ziektekostenstelsel past in dit beeld. Het gaat wel uit van een private verzekering maar feitelijk zijn er in de wetgeving zoveel verplichtingen en randvoorwaarden opgelegd, dat eerder sprake is van een hybride publiek-privaatstelsel, een echte postmoderne mix.

Men kan bij nut en noodzaak van een *regulatory welfare state* allerlei opvattingen hebben, maar dat een dergelijk stelsel in strijd is met het grondrecht der sociale zekerheid kan als gevolg van het pakket van randvoorwaarden en flankerende maatregelen minder makkelijk worden gesteld. De grondrechtelijke test is uiteindelijk afhankelijk van de effectiviteit van dergelijke voorwaarden en maatregelen -hoe moeilijk deze in de praktijk ook is te meten²² en niet van ideologie. Het lijkt erop dat na enige aarzeling ook de internationale toezichthoudende autoriteiten die waken over de sociale grondrechten en normverdragen deze conclusie trekken. De aanvankelijke resolute afwijzing van de privatiseringsmaatregelen is door deze autoriteiten vervangen door een meer afwachtende houding van ‘vinger aan de pols’ en ‘we willen graag meer informatie’.²³

²² Om maar een voorbeeld te noemen: het feit dat vangnet-Ziektewetters moeilijker blijken te re-integreren dan zieke werknemers met een arbeidsovereenkomst zegt bijvoorbeeld nog niets over de effectiviteit van het poortwachtersmodel, noch over het inactiverend karakter van de Ziektewet. Er kunnen andere factoren in het geding zijn die hieraan ten grondslag liggen, met name het feit dat vangnet-Ziektewetters geen eigen werkgever hebben om naar terug te keren als ze hersteld zijn. Zie ook TNO-rapport, *Wet verbetering poortwachter onder vangnetters*, 2006, 22.

²³ De laatste conclusies van het European Committee of social rights, met betrekking tot Nederland zijn uitgebracht in 2006, XVIII (1). Voor de bevindingen van het ILO-deskundigencomité, zie CEACR, documentnummer 062003NLD102. Zie verder M.J.A.C. Driessen, ‘Privatisering van sociale zekerheid en internationaalrechtelijke grenzen’, in: S. Klosse (red.), *Arbeid en Gezondheid. Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming*, Maastricht, 209-221.

Een eerste conclusie die ik hier wil trekken is dat het grondrecht der sociale zekerheid een geschikte norm vormt voor het begeleiden van privatiseringsoperaties.²⁴ Het vormt een kader waarbinnen dergelijke operaties zich kunnen voltrekken. Waar de markt faalt in het realiseren van de kernprincipes van de sociale zekerheid, dwingt het de overheid tot ingrijpen.²⁵

3.2 *Fiscalisering van de sociale zekerheid*

Onder de fiscalisering van de sociale zekerheid kunnen verschillende dingen worden verstaan. Hier concentreer ik mij op de introductie van fiscale maatregelen die specifiek tot doel hebben de inkomenspositie van zwakkere groepen in de samenleving in bescherming te nemen. Dergelijke faciliteiten komen in de meeste rijke landen voor. In Nederland kennen we ze in de vorm van heffingskortingen voor bijvoorbeeld ouderen en kinderen. Er zijn ook semi-fiscale voorzieningen. Sedert 1 januari 2006 wordt een aantal toeslagenregelingen, zoals de huurtoeslag, de zorgtoeslag en het 1 januari 2008 ingevoerde kindgebonden budget gehuisvest onder het dak van de Algemene Wet inkomensafhankelijke regelingen (AWIR). Op zichzelf hebben die toeslagenregelingen niets met de fiscus te maken. Maar het centrale begrippenkader waaraan de AWIR deze regelingen onderwerpt, is wel ontleend aan de fiscale wetgeving. Bovendien worden de toeslagen door de Belastingdienst uitgekeerd, althans door een aan de Belastingdienst gelieerd organisatie-onderdeel. We kennen deze organisatie als de Belastingdienst/Toeslagen, in verband met de kleur van de enveloppen die wordt gebruikt ook wel aangeduid als de ‘rode fiscus’

Ook andere landen zijn goed in het bedenken van dit soort hybride sociaal-fiscale constructies. In Groot-Brittannië bestaan *tax credits* voor de kosten van de opvoeding van kinderen of voor het compenseren van ontoereikende inkomsten uit arbeid, de *Child Tax Credit* en de *Working Tax Credit*. Duitsland heeft al geruime tijd geleden zijn kinderbijslag overgeheveld naar het fiscale domein.

²⁴ Zie hierover uitgebreider mijn bijdrage ‘De publieke taak in het stelsel van sociale zekerheid’, in *De publieke taak*, J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), Kluwer, Deventer, 2003, 165-184.

²⁵ Tegen de achtergrond van deze conclusie is het overigens te betreuren dat in de procedures die onlangs zijn gevoerd over de afschaffing van de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ) het recht op sociale zekerheid zelf niet in stelling is gebracht. Het vorige kabinet had deze wet afgeschaft, onder verwijzing naar de particuliere verzekeringsmarkt waar de zelfstandigen terecht kunnen. Maar particuliere verzekeraars blijken voorwaarden te hanteren die zwangere, zelfstandig werkende vrouwen van de verzekering weren. Benadeelde vrouwen hebben zich hiertegen verweerd, stellende dat de afschaffing van de WAZ in strijd is met de plicht tot gelijke behandeling. Tot dusver hebben zij met deze argumentatie de rechter echter niet echt aan hun zijde gekregen. Zie na de aanvankelijke steun van de voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht 15 november 2005, *LJN* AU6168, de verwerping van de eis door het Hof Amsterdam 19 oktober 2006, *LJN* AZ0509 en de uitspraak van de Rechtbank Den Haag 25 juli 2007, *LJN* BB0334. Ik vraag me overigens af of de uitkomst van de rechterlijke afweging anders was geweest als de grondrechtelijke implicaties van het recht op sociale zekerheid bewust waren meegewogen. Het European Committee of social rights, het toezichthoudende orgaan bij het ESH, heeft in 2006 de afschaffing van de WAZ in strijd bevonden met art. 12, lid 3 ESH. Zie de bevindingen ECSR 2006, XVIII (1). Het probleem lijkt inmiddels alweer te zijn overgewaaid. Donner, de huidige minister van SZW, heeft toegezegd om met een oplossing te komen voor de zwangerschapsverzekering van zelfstandig werkende vrouwen.

In 2004 heb ik in een commentaar de vraag opgeworpen of deze nieuwe vorm van sociale zekerheid in een fiscaal jasje tot problemen zou kunnen leiden.²⁶ De fiscus is van Mars en niet van Venus, meende ik, en moet zich daarom vooral concentreren op het grote innen en niet op het kleine uitkeringswerk. De sociale zekerheid is, kortom, in de fiscalibus niet in veilige handen.

De Belastingdienst/Toeslagen verkeert inmiddels in zwaar weer. De rode fiscus kan het werk niet aan en wordt overladen met een stortvloed van klachten. Maar het zou flauw zijn om hier mijn gelijk uit te halen.²⁷ Mijn eigenlijke punt is dit: hoe fiscaal de sociale zekerheid ook wordt ingericht, zij wordt geen belasting maar blijft sociale zekerheid. Bezien vanuit het grondrecht is de keuze voor een fiscale constructie in ieder geval indifferente: alle methodes die bijdragen aan het realiseren van de beschermingsdoelstelling zijn geoorloofd.

We doen er uiteindelijk het beste aan om de Belastingdienst/Toeslagen te beschouwen als een nieuwe uitvoeringsinstelling van de sociale zekerheid. Deze dienst zal zich ten langen leste ook zo moeten gaan gedragen, dat wil zeggen: met respect voor uitzonderingsposities en met zorg voor de belangen van de individuele uitkeringsgerechtigde. Enkel massale processen die gericht zijn op het grote innen, zijn daarvoor niet geschikt; er zal maatwerk moeten worden verricht.

Ook vallen de fiscale toeslagenregelingen Europeesrechtelijk gewoon onder de socialezekerheidsverordeningen en niet onder de internationale fiscale regels.²⁸ Als gevolg daarvan moet bijvoorbeeld het kindgebonden budget als onderdeel van de kinderbijslag worden geëxporteerd naar andere lidstaten.

Voorstanders van fiscale constructies zijn dus gewaarschuwd. Zij die met dergelijke constructies efficiëntiewinst willen boeken of mee willen liften op het zakelijke imago van de belastingautoriteiten, kunnen wel eens van een koude kermis thuiskomen. Zo makkelijk kom je van de sociale zekerheid niet af.

