
HANDELINGEN
NEDERLANDSE JURISTEN-VERENIGING

131C JAARGANG/2001-I

De waarde(n) van het sociaal recht

Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking

Preadvies van

Prof. mr. P.F. van der Heijden

Prof. mr. F.M. Noordam

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

© 2001 P.F. van der Heijden, F.M. Noordam

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90-271-5295-0

NUGI 697



Prof. mr. P.F. (Paul) van der Heijden (1949) is hoogleraar arbeidsrecht en directeur van het Hugo Sinzheimer Instituut voor onderzoek van arbeid en recht van de Universiteit van Amsterdam. Zijn publicaties liggen op het terrein van arbeidsverhoudingen, ontslagrecht, medezeggenschapsrecht, grondrechten en internationaal arbeidsrecht.

Van der Heijden was eerder onder meer rechter in de rechtbank. Hij is Kroonlid (plv.) van de SER en redacteur van het Nederlands Juristenblad (NJB).



Prof. mr. F.M. (Frits) Noordam (1942) is hoogleraar socialezekerheidsrecht aan de Faculteit der Rechtsgelcerdheid (vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde) van de Rijksuniversiteit Groningen. Zijn publicaties liggen op het brede terrein van het socialezekerheidsrecht en de geschiedenis van de sociale zekerheid.

Noordam is bestuurslid geweest van de Sociale Verzekeringsraad en plaatsvervanger bij de Centrale Raad van Beroep. Op het ogenblik is bestuurslid van de Sociale Verzekeringsbank en de Stichting Centrum voor Onderzoek van het Sociaal Zekerheidsrecht.

Nederland wordt overspoeld door wetten en wetswijzigingen op het gebied van het arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht, tezamen ook wel sociaal recht genoemd. De wetgever moet uiteraard inspelen op tal van veranderingen in de nationale en internationale samenleving. Maar de wetgever is tegelijkertijd, als het goed is, geen ongeleid projectiel. Aan wetgeving op sociaal gebied hebben sinds de start ervan, nu ruim honderd jaar geleden, beginselen en uitgangspunten ten grondslag gelegen. Vele wetten en wetjes die thans op sociaal terrein tot stand komen, hebben een hoog ad-hocgehalte, het is gereedschapsrecht. Werkt het niet, dan wordt de wetgever-monteur ontboden om iets nieuws te verzinnen. Op vragen naar waarden en beginselen ten aanzien van het betrokken rechtsgebied kijkt hij u wanhopig aan. Een vaste, heldere, lijn ontbreekt bij de totstandbrenging van nieuwe sociale wetgeving. Het lijkt erop dat de wetgever de weg kwijt is. Is het dan niet meer zo dat bij sociale rechtsvorming het beginsel van de sociale rechtvaardigheid een leidende rol speelt?

In dit preadvies onderzoeken we de houdbaarheid van de veronderstelling dat de sociale wetgever zich te gemakkelijk tevreden stelt met snelle, technische, probleemoplossingen en te weinig aandacht heeft voor sociaalrechtelijke waarden als verantwoordelijkheid, bestaanszekerheid, bescherming, ongelijkheidscompensatie en solidariteit. Wat is er van deze aloude waarden van het sociaal recht nog waardevol, nu dat rechtsgebied een tweede eeuw is ingegaan? Welke invloed hebben veranderingen in de samenleving op deze waarden en welke gevolgen heeft dat voor de vorming van sociaal recht? Onze veronderstelling is dat veel van de waarde(n) van het sociaal recht, zoals die zich de afgelopen honderd jaar hebben (heeft) ontwikkeld, nog goede dienst kunnen bewijzen bij nieuwe sociaalrechtelijke rechtsvorming.

Voorwoord

Met dit procdvies stellen wij die veronderstelling ook graag ter discussie. Wij hopen dat aan die discussie naast sociaalrechtelijke juristen ook vertegenwoordigers van andere rechtsgebieden willen deelnemen, evenzeer als vertegenwoordigers van de politiek, werkgevers- en werknemersorganisaties en de rechterlijke macht. Over sociale rechtsvorming in een verzorgingsstaat die een metamorfose lijkt te ondergaan tot een sociale markstaat, in een samenleving die bol staat van verandering, is een dergelijke discussie op haar plaats.

P.F. van der Heijden/F.M. Noordam
Amsterdam/Groningen

1 februari 2001

Inhoud

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN		XI
1	SOCIALE RECHTSVORMING TER DISCUSSIE	1
2	MAATSCHAPPELIJKE VERANDERINGEN IN ZEVEN- TIEN –ERINGEN	7
2.1	Inleiding	7
2.2	Zeventien –eringen	7
2.2.1	<i>Individualisering</i>	7
2.2.2	<i>Flexibilisering</i>	11
2.2.3	<i>Decentralisering</i>	14
2.2.4	<i>Horizontalisering en informalisering</i>	16
2.2.5	<i>Informatisering en computerisering</i>	18
2.2.6	<i>Internationalisering, europeanisering en globalisering</i>	19
2.2.7	<i>Privatisering en decollectivering</i>	21
2.2.8	<i>Privétisering</i>	22
2.2.9	<i>Economisering en activering</i>	26
2.2.10	<i>Deregulering</i>	27
2.2.11	<i>Intensivering</i>	28
2.3	Slot	28
3	DE WETGEVER EN MAATSCHAPPELIJKE VERANDERINGEN	30
3.1	Inleiding	30
3.2	Sociale rechtsvorming in het arbeidsrecht 1980-2000	31
3.2.1	<i>Rustig bezit?</i>	31
3.2.2	<i>Drie projecten: arbeidstijden, flexibiliteit en zekerheid, arbeid en zorg</i>	36
3.2.2.1	<i>Arbeidstijden</i>	36
3.2.2.2	<i>Flexibiliteit en zekerheid</i>	40

	3.2.2.3	<i>Arbeid en zorg</i>	44
	3.2.3	<i>Conclusie</i>	47
3.3		Sociale rechtsvorming in het socialezekerheidsrecht 1980-2000	48
	3.3.1	<i>Slechte naam</i>	48
	3.3.2	<i>Sociale zekerheid</i>	51
	3.3.3	<i>Onrustig bezit</i>	53
	3.3.4	<i>Drie projecten: arbeidsongeschiktheid, bijstand en overlijdensverzekering</i>	56
	3.3.4.1	<i>Terugdringing beroep op de arbeidsongeschiktheidsregelingen</i>	56
	3.3.4.2	<i>Algemene bijstandswet</i>	59
	3.3.4.3	<i>Algemene nabestaandenwet</i>	61
	3.3.4.4	<i>Conclusie</i>	65
3.4		Algemene conclusie	66
4		BEGINSELEN VAN SOCIALE RECHTSVORMING	69
4.1		Diverse rationaliteiten	69
	4.1.1	<i>Waardenrationaliteit</i>	70
	4.1.2	<i>Juridische rationaliteit</i>	70
	4.1.3	<i>Economische rationaliteit</i>	72
	4.1.4	<i>Politieke rationaliteit</i>	72
4.2		Sociaalrechtelijke basiswaarden	74
	4.2.1	<i>Verantwoordelijkheid</i>	76
	4.2.2	<i>Bestaanszekerheid</i>	79
	4.2.3	<i>Bescherming</i>	85
	4.2.4	<i>Solidariteit</i>	87
	4.2.5	<i>Non-discriminatie</i>	90
	4.2.6	<i>Participatie</i>	93
4.3		Sociaalrechtelijke variabelen	95
	4.3.1	<i>Kring van beschermden</i>	96
	4.3.2	<i>Beschermingsniveau</i>	98
	4.3.3	<i>Beschermde risico's</i>	100
	4.3.4	<i>Wederkerigheid</i>	101
4.4		Sociaalrechtelijke methoden en technieken	104
	4.4.1	<i>Publiekrecht en/of privaatrecht</i>	105
	4.4.2	<i>Dwingend, semidwingend, driekwartdwingend en regelend recht</i>	107
	4.4.3	<i>Centrale normstelling</i>	110
	4.4.4	<i>Adaptief arbeidsrecht</i>	112

4.4.5	<i>Vage normen</i>	113
4.4.6	<i>Verbindendverklaring</i>	113
5	ONTSLAGRECHT EN PRIVATISERINGSRECHT	114
5.1	Inleiding	114
5.2	Ontslagrecht	115
5.2.1	<i>Discussion permanente</i>	115
5.2.2	<i>Uitgangspunten voor een nieuw ontslagrecht</i>	117
5.2.3	<i>De inrichting van een nieuw ontslagstelsel</i>	124
5.3	Privatiseringsrecht	132
5.3.1	<i>Private en publieke verantwoordelijkheid</i>	132
5.3.2	<i>Een nieuwe verantwoordelijkheidsverdeling</i>	134
5.3.3	<i>Technisch probleem</i>	136
5.3.4	<i>Meer dan een technisch probleem</i>	137
5.3.5	<i>Basiswaarden</i>	140
5.3.6	<i>Effecten</i>	143
5.3.7	<i>Beoordeling</i>	146
5.3.8	<i>Andere privatiseringen</i>	150
6	WAARDENTOETS	157
	GERAADPLEEGBE LITERATUUR	163

Lijst van gebruikte afkortingen

Abw	Algemene bijstandswet
ADO	Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel
ANW	Algemene nabestaandenwet
AOW	Algemene Ouderdomswet
Arbowet	Arbeidsomstandighedenwet 1998
Arbvowet	Arbeidsvoorzieningswet 1996
ARP	Anti-Revolutionaire Partij
ATW	Arbeidstijdenwet
AWAZ	Algemene wet arbeid en zorg
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
AWGB	Algemene wet gelijke behandeling
AWW	Algemene Weduwen- en Wezenwet
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BV	besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	collectieve arbeidsovereenkomst
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CNV	Christelijk Nationaal Vakverbond
CRvB	Centrale Raad van Beroep
DGA	directeur-grotoaandeelhouder
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap(pen)
ESH	Europees Sociaal Handvest
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrij- heden
HR	Hoge Raad
Gw	Grondwet
IAO	Internationale Arbeidsorganisatie

Lijst van gebruikte afkortingen

IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
Ktg.	kantongerecht
Lisv	Landelijk instituut sociale verzekeringen
MDW	marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit
MKB	midden- en kleinbedrijf
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
NV	naamloze vennootschap
OK	Ondernemingskamer
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
RDA	Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekering
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
SCP	Sociaal en Cultureel Planbureau
SER	Sociaal-Economische Raad
STAR	Stichting van de Arbeid
Stb.	Staatsblad
SUWI	Structuur uitvoering werk en inkomen
SVB	Sociale Verzekeringsbank
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
TBA	Wet terugdringing beroep op de arbeidsongeschiktheidsregelingen
TZ	Wet terugdringing ziekteverzuim
USZ	Uitspraken Sociale Zekerheid
VUT	vrijwillig vervroegd uitreden
WAADI	Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
Wet REA	Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten
WIW	Wet inschakeling werkzoekenden
WULBZ	Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte
WW	Werkloosheidswet
ZW	Ziektewet

SOCIALE RECHTSVORMING TER DISCUSSIE

In de afgelopen eeuw heeft in ons land de evolutie plaatsgevonden van de agrarische via de industriële naar de diensteneconomie. Werkte rond 1900 meer dan de helft van de beroepsbevolking in de agrarische sector, en werkte omstreeks 1950 meer dan de helft van de beroepsbevolking in de industrie, thans werkt ruim 80 procent van de beroepsbevolking in de dienstensector. De zich in hoog tempo ontwikkelende kennis en techniek rond de computer en het internet geeft velen aanleiding de fase van de beschavingsontwikkeling waarin wij thans verkeren, aan te duiden als die van de kenniseconomie. Volgens de theorie van de Russische econoom Kondratieff (1892-1938(?)) bevinden we ons nu in de opgaande fase van de vijfde conjunctuurgolf sinds de industriële revolutie. Kondratieff onderscheidt in de afgelopen tweehonderd jaar vier langetermijngolven in de economie, waarbij elke golf een cluster van doorbraken voortstuwt. De eerste golf, van 1790 tot 1840, was die van de waterkracht (de stoommachine). De tweede golf (1840 tot 1890) was die van ijzer, staal, stoomschepen, telegraaf en gasverlichting. De derde golf (1890 tot 1940) heeft alles te maken met elektriciteit, de auto en de chemie. De vierde golf (1940 tot 1990) geeft ons de kunstvezels, de transistor en de televisie. Vanaf 1990 begint de vijfde golf, die zich kenmerkt door de transformatie van industrie naar diensten. Kennis is nu de dominante productiefactor, zoals kapitaal dat in de industriële economie was (vgl. Wijers, 2000).

Naast belangrijke veranderingen in de economie hebben zich uiteraard tegelijkertijd ook veranderingen voorgedaan in de maatschappij, en evenzeer in het politieke denken. Bij maatschappelijke ontwikkelingen denken we de laatste decennia aan individualisering en economisering. Bij het politieke denken is

er veel aandacht (geweest) voor deregulering en privatisering. Meer toegespitst op de arbeidsverhoudingen vallen decentralisering en flexibilisering in het oog, terwijl in de sociale zekerheid volumebeheersing, stelselwijziging en – weer – privatisering veel aandacht kregen. Verder zijn er verschijnselen waarneembaar in de sfeer van de demografie: vergrijzing en ontgroening van de Nederlandse bevolking. Ten slotte valt – zonder volledig te willen zijn – te noteren dat met name in Nederland de afgelopen twintig jaar de arbeidsparticipatie van vrouwen zeer sterk is toegenomen.

Maatschappelijke, sociaal-economische, demografische en politieke ontwikkelingen hebben invloed op het sociaal recht. Sociaal recht valt hier te verstaan als de combinatie van publiek en privaat arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht. Zowel op het gebied van het arbeidsrecht als op dat van de sociale zekerheid zijn veel ontwikkelingen te bespeuren geweest in de afgelopen decennia. Het aantal wetwijzigingen ter zake de sociale zekerheid is schier ontelbaar geweest, terwijl op het gebied van het arbeids-overeenkomstenrecht bijvoorbeeld de ontwikkelingen ter zake flexibiliteit en zekerheid nog vers in de herinnering liggen. Bij alle ontwikkelingen die hierboven zeer kort zijn aangeduid, laat zich de vraag stellen wat de overheid in haar rol van wetgever aan visie heeft ontwikkeld. Welke veranderingen hebben er op het gebied van arbeid en sociale zekerheid plaatsgevonden, welke onderliggende overheidvisie is hier te onderkennen, is hierin consistentie te ontdekken of is het beeld juist dat er vooral op ad-hocbasis wordt gehandeld zonder veel visie, systematiek en consistentie? Is er een visie ontwikkeld die ook in de komende jaren bij de verdere uitbouw van de kenniseconomie het overheids/wetgevingshandelen op sociaal terrein bepaalt en kan bepalen?

In dit preadvies zijn wij er op uit aan de hand van een aantal grote wetgevingsprojecten uit de afgelopen twintig jaar te analyseren welke visie de overheid heeft geleid bij het tot stand brengen van de vele wijzigingen. Sinds 1980 is een groot aantal veranderingen bewerkstelligd.

Op het gebied van het arbeidsrecht valt te noemen de wijziging in de loonpolitiek en de daaraan ten grondslag liggende wetge-

ving, de wijziging van het Burgerlijk Wetboek (BW) ter zake de invoering van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst), de nieuwe Wet flexibiliteit en zekerheid, de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (WULBZ), de liberalisering van de vakantiewetgeving, het wetgevingsproject in drie tranches Arbeid en zorg. Voorts valt nog te wijzen op het publieke arbeidsrecht in de vorm van de gewijzigde Arbeidsomstandighedenwet (Arbo-wet), de Arbeidsvoorzieningswet (Arbvowet) en de Arbeidstijdenwet (ATW).

In de sfeer van de sociale zekerheid voltrekt zich in de jaren tachtig de zogeheten stelselherziening sociale zekerheid, een omvangrijke wetgevingsoperatie op het terrein van onder meer arbeidsongeschiktheid en werkloosheid. Maar ook daarna zijn veel socialezekerheidswetten gewijzigd. De functie van de Ziektewet (ZW) werd grotendeels overgenomen door het BW (WULBZ), de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) werd begin jaren negentig drastisch aangepast en nadien kwam de PEMBA, welke raadselachtige afkorting staat voor de Wet premieheffing en marktwerking bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. De Werkloosheidswet (WW) is enkele malen ingrijpend gewijzigd, evenals de Algemene bijstandswet, terwijl de Algemene Weduwen- en Wezenwet (AWW) werd vervangen door de Algemene nabestaandenwet (ANW). Om maar weer een paar belangrijke wijzigingen te noemen.

Aan de hand van een analyse van een aantal van deze grote projecten kan worden vastgesteld welke visie de wetgever op sociale rechtsvorming¹ heeft gehad in de afgelopen twee decennia.