3.3 De verschuiving van de rechten-en-plichtenbalans

Serieuzer aandacht verdient het thema van de verschuiving van de rechten-en-plichtenbalans. In zijn algemeenheid kan hieronder worden verstaan de opwaardering van de participatiefunctie van de sociale zekerheid en het handhavingsbeleid ten koste van de aandacht voor de inkomensbescherming. In politiek jargon: werk boven inkomen en misbruik streng bestraffen. In het recht is deze ontwikkeling gepaard gegaan met een aanscherping van allerlei verplichtingen en sancties. Daarenboven is met name in de sfeer van de bijstand sprake van een verzwakking van de gegarandeerde rechtspositie. In het kader van de Wet werk en bijstand hebben gemeenten namelijk verregaande

²⁶ G.J. Vonk, 'De sociale zekerheid komt van Venus, de fiscus is van Mars', *SMA*, 2004, 3-5.

²⁷ En waarschijnlijk onterecht. Kennelijk is binnen de gehele Belastingdienst sprake van stress, veroorzaakt door een combinatie van factoren, zoals het hanteren van een verkeerd managementconcept, mislukte automatiseringsprojecten en overspannen politieke eisen, zo luidt althans de journalistieke analyse van Joep Dohmen 'Zelfsturing stort Belastingdienst in chaos', *NRC Handelsblad*, 24 en 25 November 2007.

²⁸ Althans voor zover deze onder het bereik van de risico's van art. 4, lid 1 Vo. 1408/71 kunnen worden gebracht.

bevoegdheden gekregen om het activerings- en sanctiebeleid vorm te geven. Die bevoegdheden worden voor het ene deel ingekleurd in gemeentelijke verordeningen en beleidsregels, maar vloeien voor het andere deel weg naar de individuele beslissingsruimte van de bijstandsamtenaren. Doelstelling van de nieuwe bijstandswet is immers het leveren van maatwerk; de bijstandsgerechtigde moet de behandeling krijgen die hij verdient. Welke verplichtingen de bijstandsgerechtigde krijgt opgelegd en welke sancties worden gesteld op niet-naleving daarvan, is in hoge mate een individuele aangelegenheid en moet op gevalsniveau worden vastgesteld. Het geven van bijstand is op deze manier dus weer meer een zaak geworden van een eenzijdige, discretionaire beoordeling van de bijstandsverlenende instanties.

Intussen worden bijstandsgerechtigden harder achter de broek gezeten dan ooit. Work First-projecten hebben hun intrede gedaan, waarbij jongeren, nieuwe aanvragers en soms ook mensen die langdurig van de bijstand afhankelijk zijn, verplicht worden om met behoud van uitkering maatschappelijk nuttige taken te doen; in de groenvoorziening, in werkfabrieken of als stratenveger. Wie niet meedoet, kan een korting op de uitkering verwachten.

Strenger handhaven en uitkeringsgerechtigden achter de broek zitten om weer aan de slag te gaan, daar is niets mis mee tenzij deze nobele doelstellingen een coalitie aangaan met duisterder krachten. Hiervan werd ik mij bewust na het aanhoren van een lezing van Loïc Wacquant. Deze Franse, aan Berkeley docerende socioloog gaf vorig jaar in Groningen een uiteenzetting over zijn laatste boek, getiteld *Punishing the poor, from welfare state to penal state*.²⁹ In dit boek geeft de schrijver een inkijkje in de ontwikkelingen in de VS.

De Amerikaanse sociale bijstand is in 1996 hervormd met de *Personal responsibility and work opportunity reconciliation act*. Het initiatief voor de hervorming was afkomstig van de uiterst conservatieve politicus Clay Shaw; de wet werd ondertekend door Bill Clinton. De hervorming creëerde een synthese tussen het Democratische geloof in het activeringsstreven en het Republikeinse dogma der eigen verantwoordelijkheid. De aanpassingen van het Amerikaanse bijstandsstelsel lijken op die van ons maar ze waren – zoals vaker het geval is in de VS – vroegtijdiger, omvangrijker en radicaler. Het systeem werkt met zogenoemde *block grants* van Washington aan de staten. Hieraan zijn de voorwaarden gekoppeld dat de bijstand niet langer mag duren dan vijf jaar en dat een bepaald percentage van de uitkeringsgerechtigden moet doorstromen naar betaald werk en dat gebrek aan medewerking wordt bestraft met sancties.

Anders dan officiële evaluatieresultaten de Amerikanen moeten doen geloven, is Wacquant over de uitkomsten van dit nieuwe stelsel niet te spreken. De ene helft van de uitkeringsgerechtigden vindt emplooi in tijdelijke, slecht betaalde baantjes die de betrokkenen veroordelen tot een permanente staat van armoede. De andere helft verdwijnt simpelweg uit het systeem en wordt opgenomen in de anonieme wereld van

²⁹ Het boek wordt door de auteur onder deze titel geadverteerd, maar een Engelse taalversie is – voor zover ik weet – op het moment van schrijven nog niet verschenen. Wel is er een Franse versie en een (Zuid-) Nederlandse vertaling onder de titel *Straf de Armen, het nieuwe beleid van de sociale onzekerheid*, Berchem, 2006.

stedelijke achterbuurten. Wacquant beschouwt dit als symptomatisch voor een veranderingsproces dat in de VS plaatsvindt. Problemen worden niet langer te lijf gegaan met een sociale agenda. In plaats daarvan wordt de burger volledig individueel verantwoordelijk gemaakt voor zijn handelen en de mate waarin hij succesvol in de samenleving kan participeren.

Waar deze politiek faalt wordt gereageerd met harde maatregelen, sancties en strafrechtelijk optreden. De 'lichte' liberale Amerikaanse staat heeft een 'zwaar' repressief onderlijf. Want dat is nog wel het meest onthutsende van de analyse. Het aantal gevangenen in Amerika is onrustbarend gestegen, sinds 1970 ruim verviervoudigd (442%).³⁰ De stijging komt voornamelijk op het conto van kleine criminelen, drugsverslaafden en daklozen. De meesten van hen zijn afkomstig uit de arme lagen van de bevolking. De meesten van hen zijn zwart. Gemiddeld een op de drie jonge zwarte mannen zou onder een of andere vorm van strafrechtelijk toezicht staan of gestaan hebben.³¹ Het is alsof de dickensiaanse tijden weer herleven. De gevangenis als alternatief voor de sociale zekerheid.

Wacquants analyse is ongetwijfeld eenzijdig maar vanwege de parallellen met Nederland niettemin verontrustend. Ook bij ons is sprake van een verharding van het straffklimaat. Sinds 1984 is het aantal gevangenen evenzeer verviervoudigd. We zijn nu bijna West-Europees koploper geworden, alleen nog voorgegaan door Groot-Brittannië. Ook bij ons komt de stijging niet op het conto van de zware criminaliteit maar op dat van sociale randgroeperingen, in ons geval vooral probleemjongeren en tbs'ers. Verder verdwijnen in Nederland nogal wat buitenlanders achter de tralies van de vreemdelingenbewaring. Het gaat dan vooral om illegalen en bepaalde groepen van asielzoekers.³²

De verharding van het repressieve klimaat is ook zichtbaar in de sociale zekerheid. Dat meer en zwaarder wordt gesanctioneerd, is op zich niet het punt van zorg. Wat te denken geeft is het eenzijdige geloof in een repressieve aanpak. De populaire pers reageert als een stier op een rode lap bij elk geval van misbruik of fraude waarop men de hand weet te leggen. De bevolking heeft steeds minder tolerantie voor hen die de regels met een korreltje zout nemen. Politici hebben handhaving tot het hoogste beleidsdoel verheven. Intussen is een colonne van opsporingsambtenaren in beweging gekomen. Deze colonne die zelfstandig opereert onder aanvoering van het Openbaar Ministerie, moet jaarlijkse targets van aangiftes en boetes realiseren. De schaduwkanten van deze ontwikkeling worden niet graag onder ogen zien. Onderzoeksresultaten waaruit bijvoorbeeld blijkt dat de targets worden gehaald over de rug van meest onwetende, sociaal zwakkere burgers maken geen indruk. Deze burgers frauderen niet bewust maar manoeuvreren

³⁰ Wacquant, *a.w.*, 88.

³¹ In sommige staten ligt het percentage extreem hoog, zoals in Baltimore 56%, Californië 40% en Washington 42%, Wacquant, *a.w.*, 92.

³² Voor de Nederlandse cijfers zie M. Boone en M. Moerings, 'De Cellenexplosie, Voorlopig gehechten, veroordeelden, vreemdelingen, jeugdigen en tbs', *Justitiële verkenningen*, 2007, 9-30.

eerder onhandig in het woud van onduidelijke wettelijke definities en bureaucratische voorschriften.³³ Het wordt ze zwaar aangerekend.