De opbouw van de verzorgingsstaat na de Tweede Wereldoorlog lijkt, in ieder geval achteraf gezien, vanuit bepaalde beginselen te zijn geschied. Het garanderen van bestaanszekerheid aan individuele burgers en het sociaal ordenen van de samenleving waren en zijn belangrijke uitgangspunten in dezen. In dit preadvies zullen we, nadat we hebben geanalyseerd welke visie de overheid op sociale rechtsvorming heeft, trachten om de belangrijkste beginselen van sociale rechtsvorming in kaart te brengen. De bedoeling hiervan is om een normatief kader te scheppen

1. Meer dan dertig jaar geleden (1967) wijdde Van Esveld zijn Leidse oratie aan het onderwerp sociale rechtsvorming. Sindsdien is er, vreemd genoeg, betrekkelijk weinig aandacht aan besteed.

waarbinnen in de toekomst sociale rechtsvorming zou moeten c.q. kunnen plaatsvinden. Bij beginselen van sociale rechtsvorming, ook wel uitgangspunten of basiswaarden te noemen, kan worden gedacht aan een aantal begrippen dat zich laat samenvatten onder de noemer sociale rechtvaardigheid. Te denken valt hierbij aan verantwoordelijkheid, bestaanszekerheid, bescherming en meer van dergelijke grondgedachten van het sociaal recht.

Onze hypothese is dat de overheid als wetgever weinig lijn heeft weten aan te brengen als het gaat om sociale rechtsvorming. Politieke opportuniteit en politieke rationaliteit krijgen dikwijls de voorrang boven juridische en waardenrationaliteit. Die zitten als het ware in de tang van de politiek. Hoe begrijpelijk dit vanuit een politieke benadering ook is, de totstandkoming van sociale wetgeving is vanaf het eerste begin, ruim honderd jaar geleden, steeds sterk gebaseerd geweest op uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid. Die uitgangspunten willen wij nog eens nader beschrijven en bezien, teneinde uiteindelijk te beoordelen welke ervan in de toekomst een rol zouden dienen te spelen bij sociale rechtsvorming, waarbij vanzelfsprekend van belang is dat aan die uitgangspunten in het politieke proces ook werkelijk recht wordt gedaan.

Juist tegen de achtergrond van zich in hoog tempo afspelende maatschappelijke, economische en politieke veranderingen is het goed te bezien of we enige vaste grond onder de voeten hebben bij het denken over en realiseren van sociaal recht. Sociaal recht wordt wel gezien als een belangrijke 'asset', een productiefactor van betekenis die leidt tot stabiele arbeidsverhoudingen, die op hun beurt weer goed zijn voor ons internationale concurrentievermogen en een bloeiende economie. Met name minister Melkert (Sociale Zaken en Werkgelegenheid) heeft in het eerste paarse kabinet (1994-1998) deze visie op sociaal recht uitgedragen. Evenwichtige arbeidsverhoudingen en verantwoorde sociale zekerheid zijn zonder meer belangrijke elementen in de complexe samenleving die wij inmiddels vormen. Als sociaal recht zo'n belangrijke rol speelt, is het eens te meer van belang te zien welke grondslagen bij de vorming van dit recht een doorslaggevende rol spelen. Wat zijn de waarden van het sociaal recht, wel-

ke rol spelen zij bij de rechtsvorming door de wetgever, en welke ontwikkeling is er daaromtrent te bespeuren? Daarover gaat dit preadvies.

De opbouw van dit preadvies, dat op verzoek van het bestuur van de NJV de vorm van een essay heeft gekregen, is als volgt. In het volgende hoofdstuk wordt aan de hand van een groot aantal 'ereringen' getracht een indruk te geven van de maatschappelijke, economische en politieke ontwikkelingen van de laatste jaren (zie ook SCP, 1998). Het is tegen deze achtergrond dat vervolgens in hoofdstuk 3 wordt gekeken naar de activiteiten van de wetgever op het gebied van het sociaal recht. Aan de hand van een aantal omvangrijke wetgevingsprojecten wordt daar de visie van de wetgever op sociale rechtsvorming ontrafeld. In hoofdstuk 4 proberen we om zelf systematisch de belangrijkste beginselen en uitgangspunten voor sociale rechtsvorming te formuleren. We gaan daarbij uit van een driedeling. Aan de basis bevindt zich een aantal uitgangspunten (ook wel basiswaarden genoemd) als verantwoordelijkheid, bestaanszekerheid, bescherming, solidariteit en participatie. Vervolgens onderscheiden we een tweede segment, bestaande uit sociaalrechtelijke variabelen, waarbij gedacht wordt aan de kring van beschermden, het beschermingsniveau, aan (de mate van) wederkerigheid, en dergelijke. De variabele sociaalrechtelijke waarden zijn te beschouwen als een uitwerking van de basiswaarden. Het derde element in de *Stufenbau* van de sociale rechtsvorming zijn de sociaalrechtelijke methoden en technieken. Maakt de wetgever gebruik van publiekrecht en/of privaatrecht, is het regelend of dwingend recht, hoe is het gesteld met het aanpassingskarakter van het recht, et cetera. In hoofdstuk 5 kijken we vooral vooruit. Aan de hand van twee onderwerpen, het ontslagrecht en de bescherming van zieke en arbeidsongeschikte werknemers, trachten we te bezien hoe aan de hand van de in hoofdstuk 4 geformuleerde beginselen de ontwikkeling op deze terreinen zich zou kunnen voortzetten. Op het gebied van het ontslagrecht wordt daarbij aandacht besteed aan het rapport van de Commissie Advies Du-aal Ontslagrecht (Commissie-Rood), zoals dat in november 2000 is gepubliceerd. Op het gebied van de bescherming van zieke en arbeidsongeschikte werknemers kijken we naar de pri-vatisering van de ZW in de periode 1994-1996 en de daarmee

samenhangende ontwikkelingen in de jaren daarna. In het laatste hoofdstuk worden, uiteraard, conclusies geformuleerd die ons weer terugvoeren naar de vraagstelling die we hierboven hebben uiteengezet.

MAATSCHAPPELIJKE VERANDERINGEN IN ZEVENTIEN -ERINGEN

2.1 Inleiding

Het sociaal recht volgt én initieert maatschappelijke veranderingen. Veranderingen in sociaal-cultureel en sociaal-economisch opzicht hebben na kortere of langere tijd gevolgen voor de inhoud van het sociaal recht. Op zijn beurt kan het sociaal recht ook sociaal-culturele en sociaal-economische veranderingen bewerkstelligen. In de afgelopen twintig jaar zijn voorbeelden van zowel de eerste als de tweede categorie te geven. Wel is het zo dat van de eerste categorie (het sociaal recht volgt de maatschappelijke ontwikkelingen) meer voorbeelden bestaan dan van de tweede. Laten we om te beginnen eens kijken welke belangrijke sociaal-culturele en sociaal-economische maatschappelijke veranderingen in de genoemde periode hebben plaatsgevonden. De aanduiding van deze veranderingen geschiedt doorgaans in (aan het Latijn ontleende) begrippen die, opvallend genoeg, alle eindigen op de uitgang -ering. We zullen hier achtereenvolgens behandelen: individualisering, flexibilisering, decentralisering, horizontalisering en informalisering, informatisering en computerisering, internationalisering, europeanisering en globalisering, economisering en activering, horizontalisering, privatisering en decollectivering, privétisering en intensivering

2.2 Zeventien -eringen

2.2.1 Individualisering

Ergens in de jaren tachtig heeft Nederland afscheid genomen van de familie Doorsnee. Deze familie, bekend geworden door het VARA-radioprogramma met die naam, staat symbool voor de samenleving die was opgedeeld in gezinnen, bestaande uit man,

vrouw en kinderen, waarbij de man buitenshuis ging werken als kostwinner en de vrouw binnenshuis de zorg op zich nam voor kinderen en dikwijls ook andere aanverwanten. We leefden in een één-kostwinnerssamenleving, waarin de lonen zodanig waren samengesteld dat er een gezin van kon leven. Een lid van de samenleving was vooreerst lid van een gezin. Het gezin was lid van een kerkgemeenschap, een politieke partij, een vakorganisatie, en dergelijke. De keuze hiervoor werd bepaald door de religieuze of levensbeschouwelijke inslag van het gezin. Behoorde men tot een rooms-katholiek gezin, dan was de kans groot dat vader lid was van de katholieke vakorganisatie, van een katholieke sportorganisatie, et cetera. De autonomie van de individuele leden van het gezin, en van de individuele gezinnen binnen de groep, was tamelijk gering. Het groepsgevoel, de verzuiling, overheerste sterk. Dat is sterk veranderd.

Individualisering heeft betrekking op het verschijnsel van een groeiende autonomie van het individu ten opzichte van zijn directe omgeving (SCP, 1998: 3). Individualisering vindt plaats zowel binnen het gezin als daarbuiten. Het gezin zelf, bestaande uit man, vrouw en kinderen is niet meer als zodanig de dwingende constructie waarbinnen geleefd dient te worden. Tal van andere leefvormen naast het gezin zijn tot ontwikkeling gekomen. Het aantal 'alleenlevers' of 'zelflevers' is toegenomen, samenlevingsverbanden waarbij twee mannen of twee vrouwen samenleven zijn aanvaard, terwijl ook de kinderwens van deze homo's of lesbo's als legitiem erkend wordt. Thans zijn we bezig het laatste stadium van deze vorm van individualisering te bereiken in de vorm van de openstelling van het burgerlijk huwelijk voor deze groepen mensen.¹ Er bestaat geen dwingend sociaal-cultureel patroon meer om in een bepaalde leefvorm het leven door te brengen. Hoe men wil leven, alleen, met zijn tweeën, met of zonder kinderen, is van een sociaal-cultureel voorgeschreven wet geworden tot een vrije, individuele optie om het een dan wel het ander te kiezen. Deze individuele vrijheid en autonomie is ook doorgedrongen tot de wereld van het werk. We zijn ontwikkeld van een kostwinnerssamenleving tot een anderhalfverdienerssamenleving, hetgeen zoveel wil zeggen dat in samenlevings-

1. Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 9.

verbanden van meer dan één persoon beide partners betaald werk verrichten, waarbij de verdeling doorgaans zo is dat een van beiden een volledige baan heeft en de ander een parttime baan. In 1977 had nog 51 procent van de huishoudens één kostwinner. In 1997 was dit nog maar 18 procent. In diezelfde periode verdubbelde het aantal tweeverdienershuishoudens van ruim 1 miljoen tot bijna 2,4 miljoen. Het aantal tweeverdieners in het totaal aantal huishoudens is gestegen van 27 procent naar 45 procent (Delsen, 2000).

Hoeveel uren mensen werken, wordt ook meer en meer individueel bepaald. Ongeveer 40 procent van de werkende beroepsbevolking werkt parttime, dat wil zeggen minder dan 38 uur per week (Visser, 1999). Uiteraard is er een relatie tussen het verwelken van de individuele wens tot deeltijdwerk en de mogelijkheid om van een met die wens te genereren inkomen te leven. De mogelijkheid bestaat om het aantal betaalde werkuren per week te variëren al naar gelang de levensfase waarin men verkeert. Zo ziet men zich het patroon ontwikkelen dat na de voltooiing van de opleiding een voltijds dienstverband wordt aangevangen, hetgeen, tot heden nog vooral bij de vrouwen, wordt vervangen door een parttime dienstverband bij de geboorte van het eerste en eventuele daarop volgende kinderen. Gaan de kinderen naar school, dan wordt het aantal uren betaald werk zo mogelijk weer uitgebreid. De ontwikkelingen gaan nog niet zover als de door de staat ingerichte Commissie Dagindeling graag zou zien, te weten het combinatiescenario. Dit scenario houdt in dat beide partners een zodanig aantal uren werken dat zij beiden evenveel kunnen bijdragen aan de zorgactiviteiten die in een samenlevingsverband noodzakelijkerwijs vervuld dienen te worden. De wetgever heeft zich ingespannen om dit combinatiescenario te faciliteren, de hierna nog te behandelen Wet arbeid en zorg is er helemaal op gericht om het combinatiescenario ingang te doen vinden bij de burger. Of de burgers de keus van een combinatiescenario maken dan wel de voorkeur geven aan een ander is, gelukkig, onderwerp van hun individuele vrijheid (zie hierover nader bij privatisering).

Individualisering heeft gevolgen voor vrijwel alle thema's die met arbeid en sociale zekerheid samenhangen. Het heeft gevol-

gen voor de arbeidstijden, voor verlof en voor tal van andere arbeidsvoorwaarden, alsook voor de sociale zekerheid. Veel arbeidsrechtelijke en socialezekerheidswetgeving is ontstaan in de op het kostwinnersidee gebaseerde verzorgingsstaat. In de geïndividualiseerde marktstaat waarin wij thans leven, is veel minder plaats voor collectieve arrangementen die voor honderdduizenden mensen precies hetzelfde zijn. We zijn dan ook als gevolg van individualisering gaan spreken over CAO's à la carte, over maatwerk in plaats van massawerk, en we hebben de Algemene Ouderdomswet (AOW) en andere socialezekerheidswetten geïndividualiseerd. Individualisering wordt gezien als de sterkste van alle -eringen die hierna nog aan de orde zullen komen, als *de* trend die de samenleving op velerlei manieren sterk heeft beïnvloed in de afgelopen twintig jaar. Niet alleen de wereld van het werk, maar ook de wereld van het gezin, van de sport, van de vrijetijdsbesteding, van het verkeer, van het wonen en van de gezondheid.

Voortgaande individualisering levert problemen op met enkele traditionele 'waarden' van het arbeids- en socialezekerheidsrecht, in het bijzonder met de solidariteit. Solidariteit ligt ten grondslag aan de premieheffing inzake werknemers- en volksverzekeringen. Die heffing is verplicht, ook als het individu zich niet of anders had willen verzekeren tegen risico's als ziektekosten (ziekenfonds), loonderving bij langdurige ziekte (WAO) en de oude dag (AOW). Alleenstaanden hebben soms grote bezwaren tegen de verplichte premiebetaling voor de nabestaandenverzekering (ANW). Solidariteit is ook terug te vinden in CAO's. CAO's worden aan werknemerszijde afgesloten door vakbonden, die als gevolg van de individualisering hun ledental zien slinken. De groei van de vakorganisatie in ledental houdt op geen stukken na de groei van de beroepsbevolking bij. De 'core business' van vakbonden, het onderhandelen over en afsluiten van *collectieve* arbeidscontracten staat op gespannen voet met de wens van veel werknemers naar *individuele* arbeidsvoorwaarden. Individualisering van CAO's is geen eenvoudige opgave, en ook niet een aantrekkelijke 'ledenwerver'. Nieuwkomers op de arbeidsmarkt als jongeren, (herintredende) vrouwen en inburgerende allochtonen weten in groten getale de vakbonden niet te vinden.

2.2.2 Flexibilisering

Samen met individualisering is flexibilisering een bekend fenomeen geworden in onze huidige samenleving. Veel vroeger bestaande vaste leefpatronen zijn vervangen door een flexibelere benadering. Tot aan de jaren tachtig werd uitgegaan van de zogeheten 40/40/40 verdeling, waarin een mens (in casu: een man) in zijn leven 40 jaar werkte, 40 weken per jaar, gedurende 40 uur per week. Een dergelijke ijzeren regelmaat wordt nu door velen met afschuw bekeken. Veertig jaar aan een stuk in loondienst werkzaam zijn, zullen velen niet meer (willen) halen. Veertig uur per week werken is hoger dan de gemiddelde voltijdse norm van 36 tot 38 uur. Veertig weken per jaar werken zal door de opeenstapeling van verlof, vakantie en ADV-dagen door zeer velen niet meer worden verwezenlijkt. Er is een grote hang naar flexibiliteit wat dit betreft, verbonden met de fase van het leven waarin men zich bevindt.

Flexibiliteit komt evenwel niet alleen tot uitdrukking in het aantal uren dat een individu in (een bepaalde fase van) zijn leven, per jaar of per week wenst te werken. Het is ook een verschijnsel dat de organisatie van het werk in ondernemingen en instellingen heeft doordrenkt. Daar spreken we van externe en interne flexibiliteit. Ook wordt wel gesproken van numerieke en functionele flexibiliteit.

Onder externe of numerieke flexibiliteit wordt verstaan het gegeven dat in veel ondernemingen en instellingen gebruik wordt gemaakt van tijdelijk personeel, van mensen op tijdelijke arbeidscontracten of uitzendkrachten. In de door ons beschreven periode is de uitzendbranche uitgegroeid van, met name door de vakbonden in kwade geur gezette, aan de rand van de legaliteit opererende koppelbazen die, waar nodig, ondernemingen voor korte duur van de factor arbeid voorzagen, tot de grootste bedrijfstak in Nederland. Heden ten dage werken dagelijks rond de 300.000 mensen als uitzendkracht (Junggeburst, 2000), waarmee de uitzendbranche groter is geworden dan de eertijds grootste branches, de metaal en de bouw. Grote uitzendorganisaties als Randstad, Manpower en Unique zijn uitgegroeid tot onmisbare makelaars op de arbeidsmarkt. Sinds de Wet flexibiliteit en zekerheid per 1 januari 1999 in werking is getreden, zijn het ook zelf grote werkgevers geworden, nu uitzendkrachten, na het

doorlopen van verschillende fasen, als werknemers in vaste dienst van de uitzendbureaus komen.² Ook worden via deze bureaus, en evenzeer door anderen, arbeidskrachten gedetacheerd en zijn er voor tal van professionele beroepen als juristen, ingenieurs en computerdeskundigen aparte detacheringsbureaus ontstaan, die goede zaken doen. Daarnaast zijn er uiteraard nog mensen die zelf via andere kanalen bij bedrijven en instellingen in dienst treden op contracten voor bepaalde tijd. In cijfermatig opzicht moet overigens altijd wel in de gaten worden gehouden dat ondanks het vele schrijven en spreken over externe en numerieke flexibilisering de omvang ervan in Nederland tot heden de 15 procent van de beroepsbevolking nimmer heeft overschreden. Anders gezegd, betekent dit dat altijd nog 85 procent van de afhankelijke beroepsbevolking werkt op basis van een vaste baan voor onbepaalde tijd bij overheid, bedrijfsleven of non-profitinstelling. Hoe dit ook zij, externe numerieke flexibilisering heeft zich gestaag uitgebreid en een vaste plaats verworven in ons arbeidsbestel. Degenen die ermee te maken hebben, zijn via de al enkele malen genoemde Wet flexibiliteit en zekerheid in sommige opzichten voorzien van een zekere rechtspositie (zoals bijvoorbeeld uitzendkrachten) en in andere opzichten een mindere zekere (zoals degenen die een contract voor bepaalde tijd hebben gesloten).