Ook de evaluaties van de gemeentelijke Work First-programma's tonen een zekere verwantschap met die van de VS.³⁴ In ieder geval is sprake van een soortgelijke ambivalentie. Aan de voorzijde wordt er gejuicht over de instroom naar betaalde arbeid en het lagere aantal aanvragen voor bijstandsuitkeringen. Aan de achterzijde wordt de zorg uitgesproken over de kwalitatief lage banen waarnaar de uitkeringsgerechtigden doorstromen, over de harde kern van bijstandsgerechtigden voor wie de benadering geen soelaas biedt en over het probleem dat er mensen zijn die zonder uitkering geheel uit het zicht verdwijnen.³⁵ Waar de waarheid ligt is mij nog steeds niet helemaal duidelijk; ik houd het er voorlopig maar op dat zij in het midden ligt.

Een van mijn studenten heeft vorig jaar een scriptie geschreven over de relatie tussen het werken met behoud van uitkering en het grondrechtelijk verankerde recht op vrije arbeidskeuze en het verbod op dwangarbeid.³⁶ Ik was nieuwsgierig om te weten waar het omslagpunt ligt tussen de afgeschafte publieke werkverschaffing en de moderne manifestaties daarvan, in de vorm van Work First-projecten en participatiebanen. Na bestudering van een aantal oordelen van het Hof en de Commissie voor de Rechten van Mens, was de schrijfster tot de conclusie gekomen dat er twee factoren zijn die het omslagpunt bepalen. In de eerste plaats moet het werk een bijdrage leveren aan de persoonlijke ontwikkeling van de bijstandsgerechtigde en diens vermogen om zelfstandig betaalde arbeid te verrichten. Als mensen worden gedwongen tot werk, dan moeten daar passende en kwalitatief aanvaardbare activiteiten tegenover staan. In de tweede plaats moet het sanctieregime redelijk en proportioneel zijn. Duurzaam volledig korten mag niet. Deze analyse lijkt mij juist en het dunkt mij dat in deze tijd van verharding van het strafklimaat de naleving van de twee voorwaarden nauwlettend in de gaten moet worden gehouden; de voorwaarden moeten streng worden gehandhaafd, om het maar in hedendaags jargon te zeggen.

Recht op sociale zekerheid veronderstelt onderworpenheid aan de *rule of law*, betoogde ik aan het begin van deze rede. Mijn stelling is dat een verschuiving van de rechten-en-plichtenbalans niet hoeft te leiden tot een ontkenning van ons recht op sociale zekerheid, zolang de rechtstaat voldoende corrigerend vermogen heeft. Dit vraagt om een actieve grondrechtenoriëntatie bij de wetgever, bij de uitvoerder maar vooral ook bij de rechter. Het is de rechter die de concrete sanctiemaatregelen moet toetsen en die kaders kan afdwingen voor het waarborgen van grondrechten.

³³ Zie het ontvullende rapport over fraude bij de volksverzekeringen van Frank Miedema en Bob Post, *Fraude Onderzocht. Oorzaken en achtergronden van fraude met AOW, Anw en AKW*, ITS, Nijmegen, 2001.

³⁴ Zie Wacquant *a.w.*, 107-124. Zie voorts de Nederlandse gedachtenwisseling tussen Robles & P. Fendt, 'Kanttekeningen bij Work First, Lessen uit Wisconsin', *Sociaal Bestek* 2005-6, p. 26-29 en D. Vink, 'Kanttekeningen bij de kritiek van Robles en Fendt', *Sociaal Bestek* 2005-7/8, p. 27-31.

³⁵ Vgl. Els Sol, Julie Castonguay, Hanneke van Lindert en Yvonne van Amstel, *Work first werkt. Op weg naar een evidence based-work first*, Utrecht, 2007, onderzoek uitgevoerd in opdracht van Divosa.

³⁶ Simone Veenstra, *Participatieplaatsen: geaccepteerde werkverschaffing of dwangarbeid*, scriptie RUG, 2007.

Het belang van de taak van de rechter werd vorig jaar nog eens onderstreept toen de Centrale Raad van Beroep principieel, onder verwijzing naar het huisrecht en het recht op privacy, paal en perk stelde aan al te enthousiaste, preventieve huisbezoeken van de Amsterdamse Sociale Dienst en van de Sociale Verzekeringsbank (SVB).³⁷ Inzet van de procedures vormde de vraag onder welke voorwaarden controlebezoeken mogen worden afgelegd en wat de gevolgen zijn als iemand met dergelijke bezoeken niet instemt. De uitspraken van de Raad maakten duidelijk dat ook de handhavers aan rechtsstatelijke normen zijn gehouden en dat burgers niet buiten het recht kunnen worden geplaatst, ook al hebben ze een uitkering. Zolang dit soort uitspraken wordt gewezen, heeft de Nederlandse rechtsstaat voldoende corrigerend vermogen om een structurele verstoring van de rechten-en-plichtenbalans tegen te gaan.

Overigens komen correcties niet alleen van de rechter maar ook van de Nationale ombudsman. Zo kapittelde deze twee jaar geleden de SVB omdat de Bank een verdachte AOW'er vijf uur achter elkaar had laten verhoren door een opsporingsmedewerker en een fraudecontroleur.³⁸ De bejaarde dame in kwestie was 81 jaar oud en had een hoge bloeddruk. Het ging om zo'n typisch geval van verdenking van samenwoonfraude waarbij moet worden nagegaan of een alleenstaande gepensioneerde te vaak op de koffie gaat bij een ander. Een ernstige kwestie natuurlijk, maar niet de zaak Holleeder; hij werd niet vrijgesproken, zij wel. De SVB had voor haar standpuntbepaling in de klachtenprocedure de zaak voorgelegd aan de lokale hoofdofficier van justitie en deze crimefighter had in de gedraging niets ernstigs gezien. De Nationale ombudsman dacht daar anders over en meende dat het beginsel van correcte bejegening was geschonden. Het lijkt mij dat dergelijke correcties maar beter serieus worden genomen.

³⁷ Zie onder meer CRvB 11 april 2007, 06/5950 WWB, *LJN* BA2410, *AB* 2007, 149 m.nt. H.E. Bröring, *JB* 2007/129 m.nt. M.C.D. Embregts, *JWWB* 2007/151 m.nt. H.W.M. Nacinovic, *RSV* 2007/175 m.nt. R. Stijnen, *USZ* 2007/139 m.nt. Moesker; CRvB 11 april 2007, 06/2012 WWB, *LJN* BA2447, *AB* 2007, 150, *JWWB* 2007/149, *USZ* 2007/137 m.nt. red.; CRvB 11 april 2007, 05/4353 WWB, *LJN* BA2445, *JWWB* 2007/148, *USZ* 2007/136 m.nt. red.; CRvB 11 april 2007, 06/3604 WWB, *LJN* BA4786, *JB* 2007/130, *JWWB* 2007/197, *RSV* 2007/231 m.nt. C.W.C.A. Bruggeman; Rb. 's-Gravenhage, *KG* 07/121, *LJN* BA0876, *NJF* 2007/173, *RSV* 2007/173, *USZ* 2007/120 m.nt. Driessen, *USZ* 2007/190.

³⁸ Nationale ombudsman, rapport 2006/0332.

4. **Recht op sociale zekerheid in de Europa Unie**

De Europese Unie heeft sinds enkele jaren een eigen grondrecht voor de sociale zekerheid. Het is als een van de zogenoemde solidariteitsrechten opgenomen in art. 34 van het Handvest van grondrechten van de Europese Unie.³⁹

Het Handvest is ondertekend in Nice in het jaar 2000 en had juridische binding moeten krijgen als onderdeel van de Europese Grondwet. Na de Franse en Nederlandse verwerping in referendum is de Grondwet echter in het slop geraakt. Het 13 december 2007 in Lissabon getekende Hervormingsverdrag moet Europa uit haar constitutionele crisis trekken. De Europese grondrechten profiteren mee van de reddingsoperatie. Want in het Hervormingsverdrag komen we het Handvest van grondrechten opnieuw tegen, maar dan in de vorm van een juridisch bindende bijlage, met een opt-out mogelijkheid voor het Verenigd Koninkrijk en Polen. De ratificatiekansen van het Hervormingsverdrag moeten groter worden ingeschat dan die van de Grondwet. Al zouden sommigen het project het liefst zien wegsmelten, voorlopig sleept Europa zich voort als een gletsjer: langzaam maar gestaag.

De bepalingen van het Handvest richten zich niet primair tot de lidstaten; het is de Unie die zich aan de grondrechten moet houden. Wat het grondrecht der sociale zekerheid betreft, heeft dit gegeven vooral implicaties voor het vraagstuk welke tolerantiegrenzen het Europese Gemeenschapsrecht in acht moet nemen voor overheidsmaatregelen die vormen van marktwerking in de sociale zekerheid begeleiden.

We pakken hier de draad weer op waar wij hem hebben laten liggen bij de bespreking van de privatiseringsmaatregelen in Nederland in het vorige onderdeel. De conclusie was dat het grondrecht der sociale zekerheid dicteert dat de overheid corrigerende en flankerende maatregelen neemt als ten gevolge van het falen van de markt de kernprincipes van de sociale zekerheid worden bedreigd. De acceptatie van dergelijke maatregelen opent het perspectief van een *regulatory welfare state* waarbij de overheid het gedrag van private partijen op afstand kan sturen, zo luidde de analyse. Het probleem is echter dat het Europese recht dit perspectief van gereguleerde marktwerking in de sociale zekerheid weer bruut kan verstoren.

Het Europese Gemeenschapsrecht gaat in oorsprong uit van een scherp dogmatisch onderscheid tussen het handelen van zuiver publiekrechtelijke lichamen in het kader van

³⁹ Art. 34 Handvest: 1. De Unie erkent en eerbiedigt het recht op toegang tot socialezekerheidsvoorzieningen en sociale diensten die bescherming bieden in gevallen zoals moederschap, ziekte, arbeidsongevallen, afhankelijkheid of ouderdom, alsmede bij verlies van arbeid, onder de door het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken gestelde voorwaarden. 2. Eenieder die legaal in de Unie verblijft en zich daar legaal verplaatst heeft recht op socialezekerheidsvoorzieningen en sociale voordelen overeenkomstig het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken. 3. Om sociale uitsluiting en armoede te bestrijden erkent en eerbiedigt de Unie het recht op sociale bijstand en op bijstand ten behoeve van huisvesting, teneinde al diegenen die niet over voldoende middelen beschikken een waardig bestaan te verzekeren, onder de door het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken gestelde voorwaarden.

het algemeen belang en het handelen van private rechtspersonen in het kader van de vrije markt. Waar nationale stelsels dit onderscheid niet kennen en er tevens sprake is van bewuste integratie van sociale doelstellingen en het functioneren van de vrije markt, ligt het gevaar op de loer dat beperkende overheidsmaatregelen in strijd worden geacht met de vrije markt-regulering, bestaande uit onder meer het vrij verkeer van diensten, het mededingingsrecht en voorwaarden voor het verzekeringsbedrijf.

Vraagstukken over de toelaatbaarheid van beperkende overheidsvoorwaarden zijn de afgelopen decennia veelvuldig aan de orde gekomen bij het EG Hof van Justitie. Deze heeft een gevaarlijke koorddans moeten uitvoeren tussen markt en overheid. De zorg die door sommigen aanvankelijk werd geuit, dat het Hof een gemengde markt-overheid benadering op het gebied van de sociale zekerheid zou afwijzen, is echter niet uitgekomen.. Met name de *Brentjens*-rechtspraak is hier van belang gebleken.⁴⁰ Het ging in deze rechtspraak om de vraag of de Nederlandse pensioenregulering de toets aan het Europese mededingingsrecht kon doorstaan. Dit was twijfelachtig aangezien de overheid aan pensioenfondsen een alleenrecht verleent om in bepaalde bedrijfstakken een pensioenregeling te beheren. Concurrentie wordt op die wijze uitgesloten. Het Hof bepaalde dat de Nederlandse pensioenfondsen als ondernemers onder het mededingingsrecht vallen maar dit was voor de uitkomst van de zaken niet doorslaggevend. De essentiële sociale functie van de pensioenregeling in Nederland rechtvaardigde bij wijze van algemeen belang de inbreuk op het mededingingsrecht. Het pensioenmonopolie kon door de beugel.

Brentjens bevat een systematische verwijzing naar de sociale doelstellingen die op verschillende plaatsen in het EG-verdrag zijn verwoord. Het Hof plaatste deze sociale doelstellingen doelgericht boven de marktwaarden.⁴¹ Deze lijn heeft zich nadien doorgezet. De jurisprudentie na *Brentjens* heeft zich opvallend mild betoond ten opzichte van de sociale doelstellingen.⁴² Toch weet je nooit of deze lijn in de toekomst beklijft. Het is hier dat het Europese grondrecht der sociale zekerheid zijn waarde moet gaan tonen. De formele erkenning van dit recht als een juridisch bindende norm in de vorm van art. 34 van het Handvest brengt met zich mee dat een radicale terugtrek in de jurisprudentie ten faveure van de vrije markt niet langer mogelijk is. De Unie zal zich ervan moeten blijven vergewissen of door vrije marktregulering socialezekerheidsbelangen in het gedrang komen. De sociale lijn in de jurisprudentie heeft op deze wijze een steviger fundament gekregen.⁴³

⁴⁰ HvJ EG 21 september 1999, C-115/97 tot C-117/97 (*Brentjens*); HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (*Albany International BV*) en HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97 (*Drijvende bokken*), *Jur.* 1999, I-5751 en volgende.

⁴¹ Zie met name overweging 51 van *Brentjens*: “Vervolgens dient te worden bedacht, dat volgens (...) artikel 3, lid 1, sub g en j, EG het optreden van de Gemeenschap *niet alleen* “een regime [omvat] waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnens de interne markt niet wordt vervalst”, *maar ook* “een beleid op sociaal gebied”. Artikel 2 EG-Verdrag (...) bepaalt immers, dat de Gemeenschap onder meer tot taak heeft “het bevorderen van een harmonische en evenwichtige ontwikkeling van de economische activiteit” en van een “hoog niveau van werkgelegenheid en sociale bescherming” (mijn cursivering).

⁴² Zie ook mijn analyse in ‘Europees sein op groen voor het nieuwe Nederlandse zorgverzekeringsstelsel’ *SEW*, 2004, 467-473.

⁴³ Hetgeen uiteraard niet wil zeggen dat in een concrete procedure altijd ten faveure van de sociale doelstellingen moet worden beslist. Zo vormde in de procedures *Viking* en *Laval* de erkenning door het

Een tweede functie die art. 34 van het Handvest kan hebben is die van leverancier van normen voor de identificatie van socialezekerheidsbelangen. Wat kenmerkt dergelijke belangen en hoe zou hieraan kunnen worden getoetst? Het is mijn indruk dat het Hof ten aanzien van dit soort vragen soms de weg wat kwijt is. Het socialezekerheidsbegrip in de jurisprudentie meandert alle kanten op, niet alleen omdat het verschilt al naar gelang het instrument dat van toepassing is of telkens weer de nadruk legt op verschillende kenmerken⁴⁴, maar ook omdat de relevantie van bepaalde criteria te wensen overlaat.⁴⁵

De rechtszekerheid zou gebaat zijn met duidelijkheid over de inhoud van het socialezekerheidsbegrip, inzicht in de kernprincipes die aan het recht op sociale zekerheid ten grondslag liggen en kennis van de constituerende elementen van meer geprivatiseerde sociale zekerheidsstelsels. Dit leidt tot beter inzicht in de vraag welke elementen in de sociale zekerheid tegen de vrije markt beschermd moet worden. Een eerste poging om ten aanzien van het onderhavige thema tot normstelling te komen is in 2006 gegeven door de Europese Commissie in een mededeling over sociale diensten van algemeen economisch belang.⁴⁶ Het doel van de mededeling is om de specifieke kenmerken van sociale diensten van algemeen belang te identificeren en de relatie van deze diensten tot het EU recht te verduidelijken. Voor de Commissie is het spitsroeden lopen. Tussen markt en overheid enerzijds en nationale en Europese bevoegdheden anderzijds ligt een mijneveld van politieke gevoeligheden. Waarschijnlijk om die reden is het een pril en behoedzaam document. Het heeft betrekking op wettelijke en aanvullende regelingen van sociale zekerheid, in de tweede plaats op alle overige diensten die “direct aan een persoon worden verleend en faciliterend zijn bij sociale insluiting en fundamentele rechten”. Gedacht wordt aan hulp bij persoonlijke crises, re-integratie in de samenleving, steun voor mensen met langdurige gezondheidsproblemen of een handicap en sociale huisvesting. De mededeling analyseert enkele organisatorische veranderingen op het terrein van sociale diensten in de lidstaten, bestaande uit onder meer de overdracht van publieke naar private partijen en de ontwikkeling van publiek/private partnerschappen. Ook wordt een eerste beeld gegeven over de implicaties van het Europese recht voor dergelijke gemoderniseerde diensten. Maar bovenal zoekt het document dialoog met de lidstaten om gezamenlijk tot het inzicht te komen aan de hand van welke kenmerken sociale diensten kunnen worden gedefinieerd en hoe deze kenmerken zich verhouden tot het Gemeenschapsrecht. Aan de hand van dit inzicht moet worden bezien welke vervolgstappen kunnen worden ondernomen, waarbij de mogelijkheid van wetgevende voorstellen niet wordt uitgesloten.

Hof van Justitie van het stakingsrecht als fundamenteel beginsel van het Europese Gemeenschapsrecht geen reden om de collectieve acties waarvan sprake was, de zegen de geven. Zie HvJ EG 18 december 2007, zaken C-438/05 (Viking) en C-341/06 (Laval).

⁴⁴ Zie hierover onder meer E. Steyger, De communautaire inhoud van het begrip 'sociale zekerheid', *TvGR* 2002, 80-97.