Naast externe flexibilisering heeft ook het verschijnsel van de interne flexibilisering veel aandacht gekregen. Hiermee wordt bedoeld op het gegeven dat werknemers in toenemende mate bereid moeten zijn om hun eertijds aanvaarde functie-inhoud in de loop van de jaren te wijzigen. Vandaar dat deze soort flexibiliteit, behalve als interne flexibiliteit, ook wel als functionele flexibiliteit wordt aangeduid. Flexibiliteit van het personeel wordt vergroot door middel van taakverbreding, taakverrijking en functieroulatie. Voortdurende om-, her- en bijscholing, het vergroten van de multi-inzetbaarheid van de werknemers, het vergroten van hun vermogen om andere taken en functies te verrichten, is aan de orde van de dag. Werkgever en werknemer investeren beiden in de arbeidsrelatie, waarbij het begrip employability aan de horizon verschijnt. Employability is een con-

2. Zie artikel 7:690 en 691 BW.

taminatie van de Engelse woorden 'ability to employment' en refereert inhoudelijk aan duurzame inzetbaarheid van werknemers. Het vermogen om werk te krijgen en te houden is hét onderwerp van employability, en is verbonden met de voortdurende ontwikkeling van de werknemer tijdens diens functioneren in een bepaalde onderneming of instelling. Een actieve opstelling van werknemers wordt verwacht om mee te gaan met de veranderingen in de organisatie van de werkgever. Deze gedachte heeft ook vaste voet aan de grond gekregen in de rechtspraak van de Hoge Raad. Veel aandacht in de literatuur heeft hieromtrent gekregen het arrest uit 1998 inzake Van der Lely/Taxi Hofman.³ De Hoge Raad oordeelde dat een werknemer zich in beginsel heeft aan te passen aan veranderde omstandigheden van de werkgever, hetgeen mee kan brengen een functiewijziging, ook in het geval de veranderde omstandigheden voor risico van de werkgever dienen te komen. Dit alles werd door de Hoge Raad gebaseerd op goed werknemerschap, zoals te vinden in artikel 7:611 BW.

Naar aanleiding van de discussie over interne flexibiliteit is wel de theorie ontwikkeld over de institutionele en contractuele zienswijze ten aanzien van de arbeidsverhouding (Heerma van Voss, 1996: 28 e.v.). Volgens de institutionele benadering is het arbeidscontract vooral te beschouwen als een entreebiljet tot een dynamische arbeidsorganisatie, waarmee tevens is gegeven dat verandering eerder regel dan uitzondering zal zijn. De contractuele benadering gaat uit van de afspraken die partijen over en weer hebben vastgelegd en die – volgens de aloude regels van het contractenrecht – slechts met instemming van beide partijen kunnen worden gewijzigd. De Hoge Raad is blijkens het Van der Lely-Taxi Hofman-arrest een aanhanger van de institutionele leer gebleken (Van Slooten, 1999).

Overigens moet men zich niet verkijken op de bereidheid tot functionele flexibiliteit aan de kant van de werknemers. In een groot aantal Nederlandse instellingen en bedrijven met meer dan 200 werknemers wordt onvoldoende functionele flexibiliteit van werknemers door personeelsfunctionarissen als een pro-

3. HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199.

bleem ervaren. Meer dan 30 procent van de ondervraagde personeelsfunctionarissen gaf in een enquête aan regelmatig tot vaak met onvoldoende flexibele werknemers geconfronteerd te worden, terwijl 57 procent aangaf met dit probleem in beperkte mate te worden geconfronteerd. Problemen met interne flexibiliteit bestaan het minst bij het hoger kader (de geënquêteerde personeelsfunctionarissen gaven daar 20 procent aan), zijn wat sterker bij het middenkader (36 procent) en doen zich het meest voor op operationeel niveau (49 procent). Volgens Delsen (2000) hangen deze gegevens mogelijk samen met het feit dat op operationeel niveau de functies strakker omschreven zijn en minder breed zijn opgezet, waardoor een sterke specialisatie optreedt. Er is, hoe dan ook, een toenemende druk op werknemers om bereid te zijn zich flexibel op te stellen ten aanzien van wijzigingen die zich in de onderneming voordoen, om zich door middel van een actieve opstelling te laten her-, om- en bijscholen en om oog te hebben voor tal van wijzigingen en veranderingen die plaatsvinden in het arbeidsleven.

2.2.3 Decentralisering

In de arbeidsverhoudingen is, naast individualisering en flexibilisering, decentralisering de meest besproken verandering. Werd vroeger op het hoogste niveau in Den Haag in overleg tussen regering en Stichting van de Arbeid (STAR) bepaald met hoeveel procent de lonen jaarlijks zouden stijgen, thans is zulks ondenkbaar. Er vindt nog wel voorjaars- en najaarsoverleg plaats tussen de STAR en de regering, doch er is geen sprake meer van dat hier tot op cijfers achter de komma nauwkeurig wordt aangegeven waaraan onderhandelaars in het CAO-overleg zich hebben te houden. Vakcentrales en werkgeversorganisaties laten zich in aanbevelingen aan hun achterban wel uit over de door hen respectievelijk gewenste loonstijgingen, vernemen daarover de opvatting van de regering, maar het is vervolgens aan de onderhandelingspartners op decentraal niveau om te zien of zij zich aan deze aanbevelingen wensen te houden. De regering heeft ook weinig juridische instrumenten meer ter beschikking om bij ongewenste ontwikkelingen op dit punt in te grijpen. De Wet op de loonvorming is in de loop van de jaren tachtig een aantal keren gewijzigd, mede onder druk van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO). De wijzigingen hebben erin geresul-

teerd dat slechts onder uitzonderlijke economische omstandigheden de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) kan overgaan tot het treffen van een loonmaatregel. De laatste minister die ermee dreigde was minister Bert de Vries, die begin jaren negentig op grond van de toen bestaande economische situatie dreigde de lonen te gaan bevriezen als de vakorganisaties zich niet matigden in hun looneisen, doch deze plannen zijn indertijd zeer slecht ontvangen (zie Van der Heijden, 1993). Ook op andere arbeidsvoorwaardelijke terreinen dan de lonen wordt het overleg tussen sociale partners vooral op decentraal niveau gevoerd. Op centraal niveau worden slechts aanbevelingen over de grote lijnen uitgezet.

Decentralisering van arbeidsvoorwaardenvorming is ook zichtbaar in de toename van het aantal ondernemings-CAO's. De bedrijfstak-CAO (de bouw, de horeca, de grootmetaal, etc.) is nog steeds de meest belangrijke, maar het aantal ondernemings-CAO's neemt, zij het licht, toe (er gelden thans ongeveer 1000 CAO's, waarvan 200 grote(re) bedrijfstak-CAO's en 800 ondernemings-CAO's). De bedrijfstak-CAO's bevatten de arbeidsvoorwaarden voor ruim 4 miljoen werknemers, terwijl de ondernemings-CAO's voor ongeveer 800.000 werknemers gelden. Een belangrijker gegeven in het kader van de decentralisering is evenwel dat bedrijfstak-CAO's steeds globaler van inhoud worden. De bedrijfstak-CAO voor de grafische sector is een van de oudste CAO's van Nederland en was uitgegroeid tot een serie boekwerken, waarin voor de onderscheiden sectoren verschillende CAO's stonden die in vele honderden artikelen gedetailleerde voorschriften bevatten. De grafische sector heeft zelf het initiatief genomen om hier een eind aan te maken. De Grafimedia-CAO is thans een mantel-CAO, waarin alleen de hoofdzaken zoals loon, vakantie en pensioen zijn geregeld en veel van de invulling van andere zaken wordt overgelaten aan het decentrale niveau van de specifieke sector, bijvoorbeeld dagbladen, en aan de ondernemingen. Op ondernemingsniveau wordt dan overlegd tussen werkgever en ondernemingsraad over de verdere invulling van de mantel-CAO.

Kortom, decentralisering van arbeidsvoorwaardenvorming is een duidelijke trend in de afgelopen tien jaar (zie ook Tros,

2000). Interessant is nog om waar te nemen dat deze decentralisering gelijk opgaat met de hierna nog aan de orde te stellen europeanisering. Algemene kaderstellende regels op het gebied van arbeidsvoorwaarden en arbeidsverhoudingen worden in Brussel ontworpen, denk bijvoorbeeld aan de Kaderrichtlijn inzake de arbeidstijden⁴, de Kaderrichtlijn inzake arbeidsomstandigheden⁵, de Richtlijn inzake ouderschapsverlof⁶ en die inzake parttime werk.⁷ Deze richtlijnen moeten worden geïmplementeerd in de nationale wetgeving van de lidstaten, en dus ook in Nederland. Het gegeven dat voor de arbeidsverhoudingen belangrijke regelgeving aan de ene kant tot stand komt in Brussel en aan de andere kant op een gedecentraliseerd niveau, leidt wel tot de uitspraak dat we hebben te leven in een 'industrial split': de spagaat in arbeidsverhoudingen. Hoe het ook zij: bezien vanuit decentralisering dan wel vanuit europeanisering, de centrale rol die door de Nederlandse regering in samenspraak met de STAR werd gespeeld, heeft aan belang ingeboet. Niettemin moet deze rol zeker niet worden onderschat. Bij de totstandkoming van de Wet flexibiliteit en zekerheid heeft het overleg tussen regering en STAR juist een heel belangrijke invloed gehad. De genoemde wet is geheel gebaseerd op een akkoord⁸ dat in de STAR over dit onderwerp in 1996 is bereikt, welk akkoord later door de toenmalige regering is overgenomen. Het is met decentralisering zoals met de andere -eringen die we in dit hoofdstuk onder ogen zien: het zijn tendensen die waarneembaar zijn, maar geen vaststaande gegevens in alle sectoren van de arbeidsverhoudingen en het arbeidsbestel.

2.2.4 Horizontalisering en informalisering

De verhoudingen tussen mensen op het werk zijn in toenemende mate onderworpen aan horizontalisering en informalisering (Schnabel, 2000). Hiermee wordt niet alleen bedoeld op het gemak waarmee 'gejijd' en 'gejouwd' wordt, maar op dieperliggende verschijnselen. Misschien is onthiërarchisering nog wel

4. 93/104/EG.

5. 89/391/EEG.

6. 96/34/EG.

7. 97/81/EG.

8. STAR, Flexibiliteit en zekerheid, Den Haag, 2/96.

een betere aanduiding van hetgeen hier bedoeld wordt. De eerdergenoemde familie Doorsnee leefde in een tijd waarin duidelijk was dat er gezag was, en waar het zich bevond. Vertaald naar de arbeidssituatie was het gezag gelegen bij de werkgever, in de persoon van de baas, de chef en de souschef. Arbeidsorganisaties waren opgebouwd volgens het piramidale, hiërarchische model van 'command and control'. Bovengeschikten gaven opdrachten aan ondergeschikten die deze hadden uit te voeren. Behalve in functioneel opzicht verkeerden boven- en ondergeschikten ook in sociaal opzicht in formele verhoudingen tot elkaar.

Mede onder invloed van de moderne media als televisie en internet, alsmede door de toenemende populariteit van de gelijkheidsgedachte is hiërarchie en ondergeschiktheid meer en meer vervangen door gelijkwaardiger onderhandelings- en 'coaching' situaties. Net zoals in het gezin kinderen niet meer gehoorzamen omdat vader en/of moeder bepaalde aanwijzingen geven, bestaat ook op het werk niet meer de vanzelfsprekendheid dat gegeven opdrachten vervolgens zonder meer worden uitgevoerd. Vader en moeder plegen thans te onderhandelen over het gewenste gedrag van de kinderen, en op het werk wordt in toenemende mate via de projectorganisaties, business units en zelfsturende teams door de werknemers zelf uitgemaakt op welke wijze zij een bepaalde doelstelling die in samenspraak met het management is geformuleerd zullen behalen. De onderhandelingsmaatschappij is overal, zowel in het gezin als op het werk, aanwezig. Eerder al werd er aandacht voor gevraagd dat tegen deze achtergrond een kernelement van de arbeidsovereenkomst, het werken in ondergeschiktheid, het in dienst zijn van de werkgever, aan erosie onderhevig is (Van der Heijden, 1997). Geconstateerd werd dat de toenemende professionalisering van veel beroepen met zich meebrengt dat werknemers meer en meer zelf uitmaken hoe zij hun arbeid inrichten. Instructies van werkgevers hebben steeds minder betrekking op de inhoud van de arbeid. Op ingenieursbureaus, advocatenkantoren, reclamebureaus, rechtsbijstandbureaus, universiteiten, researchbureaus en in nog vele andere arbeidsorganisaties werken mensen formeel onder de vlag van een arbeidsovereenkomst, maar zijn ze door opleiding en ervaring zo zelfstandig en professioneel, dat nauwelijks nog kan worden volgehouden dat ze materieel onder de zeggenschap van de werkgever staan. Het zijn in de 'newspeak' van de manage-

mentgoeroes werk-onder-nemers geworden. Maar ook, aansluitend bij de horizontalisering, werd geconstateerd dat moderne managementtechnieken meer en meer uitgaan van het werken in zelfstandige taakgroepen. Traditionele hiërarchische structuren zijn vervangen door moderne platte organisatievormen. Dit verschijnsel heeft juridisch tot gevolg gehad dat het ondergeschiktheids criterium uit de definitie van de arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW) niet zozeer materieel moet worden opgevat, maar formeel. Loonstra en Jansen hebben in het NJB (1999) op grond van jurisprudentie hieromtrent geconcludeerd dat het ondergeschiktheids criterium materieel niet zoveel meer te betekenen heeft. Het kunnen geven van aanwijzingen is belangrijker geworden dan dat zulks ook daadwerkelijk geschiedt. Het materiële ondergeschiktheids criterium uit de definitie van de arbeidsovereenkomst wordt meer en meer vervangen door het formele.

2.2.5 Informatisering en computerisering

De komst van de computer, de ontwikkeling en uitbouw van het internet hebben een grote 'impact' op de wereld van het werk. Vermoedelijk staan we hier nog slechts aan het begin van een als revolutionair te kenschetsen verandering. Via het internet is zeer veel relevante juridische informatie onmiddellijk beschikbaar. Uitspraken van de Hoge Raad en andere rechtsprekende instanties, nieuwe wetgeving en de daarbij behorende parlementaire geschiedenis, oude wetten, algemeen verbindend verklaarde CAO's, talloze socialezekerheidsregelingen, ze zijn alle binnen een mum van tijd via het internet toegankelijk. Een gang naar de bibliotheek en het zoeken naar en bladeren in stukken wordt in toenemende mate vervangen door een klik op de muis bij de computer. Werklozen kunnen hun werkbriefjes tegenwoordig via e-mail aan het uitvoeringsorgaan sturen. Waren twintig jaar geleden de kantoren nog grotendeels voorzien van elektrische typemachines, thans is een dergelijk apparaat vrijwel nergens meer te vinden en werkt iedereen op een tekstverwerker. Ook wordt gebruik gemaakt van spraaktechnologie, zodat het uittikken van lange teksten door de computer wordt overgenomen. Allerlei soorten werk is door deze verschijnselen reeds verdwenen, terwijl er nieuw werk voor in de plaats is gekomen. Ook de wijze van werken verandert ingrijpend door de toegenomen

technische mogelijkheden. De tijdsbesteding in het werk verandert, bijvoorbeeld door een fenomeen als e-mail. Communicatie met vakgenoten over de hele wereld is in hoge mate vergemakkelijkt, maar de keerzijde is dat de druk om kennis te nemen van al deze informatie is toegenomen. Niemand kan zich er meer achter verschuilen dat hij een bepaalde uitspraak van een rechterlijk college nog niet kende, vanaf de dag dat hij is gewezen is hij beschikbaar op internet. Niemand kan zich meer verschuilen achter een niet goed werkende postdienst of zich beroepen op het kwijtraken van interne stukken. De e-mail is onverbiddelijk en de verzender kan zelfs zien of de verzonden elektronische post is opengemaakt.

Tal van interessante bijverschijnselen doen hun intrede hier. Volgens een recent onderzoek in Duitsland naar privé-internetgebruik door werknemers op het werk komen de onderzoekers bij becijfering van doorbetaalde werkuren die in feite voor privé-internet zijn gebruikt tot een bedrag van ruim 100 miljard DM op jaarbasis (Parool, 2 september 2000). Werknemers worden ontslagen omdat ze in de tijd van de baas aan het internetten zijn en onder andere pornosites bezoeken.⁹ De Registratiekamer (2001) heeft overigens recent adviezen gegeven voor controle door de werkgever op e-mail en internetgebruik van werknemers. Ook ziektebeelden als RSI en werkstress hebben te maken met informatisering en computerisering, met als consequentie een toeneming van het toch al hoge beroep op de arbeidsongeschiktheidsregelingen.