⁴⁵ Zo zie ik bijvoorbeeld niet in waarom de vraag relevant is of een stelsel gebaseerd is op een omslagstelsel of kapitalisatiestelsel geschikt is om het socialezekerheidskoren van het marktkaf te onderscheiden. Zie HvJ EG 17 februari 1993, C-159/91 (Poucet en Pistre), *Jur.* 1993, I-637

⁴⁶ 26 april 2006, COM(2006) 117 def.

Onlangs heeft de Europese Commissie een tipje van de sluier opgelicht over de resultaten van het consultatieproces.⁴⁷ Er is helaas weinig om over naar huis te schrijven. Er wordt geen melding gemaakt van voortgang bij het ontwikkelen van normen aan de hand waarvan socialezekerheidsbelangen kunnen worden geïdentificeerd. In plaats daarvan wordt verwezen naar een reeds in de oorspronkelijke mededeling opgenomen lijst van descriptieve, in hoofdzaak organisatorische kenmerken van sociale diensten. Voorts wordt opgemerkt dat er partijen zijn die moeite hebben met de toepassing van het Gemeenschapsrecht op de gemoderniseerde diensten. De reactie die de Commissie hierop geeft, is dat zij graag bereid is “toelichting te verstrekken bij de toepasselijke regels en bijstand te verlenen in het kader van het moderniseringsproces van de sociale diensten” waaraan haastig wordt toegevoegd dat “het subsidiariteitsbeginsel en de verantwoordelijkheden van nationale, regionale en lokale autoriteiten worden nageleefd.”

Waarschijnlijk bestaat er op dit moment weinig politieke steun voor een verdergaande Europese rol, laat staan voor bindende normstelling. Toch vraag je je af wat de uitkomst van de consultatieprocedure zou zijn geweest als de lidstaten uitgenodigd waren om te reflecteren op de zeven kernprincipes zoals die hiervoor in deze rede aan bod zijn gekomen. Zouden deze principes op consensus kunnen rekenen? Zouden ze kunnen worden uitgesplitst in een aantal sub-beginselen? Zouden ze kunnen worden getoetst aan hun juridische gelding en rechtens kunnen worden geformuleerd? Het laatste woord over de bescherming van socialezekerheidsbelangen in de interne markt is nog niet gezegd. Ook al zou het project in deze fase stranden op politieke bezwaren, niets belet de wetenschap om een poging te ondernemen een normatieve set van criteria te ontwikkelen.. Het Europee grondrecht der sociale zekerheid kan hierbij als gids dienen. Aan zo'n onderzoek zou ik graag een bijdrage willen leveren

⁴⁷ In een begeleidend document bij de mededeling van Europese Commissie over de interne markt van Europa van de 21-ste eeuw van 20 november 2007 COM(2007) 725 def.

5. Recht op sociale zekerheid als mondiaal vraagstuk

5.1 De internationale normstellingscrisis

Fungeert in ons land het grondrecht der sociale zekerheid als een loods die de hervormingen van het stelsel op de juiste koers houdt, op monidaal niveau heeft het eerder de functie die een gestrande schuit moet lostrekken. Ik verklaar mij nader.

Een van de motieven van de internationale gemeenschap om de sociale zekerheid in de armen te sluiten is armoedebestrijding. De Wereldbank stelt de grens voor 'absolute armoede' op US \$ 1,- per persoon per dag. Volgens deze norm leven ongeveer 1,2 miljard mensen in absolute armoede, dit is een vijfde van de wereldbevolking. Deze mensen hebben zelfs niet de minimale middelen die nodig zijn voor hun fysieke welzijn, laat staan enige vorm van sociale zekerheid. De helft van de wereldbevolking heeft geen enkele vorm van sociale bescherming. Voor 80% van de wereldbevolking is de sociale zekerheid ontoereikend.⁴⁸ Als er iets terecht wil komen van de Millenniumdoelstelling om voor 2015 de armoede gehalveerd te hebben dan moet aan de ontwikkeling van de sociale zekerheid in arme landen dringend wat gedaan worden.

De behoefte aan internationale socialezekerheidsnormering staat ook in verband met de mondialisering van de economie. Dergelijke normering voorkomt namelijk niet alleen dat de armste landen het kind van de rekening worden van dit proces, maar bevordert tevens dat landen die van dit proces profiteren, zoals China en in toenemende mate ook India, hun aandeel nemen in de sociale bescherming. *Whereas (...) the failure of any nation to adopt humane conditions of labour is an obstacle in the way of other nations which desire to improve the conditions in their own countries.* Deze zin is opgenomen in de preambule van het Handvest van de ILO in 1919 en verwoordt de noodzaak van een zogenaamd gelijk speelveld. Als gevolg van de mondialisering is de behoefte aan een dergelijk gelijk speelveld actueler dan ooit.

De traditionele methode waarvan de internationale gemeenschap zich bedient om de sociale zekerheid te bevorderen, is het ontwikkelen van zogenaamde minimumstandaarden. Deze vormen het werkterrein van de ILO. In het kader van deze organisatie is een aantal conventies en aanbevelingen tot stand gekomen die minimeisen stellen aan de hoogte van de uitkeringen en het percentage van de (beroeps)bevolking dat beschermd moet worden. Het belangrijkste instrument is ILO-conventie nr. 102, dat normen geeft voor de gehele sociale zekerheid, met uitsluiting van de bijstand. De bedoeling is dat arme landen geleidelijk de werkingssfeer van hun sociale zekerheid verbreden zodat zij bij deze conventie kunnen aanhaken.

⁴⁸ Voor een beredeneerde onderbouwing van deze cijfers, zie Michael Cichon and Krzysztof Hagemeyer, 'Changing the development policy paradigm: Investing in a social security floor for all', *International Social Security Review* 2007, 169-196, 172-175.

De internationale gemeenschap heeft de afgelopen decennia aansluiting gezocht bij, of beter gezegd, doorverwezen naar deze ILO-filosofie.⁴⁹ Het ontwikkelen van eigen normen en principes was niet nodig, aangezien de ILO de kolen al uit het vuur haalde.⁵⁰ Maar deze benadering begint slijtageverschijnselen te vertonen. De ILO-conventies worden nauwelijks geratificeerd. De breedste conventie nr. 102 mag zich slechts verheugen op 43 ratificaties. Het gaat hierbij vrijwel alleen om de rijke landen. Een bewustmakingscampagne van het Internationale Arbeidsbureau ingezet in 2001 heeft, afgezien van Albanië en Polen, geen nieuwe ratificaties opgeleverd.

Het Westerse socialezekerheidsmodel uit de jaren vijftig, dat impliciet aan de conventie nr. 102 ten grondslag ligt,⁵¹ is voor de arme landen geen wenkend perspectief. Het biedt geen oplossing voor de chronische armoede in die landen, voor de groeiende informele sector, voor de sociale gevolgen van de aids-problematiek, van mislukte oogsten en van natuurrampen.⁵² Voor deze problemen zijn andere remedies vereist dan die waar de ILO-conventies van uitgaan. Het gaat er niet om sociale verzekeringen als methode te verwerpen, maar deze landen zoeken voor de oplossing van hun problemen naar andere vormen van sociale bescherming: lokale bijstandsprogramma's, gezondheidszorginitiatieven, werkgelegenheidsprojecten, micro-kredieten en steun voor informele vormen van sociale zekerheid.

Overigens is het met de moderne socialezekerheidsverdragen van de ILO nog mistroostiger gesteld dan met ILO-conventie nr. 102. Hierin zijn zelfs de rijke landen niet geïnteresseerd. De laatste uit 1988 daterende werkloosheidsconventie nr. 168 is slechts door zeven landen geratificeerd.⁵³

5.2 *General Comment nr. 20*

Tegen de achtergrond van het falen van de ILO-benadering, nemen andere organisaties het socialezekerheidsinitiatief van de ILO over. De Wereldbank speelt een actieve rol in bijna alle regio's van de wereld. Mijn waarneming is dat de Wereldbank goed werk doet en een slechtere reputatie heeft dan zij verdient. Maar ook de toenemende activiteitendrang van het CESCR springt in het oog.

⁴⁹ Vgl. Eibe Riedel 'The human right to social security, some challenges' in: *Social Security as a Human Right, Drafting a General Comment on Article 9 ICESCR*, Eibe Riedel (ed.), Berlin 2007, 16-28, 22.

⁵⁰ Treffend voorbeeld is dat het CESCR tot dusver geen afzonderlijke rapportages verwacht over het recht op sociale zekerheid, maar uitsluitend nota wil nemen van de rapportages die door staten zijn opgesteld ten behoeve van het ILO-rapportagemechanisme. Zie de Revised guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted by state parties under article 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: 17/06/91, E/C 12/1/1991/1, Annex 9. Met de totstandkoming van *General Comment nr. 20* zal deze praktijk uiteraard tot een einde komen.

⁵¹ Over het vraagstuk of de ILO-conventie nr. 102 verouderd is zie F.J.L. Pennings, *De betekenis van internationale normen voor de Nederlandse sociale zekerheid*, oratie Tilburg, 2004 en mijn commentaar daarop in *SMA*, 2005, 319-323.

⁵² Voor een systematische en evenwichtige analyse zie R. Filali Meknassie, 'Extending social security in the developing countries: between universal entitlement and the selectiveness of international standards', *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 27, 2006, 207-223.

⁵³ En zonder de jongste toetreding van Albanië in 2006 – de schatten –, waren het er maar zes.

Het CESCR is het comité van mensenrechtenspecialisten dat waakt over de toepassing van het IVESCR. Om de vaak vaag geformuleerde sociale grondrechten van het verdrag handen en voeten te geven en op die wijze staten te helpen bij hun periodieke rapportageverplichtingen, pleegt het CESCR de inhoud van de verschillende grondrechten uit te werken in zogenaamde *General Comments*. Daar zijn er nu al 19 van verschenen, sommige over algemene onderwerpen, andere over specifieke grondrechten. Het recht op sociale zekerheid zoals geformuleerd in artikel 9 heeft tot voor kort nog geen aandacht gekregen, maar vormt thans voorwerp van een nieuwe *General Comment*, nr. 20. Het uit 2006 daterende ontwerp van 15 pagina's is te raadplegen op internet.⁵⁴

Het is een interessant en leesbaar document. Wat onmiddellijk opvalt is dat het een ruim socialezekerheidsbegrip hanteert. Onder de sociale zekerheid vallen niet alleen sociale verzekeringen, niet-contributieve stelsels en de bijstand, maar ook private voorzieningen en zelfs – bij afwezigheid van enige andere bescherming – informele sociale zekerheid, in de ontwerptekst aangeduid als vormen van *self help*.

Het document heeft universele gelding. Dat wil zeggen: het is op gelijke wijze van toepassing op rijke landen als op arme landen. Wel wordt extra aandacht besteed aan de wijze waarop de arme landen aan hun verplichtingen kunnen voldoen.

In het ontwerp-*General Comment* wordt een poging gedaan de normatieve inhoud van het grondrecht te concretiseren. Wat hierbij opvalt is de volstrekt verschillende benadering ten opzichte van ILO-conventie nr. 102. Het recht is uitgewerkt met referentie aan *availability* (sociale zekerheid veronderstelt het bestaan van een stelsel, waaraan bepaalde eisen kunnen worden gesteld), *adequacy* (het stelsel moet een bepaalde mate van bescherming geven) en *accessibility* (dit laatste begrip is weer opgesplitst in feitelijke toegang tot het stelsel, de betaalbaarheid voor de betrokkenen en de samenleving in zijn totaliteit en het recht op informatie en participatie in de uitvoering). Verder wordt extra aandacht gevraagd voor de positie van beschermwaardige groepen, zoals mensen die werken in de informele sector, kinderen, ouderen, mensen met een handicap, minderheden en migrerende werknemers. Het is een benadering die enigszins vergelijkbaar is met het overzicht van kernprincipes zoals hierboven gepresenteerd in hoofdstuk 2; het woord 'solidariteit' komt er echter niet in voor. Ik interpreteer dat vooral als een poging om elke schijn van ideologische vooringenomenheid te vermijden.⁵⁵

Ook de harde kern van het recht wordt geformuleerd. Dit gebeurt aan de hand van een aantal eisen. Alleen de eerste twee hiervan zijn materieel van aard:

“(a) *To ensure access to the minimum essential level of social security that is essential for acquiring water and sanitation, foodstuffs, essential primary health care and basic shelter and housing, and the most basic forms of education.*

⁵⁴ <<http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/discussion.htm>>. Over de General Comment is in 2007 een afzonderlijke publicatie verschenen met enkele zeer interessante bijdragen: *Social Security as a Human Right, Drafting a General Comment on Article 9 ICESCR*, Eibe Riedel (ed.), Berlin 2007.

⁵⁵ Aanvankelijk had ik het solidariteitsbeginsel zelf evenmin onder de kernprincipes geschaard, maar dan veeleer vanuit het perspectief dat het geen noodzakelijk kenmerk is maar eerder een methode. Naderhand ben ik echter tot de slotsom gekomen dat ik met deze opvatting de betekenis van het beginsel voor de sociale zekerheid tekort zou doen.

(b) To ensure the right of access to social security systems on a non-discriminatory basis, especially for disadvantaged or marginalized groups.”

De volgende punten zijn meer procedureel van aard en moeten worden beschouwd als een uitwerking van de eis dat staten een strategie of actieplan hanteren waarover ze moeten rapporteren.

Het document bevat voorts enkele juridische noties over de werking van het grondrecht. Er wordt in dit kader een motiveringseis gesteld aan het doorvoeren van maatregelen die het beschermingsniveau aantasten. Zomaar wat knippen en scheren mag niet. Er moeten goede argumenten voor kunnen worden aangevoerd.

Ten slotte worden eisen gesteld aan de wijze van naleving. Staten dienen onder meer een rechtsgang open te stellen waarin schendingen van het recht op sociale zekerheid onafhankelijk kunnen worden beoordeeld. Je vraagt je af hoe Nederland zou scoren ten opzichte van deze eis, nu de nationale rechter stelselmatig nalaat zich een inhoudelijk oordeel te vormen over de implicaties van het grondrecht der sociale zekerheid, omdat dit zich niet zou kwalificeren als een ieder verbindende bepaling in de zin van artikel 94 van de Grondwet.

5.3 *Een individueel klachtenprotocol*

De juridische betekenis van het recht op sociale zekerheid ex artikel 9 IVESCR zou aanzienlijk toenemen indien het IVESCR wordt verrijkt met een individuele klachtenprocedure.⁵⁶ Een initiatief voor een dergelijke procedure gaat terug naar de tweede helft van de jaren negentig.⁵⁷ Deze moet het mogelijk maken dat burgers klachten over vermeende schendingen van de sociale grondrechten kunnen voorleggen aan een onafhankelijke VN-autoriteit. De erkenning van een internationaal, individueel klachtenrecht voor sociale grondrechten zou een novum zijn; traditioneel wordt het niet voor mogelijk gehouden. Het gaat bij deze grondrechten om de verdeling van publieke middelen en dat is niet een aangelegenheid van individuele rechten maar van democratisch gelegitimeerde, collectieve besluitvorming, zo is de gedachte. Sociale grondrechten creëren in die visie geen rechten voor individuen maar verplichtingen voor staten. Bovendien zijn deze rechten toch veel te vaag en onbepaald om in individuele gevallen toegepast te worden.

Maar grondrechtenspecialisten relativeren deze bezwaren al jaren. Het officiële standpunt van de internationale grondrechtengemeenschap is dat de klassieke en sociale grondrechten gelijkwaardig, ondeelbaar en bovendien onderling van elkaar afhankelijk

⁵⁶ United Nations, Human Rights Council, Draft Optional Protocol to the International Covenant on economic, social and cultural rights, prepared by the Chairperson-Rapporteur, Catarina de Albuquerque, A/HRC/7/WG.4/2, 23 April 2007.

⁵⁷ Zie voor een beschrijving van de discussie en ontwikkelingen rondom het optionele protocol W. Vandenhoele, 'Completing the UN complaint mechanisms for human rights violations step by step: towards a complaint procedure complementing the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2003-3 (21), 425-429; zie voorts over de implicaties voor de sociale zekerheid mijn bijdrage 'An individual complaints procedure for fundamental socio economic rights, some remarks from the perspective of the right to social security in the Netherlands', *Griffin's View*, 2007, 93-99.

zijn.⁵⁸ Bovendien zijn er steeds meer landen waar een individueel beroep op sociale grondrechten wél mogelijk blijkt te zijn. Zuid-Afrika spant hier de kroon, maar ook rechters in bijvoorbeeld Argentinië en India laten zich niet onbetuigd.⁵⁹

Het argument van de democratische legitimiteit blijkt in de praktijk relatief te zijn. Rechters kunnen zich immers beperken tot het vaststellen van strijd met sociale grondrechten en de gevolgen daarvan overlaten aan de politiek gelegitimeerde organen. De mate van concreetheid van het recht blijkt voorts in hoge mate afhankelijk te zijn van de context waarbinnen de rechtsvraag speelt. Het hangt ervan af hoe manifest het grondrecht geschonden wordt. Sloppenwijken platbulldozeren zonder het bieden van enige compensatie, de graanschuren gesloten houden in tijden van hongersnood, het leveren van ernstig verontreinigd grondwater aan bewoners die geen geld hebben om schoon water te kopen: in dergelijke situaties zijn sociale grondrechten voldoende concreet gebleken om te kunnen worden toegepast.⁶⁰ En hoewel sociale grondrechten in dergelijke situaties geen individuele aanspraken hoeven op te leveren, kan naar aanleiding van de klachten van enkele individuen door de rechter een plicht worden opgelegd aan de overheid om concrete maatregelen te nemen. Om bij de hierboven aangehaalde voorbeelden te blijven: de rechter kan gebieden huisvestingsprogramma's te ontwikkelen voor de allerarmsten, de deuren van de graanschuren te openen of tijdelijk plasticflessen drinkwater ter beschikking te stellen.