2.2.6 Internationalisering, europeanisering en globalisering

Deze begrippentrinitas heeft uiteraard met 'het' buitenland te maken, maar staat voor verschillende inhouden. Onder globalisering wordt verstaan het gegeven dat de wereld een dorp is geworden (global village). Via televisie, internet en telefoon alsmede het intensieve luchtverkeer zijn afstanden makkelijk overbrugbaar geworden. In economisch opzicht wordt er onder verstaan dat kapitaal via de internetkabels over de wereld flitst zonder dat de respectievelijke overheden daar ook maar enige greep op hebben. Globalisering betekent ook dat grote multi-

9. Zie bijvoorbeeld Ktg. Utrecht 13 juli 2000, *JAR* 2000/199.

nationale ondernemingen over de hele wereld die landen kunnen kiezen om een bepaald deel van de productie te verzorgen waar lagelonenarbeid voorhanden is, waar een fiscaal gunstige regime voorhanden is, waar hoogopgeleide dienstverleners voorhanden zijn, etc. Met name wat betreft de laatste twee categorieën scoort Nederland niet slecht, het is een land waar multinationale ondernemingen graag aanwezig zijn. De keerzijde ervan is dat in sommige situaties bepaalde productie-eenheden worden afgestoten naar goedkopere lagelonenlanden, denk bijvoorbeeld aan de sluiting van Philips Lighting in Terneuzen. Het betreft hier een onderdeel van de Philipsfabrieken waar gloeilampen werden geproduceerd, welk onderdeel werd verplaatst naar Polen. Hierover werd door de ondernemingsraad bij de Ondernemingskamer geprocedeerd, die een voor de ondernemingsraad gunstige uitspraak deed. Deze beschikking leidde er evenwel niet toe dat Philips Lighting in Terneuzen openbleef.¹⁰

Onder internationalisering verstaan we de toenemende invloed van internationale en supranationale organisaties op de Nederlandse sociaal-economische en sociaal-culturele samenleving. Van eminent belang voor het sociaal recht is de europeanisering. Nederland is van stond af aan lid van de EEG en de latere Europese Unie (EU). Onze wetgeving wordt voor een belangrijk gedeelte door 'Brussel' gestuurd. Op het gebied van het arbeidsrecht zijn de bekende voorbeelden de Wet overgang van ondernemingen, de Wet melding collectief ontslag, de wetten gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid, de arbeidsomstandighedenwetgeving, de arbeidstijdenwetgeving, de informatieplicht van de werkgever aan individuele werknemers (art. 6:655 BW), en onder veel meer als laatste loot aan de stam de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid, die een gevolg is van de zogeheten Detacheringsrichtlijn.¹¹ Op het gebied van de sociale zekerheid is met name het onderwerp van de gelijke behandeling (m/v) sterk Europees gestuurd. De zogenaamde Derde Richtlijn uit 1979¹² is daarvan het symbool.

10. OK 16 maart 2000, *JAR* 2000/80.

11. 96/71/EG.

12. 79/7/EEG.

Een ander voorbeeld is de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels van de lidstaten van de EU via de Verordening (EEG) nr. 1408/71. Naast de EU is er de Raad van Europa die met het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het Europees Sociaal Handvest (ESH) op het sociaal recht grote invloed heeft gekregen.

De rechtsorde van de arbeid en de sociale zekerheid is ook een 'boven-Europese'. Daarbij kunnen we denken aan – in het bijzonder – de IAO die via door Nederland geratificeerde verdragen invloed heeft gehad op met name de loonpolitiek en op de sociale zekerheid (Van der Heijden, 2000).

2.2.7 Privatisering en decollectivering

Overheveling van publiekrechtelijke rechtsverhoudingen naar privaatrechtelijke arrangementen is op tal van terreinen aanwijsbaar geweest in de afgelopen periode. Op het gebied van de arbeidstijden is bijvoorbeeld het vergunningvereiste voor overwerk komen te vervallen en is aan vakbonden en ondernemingsraden de bevoegdheid toegekend om met de werkgever zelf, binnen bepaalde door de overheid geschapen kaders, nadere afspraken te maken (art. 1:3 en 4 ATW). Op het gebied van de arbeidsomstandigheden heeft de overheid zich teruggetrokken in die zin dat ook daar de sociale partners de eerst aangewezenen zijn om te zorgen voor veilige en hygiënische werkomstandigheden. De meest spectaculaire vormen van privatisering hebben zich afgespeeld op het terrein van de sociale zekerheid met als topper de privatisering van de ZW. In 1996 werd de functie van de ZW grotendeels overgenomen door artikel 7:629 BW, hetgeen erop neerkomt dat gedurende het eerste jaar van de ziekte de werkgever verplicht is het loon (tot een bepaald maximum) aan de zieke werknemer door te betalen. Deze laatste verkeert niet meer in een publiekrechtelijke rechtsverhouding met een uitvoeringsinstantie van de sociale zekerheid die hem een ziekengelduitkering verstrekt. Over privatisering speelt zich gedurende de laatste tien tot vijftien jaar een debat af in Nederland waarbij de slinger thans weer wat terug lijkt te slaan naar het belang van publieke regelingen en publiek bezit van nutsinstellingen. Zo heeft minister Pronk van Milieubeheer verordond dat waterbedrijven niet mogen worden geprivatiseerd, in tegenstelling tot gas- en elektriciteitsbedrijven. Ook op andere

terreinen worden wel twijfels geuit of privatisering de oplossing is voor een of meer in de sector geconstateerde problemen. Het is zeer de vraag of anno 2001 een plan om de ZW te privatiseren nog op een meerderheid in het parlement zou kunnen rekenen. Niettemin was die meerderheid er wel in 1996 en blijft de wet vermoedelijk nog vele jaren luiden zoals hij thans luidt. Een weg terug is vaak moeilijk (vgl. Noordam, 1998: 173-174).

Sterk verbonden met de tendens van privatisering is decollectivering. Deze laatste tendens is uiteraard ook een uitvloeisel van de individualisering. Onder decollectivering verstaan we het verschijnsel dat eertijds collectieve regelingen worden vervangen door meer individuele arrangementen. Als voorbeeld kunnen we wederom verwijzen naar de geschiedenis van de ZW en de WULBZ. De ZW verzekerde werknemers, hoe en waar ook werkzaam, via de bedrijfsverenigingen, collectief tegen het risico van loonderving door ziekte. Na de invoering van WULBZ is er van deze collectieve regeling niet veel meer over. Iedere werkgever is verplicht om gedurende het eerste jaar van ziekte het loon van de werknemer door te betalen. De werkgever is vrij om zich tegen dit risico te verzekeren dan wel als eigenrisicodragers op te treden. Het collectieve idee van een ZW is hiermee definitief verlaten. Een ander voorbeeld biedt de ANW (1996). Jongere nabestaanden zijn van de werking van deze collectieve verzekering uitgesloten. Indien zij daar behoefte aan hebben, kan op de particuliere verzekeringsmarkt individueel een overlijdensverzekering worden afgesloten. In beperkte mate is dit ook gebeurd. Een alternatief is het opvangen van het overlijdensrisico via de arbeidsverhouding, een semi-gedecollectiveerde oplossing.

2.2.8 Privétisering

Hieronder verstaan we de toenemende belangstelling van de overheid voor het privéleven van werknemers, en het indringen van het privéleven in de arbeidsverhoudingen (Van der Heijden, 1998). Het begrip is inmiddels doorgedrongen in de jurisprudentie: 'In het huidige tijdsgewricht is aanvaard dat er een zekere privétisering op de werkplek optreedt. Dat heeft tot gevolg dat ook een werkgever binnen zekere grenzen heeft te aanvaarden dat er onder werktijd privé-contacten worden onderhouden.

Een werkgever behoort de privacy van die contacten te waarborgen.¹³

In 1996 is in de toenmalige nieuwe ATW een artikel 4 opgenomen, waarin staat te lezen: 'Bij het voeren van het algemeen ondernemingsbeleid richt de werkgever dit beleid mede met het oog op de veiligheid, de gezondheid en het welzijn in verband met de arbeid op de arbeids- en rusttijden van de werknemers.' In de considerans van de ATW valt te lezen dat de wet mede strekt ter bevordering van de combineerbaarheid van arbeid en zorgtaken, alsmede van andere verantwoordelijkheden buiten de arbeid. De geciteerde bepaling in de ATW is volgens Bakels in zijn *Schets van het Nederlands Arbeidsrecht* (13de druk) een beleidsmatig voorschrift, dat niet is bedoeld om aan een werknemer een individueel recht toe te kennen. Niettemin zal deze norm, aldus Bakels, een zekere weerslag hebben op de arbeidsovereenkomst en via artikel 7:611 BW een goed werkgever nopen bij het vaststellen van de werktijden met persoonlijke belangen van een werknemer rekening te houden (Bakels, 1996: 34). Deze opvatting is ook terug te vinden in de parlementaire geschiedenis van artikel 4 van de ATW. De ATW geeft werkgevers opdracht om in overleg met vakbonden en/of ondernemingsraden de arbeidstijden op de agenda te zetten, en in het overleg dat daarover plaatsvindt, persoonlijke omstandigheden van werknemers een rol te laten spelen, met name het combinatiescenario van werknemers.

De verwezenlijking van het combinatiescenario staat zeer hoog op de Haagse politieke agenda. Onlangs is in werking getreden de Wet aanpassing arbeidsduur.¹⁴ Deze wet bepaalt dat de werkgever een verzoek tot aanpassing van de arbeidsduur van een individuele werknemer moet honoreren, tenzij dit op grond van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen niet kan worden verwacht. De wet geeft een niet-limitatieve opsomming van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die een rechtvaardiging vormen voor een weigering door de werkgever. Hierbij moet worden gedacht aan ernstige problemen voor de bedrijfsvoering bij

13. Ktg. Haarlem 16 juni 2000, *JAR* 2000/170.

14. Wet van 19 februari 2000, *Stb.* 2000, 114.

herbezetting van vrijgekomen uren, veiligheid, en roostertech-
nische problemen, voor wat betreft de vermindering van de ar-
beidsduur. Bij vermeerdering gelden financiële en formatieve
moeilijkheden als rechtvaardiging voor het niet inwilligen van
het verzoek van de werknemer. Werknemers moeten het verzoek
tenminste vier maanden voor de beoogde ingangsdatum indie-
nen en het verzoek kan ten hoogste één keer per twee jaar wor-
den gedaan.

De Wet aanpassing arbeidsduur is onderdeel van een kaderwet
die door het leven zal gaan onder de naam AWAZ¹⁵ (Algemene
wet arbeid en zorg). De Wet Aanpassing Arbeidsduur¹⁶ is het
eerste deel van die AWAZ, het tweede deel is de introductie van
een wettelijk recht op zwangerschaps- en bevallingsverlof en een
betaald bindingsverlof voor één van de adoptie-ouders. Ten slot-
te is voorzien in een derde tranche, waarin de introductie ge-
schiedt van een recht op (deels betaald) zorgverlof, hetgeen
moet worden gezien als een uitbreiding van het calamiteitenver-
lof en de introductie van een termijngebonden zorgverlof. Het
gaat, kortom, in de tweede en de derde tranche om bundeling
van een aantal bestaande verlofregelingen, tezamen met uitbrei-
ding ervan.

De Raad van State was kritisch over de Wet aanpassing arbeids-
duur. Er was juridische kritiek en er was kritiek op de onderbou-
wing van de voorstellen. De juridische kritiek richtte zich onder
andere op de open formulering van de uitzonderingen (zwaarwe-
gende belangen) en de plaats van de wet (niet in het BW, titel
7.10). Maar er was ook verdergaande kritiek. Er is onderzoek ge-
daan naar de wensen van werknemers ten aanzien van hun werk-
tijden (Tijdens, 1998). De meeste werknemers blijken betrekkelijk
tevreden te zijn over hun contractuele arbeidstijd. Over de jaren
heen is 80 procent van de mannen tevreden. Slechts een klein
gedeelte van hen wil meer werken, hetgeen ook niet te verbazen
valt omdat bijna 90 procent van de mannen een arbeidsduur van
35 uur of meer heeft. Een groep van slechts 13 à 14 procent van
de mannen zegt minder te willen werken. Bij vrouwen ligt dat iets

15. *Kamerstukken II* 1999/00, 27 207.

16. Wet van 19 februari 2000, *Stb.* 2000, 114.

anders. Daar is de ontevredenheid met de contractuele arbeidstijd enigszins groter. Een toenemende groep wil meer uren werken, in 1996 18 procent van de werkende vrouwen. Met de Raad van State kun je je natuurlijk wel afvragen of er een wet moet komen als 13 procent van de mannen minder wil werken en 18 procent van de vrouwen meer wil werken en dat wettelijk niet geregeld is. Dit argument is ook omkeerbaar, omdat je kunt zeggen dat er kennelijk een kleine groep is die behoefte heeft aan meer juridische mogelijkheden en dat ook slechts een kleine groep er gebruik van zal maken, hetgeen de mogelijke problematiek van een dergelijke wet in kwantitatief opzicht gering maakt. Uiteindelijk is het uiteraard een politieke beslissing of een bepaald probleem als maatschappelijk zo urgent wordt beschouwd dat de wetgever daar activiteiten dient te ontplooien.

Een belangrijke rol bij al deze initiatieven om te komen tot privatisering van de arbeidsbetrekking heeft gespeeld de al eerder genoemde Commissie Dagindeling. De opdracht van de Commissie Dagindeling luidde: het ontwikkelen van voorstellen voor een dagindeling van de samenleving, welke meer ruimte laat voor keuzemogelijkheden voor mannen en vrouwen om betaald werk te combineren met zorgtaken en deze evenwichtig te verdelen. Tevens was opdracht van de Commissie om het onderwerp op de agenda te zetten van rijk, provincie, gemeente, politieke partijen en maatschappelijke organisaties. Dat is gelukt. Nadat de Commissie Dagindeling haar eindrapport in 1998 heeft aangeboden, zijn achtereenvolgens ontstaan een Stimuleringsmaatregel Dagindeling, een Subsidieregeling Dagindeling, een Stuurgroep Dagindeling en een Projectbureau Dagindeling. Het projectbureau heeft 60 miljoen gulden per jaar te vergeven. De Commissie Dagindeling is van mening dat de arbeidstijden te eenzijdig vanuit het bedrijfsbelang worden vastgesteld. Er is onvoldoende aandacht voor de combineerbaarheid van werk met zorgverantwoordelijkheden. In Nederland, aldus de Commissie Dagindeling, gelden zorgtaken als een privé-verantwoordelijkheid. Dat moet veranderen. Zoals gezegd, heeft de regering ten gevolge op de aanbevelingen van de Commissie Dagindeling de AWAZ voor ogen.

Uiteraard blijven, gelukkig, de burgers vrij om zelf te beslissen

of zij overeenkomstig die aanbevelingen wensen te leven, maar de arbeidsrechtelijke infrastructuur wordt aangepast aan de wensen van de Commissie Dagindeling. Dat zal van arbeidsorganisaties veel organisatorisch talent en spankracht vragen, gesteld dat veel burgers die ook werknemers zijn, de aanbevelingen van de Commissie Dagindeling willen gaan volgen. Dezerzijds kan in ieder geval worden vastgesteld dat nimmer in de geschiedenis van het arbeidsrecht een zo preponderante belangstelling heeft bestaan voor het privé-leven van werknemers. Een aloude wens van de vakbeweging om meer autonomie voor de individuele werknemer, ook wel 'empowerment' genoemd, gaat in vervulling.

2.2.9 Economisering en activering

Onder economisering wordt verstaan het geven van een overheersende positie aan het marktdenken in de samenleving (vgl. Rood, 1997). Tal van overheidsactiviteiten worden thans meer vanuit het marktdenken gezien dan vanuit de publieke functie en de publieke taak die de overheid nu eenmaal heeft. Meest duidelijk is in dit verband misschien nog wel het taalgebruik over het weer activeren van langdurig arbeidsongeschikten en werklozen. Het reïntegreren van deze mensen moet geschieden door 'reïntegratiebedrijven'. Daarmee worden onder andere bedoeld uitzendorganisaties als Randstad en Start, die contracten sluiten met de uitvoeringsorganisatie van de werknemersverzekeringen om een bepaald percentage arbeidsongeschikten en werklozen weer in de arbeid te reïntegreren. Arbeidsongeschikten worden in kavels verdeeld en geveild. Economisering en materialisering van de samenleving betekent dat veel verschijnselen in termen van markt, geld, verdienen en schaarste worden gedefinieerd. Dan is er minder plaats voor menszijn, solidariteit, ethiek en andere meer als 'soft' aangeduide begrippen.

Sterk verbonden met economisering is het verschijnsel van activering. Hierboven werd al aangeduid het activeringsbeleid ten aanzien van langdurig arbeidsongeschikten en werklozen. Het activeringsbeleid is echter breder. Wie werken *kan*, *moet* werken. Gedeeltelijk arbeidsongeschikten, bijstandsmoeders (ook die met jonge kinderen), als het even kan alle niet in loondienst werkende moeders, worden aangespoord om de arbeidsmarkt te

betreden. Door zoveel mogelijk vrijheid te faciliteren ten aanzien van het aantal te werken uren, wordt getracht iedereen die niet op school zit of niet, op 65-jarige leeftijd, met pensioen is gegaan, actief op de arbeidsmarkt en beschikbaar voor werk te krijgen. Deze filosofie wordt niet door iedereen voetstoots aanvaard. Er speelt zich bijvoorbeeld een discussie af over de vraag of en in hoeverre bijstandsmoeders naar de arbeidsmarkt moeten worden 'gejaagd' en een auteur als Dorien Pessers vraagt er zowel in haar wetenschappelijke (Pessers, 1999) als in meer populaire geschriften (column Volkskrant) voortdurend de aandacht voor, dat opgroeiende kinderen vooral ouders nodig hebben die thuis zijn, en dus niet beschikbaar voor de arbeidsmarkt gedurende een zekere periode.