Overigens hoeven we voor concrete voorbeelden van doorwerking van het recht op sociale zekerheid niet altijd de grens over. Het grondrecht is evenzeer voldoende concreet als het wordt geconfronteerd met de vraag of kinderen van illegalen categorisch mogen worden uitgesloten van elke vorm van bijstand. Twee jaar geleden liet de Centrale Raad van Beroep nog na inhoudelijk te onderzoeken of deze in Nederland bestaande uitsluiting in strijd komt met het recht op een toereikende levensstandaard zoals opgenomen in artikel 27 van het Internationaal Verdrag voor de rechten van het kind.⁶¹ De Raad kwam aan een dergelijk onderzoek niet toe omdat het niet rechtstreeks werkte. Het is de vraag of Nederland met een dergelijke redenering zou weggkomen als de zaak zou worden voorgelegd aan een internationaal klachtencomité. Ik bepleit niet dat de sociale grondrechten impliceren dat illegalen op gelijke voet met nationale onderdanen of

⁵⁸ In 1993 nam *The World Conference on Human Rights* van de VN de *Vienna declaration and programme of action* A/CONF.157/23 aan. De vijfde paragraaf daarvan luidt: "5. All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis."

⁵⁹ Zie Cf. Fons Coomans (ed.) *Justiciability of economic and social rights, experiences from domestic systems*, Maastricht Centre for Human Rights, Antwerpen-Oxford, 2006 en de daarin opgenomen bijdragen. Een interessant overzicht van voorbeelden van rechterlijke uitspraken waarin toepassing wordt gegeven aan sociale grondrechten is ook opgenomen in het United Nations, Economic and Social Council, *Elements for an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Analytical paper by the Chairperson-Rapporteur, Catarina de Albuquerque, GE.05-16464 (E) 091206, 30 November 2005.

⁶⁰ Respectievelijk *The Government of South Africa v. Grootboom*, Constitutional Court of South Africa, 2000 ICHRL 72 (Zuid-Afrika); *People's Union for Civil Liberties (PUCL) v. Union of India and Others*, Supreme Court of India, Writ Petition [Civil] No. 196 of 2001 (India) en *Marchisio José Bautista y Otras - AMPARO, Expediente No. 500004/36* (Argentinië).

⁶¹ CRvB 24 januari 2006, *JV* 2006/116 m nt. PEM en *RSV* 2006/84 m. nt. Vonk.

rechtmatig verblijvende vreemdelingen recht op sociale zekerheid zouden moeten hebben. Wel wil ik aangeven dat een dergelijk standpunt in feite even extreem is als zeggen dat sociale grondrechten geen enkele implicatie kunnen hebben voor de bescherming van illegalen. De waarheid ligt in het midden van deze uitersten: er moet rekening worden gehouden met de persoonlijke omstandigheden waarin de illegaal verkeert: is sprake van een noodsituatie, is het verblijf voor een bepaalde duur gedoogd geweest door de overheden, gaat het om kwetsbare personen, zoals kinderen of gehandicapten? Op een dergelijke contextafhankelijke wijze kan het recht op sociale zekerheid wel degelijk toepassing vinden⁶²

Nederland is lange tijd zeer afhoudend geweest ten aanzien van het individuele klachtenrecht. Misschien niet openlijk zoals de Amerikaanse en Australische regeringen, maar dan toch in ieder geval stilletjes vanaf de zijlijn. Maar het lijkt erop dat deze regering haar terughoudendheid heeft laten varen. In maart 2007 organiseerde het ministerie van Buitenlandse Zaken al een vrije discussie tussen ambtenaren van verschillende departementen en vertegenwoordigers van belangenorganisaties over de voor- en nadelen van het individuele klachtenrecht. In november 2007 is door minister Verhagen de nieuwe Nederlandse mensenrechtenstrategie gepresenteerd waarin over het klachtenprotocol wordt gesteld dat Nederland nauw betrokken is bij de onderhandelingen en daaraan constructief meewerkt.⁶³ Dit zou mede van belang zijn vanuit een oogpunt van effectiviteit en geloofwaardigheid van buitenlands beleid. Ik weet niet precies hoe dit soort BuZaatal moet worden geïnterpreteerd, maar ik mag toch aannemen dat, ook al gaat het kennelijk vooral om de façade der geloofwaardigheid, 'constructief meewerken' moet worden opgevat als actieve steun. Dat valt te prijzen.

Niet valt uit te sluiten dat het facultatief protocol voor de individuele klachtenprocedure nog dit jaar door Algemene Vergadering van de VN wordt vastgesteld.

5.4 Alternatieve socialezekerheidsnormen voor de ILO

De grondrechtelijke benadering van de bevordering van de sociale zekerheid heeft allerlei voordelen boven de traditionele benadering van de ILO. Zij stelt niet staten en systemen centraal, maar de mensen die dragers zijn van rechten. Bijgevolg wordt niet louter voorgeschreven dat een bepaald percentage van de (beroeps)bevolking beschermd moet worden, maar wordt de eis gesteld dat eenieder recht op sociale zekerheid moet hebben. Bovendien geldt dat het IVESCR wereldwijd is geratificeerd en een eigen rapportagesysteem kent dat ook aan niet-gouvernementele organisaties de mogelijkheid biedt om hun visie op de naleving te geven.

Er zit toekomstmuziek in de IVESCR-benadering. De ILO is zich hiervan bewust en beraadt zich thans op een nieuwe strategie ter vervanging van het propageren van ILO-

⁶² Zie mijn bijdrage 'Ongewenste kinderen, opmerkingen naar aanleiding van CRvB 24 januari 2006', SMA, 2006, 131-134.

⁶³ *Naar een Menswaardig bestaan, een mensenrechtenstrategie voor het buitenlands beleid*, ministerie van Buitenlandse Zaken, 2007, 70.

conventie nr. 102 als dé weg om tot een uitbreiding van de sociale zekerheid te komen.⁶⁴ De grondrechtelijke benadering blijkt daarbij aanstekelijk. Vanuit het besef dat sociale zekerheid een recht voor iedereen is, wordt intern gediscussieerd over de vraag of deze organisatie het idee van een wereldwijd sociaal vangnet moet adopteren, in het Engels: een *basic social floor*.⁶⁵ Een dergelijk vangnet zou kunnen worden gestimuleerd door een conventie waarin regels worden gesteld ten aanzien van de meest essentiële vormen van steun, bestaande uit: basisgezondheidszorg; gezinsbijslagen die kinderen in staat stellen om naar school te gaan; gerichte programma's voor werk en bijstand voor de allerarmsten; en een basispensioenstelsel voor hen die niet langer kunnen werken.

De ILO heeft becijferd dat het sociaal vangnet de economisch minst ontwikkelde landen 2 tot 7% van het bruto nationaal produkt gaat kosten. Dat kan oplopen tot 20% van de overheidsuitgaven. Dat is veel als je arm bent. Donorgelden zouden de noodzakelijke verlichting moeten brengen. Op die wijze zou de sociale zekerheid daadwerkelijk een internationale dimensie krijgen.

Wellicht ook moet de ILO naast regels voor een wereldwijd sociaal vangnet een instrument ontwikkelen dat een brug slaat tussen het grondrecht en andere ILO-conventies. Een dergelijk instrument zou een uitwerking kunnen vormen van de kernprincipes van de sociale zekerheid. Het vastleggen daarvan heeft als voordeel dat er een inhoudelijk kader ontstaat voor de interpretatie van andere conventies, waardoor de dialoog tussen de ILO en de landen een minder technisch en meer beleidsmatig karakter kan krijgen. Bij de voorbereiding van de nieuwe strategie is ook deze optie op tafel gelegd.

Nederland geeft op ambtelijk niveau samen met de Duitsers actieve steun aan de ontwikkeling van een nieuwe strategie die kan leiden tot het agenderen van het wereldwijde sociale vangnet. Aldus lijkt het departement niet te willen blijven steken in gesteggel op de millimeter over de vraag of de Nederlandse hervormingen zich verdragen met bestaande ILO-standaarden, maar ook iets constructiefs te willen. Het heeft meer zin een nieuwe koers uit zetten. En wie oude bomen wil kappen, moet bereid zijn jonge te planten. Door het ontwikkelen van een nieuwe generatie socialezekerheidsnormen kan de ILO het internationale initiatief weer naar zich toe trekken. Dat lijkt mij belangrijk. Uit de aard van de doelstellingen van de ILO vloeit voort dat bij deze organisatie het primaat van de internationale socialezekerheidsontwikkeling behoort te liggen.