2.2.10 Deregulering

De gedachte dat er te veel regels worden geproduceerd en dat het wel minder kan, is al gedurende enkele decennia geventileerd (De Ru, 1984). In samenhang met het hierboven genoemde fenomeen van de economisering en het marktdenken is er een groot project gestart vanuit het ministerie van Economische Zaken onder de titel 'MDW: marktwerking, deregulering en wetgeevingskwaliteit'. Tal van bestaande regelcomplexen worden onderworpen aan een kritisch vragenvuur vanuit de gedachte of die regels nog wel nodig zijn, of het niet minder en anders kan. Een voorbeeld hiervan is de werkgroep die zich in het kader van de MDW-operatie heeft gebogen over het concurrentiebeding van artikel 7:653 BW. De conclusie luidde dat de regeling van het concurrentiebeding nog wel in het BW een plaats moet houden maar dat er toch meer procedurele voorschriften moesten komen om de werking ervan te verzachten.¹⁷

Veel deregulering heeft er op het gebied van arbeid en sociale zekerheid niet plaatsgevonden. Dat is ook moeilijk te realiseren. Zou de overheid afzien van regeling op nationaal niveau van een bepaald onderwerp, dan is de praktijk veelal dat sociale partners dit gat weer via een regeling in de CAO gaan opvullen. Daar hebben we een voorbeeld van gezien in de regeling van het zogeheten WAO-gat. Toen de WAO begin jaren negentig onder

17. *Kamerstukken II* 1998/99, 24 036, nr. 58.

veel politiek gekrakeel werd gewijzigd en er een gat ontstond tussen de hoogte van de uitkering en het laatstverdiende loon, hebben de sociale partners dit gat als de wiedeweerga via CAO-overleg gedicht. In het sociaal recht heeft regelgeving veel kenmerken van communicerende vaten in die zin dat, waar de overheid geen regels stelt, sociale partners dat in de CAO doen en vice versa. De verandering van de kring van normstelling (van wet naar CAO) doet het aantal regels niet verminderen. Deregulering is geen succesvol concept op het gebied van het sociaal recht. Gelet op grote hoeveelheid nieuwe wetgeving is de tendens waarschijnlijk eerder andersom. Daarbij komt nog dat ook 'Brussel' aanleiding is tot veel nieuwe, door de wetgever te treffen maatregelen.

2.2.11 Intensivering

Als laatste van de -eringen willen we wijzen op het verschijnsel van de intensivering. Hier wordt bedoeld op het sociaal-cultureel gegeven dat emoties en spiritualiteit een steeds belangrijker rol gaan spelen in het leven van veel mensen (Schnabel, 2000). Werk moet vooral leuk, spannend en uitdagend zijn, het moet geschieden onder coaching van spirituele leiders die zelf ook emoties moeten kunnen tonen. Het leven is een aaneenschakeling van 'events', en dat geldt ook voor het werk. Tal van bijeenkomsten van werknemers zijn niet meer alleen zakelijk, maar worden 'opgeleukt' door cabaretgroepjes, toneelspelers, muziek en andere festiviteiten. Dit geldt ook bij 'harde' conflicten zoals stakingen. Daar worden petjes en dassen uitgedeeld en orkestjes (bijvoorbeeld The Amazing Stroopwafels) vrolijken de stakingsbijeenkomsten op. Personeelsfeestjes worden niet gewoon in de kantine gehouden maar in het Event Centre (het oude showbizzcity) in Aalsmeer. Congressen en symposia worden niet gewoon zakelijk geleid, maar vooral leuk en spannend door van televisie bekende en beroemde journalisten. Dit geldt ook voor wetenschappelijke congressen.

2.3 Slot

In het voorgaande hebben we aan de hand van zeventien -eringen een aantal sociaal-culturele en sociaal-economische ontwikkelingen de revue laten passeren. Bij veel van de -eringen werden

al voorbeelden genoemd uit arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht. Sociaal recht is bij uitstek een rechtsgebied dat gevoelig is voor maatschappelijke veranderingen. Het ligt zeer voor de hand dat de genoemde maatschappelijke veranderingen zoals die in de laatste vijftien tot twintig jaar aan de hand van de genoemde -eringen zijn gekenschetst, gevolgen hebben gehad of zullen krijgen voor de wetgeving op sociaal terrein. Welke visie heeft de wetgever daarbij voor ogen gehad? In het volgende hoofdstuk zullen we aan de hand van een aantal omvangrijke wetgevingsprojecten op het gebied van het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht uit deze periode bezien, welke gedachten de wetgever had bij het totstandkomen hiervan. Zijn hierin nog de aloude sociaalrechtelijke grondgedachten van solidariteit, bescherming van bestaanszekerheid, ongelijkheidscompensatie en het stellen van de collectiviteit boven de individu terug te vinden? Of zijn er wijzigingen opgetreden in deze grondgedachten? En welke zijn dat dan?

Hoofdstuk 3

DE WETGEVER EN MAATSCHAPPELIJKE VERANDERINGEN

3.1 Inleiding

Maatschappelijke veranderingen laten de wetgever niet onberoerd. Zoals uit het vorige hoofdstuk al bleek, zijn er in de afgelopen twintig jaar tal van wijzigingen opgetreden in het sociaal recht. Soms probeert de wetgever veranderingen slechts vast te leggen in wetgeving, vaker probeert hij veranderingen die optreden, te stremmen, te remmen of te vertragen en weer een andere keer probeert hij de veranderingen een andere richting in te sturen. Ook wordt wel getracht om veranderingen die in de maatschappij plaatsvinden te versnellen en nog verdere impulsen te geven. Wetgeving, naar het woord van Koopmans (1970: 223), codificeert niet alleen, maar modificeert vooral.

In dit preadvies zijn wij erop uit te ontdekken welke visie aan de wetgever leiding geeft, als het gaat om het tot stand brengen van veranderingen in het sociaal recht. Wordt sociale rechtsvorming gestuurd door de in hoofdstuk 2 genoemde -eringen? Is een, of zijn er meer, van de -eringen dominant? Hoe verhouden zich de veranderingen in sociale rechtsvorming ten opzichte van de 'al-oude' waarden als solidariteit, bestaanszekerheid (inclusief: rechtszekerheid) en bescherming?

In het navolgende zullen we achtereenvolgens voor het arbeidsrecht (3.2) en het socialezekerheidsrecht (3.3) bezien of er een rode draad is in de vele veranderingen in wetgeving die hebben plaatsgevonden en zo ja, hoe deze valt te typeren. Vervolgens wordt voor het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht aan de hand van enkele grote wetgevingsprojecten onderzocht wat de wetgever ten diepste heeft 'bezield'. We sluiten af met eerst

de arbeidsrechtelijke en socialezekerheidsrechtelijke deelconclusies en ten slotte een algemene conclusie.

3.2 Sociale rechtsvorming in het arbeidsrecht 1980-2000

3.2.1 Rustig bezit?

Anders dan in het socialezekerheidsrecht hebben veranderingen in het arbeidsrecht zich in de afgelopen twintig jaar gedomineerd voorgedaan. Opvallend bij de gerealiseerde veranderingen is dat deze zich tot 1999 vooral hebben afgespeeld in, wat wel genoemd wordt, het publieke arbeidsrecht en veel minder in het civiele arbeidsrecht. In het publieke arbeidsrecht hebben zich na lange jaren van voorbereiding majeure veranderingen voorgedaan in de ATW (1995)¹, Arbowet (1980 en 1999²) en de Arbvwet (1996³). Opzet, doelstelling en systematiek van deze nieuwe wetten verschillen aanzienlijk van die van hun respectievelijke voorgangers. Terugtrekkende overheid, meer ruimte voor sociale partners, meer ruimte voor de markt, verprivaatrechtelijking, zijn de steekwoorden die deze wijzigingen typeren.

In de ATW werd naast een standaardregeling met betrekking tot de arbeidstijden een overlegregeling mogelijk gemaakt, waarbij werkgevers en vakbonden/ondernemingsraden tezamen zelf invulling kunnen geven aan arbeidstijden, binnen door de wet bepaalde kaders. Werkgevers en ondernemingsraden zijn de spil geworden waar de Arbowet om draait. Ruimte voor particuliere arbeidsbemiddelingsbureaus, voor detacheringsbureaus en, last but not least, voor uitzendbureaus, is geschapen in de opeenvolgende wijzigingen van de Arbvwet. Tal van handelingen, waarvoor eertijds overheidsvergunningen nodig waren, kunnen thans zonder deze worden verricht. Denk bijvoorbeeld aan overwerk of het exploiteren van een uitzendbureau. Uit de nieuwe publiekrechtelijke arbeidsrechtelijke wetten blijkt duidelijk een andere visie van de wetgever op de taak van de overheid. De overheid stelt doelen, faciliteert het bereiken van die doelen, houdt toezicht, maar is niet noodzakelijkerwijs zelf belast met

1. Wet van 23 november 1995, *Stb.* 1995, 598.
2. Wet van 18 maart 1999, *Stb.* 1999, 184.
3. Wet van 29 november 1996, *Stb.* 1996, 618.

het uitvoeren van de handelingen die de verwerkelijking van de doelstelling van de wet naderbij moeten brengen. Waar betrokkenen zelf in staat zijn om de door de overheid gestelde doelen te halen, zullen zij het ook zelf moeten doen. Het subsidiariteitsbeginsel (ook wel: soevereiniteit in eigen kring) doet hier duidelijk opgeld.

Opvallend is bij de genoemde publiekrechtelijke arbeidswetten, dat er grote invloed kenbaar is van de Europese Gemeenschap (EG). Zowel op het gebied van de arbeidstijden als op dat van de arbeidsomstandigheden zijn vele richtlijnen uitgevaardigd in Brussel, die alle zijn geïmplementeerd in de Nederlandse rechtsorde. Arbeidstijdenrecht en arbeidsomstandighedenrecht zijn grotendeels Europees recht.

Aan het front van het civiele arbeidsrecht is het aanmerkelijk rustiger geweest, althans als we de focus richten op de wetgever. Richten we op de plaatsvervangende wetgever, de rechter, dan is sprake van aanmerkelijk meer activiteit. In 1972 heeft Levenbach een voorontwerp van wet voor de arbeidsovereenkomst in het nieuw BW gepresenteerd, maar het heeft tot 1997 geduurd eer Boek 7 titel 10 als onderdeel van het Nieuw BW in werking trad. De hele Nieuw BW-operatie voor wat betreft de arbeidsovereenkomst heeft in het kader gestaan van een louter juridisch-technische herziening. Politiek beladen en/of inhoudelijke onderwerpen zijn er bewust buiten gehouden (Van der Heijden, 1997). Dit betekent uiteraard niet dat in de periode van 1970 tot heden er geen wijzigingen in de Wet op de arbeidsovereenkomst hebben plaatsgevonden. Dat is wel degelijk geschied. Denk bijvoorbeeld aan de Wet van 6 mei 1976, waarbij het aantal ontslagverboden werd uitgebreid met een ontslagverbod wegens huwelijk, bevalling en gedurende zwangerschap. De gelijke behandelingswetgeving, die in 1980 en 1990 zijn beslag heeft gekregen in (thans) artikel 7:646 en 7:648 (gelijke behandeling m/v bij de arbeid en gelijke behandeling van voltijders en deeltijders). Denk aan de invoering in 1971 van de Wet overgang ondernemingen in de artikelen 7A:1639 aa t/m dd (thans 7:662 tot 7:666). Deze wijzigingen zijn evenwel meer te beschouwen als nadere verfijning en uitwerking van wat al bestond, dan wel als implementatie van Europese Richtlijnen (gelijke behandeling en overgang ondernemingen). Meest spectaculair waren in

de periode vermoedelijk de wijzigingen in 1993 en 1996, die bekend zijn geworden onder de naam TZ en WULBZ. De Wet terugdringing ziekteverzuim, die de werkgever verplichtte bij ziekte van de arbeider gedurende zes weken 70 procent van het loon door te betalen, gevolgd door de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte, waarbij de periode van zes weken werd uitgebreid tot 52 weken. Deze wijzigingen zijn sterk gerelateerd aan de sociale zekerheid en het probleem van het 'zieke' Nederland (nader 5.3.1). Over een zeer belangrijk onderdeel van het civiele arbeidsovereenkomstenrecht, het ontslagrecht, is in de genoemde periode vooral heel veel gedacht, geschreven en in verband van de STAR, de Sociaal-Economische Raad (SER), regering en parlement gedebatteerd, maar het heeft pas in 1999 tot wetswijziging geleid in de vorm van de Wet flexibiliteit en zekerheid.

Wel is er na de inwerkingtreding van Boek 7 titel 10 een notitie aan het parlement gestuurd door de Minister van Justitie onder de titel *Ontwikkelingen arbeidsovereenkomstenrecht*.⁴ In deze notitie wordt aandacht gevraagd voor een aantal meer inhoudelijke materiële kwesties betreffende het arbeidsovereenkomstenrecht die, zoals gezegd, bewust niet in bespreking is genomen bij de herziening van de wet als gevolg van de invoering van het Nieuw BW. In deze notitie worden bijvoorbeeld aan de orde gesteld onderwerpen als het concurrentiebeding, het tuchtrechtelijk arbeidsrecht, de grondrechten en de explicitering daarvan in het BW, de aansprakelijkheid van de werkgever voor schade die de werknemer oploopt door een bedrijfsongeval en de vraag in hoeverre een concern in zijn geheel als werkgever kan worden beschouwd. De notitie heeft geleid tot schriftelijke en mondelinge gedachtewisseling tussen Tweede Kamer en de Minister van Justitie, doch heeft tot op heden niet tot wetsvoorstellen geleid. Vanuit het ministerie van Economische Zaken is het concurrentiebeding onder de loep genomen in het kader van de al eerder genoemde (2.2.10) MDW-operatie. Een door genoemd ministerie ingestelde commissie heeft in 1997 een rapport het licht doen zien, waarin een aantal bijstellingen van de huidige rege-

4. *Kamerstukken II 1996/97, 25 426, nr. 1.*

ling in artikel 7:653 BW wordt voorgesteld. Ook dat rapport heeft nog niet tot het indienen van een wetsvoorstel geleid.

Behalve de Wet flexibiliteit en zekerheid is, al met al, terugkijkend naar het civiele arbeidsrecht, vermoedelijk de gelijke behandelingswetgeving, inclusief ouderschapsverlof, het meest indringend geweest in de afgelopen periode van twintig jaar.

Vervolgens kijkend naar het collectieve arbeidsrecht, omvattende het CAO-recht, het stakingsrecht en het medezeggenschapsrecht, kunnen we wel spreken van een aantal veranderingen, met name op het gebied van het stakingsrecht, doch deze zijn niet krachtens wet, doch krachtens rechtspraak tot stand gekomen. Zoals bekend, is het niet gelukt in samenspraak tussen regering en parlement tot een nationale stakingswet te komen, en heeft de wetgever volstaan met de ratificatie van het ESH⁵, nadat in de rechtspraak artikel 6 lid 4 ESH als doorslaggevend voor het beoordelen van een stakingsactie was toegepast. Het stakingsrecht, zowel in de civiele sector als voor de ambtenaren, heeft zich in de periode 1980 tot 2000 sterk jurisprudentieel ontwikkeld met als 'highlight' het arrest van de Hoge Raad uit 1986 inzake de NS⁶, het arrest van de Hoge Raad inzake het Verenigd Streekvervoer in 1997⁷ en dat inzake Sara Lee in 2000.⁸ Op welk moment mag een staking worden uitgeroepen, hoe lang mag een staking duren, welke vormen van collectieve actie zijn toelaatbaar? Deze en dergelijke vragen zijn in de genoemde arresten beantwoord.

Voor wat betreft het CAO-recht zijn de Wet op de CAO en de Wet op het algemeen verbindend verklaren van CAO's in de genoemde periode nauwelijks veranderd. Aanpassing vond plaats aan de Wet overgang ondernemingen. Voorts vond eind jaren tachtig, begin jaren negentig een heftige discussie plaats over het instrument van het verbindend verklaren van CAO's, doch dit resulteerde niet in een wetwijziging. Wel werd het ministeriële beleid

5. Wet van 2 november 1978, *Stb.* 639.

6. HR 30 mei 1986, *Nj* 1996, 688.

7. HR 21 maart 1997, *Nj* 1997, 637.

8. HR 28 januari 2000, *JAR* 2000/63.

ter zake algemeenverbindendverklaring nader bekeken, bijgesteld en vastgelegd.⁹

De in de jaren zeventig maatschappelijk heftig omstreden Wet op de ondernemingsraden van 1979 werd in de twintig jaar daarna enkele keren gewijzigd, doch niet op majeure punten. De geschillenregeling werd vereenvoudigd (1990), de wet werd voor de overheid van kracht (1995), de ondernemingsovereenkomst werd ingevoerd (1998), en het inschakelingsmoment van de ondernemingsraad bij het nemen van belangrijke beslissingen werd naar voren gebracht (eveneens 1998).

De discussie over *corporate governance*, de structuurvennootschap en de plaats van de werknemers (ondernemingsraad) daarin woedt sinds 1996 in alle hevigheid (SER, 2000), maar leidde nog niet tot wetgeving.

Voor de ontwikkeling van het arbeidsovereenkomstenrecht en van het stakingsrecht is de rechtspraak belangrijker dan hetgeen de wetgever aan activiteiten heeft ontplooid. Voor het publieke arbeidsrecht geldt dat niet.

Is er nu een visie van de wetgever kenbaar als het gaat om het vernieuwen, behouden of veranderen van arbeidsrechtelijke wetgeving? Duidelijk is wel aangegeven dat voor wat betreft de publiekrechtelijke arbeidswetgeving er een visie is van terugtreden, subsidiariteit en marktwerking. Dit alles binnen door de overheid gestelde algemene kaders. Voor wat betreft het civiele arbeidsrecht is de aloude gedachte van bescherming van de werknemer en ordening van het arbeidsbestel overeind gebleven, terwijl het gelijkheidsbeginsel daaraan is toegevoegd. Voor wat betreft het collectieve arbeidsrecht is vastgehouden aan het belang van regelstelling door sociale partners, aan het belang van de macht van de collectiviteit boven het individu via de CAO's. Wel is kenbaar het opkomen van de ondernemingsraad als collectiviteitsvertegenwoordiger aan werknemerskant (verg. Looise en Van het Kaar, 2000). Voorts is het arbeidsrecht voortdurend in discussie als instrument in de handen van de overheid,

9. Toetsingskader AVV, *Stert.* 1998, 240.

met name als arbeidsmarktinstrument om werkgelegenheidsbeleid te voeren.

Hierna zullen we een drietal grote wetgevingsprojecten nader analyseren om te bezien of er naast de hierboven weergegeven elementen van de overheidsvisie op arbeidswetgeving nog andere zijn te onderkennen en zo ja, welke dat dan zijn.

3.2.2 Drie projecten: arbeidstijden, flexibiliteit en zekerheid, arbeid en zorg

3.2.2.1 Arbeidstijden

In 1995 is totstandgekomen de ATW.¹⁰ Deze wet is de vervanger van de Arbeidswet 1919. In de wet zijn opgenomen beschermende bepalingen ter zake van kinderen, jeugdigen en vrouwelijke werknemers voor wat betreft zwangerschap en bevalling. Verder bevat de ATW een regeling van de arbeids- en rusttijden. De wet maakt hier een onderscheid tussen een standaardregeling en een overlegregeling. Binnen aangegeven kaders kan via overleg tussen werkgever en vakbonden en/of ondernemingsraad worden afgeweken van de standaardregeling. De standaardregeling stelt een maximum aan het aantal uren dat mag worden gewerkt (9 uur per dag) en minimumvoorschriften met betrekking tot de dagelijkse, wekelijkse en zondagsrust. Verder worden er grenzen gesteld aan nachtdiensten, oproepdiensten en overwerk. Het betreft een publiekrechtelijke wet, op de naleving waarvan toezicht wordt gehouden door de Arbeidsinspectie. Op de wet is ten slotte gebaseerd een Arbeidstijdenbesluit, waarin nadere regelingen zijn opgenomen.

De totstandkoming van de ATW 1995 heeft elf jaar geduurd. Het begon in 1984 met een discussienota van de regering over de herziening van de arbeids- en rusttijdenwetgeving. Deze nota werd ter advisering voorgelegd aan de STAR. De stichting neemt drie jaar voor advisering, waarna er een Hoofdlijnnnota Arbeidstijdenwet werd geschreven, die ter toetsing wordt voorgelegd aan de Commissie Toetsing Wetgevingsprojecten. Nadat

10. *Stb.* 1995, 598.

deze commissie haar licht heeft laten schijnen, gaat de Hoofdlidnennota vervolgens naar een reeks van adviesinstanties als de Emancipatieraad, de Raad voor het Jeugdbeleid, de Centrale Commissie voor Georganiseerd Overleg voor Ambtenarenzaken en de SER. Negen jaar na de publicatie van de eerste discussienota wordt een wetsvoorstel bij de Raad van State voor advies ingediend. Het wetgevingsproces werd, behalve door de vele adviesorganen die erbij betrokken zijn geweest, ook gekenmerkt door invloed vanuit de EU. In 1993 zijn drie richtlijnen vastgesteld, die een weg hebben gevonden in de ATW. Het betreft de Richtlijn omtrent de organisatie van de arbeidstijd, de Richtlijn omtrent de bescherming van jongeren op het werk en de Richtlijn omtrent de bescherming van zwangere vrouwen op het werk. De eerstgenoemde Richtlijn geeft normeringen voor wat betreft minimumrusttijden, wekelijks, dagelijks, over de zondagsrust, maximumarbeidstijden en over nachtarbeid. Duidelijk is dat de Nederlandse ATW binnen deze kaders dient te passen.

Wat waren nu de aan de ATW ten grondslag liggende gedachten? De primaire doelstelling van de wet is het verzekeren van veiligheid, gezondheid en welzijn van de werknemer in relatie tot de arbeidstijden en rusttijden. De tweede doelstelling van de wet, eveneens terug te vinden in de considerans, is de bevordering van de combineerbaarheid van arbeid en zorgtaken, alsook andere verantwoordelijkheden buiten de arbeid. De wet heeft aldus een beschermingskarakter alsmede een veranderingsdoelstelling. De organisatie van de arbeid mag niet ten koste gaan van de veiligheid, de gezondheid en het welzijn van de werknemer, en tevens moet, door bepaalde regels te stellen omtrent arbeid en rust, aan het combinatiescenario (zie 2.2.8) alle mogelijkheid tot verwerkelijking worden gegeven. Met name de bevordering van arbeidsparticipatie van vrouwen speelt hierbij een belangrijke rol. Ten opzichte van de vóór 1995 bestaande wetgeving is een aantal van de in hoofdstuk 2 weergegeven veranderingen kenbaar in de nieuwe wet en de daaraan ten grondslag liggende argumentatie. Zo zijn kenbaar een beweging tot terugtrekking van de overheid en deregulering, het mogelijk maken van meer flexibiliteit voor wat betreft de arbeids- en rusttijden, decentralisatie bij de vaststelling van regelingen omtrent arbeids- en rusttijden, het bevorderen van mogelijkheden tot indi-

vidualisering, begrip voor de markt waarin ondernemingen moeten opereren en daarmee samenhangende economische motieven voor de wetgeving, privatisering in de vorm van aandacht voor de combinatie van arbeid en zorg en ten slotte, het werd al opgemerkt door verwijzing naar de richtlijnen, europeanisering. Laten we, aan de hand van de toelichting van de wetgever, trachten nader te bezien welke gedachten dragend zijn geweest bij de totstandkoming van de wet.

De regering onderkent een sterke tendens om de marktwerking van de Nederlandse economie te versterken, mede onder invloed van de toenemende internationale concurrentie en de eenwording van de Europese markt. Er is geen speciale rol weggelegd voor de centrale overheid bij de sturing van sociaal-economisch beleid. Overdracht van bevoegdheden door de centrale overheid aan sociale partners kan plaatsvinden, onder de uitdrukkelijke garantie dat goede voorwaarden zijn gecreëerd voor realisatie van de doelstellingen van beleid. Met behoud van verantwoordelijkheid voor de hoofdlijnen van het beleid dient de verantwoordelijkheid verlegd te worden naar de sociale partners.¹¹ Tevens wil de regering benadrukken dat zij met de wet beoogt flexibilisering van arbeids- en rusttijden, maar met behoud van veiligheid, gezondheid en welzijn in verband met de arbeid. Men wil vergroting van de flexibiliteit op de arbeidsmarkt, die immers essentieel is voor de werkgelegenheidsontwikkeling en een betere aansluiting van de wetgeving op de wensen van werkgevers en werknemers op het niveau van de arbeidsorganisatie. Het gaat, aldus het kabinet, *niet alleen om bescherming* van de werknemer bij zijn of haar arbeid. Het kabinet streeft naar een herijking van de verhoudingen tussen gemeenschappelijke regelingen en *eigen verantwoordelijkheid*. Die herijking sluit aan bij de grotere zelfstandigheden van mensen in gewijzigde culturele en maatschappelijke verhoudingen. Daarbij behoort een keuzevrijheid om gedurende een leven verschillende rollen te vervullen, waarin meer mogelijkheden aanwezig zijn om de verantwoordelijkheid voor betaalde en onbetaalde arbeid te verdeelen.¹² Voorts vraagt het kabinet er aandacht voor dat in Neder-

11. *Kamerstukken II* 1992/93, 23 646, nr. 3, p. 36.

12. *Kamerstukken II* 1992/93, 23 646, nr. 11, p. 2.

land de negen-tot-vijf baan uit de tijd is, dat het fenomeen kostwinner niet meer zo gangbaar is en dat er behoefte is aan maatwerk. Erkend wordt dat de Nederlandse bevolking gedurende de laatste decennia in hoog tempo van karakter is veranderd. De traditionele huishouding, een gezin met kostwinnende man en een fulltime huisvrouw, wordt verdrongen door alleen wonende, al dan niet gehuwde, paren zonder kinderen en éénoudergezinnen. Qua arbeidsparticipatie is de variatie eveneens toegenomen. Naast éénverdieners ten behoeve van meerpersoonshuishoudens bestaan er nu grote groepen alleen wonende éénverdieners, tweeverdieners met en zonder kinderen en huishoudens met een arbeidsloos inkomen als gevolg van werkloosheid, arbeidsongeschiktheid of vervroegde pensionering. Uiteenlopende arbeidsparticipatie van de diverse bevolkingsgroepen levert een grote variatie op, gelet op de tijdsdruk in het dagelijks leven. Betaalde arbeid, zorgtaken, studie en ontspanning moeten binnen een beperkte speelruimte op elkaar worden afgestemd.¹³

Wanneer we proberen een optelsom te maken van de leidende gedachten die ten grondslag hebben gelegen aan de totstandkoming van de ATW 1995, zien we dat een groot aantal gedachten is toegevoegd aan de eertijds bestaande hoofdidee van de bescherming van werknemers, vrouwen en kinderen. Naast de bescherming van werknemers moet nu ook worden gedacht aan het ruimte scheppen voor sociale partners, aan wensen tot flexibilisering, aan het economisch functioneren van de onderneming, aan de bevordering van de combinatie van arbeid en zorgtaken, aan de individualisering en aan het voorkomen van belemmering van deelname aan het maatschappelijk leven. Al deze gedachten moeten worden vormgegeven in een wet die voldoet aan door Europa gestelde richtlijnen. Uit deze *baaiert van onderliggende visies* en gedachten is een ATW te voorschijn gekomen, die zich inderdaad kenmerkt door bescherming, flexibiliteit, decentralisering, privatisering en europeanisering. Afscheid is genomen van de eertijds eenduidiger benadering, waarbij er eigenlijk maar één doelstelling was, bescherming van de werknemer,

13. *Kamerstukken II* 1992/93, 23 646, nr. 3, p. 12.

waarbij tevens een sterke rol was weggelegd voor de overheid als eerst aangewezen en verantwoordelijke om te zorgen dat die bescherming werd gerealiseerd.

3.2.2.2 Flexibiliteit en zekerheid

Is de ATW een publiekrechtelijke arbeidswet, de Wet flexibiliteit en zekerheid¹⁴ heeft sterke civielrechtelijke kanten. De in 1998 totstandgekomen wet bevat wijzigingen van Boek 7 titel 10 BW (Wet op de arbeidsovereenkomst), van het BBA (ontslagrecht) en van de WW (i.h.b. art. 16). Doelstelling van dit wetgevingsproject was enerzijds om het als te star ervaren ontslagrecht te flexibiliseren en anderzijds aan een groeiende groep flexibele werkers een zekerder rechtspositie te bieden.

Het laatste geschiedde door oproep- en afroepkrachten, freelancers, nulurencontractanten en andere personen die tot dan aan de rafelrand van het arbeidsrecht vertoefden, meer zekerheid te geven. In de artikelen 7:610a en 610b BW werd een rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst toegevoegd. De artikelen 7:628 en 628a werden gewijzigd in die zin, dat flexwerkers niet meer zonder meer het risico van onvoldoende werk (en dus geen loon) behoeften te dragen en bovendien werd er een minimum aanspraak op loon per oproep geregeld. Uitzendkrachten, waarvan de civielrechtelijke positie nimmer door de wetgever was geregeld, kregen nu een aparte afdeling toebedeeld in de Wet op de arbeidsovereenkomst. Daarin werd buiten kijf geplaatst dat uitzendkrachten werken op basis van een arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau.

Flexibilisering van het ontslagrecht vond plaats ten aanzien van de beëindiging van arbeidscontracten voor bepaalde tijd. Kon den deze contracten eertijds na verlenging slechts door opzegging worden beëindigd, thans kunnen gedurende drie jaar maximaal drie contracten voor bepaalde tijd worden gesloten, die van rechtswege eindigen (art. 7:668 en 668a BW). Voorts werden de opzeggingstermijnen van werknemers met lange dienstverbanden ingekort (art. 7:672 BW), werden de opzeggingsverboden gehergroepeerd (art. 7:670 BW) en werd getracht de enorme toeloop naar de kantonrechter ter zake ontbindingen van de

14. *Stb.* 1998, 300, in werking getreden op 1 januari 1999.

arbeidsovereenkomst met vergoeding (art. 7:685 BW) te stoppen ten faveure van een verkorte en vereenvoudigde procedure bij de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA).

Bij de totstandkoming van de Wet flexibiliteit en zekerheid zijn enkele opvallende verschijnselen waar te nemen geweest.

In de eerste plaats is de wet vrijwel helemaal gebaseerd op een akkoord dat in de STAR is bereikt over dit onderwerp (1996). Hoewel de Wet flexibiliteit en zekerheid is behandeld in de Tweede en Eerste Kamer gedurende het tijdsgewricht waarin voortdurend gediscussieerd werd over het *'primaat van de politiek'*, dat als belangrijker gold dan de opvattingen die in het maatschappelijk middenveld leefden, is de uiteindelijke wettekst vrijwel geheel letterlijk terug te voeren tot het akkoord dat is bereikt door het maatschappelijk middenveld in de STAR. Het hechte maatschappelijk draagvlak dat was ontstaan doordat georganiseerde werkgevers en werknemers het eens waren geworden over de noodzakelijke wetswijzigingen, was sterker dan de gedachtevorming over het *'primaat van de politiek'*.

Het tweede opvallende verschijnsel bij de totstandkoming van de Wet flexibiliteit en zekerheid is geweest de enorme belangstelling die het wetsvoorstel genoot bij rechtsgeleerde schrijvers in arbeidsrechtelijke vaktijdschriften. Mede omdat het ontslagrecht als geheel al vele jaren langs de weg van wetenschappelijke artikelen, proefschriften, symposia en congressen grote belangstelling genoot, mocht ook dit wetsvoorstel, dat een wijziging van het ontslagrecht inhield, op permanente kritische belangstelling uit het juridisch veld rekenen. Individuele advocaten, wetenschapsbeoefenaren, de Vereniging voor Arbeidsrecht, advocatuurlijke arbeidsrechtelijke verenigingen, de rechterlijke macht, allen hebben zich in geschriften duchtig geweed teneinde te komen tot een zo goed mogelijke juridische vormgeving van de wet. Uiteindelijk heeft de druk vanuit het juridische achterveld geleid tot een toezegging van minister Melkert aan de Eerste Kamer om een commissie in te stellen die ten fundamente het ontslagrecht in Nederland diende te bestuderen, teneinde aan de minister advies uit te brengen over behoud of verandering van het duale ontslagstelsel.

Hiermee zijn we beland bij het derde opvallende verschijnsel. In de periode voordat de Wet flexibiliteit en zekerheid in de Tweede en Eerste Kamer werd behandeld, waren er via nota's en adviezen van SER en STAR gedachtewisselingen geweest tussen regering en parlement over een algehele herziening van het ontslagrecht. Zoals hierboven al opgemerkt, werd daar vanuit het juridisch veld door velen op aangedrongen. Tot een dergelijke algehele herziening is het niet gekomen. De toekomst van het Nederlandse ontslagrecht is nog verborgen in de schoot van komende kabinetten en parlementen. Duidelijk is dat druk uit het juridische veld minder invloed heeft dan die uit het maatschappelijk middenveld als de STAR.

Een laatste belangrijk verschijnsel dat opvalt bij de totstandkoming van de Wet flexibiliteit en zekerheid is de invloed van de economie op het recht. Het economisch perspectief heeft zwaar gewogen bij de totstandkoming van deze wet, hetgeen blijkt uit de teksten die betrekking hebben op deze totstandkoming. Enkele citaten kunnen dienen om dit te illustreren. 'Een moderne en vitale economie vereist permanent aanpassingsvermogen. (...) Te weinig aanpassingsvermogen zal, kort samengevat, leiden tot verlies van de concurrentiepositie en verlies aan werkgelegenheid.' (STAR 1996: 8) 'Tegen de achtergrond van vergroting van de economische potenties van de arbeidsorganisaties en modernisering van de arbeidsverhoudingen zijn diverse onderdelen van het arbeidsrecht aan herziening toe.'¹⁵ Deze opvatting spoort met de visie van de verantwoordelijke minister Melkert op het arbeidsrecht. Op het jubileumcongres van de Vereniging voor Arbeidsrecht op 24 mei 1996 in Den Haag¹⁶ verwoordde hij een belangrijke gedachte, die heeft postgevat op het ministerie van SZW: 'Arbeidsrecht kan een productieve factor vormen in de economie en bijdragen aan het concurrentievermogen van Nederland en de werkgelegenheid. Cruciaal daarbij is de combinatie van flexibiliteit en zekerheid. (...) Mensen hebben zekerheid nodig om open te kunnen staan voor de economische noodzaak van andere arbeidstijden, arbeidstaken, bedrijfstijden,

15. *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 1.