⁶⁴ In de resolutie van de Internationale Arbeidsconferentie van 2001 werd nog opgeroepen om de campagne voor de uitbreiding van sociale zekerheid te baseren op de relevante socialezekerheidsconventies. Zie *Social Security, A new consensus*, International Labour Office, 2001, 5.

⁶⁵ Zie hierover onder meer Michael Cichon and Krzysztof Hagemeyer, 'Changing the development policy paradigm: Investing in a social security floor for all', *International Social Security Review* 2007, 169-196.

6. Slotbeschouwing

De tijd is aangebroken om een balans op te maken.

Het is maar een slogan: ‘een ieder heeft recht op sociale zekerheid’, maar gebleken is dat er een wereld van opeengestapelde denkbeelden achter schuilgaat over sociale rechtvaardigheid. Het is moeilijk om deze denkbeelden te concretiseren maar niet onmogelijk. In het begin van deze rede heb ik een voorzet gedaan. Voor de nuttige werking van grondrecht is het van groot belang dat de kernprincipes van de sociale zekerheid nader worden onderzocht en uitgewerkt. Hier ligt op de eerste plaats een verantwoordelijkheid bij de wetenschap.

Gebleken is ook dat de renaissance van het recht op sociale zekerheid een gevolg is van een aantal functies die het grondrecht vervult. De eerste is die van *grensbewaarder*. Op zich toont het grondrecht zich in deze functie niet dogmatisch of ideologisch bevooroordeeld; het is tolerant ten opzichte van diverse methodes van inkomensbescherming. Maar als de kernprincipes te veel in het gedrang komen licht het op en maakt het de grenzen zichtbaar. Zoals we hebben gezien, zijn die soms verrassend nauwkeurig en precies. Bij de privatisering van de sociale zekerheid heeft het grondrecht in Nederland zijn corrigerende functie waargemaakt. Als er alsnog iets misgaat dan zijn er gelukkig internationale toezichthoudende organen om ons daarop te wijzen. In Europese Unie moet het nieuwe grondrecht der sociale zekerheid zoals opgenomen in het Handvest, zijn rol nog gaan spelen. Het belang schuilt hier onder meer in het bieden van een steviger juridisch fundament voor de sociaal-vriendelijke koers in de jurisprudentie van het Hof van Justitie die ik meende waar te nemen. Wat betreft de rechten-en-plichtenbalans heb ik het vertrouwen uitgesproken dat deze niet hoeft door te slaan, zolang maar voldoende wordt gesteund op de *rule of law*, de onderworpenheid aan het recht, die door mij als het zesde kernprincipe van het grondrecht werd gekwalificeerd.

De tweede functie van het grondrecht is die van *inspirator*. Waar bepaalde benaderingen op een dood spoor zijn geraakt kan het inspireren tot het inslaan van nieuwe wegen. Voor de Europese Unie sprak ik de wens uit dat het grondrecht zal fungeren als gids voor de ontwikkeling van een set van normatieve criteria aan de hand waarvan socialezekerheidsbelangen kunnen worden geïdentificeerd. Op mondiaal niveau sprak ik de hoop uit dat het grondrecht zal fungeren als een katalysator voor een nieuwe generatie internationale socialezekerheidsrechtelijke normen die moet leiden tot een wereldwijd sociaal vangnet. Dergelijke normen lokaliseerde ik bij voorkeur bij de ILO.

Ten slotte heeft ons grondrecht de functie van *samenbinder*. Ik verwijs naar deze functie omdat ik u nog een antwoord verschuldigd ben op een van de voorvragen die ik bij de inleiding van deze rede formuleerde. Bestaat het socialezekerheidsrecht nog wel als rechtsgebied? Op zich is het waar dat als gevolg van de uitboedeling van socialezekerheidsregulering naar andere ordeningsterreinen zoals de markt en de fiscus, het rechtssysteem versnipperd raakt. Het probleem wordt nog eens verergerd doordat de rechtsgang bij de diverse regelingen wordt ondergebracht bij verschillende rechterlijke

instanties, de burgerlijk rechter, de fiscale rechter en de hoogste socialezekerheidsrechter, de Centrale Raad van Beroep. Soms denk ik: in Nederland mag sociale zekerheid wel, zolang je het maar niet zo noemt. Ook goed. Het heeft wel iets vermakelijks. Het levert brood op de plank op voor juristen en hooguit een kleine ergernis voor de professor socialezekerheidsrecht die zich afvraagt hoe hij het vak aan zijn studenten moet uitleggen. Maar als we het stelsel beoordelen vanuit het overstijgende, normatieve perspectief van het recht op sociale zekerheid, kunnen de dwarsverbanden tussen de systemen snel worden gedetecteerd. Vanuit dat perspectief kan het vak wel degelijk als een eigenstandige discipline worden beoefend.

Mij lijkt deze overstijgende benadering ook de juiste voor mijn leerstoel, overigens ook verreweg de meest interessante. Verwacht van mij dus niet dat ik als een herder probeer de schapjes der sociale zekerheid bijeen te houden, noch veel geklaag als er af en toe een paar uit de kudde ontsnappen. De schapjes mogen vrijelijk uitlopen op het hele heideveld zolang ze maar niet buiten de hekken van de kernprincipes van de sociale zekerheid treden. Want daarbuiten worden ze aangereiden of opgevreten.

Verwacht van mij ook niet dat ik het hele terrein van de sociale zekerheid in mijn eentje kan bestrijken. Ik word al overspannen bij gedachte. Daarvoor is het te groot en te versnipperd. Om het heideveld te onderhouden is samenwerking vereist met anderen die zich vanuit hun eigen expertise over de sociale zekerheid buigen.

Aldus verkeer ik hier in de gelukkige omstandigheid opgenomen te zijn in de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde waar enkele collega's zich actief met de sociale zekerheid bezighouden. De vakgroep heeft de publieke sociale zekerheid onder zijn hoede genomen. Van de collega's binnen de vakgroep die dit bijzondere deel van het bestuursrecht niet zo goed beheersen (of dat niet willen doen, wat ik mij best kan voorstellen) kan ik weer van alles leren.

Even blij ben ik met de samenwerking met onze hoogleraar arbeidsrecht Wijnand Zondag en niet alleen omdat wij het altijd zo gezellig hebben, maar ook omdat hij veel verstand heeft van de arbeidsrechtelijke aspecten van de sociale zekerheid.

Graag ook zou ik de samenwerking willen zoeken tot de mensenrechtenspecialisten en de fiscalisten aan deze faculteit omdat ook zij aan de sociale zekerheid een belangrijke bijdrage kunnen leveren en mijn inspanningen wellicht voor hun disciplines van waarde kunnen zijn.

Samenwerken zou ik ten slotte graag willen blijven doen met mensen buiten deze universiteit, met name de collega's aan de VU en uit Leuven. En met vrienden die daarnaast ook nog vakgenoten zijn, in het bijzonder Onno Brinkman en Arend Odé.

7. Een woord van dank

Mijn dank gaat op de eerste plaats uit naar de universiteit van Groningen, de Faculteit Rechtsgeleerdheid en de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde, die mij in hun midden hebben opgenomen. Ik ben blij met de benoeming. Deze stelt mij in staat om mij – na een periode van 15 jaar beleids- en managementtaken – weer meer aan wetenschap en onderwijs te wijden. De stad Groningen en de verhuizing naar dit deel van het land kregen wij er gratis bij. Alles went, zelfs geluk, maar ik zal niet verhehlen dat ik de eerste maanden na mijn benoeming vaak met een brede glimlach wakker ben geworden.

Mijn dank gaat uit naar de Stichting Instituut Gak vanwege de financiële steun. Zonder deze alomtegenwoordige suikeroom zouden noch mijn leerstoel, noch menig ander interessant project op dit vakgebied doorgang kunnen vinden. Ik vind het ook fijn om in het brede netwerk van de Stichting opgenomen te zijn.

Mijn dank gaat uit naar iedereen die een bijdrage heeft geleverd aan de totstandkoming van deze oratie: Imelda, Loes, Paul, Onno en Willem.

Mijn dank gaat uit naar mijn vader en moeder, zus en broers en alle overige dierbaren die anderszins aan mijn hart geklonken zijn. Ik beloof eenieder geen derde oratie meer te houden. Jullie mogen ook gewoon langskomen. Als je dat overweegt, gedenk dan de aanmoediging van Bakels, oud-hoogleraar sociaal recht aan deze universiteit: er gaat twee keer per uur een trein naar Groningen.

En de kinderen, ook al zijn wij niet gewend elkaar te bedanken voor datgene wat vanzelfsprekend is, of het moet al binnensmonds gebeuren bij het doorgeven van de boter of de pindakaas aan tafel.

En Paula