16. Arbeidsrecht: bindmiddel in een flexibele economie, *Slcrt.* 28 mei 1996, 99.

zekerheid ook over de voorspelbaarheid en bekendheid van rechten en plichten. Als die zekerheid er is, kan arbeidsrecht werken als bindmiddel in een flexibele economie. (...) Een goed ontwikkeld arbeidsrecht draagt bij aan een goede concurrentiepositie van de Nederlandse economie. Sociaal-economische ontwikkeling is een dynamisch proces. Het arbeidsrecht zal daarom in beweging moeten willen zijn. Aandacht voor de economische betekenis van het arbeidsrecht is op zijn plaats. Niet primair als kostenfactor, die je bij voorkeur zo beperkt mogelijk moet houden, maar als een investering om economisch goed te kunnen presteren, een investering in onze welvaart, een investering in meer werkgelegenheid.'

De gedachte is, dat het arbeidsrecht niet alleen beschouwd moet worden als een set van regels ter bescherming van werknemers die vooral kosten voor werkgevers betekenen, maar dat arbeidsrecht moet worden gezien als een 'asset', een productiefactor van betekenis die leidt tot stabiele arbeidsverhoudingen, welke op hun beurt weer goed zijn voor het internationaal concurrentievermogen en een bloeiende economie. Arbeidsrecht, kortom, is geen last maar een lust voor de economie.

Op zoek naar onderliggende uitgangspunten en gedachten bij de wetgever met het oog op de Wet flexibiliteit en zekerheid zien we een vergelijkbaar beeld als bij de ATW. De verantwoordelijkheid van de overheid voor ordening van de arbeidsverhoudingen, voor een minimumbescherming van werknemers en voor een sociaal verantwoord arbeidsrecht is in de stukken terug te vinden. Maar daar wordt nog aan toegevoegd een belangrijke schepel economie: het arbeidsrecht als productieve factor van belang voor concurrentievermogen, de concurrentieverhoudingen en de werkgelegenheid, spelen evenzeer een belangrijke rol in het denkproces. Ten slotte is duidelijk kenbaar de gedachte van een terugtrekkende overheid (het vergunningstelsel ter zake uitzendbureaus werd afgeschaft (in een aanpalende wet, de WAADI¹⁷), terwijl er een responderende rol is weggelegd voor

17. Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 306).

de sociale partners, die inhoudelijk zware invloed hebben gehad.

3.2.2.3 Arbeid en zorg

De combineerbaarheid van het arbeidsleven met het privé-leven heeft in geen ander tijdsgewricht zo hoog op de politieke agenda gestaan als in het onze. Nu vooral vrouwen als nieuwkomers op grote schaal de arbeidsmarkt hebben betreden, doet zich thuis de spanning gevoelen inzake de zorg voor het huishouden, de verzorging, begeleiding en opvoeding van de kinderen, de verzorging van huis en haard etc. Een speciale staatssecretaris is ermee belast om dit onderwerp arbeidsrechtelijk vorm te geven. In de woorden van deze staatssecretaris, mevrouw mr. Verstand: 'Het gaat om economische zelfstandigheid, de emancipatiedoelstelling, om het vergroten van het aandeel van mannen in de zorg, dat daarmee te maken heeft, en om de behoefte aan een werk/privé-balans in elke levensfase'.¹⁸

De op 1 april 2000 in werking getreden Wet aanpassing arbeidsduur is onderdeel van een groot wetgevingsproject, de AWAZ.¹⁹ De AWAZ vormt een kaderwet waarbinnen verschillende wetten moeten worden ondergebracht, de Wet aanpassing arbeidsduur is daarvan de eerste. De achterliggende gedachte bij deze wetgeving is gelegen in de bevordering van arbeidsparticipatie van vrouwen, in de emancipatie en economische zelfstandigheid van vrouwen, in de vergroting van het arbeidsaanbod, in de promotie van het combinatiescenario, van flexibiliteit en individuele vrijheid. De realisering van deze doelstellingen moet worden geholpen door een reeks van arbeidsrechtelijke wetten, die betrekking hebben op arbeidsduur, verlof, doorbetaald zorgverlof, etc. (nader 2.2.8).

Interessant is te zien dat de overheid bij de twee eerder genoemde onderwerpen, arbeidstijden en flexibiliteit en zekerheid, haar eigen terugtred ten faveure van de sociale partners benadrukt, maar bij dit onderwerp pregnant zelf naar voren treedt

18. *Handelingen* 18 februari 2000, bij de behandeling van wetsvoorstel 26 358 Wet aanpassing arbeidsduur.

19. *Kamerstukken II* 1999/00, 27 207.

en het juist niet aan die partners wil overlaten (Wilthagen, 1999).

De Wet aanpassing arbeidsduur bevat de inhoudelijk vergaande bepaling dat de werkgever op verlangen van de werknemer de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur dient te wijzigen, zij het dat onder bepaalde zwaarwegende omstandigheden aan de kant van de werkgever een dergelijk verzoek kan worden afgewezen. Met de wet in de hand kan aldus een aanpassing van het contract worden afgedwongen. Gevraagd naar de redenen van deze inbreuk op de contractsvrijheid, antwoordde staatssecretaris Verstand als volgt: 'In de laatste 20 à 30 jaar is de samenleving behoorlijk veranderd. De traditionele rolverdeling tussen mannen en vrouwen is zeer indringend gewijzigd. Inmiddels participeert 50 procent van de vrouwen met kinderen op de arbeidsmarkt, zij het ook nog veel in deeltijdbanen. Dit alles heeft een wezenlijke verandering gebracht in het denken over de positie van vrouwen op de arbeidsmarkt, maar ook over de nieuwe sociale risico's en de nieuwe behoeften die in de samenleving zijn ontstaan. Dit is het inhoudelijk argument om allereerst na te denken over de vraag wat te doen met de combinatie arbeid en zorg. Daarvan maakt het mogelijk maken van de aanpassing van de arbeidsduur onderdeel uit. In de tweede plaats is er de geschiedenis van het denken en handelen rond de arbeidsduur. Die geschiedenis begint op het moment dat Rosenmöller in 1993 een eerste wetsvoorstel daaromtrent heeft ingediend. Kort daarop heeft de Stichting van de Arbeid aanbevelingen gedaan over de aanpassing van de arbeidsduur. Uit onderzoek is gebleken dat het aantal CAO's, waarin werkelijk een houvast wordt gegeven om meer of minder te kunnen werken, teleurstellend laag is. Al deze ontwikkelingen zijn de reden geweest om in het regeerakkoord op te nemen dat een wettelijk recht geregeld moet worden. Het is natuurlijk niet voor het eerst in de geschiedenis dat een inbreuk wordt gemaakt op het arbeidsovereenkomstenrecht door wetten. Al met al zijn dat de overwegingen geweest om een wettelijke regeling voor te stellen, gelet op de nieuwe behoeften en ontwikkelingen.' ²⁰

20. *Handelingen II* 8 september 1999, beraadslagingen over wetsvoorstel 26 358.

Twee argumenten derhalve. Het eerste dat CAO's onvoldoende rechten aan werknemers geven op dit terrein, en ten tweede dat de sociale behoeften op dit punt vragen om inbreuk op de contractsvrijheid. Eerder (2.2.8) werd er anderzijds al op gewezen dat het er niet op lijkt dat grote aantallen werknemers en werknemers een grote sociale behoefte gevoelen aan verandering van de werktijd. Desgevraagd zei zo'n 13 procent van de mannen en 18 procent van de vrouwen hieraan behoefte te hebben. De Raad van State was door de argumentatie van de staatssecretaris niet overtuigd. Naar het oordeel van de Raad had het voor de hand gelegen de sociale partners de mogelijkheid te bieden om in ieder geval gedurende een redelijke termijn zelf alsnog te voorzien in een regeling omtrent de aanpassing van arbeidsduur, alvorens een wettelijk recht daarop in werking te doen treden. De Raad was er ook niet van overtuigd dat een ingrijpende inbreuk in de contracteervrijheid van werkgevers en werknemers gerechtvaardigd werd door de door de regering aangedragen argumenten.²¹ Ook in de literatuur is kritiek op de wet geleverd (Kneppers-Heijnert, 2000: 127 e.v.). Deze auteur, tevens lid van de Eerste Kamer, wijst erop dat doelstelling van de wet enerzijds en inhoud van de wet anderzijds niet met elkaar sporen. In een poging tot objectivering van persoonlijke situaties heeft de wetgever ervan afgezien de werknemer te verplichten zijn motieven om de arbeid aan te passen kenbaar te maken. Een werknemer kan aldus om geheel andere motieven dan in de hierboven weergegeven doelstelling van de wet besluiten meer of minder te gaan werken, terwijl de werkgever daar dan eveneens in beginsel positief tegenover behoort te staan.

Uit de door de Raad van State, in de Tweede Kamer en in de literatuur gegeven kritiek is duidelijk dat de wijze waarop de overheid een aantal doelstellingen wil bereiken, juridisch niet altijd even sterk wordt bevonden. Anders dan bij de Wet flexibiliteit en zekerheid heeft de totstandkoming van de Wet aanpassing arbeidsduur in de juridische vakliteratuur niet tot veel vaktechnische aansporingen aan de wetgever aanleiding gegeven.

21. Advies Raad van State en Nader rapport bij Wet aanpassing arbeidsduur 26 358.

3.2.3 Conclusie

Uit het bovenstaande kunnen, voor wat betreft de rechtsvorming in het arbeidsrecht, enkele conclusies worden getrokken. In de eerste plaats valt op dat op het terrein van het arbeidsrecht met name het publieke arbeidsrecht *het* domein van de wetgever is gebleken. Op het gebied van de arbeidstijden, de arbeidsomstandigheden en de arbeidsvoorziening hebben majeure wetswijzigingen plaatsgevonden. Tot 1999 (flexibiliteit en zekerheid) was het civiele arbeidsrecht vooral het terrein van de plaatsvervangende wetgever: de rechtspraak. Dat laatste geldt ook voor het collectief actierecht (staking, bezetting).

Hetgeen het eerste opvalt bij het overzien van de beschreven ontwikkelingen, is het gegeven van de *pluraliteit*. Niet één of enkele uitgangspunten liggen ten grondslag aan tot stand gebrachte wetgeving, maar een veelheid van uitgangspunten. Het gaat niet alleen om de bescherming van de werknemer en diens bestaanszekerheid en rechtszekerheid, het gaat ook om flexibiliteit, om individualisering, om bevordering van het combinatiescenario, om activering van (nog) niet deelnemers aan de arbeidsmarkt, et cetera. Het postmoderne arbeidsrecht wordt niet meer gedragen door enkele, met elkaar samenhangende, onderliggende waarden, doch door een veelheid van, soms tegenstrijdige en dikwijls uiteenlopende, ideeën, modes, waarden en verschijnselen. In die zin is het arbeidsrecht daadwerkelijk een postmoderne grabbelton geworden, zoals ook de architectuur, de schilderkunst en andere kunstuitingen.

Zouden we uit de veelheid van strevingen die ten slotte tot nieuwe regelgeving op het gebied van het arbeidsrecht leiden, er één als de dominante moeten benoemen, dan zou dat de streving van de *economisering* (vgl. Rood, 1997) zijn. Door de wetgever wordt arbeidsrecht niet meer zozeer als een waarde op zichzelf gezien, maar vooral als een *instrument van beleid*, en met name als een instrument van werkgelegenheidsbeleid. Het arbeidsrecht als een lust voor de economie, een geheel van regels dat aan werknemers individualiteit, participatiemogelijkheden en werkzekerheid (in plaats van baanzekerheid) biedt en aan werkgevers emplooeerbare werknemers. In de woorden van minister Melkert bij zijn toespraak op de Vereniging voor Arbeidsrecht in

1996: arbeidsrecht als productieve factor, als verbindmiddel in de flexibele economie.

3.3 Sociale rechtsvorming in het socialezekerheidsrecht 1980-2000

3.3.1 Slechte naam

Over het socialezekerheidsrecht wordt veel geklaagd, bij velen heeft het een slechte naam. Vraag er de actiegroep Weduwen in de kou of de Raad van State maar naar. De klachten zijn bovendien niet van vandaag of gisteren. Iedereen kent ze. Het socialezekerheidsrecht is ontoegankelijk en ondoorzichtig. De effectiviteit van de wetgeving is gering. De wetwijzigingen volgen elkaar in een hoog tempo op. De Algemene bijstandswet (Abw) is in 1996 in werking getreden en sindsdien al meer dan dertig keer gewijzigd. Van de gewenste bestendigheid en stabiliteit van het recht (vgl. Zicht op Wetgeving: 23-24) is derhalve geen sprake. Het socialezekerheidsrecht is lang niet altijd goed doordacht, wat, na confrontatie met de praktijk of de rechter, noodzaakt tot correcties. Een bekend voorbeeld is de bonus/malus-wetgeving, ingevoerd in 1992 en drie jaar later al weer afgevoerd. De regeling bleek juridisch niet 'houdbaar' te zijn.²² Bovendien ontbeerde zij voldoende draagvlak bij de direct belanghebbenden, de werkgevers, vanwege haar wel erg grove werking. Er is weinig aandacht voor de rechtszekerheid, voor de betekenis van gewekte verwachtingen en verkregen rechten. Ook de wetgevingskwaliteit van het ministerie dat de voornaamste verantwoordelijkheid draagt voor het socialezekerheidsrecht (SZW), stemt niet altijd even vrolijk.

Eén klacht is nog niet genoemd. Die klacht is dat het socialezekerheidsrecht vaak willoos meewaait met de grillige winden uit Den Haag. Het is in hoge mate *beleidsafhankelijk* recht, recht zonder ruggengraat, instrumenteel recht bij uitstek, recht met een laag normatief gehalte. Het socialezekerheidsrecht is als een windvaan, nu eens dit en dan weer dat. De politieke rationaliteit domineert. De wetgever zet een bepaalde koers uit en komt daarop na korte tijd weer terug. Dit duidt op weinig beginselvastheid of, erger, op beginselloosheid. Proef de volgende voorbeelden.

22. Zie CRvB 15 februari 1995, *RSV* 1996/214.

Onlangs is het Besluit uitbreiding en beperking kring van verzekerden volksverzekeringen 1999 gewijzigd. Uitgangspunt voor de verzekering ingevolge de volksverzekeringen (AOW, AWBZ, etc.) is, zoals waarschijnlijk bekend is, het ingezetenschap. Een belanghebbende dient in Nederland te wonen. Dat is het geval, indien het middelpunt van het maatschappelijke leven van de betrokkene in Nederland is gelegen. Het besluit regelt evenwel allerlei afwijkingen (uitbreidingen en beperkingen) van dit uitgangspunt. Zo was ook degene die elders woonde maar daar een Nederlandse socialezekerheidsuitkering genoot, onder bepaalde voorwaarden verzekerd voor de volksverzekeringen. De zorg van de Nederlandse gemeenschap hield dus niet bij Zevenaar op. Het hebben van een uitkering werd een voldoende band met Nederland gevonden om daar een verzekering op te baseren. De bedoeling van de wijziging van het besluit was om voortaan strakker vast te houden aan wat als de oorspronkelijke doelstelling van de volksverzekeringen werd gezien, namelijk de bescherming van alleen de ingezetenen. Op zich een legitieme beleidswijziging. Per 1 januari 2000 trad deze principiële, maar weloverwogen verandering in werking, waarna een stroom protesten op gang kwam. De gepensioneerden aan de Spaanse costa's waren uitgesloten van verpleeghuiszorg en thuishulp, twee AWBZ-verstrekingen. Geconfronteerd met de protesten besloot het Kabinet ijlings tot nuancering van de maatregel. Via de achterdeur van de vrijwillige verzekering werd de gepensioneerden een oplossing geboden.²³ Beginselloos beleid en het recht buigt mee.

Een tweede voorbeeld. Eind jaren tachtig, begin jaren negentig van de vorige eeuw is een – nog steeds lopende discussie – op gang gekomen over het terugdringen van het grote aantal zieken en arbeidsongeschikten, een zorgwekkend verschijnsel. De econoom Lubbers had de diagnose gesteld dat Nederland ziek was en aan het terugdringen van het arbeidsongeschiktheidsvolume zijn politieke lot verbonden. Een van de maatregelen om het ziekteverzuim te reduceren was de partiële privatisering van de ZW. De werkgever zou voortaan gedurende een beperkte perio-

²³. Wet van 21 december 2000, *Stb.* 605.

de (maximaal zes weken) een gedeelte van het loon aan zijn zieke werknemer moeten doorbetalen. De publieke bescherming van de ZW verdween (gedeeltelijk) en de al lang (1909) bestaande, maar goeddeels sluimerende verantwoordelijkheid van de werkgever werd geactiveerd. De werkgever zou zo direct worden geconfronteerd met de kosten van het verzuim in zijn onderneming. De wetgever verwachtte daarvan een positief effect op het ziekteverzuim. Deze breuk in de traditionele verantwoordelijkheidsverdeling tussen collectiviteit en werkgever voor de bestaanszekerheid van de werknemer werd werkelijkheid op 1 januari 1994. Na evaluatie van de maatregel zou worden bezien of er reden was de werkgever verder te belasten. Echter, een half jaar later werd tijdens de formatie van het Kabinet-Kok I op een achternamiddag besloten om de loondoorbetalingsplicht op te rekken tot 52 weken. Een zuiver politieke, niet door enig onderzoek ondersteunde beleidswijziging. En weer voegde zich het recht.

Een laatste voorbeeld is de beleidsvorming rond de herinrichting van de uitvoeringsorganisatie van de werknemersverzekeringen (Toekomstige Structuur Uitvoering Werk en Inkomen [SUWI]). In het voorjaar van 1999 werd een plan gepresenteerd dat een gedeeltelijke privatisering van de uitvoeringsorganisatie van de werknemersverzekeringen inhield. Die partiële privatisering spoorde met een enkele jaren eerder ingezette lijn. Na forse kritiek van onder andere de uitvoeringsorganen, de wetenschap en de politiek werd die lijn een half jaar later weer radicaal omgebogen. Er werd nu voor (nagenoeg) volledige nationalisering van de uitvoering gekozen (Noordam, 1999a).²⁴ De beleidsmakers en de wetgever weten niet wat zij willen, zo lijkt het. Stuurloosheid is het kompas waarop zij varen.

De voorbeelden hebben betrekking op de politieke gevoeligheid van het socialezekerheidsrecht. Het is niet moeilijk om ook voorbeelden te geven van de andere klachten over de socialezekerheidswetgeving. We zullen dat niet doen. Aan die klachten wordt in de literatuur regelmatig aandacht besteed. Zie bijvoorbeeld

24. *Kamerstukken II* 1999/00, 26 448, nr. 7.

de vaak kritische artikelen in *Sociaal Maandblad Arbeid* en *Sociaal Recht* (o.a. Noordam, 1999b). Ons interesseert hier vooral de geringe beginselvastheid (c.q. beginselloosheid) van het sociale-zekerheidsrecht (en het beleid waarop het is gebaseerd).

3.3.2 Sociale zekerheid

Maar is het beeld dat van het socialezekerheidsrecht is geschetst, niet te somber? Het socialezekerheidsrecht is toch wel wat meer dan een slaafs instrument voor de beleidsmakers, voor de politiek. Kent het socialezekerheidsrecht geen waarden en uitgangspunten, die het beleid moet respecteren? Een voor de hand liggend voorbeeld van zo'n waarde is sociale zekerheid. De wetgever moet aan die waarde via het recht vorm en inhoud geven. De zorg voor de sociale zekerheid is namelijk een grondwettelijk verankerde overheidstaak (vgl. art. 20 Gw). Er is een tijd geweest dat sociale zekerheid als 'wachtwoord' werd gebruikt, sociale zekerheid belofde – na de crisis van de jaren dertig en de ontreding van de Tweede Wereldoorlog – iedereen een betere wereld, zowel in materiële als in immateriële zin (Commissie-Van Rhijn I, 1945: 10). Die 'glans' is de sociale zekerheid de laatste twee decennia kwijtgeraakt. Dat neemt echter niet weg dat sociale zekerheid voor het beleid nog steeds als een te realiseren waarde moet worden aangemerkt.

Men dient zich echter wel te realiseren dat de zorg voor de sociale zekerheid slechts een van de taken is die de 'dienende overheid' (vgl. Scheltema, 1989: 20 e.v) moet behartigen. Er zijn veel meer beleidsdoelstellingen die moeten worden gerealiseerd, bijvoorbeeld de zorg voor het milieu, het welzijn en de economie. Tussen die beleidsdoelstellingen bestaat concurrentie. Naar onze mening is de sociale zekerheid in die concurrentiestrijd onvoldoende zichtbaar, zij komt onvoldoende voor zichzelf op. Zij weet niet wie of wat zij is of waar zij voor staat. Dit maakt haar positie uitermate zwak, wat altijd nadelig is, maar een extra handicap betekent in een tijd van snelle maatschappelijke, culturele en economische veranderingen.

Sociale zekerheid is niet alleen een te realiseren waarde. Sociale zekerheid is ook, functioneel gezien, een collectief, publiek systeem van inkomensbescherming ten behoeve van burgers die als gevolg van bepaalde sociale risico's (arbeidsongeschiktheid,

werkloosheid, ouderdom, etc.) worden geconfronteerd met inkomensverliezen en inkomensstekorten. Sociale zekerheid biedt inkomenszekerheid (inkomenscontinuïteit) en daardoor bestaanszekerheid. In de tweede plaats beoogt de sociale zekerheid te voorkomen dat burgers buiten het arbeidsproces raken of, indien dat is gebeurd, ervoor te zorgen dat zij weer in het arbeidsproces worden opgenomen. Deze twee onderscheiden, maar wel samenhangende functies van de sociale zekerheid worden aangeduid als de (inkomens)waarborgfunctie en de activerings- of reïntegratiefunctie. De activeringsfunctie krijgt het laatste decennium veel aandacht. Daarvoor lag het accent in de sociale zekerheid vooral op de waarborgfunctie (Noordam, 2000: 25-26).

Sociale zekerheid valt echter niet samen met haar beide functies. Sociale zekerheid is een maatschappelijke institutie, een van de kernarrangementen van de – ondanks de versoberingen van de laatste jaren nog altijd florerende – verzorgingsstaat (Van der Vecn, 1999). Sociale zekerheid is daarnaast een belangrijke juridische categorie (Noordam, 2000). Het is ook een economisch (Goudswaard c.a, 2000) en een politiek verschijnsel (Roebroek, 1993). Sociale zekerheid heeft bovendien een historische en een ruimtelijke dimensie. Met dit laatste wordt bedoeld dat de sociale zekerheid niet alleen een nationaal (Nederlands), maar ook een – wijd verbreid – internationaal verschijnsel is. Meer dan 170 landen kennen een socialezekerheidsstelsel, zij het dat de 'kwaliteit' van die stelsels aanzienlijk varieert, wat onder andere samenhangt met de economische ontwikkeling in het betreffende land. Hoe dit ook zij, de socialezekerheidsidee, de opvatting dat de publieke collectiviteit haar leden bescherming tegen de risico's van het (arbeids)leven behoort te bieden, is internationaal breed aanvaard.

Voor een goed begrip van het verschijnsel sociale zekerheid dient men verder te beseffen dat er voor de publieke sociale zekerheid allerlei alternatieven (hebben) bestaan. Ook buiten de sociale zekerheid komen diverse arrangementen voor die op inkomenszekerheid zijn gericht. Denk aan de arbeidsvoorwaarden en de voorzieningen op het terrein van het levensonderhoud (alimentatie). Het gaat daarbij om – voornamelijk – pri-

vaatrechtelijke arrangementen, terwijl 'onze' sociale zekerheid door het publiekrecht wordt beheerst. Publieke sociale zekerheid tegenover private bestaanszekerheid. Zij vullen elkaar aan en zijn, zo blijkt uit onder andere de privatiseringspraktijk van de laatste jaren, tot op zekere hoogte inwisselbaar.

Wat voor het verdere betoog van belang is, zijn niet de inhoud en het (eventuele) verschil in belang van de eerdergenoemde twee functies van de sociale zekerheid – over die zaken wordt tamelijk uniform gedacht – maar de waarden en beginselen van de sociale zekerheid. Met die waarden en beginselen zal bij de beleidsvorming en rechtsvorming op het terrein van de sociale zekerheid rekening moeten worden gehouden. In stelling gebracht, zullen zij het socialezekerheidsrecht in de eerder gesignaleerde concurrentie tussen de verschillende beleidsdoelstellingen weerbaarder kunnen maken. Empowerment voor het socialezekerheidsrecht.

3.3.3 Onrustig bezit

De laatste twintig jaar was niet de meest kalme periode voor de sociale zekerheid. De sociale zekerheid werd geconfronteerd met belangrijke culturele, sociale, demografische, economische en juridische veranderingen. Die veranderingen werkten ook door in de opzet van de sociale zekerheid, met als consequentie talloze – grote en kleine – vernieuwingen van en aanpassingen in de socialezekerheidswetgeving. De wetgevingsmachine van het ministerie van SZW draait al vele jaren op volle toeren. Het aantal wetswijzigingen loopt in de duizenden. Zelfs voor insiders is het bijna onmogelijk om die productie bij te houden. Een poging tot ordening, op hoofdlijnen.

De afgelopen twee decennia stonden vooral in het teken van de verbouw van de uit zijn krachten gegroeide, permissieve, afhankelijkheid bevorderende, vrijgeve, maar – in de eerste plaats – solidaire verzorgingsstaat. De verzorgingsstaat was in de jaren zeventig in grote problemen gekomen, met als belangrijke (materiële) oorzaak de economische crises uit die tijd. De collectieve uitgaven moesten worden beperkt en de sociale zekerheid diende daar een forse bijdrage aan te leveren. Veel van de socialezekerheidswetgeving in de jaren tachtig en negentig is dan ook als *economische-aan-*

passingswetgeving te kwalificeren. Hét voorbeeld is de al meer genoemde stelselherziening sociale zekerheid. De stelselherziening hield onder andere een herziening van de werkloosheids- en de arbeidsongeschiktheidswetgeving in. Er kwam – in 1987 – een nieuwe WW en de WAO verloor haar dubieuze werkloosheidsfunctie ('afschaffing verdiscontering'). In de jaren negentig volgden nieuwe aanpassingsronden.

Socialezekerheidswetgeving is als alle wetgeving een kind van de tijd waarin zij is ontstaan. Zij is de juridische verbeelding van het toen dominante gedachtegoed en de toen gangbare maatschappelijke patronen. Een voorbeeld is het kostwinnersdenken, waarvan een groot deel van de socialezekerheidswetgeving decennialang doortrokken is geweest. Veranderende omstandigheden, verwoord in de claims van nieuwe categorieën toetreders tot de socialezekerheidsmarkt, vragen evenwel om een reactie van de wetgever. De verouderde wetgeving moet worden gomoderniseerd. Soms kan zij worden aangepast, soms is een volledig nieuwe regeling noodzakelijk. Een deel van de wetgeving uit de laatste twintig jaar is als *moderniseringswetgeving* te kwalificeren. Dit geldt bijvoorbeeld voor de aanpassingen die noodzakelijk waren in de sfeer van de gelijke behandeling. Bedoeld wordt, in de eerste plaats, de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en, daarnaast, de gelijke behandeling van huwelijkse en niet-huwelijkse samenlevingsverbanden. Het beginsel van gelijke behandeling is in de jaren tachtig en negentig – vaak nogal moeizaam – in de socialezekerheidswetgeving geïncorporeerd. Updatiing van wetgeving hebben we ook gezien op het punt van de overlijdensverzekering. De nieuwe ANW (1996) gaat uit van de sterk toegenomen arbeidsparticipatie van (gehuwde) vrouwen. De kring van nabestaanden is om die reden beperkt gedefiniëerd en er wordt ook rekening gehouden met de eigen inkomsten van de belanghebbenden (3.3.4.3). De toegenomen arbeidsparticipatie van vrouwen werkte ook door in de in 1996 gomoderniseerde Bijstandswet (3.3.4.2).

Een derde cluster wetgeving heeft te maken met de uitvoering van de sociale zekerheid. Over de uitvoeringsorganisatie is vanaf het ontstaan van de sociale verzekeringen gestreden. De parlementaire behandeling van de Ongevallenwet 1901, onze eerste socialeverzekeringswet, werd er al door beheerst. Die strijd, in feite een machtsstrijd tussen de overheid en het (georganiseer-

de) bedrijfsleven over de zeggenschap in de uitvoering, is de hele vorige eeuw doorgegaan. In de machtsverhoudingen deden zich frequent verschuivingen voor. Was een machtsevenwicht bereikt, dan bleek dit toch vaak weer uiterst labiel te zijn. Veranderingen in de machtsposities hadden nieuwe wetgeving tot gevolg. Ook in de hier besproken periode kwam veel van dit soort *organisatiewetgeving* tot stand. Daarbij ging het in het bijzonder om wijzigingen in de wetgeving met betrekking tot de uitvoeringsorganisatie van de *werknemersverzekeringen*. Die wijzigingen hadden grotendeels plaats in de jaren negentig. Belangrijke nieuwe wijzigingen staan nog op stapel. Opvallend is dat de macht van het georganiseerde bedrijfsleven in de uitvoering van de sociale zekerheid sterk is teruggedrongen. Opvallend is voorts dat het aanvankelijk de bedoeling was om de uitvoering verregaand te privatiseren, maar dat de wetgever van dat idee weer, vrij abrupt, is teruggekomen (3.3.1). De uitvoering van de sociale zekerheid wordt (weer) tot de kerntaken van de overheid gerekend.

Veel wetgeving uit de periode 1980-2000 heeft betrekking op de worsteling met het probleem van ziekte en arbeidsongeschiktheid. Nederland kent al jarenlang een hoog ziekte- en arbeidsongeschiktheidsvolume. Lange tijd is men vrij passief met dit vraagstuk omgegaan. Pas aan het eind van de jaren tachtig is besloten om het serieus aan te pakken. Dat gebeurde via een omvangrijk pakket van allerlei soorten instrumenten. De wetgeving waarin die aanpak vorm kreeg, kan als *volumereductiewetgeving* worden betiteld. Tot die wetgeving behoort onder andere de 'privatisering' van de ZW (o.a. de WULBZ), een aantal ingrepen in de WAO (o.a. de Wet TBA), de reïntegratiewetgeving voor arbeidsongeschikten (Wet REA) en werklozen (WIW en 'sluitende aanpak') en de wijziging in de financiering van de WAO (premiëdifferentiatie op ondernemingsniveau en eigenrisicodragerschap). Een aantal van deze ontwikkelingen komt hierna nog uitvoeriger ter sprake (3.3.4.1 en 5).

Een laatste ontwikkeling houdt verband met het veel meer accentueren van het voorwaardelijke (wederkerige) karakter van de sociale zekerheid. Het recht op uitkering wordt gekoppeld aan verplichtingen van de uitkeringsgerechtigden, die soms in een overeenkomst met de uitkerende instantie worden neergelegd. Een van die verplichtingen is een rechtmatig gebruik van de sociale zekerheid. Misbruik, de altijd aanwezige tegenhanger,

is pas in de jaren tachtig politiek bespreekbaar geworden. Tien jaar later resulteerde dit in een verstrakking van het handhavingsbeleid, juridisch ondersteund in *handhavingswetgeving*. De Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid (1996) is daar de representant van. Het voorwaardelijk karakter van de sociale zekerheid komt in de tweede plaats tot uiting in de verplichting dat uitkeringsgerechtigden zich moeten inspannen om weer een plaats in het arbeidsproces te verwerven. Die verplichting heeft in de jaren tachtig en negentig steeds meer nadruk gekregen, niet alleen in de sfeer van de handhaving in geval van overtreding, maar vooral op instrumenteel gebied. Het reïntegratieinstrumentarium (subsidies, premiekortingen, scholing, proefplaatsingen, etc.) is – vooral het laatste decennium – explosief gegroeid. De regeling van die voorzieningen vindt men in de *reïntegatiewetgeving*. Een voorbeeld is de Wet REA (1998), maar ook in de uitkeringsregelingen komen allerlei reïntegratieinstrumenten voor.

3.3.4 Drie projecten: arbeidsongeschiktheid, bijstand en overlijdensverzekering

Na deze schets van de ontwikkeling van de socialezekerheidswetgeving in de periode 1980-2000 zoomen we nu op een drietal casussen in. Dat gebeurt om te weten te komen of de socialezekerheidswetgever zich in zijn wetgevingsprojecten door bepaalde waarden en beginselen laat leiden. Handelt hij vanuit een waardenperspectief of is het eerder (3.3.1) geschetste beeld van de volgzame socialezekerheidswetgever toch meer in overeenstemming met de werkelijkheid? Wat 'bezielt' de wetgever eigenlijk? In de casussen gaan we op zoek naar uitspraken van de wetgever waarin wordt verwezen naar uitgangspunten, waarden of beginselen van sociale zekerheid. De casussen betreffen begrijpelijkerwijs niet een van de talloze technische aanpassingen in de socialezekerheidswetgeving, maar enkele – recente – meer principiële veranderingen in het stelsel van socialezekerheidsregelingen.

3.3.4.1 Terugdringing beroep op de arbeidsongeschiktheidsregelingen

De WAO is het symbool van de naoorlogse sociale zekerheid. De wet, het belangrijkste wetgevingsproduct van Veldkamp, Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid in een aantal kabinet-

ten uit de jaren zestig, paste in de ideologie van de verzorgingsstaat (Van Doorn, 1978: 17 e.v.). Daarin speelde het publieke domein een dominante, het maatschappelijk middenveld subsidiërende rol waar het het sociale en individuele welzijn van de Nederlanders betrof. De verzorgingsstaat als maatschappelijk werkster die de wijk ingaat, actief op zoek naar individuele en collectieve noden.

De WAO, ingevoerd in 1967, werd – al vrij snel – een zorgenkind, toen de verzorgingsstaat in de jaren zeventig en tachtig in financieel-economisch onrustig vaarwater terecht kwam. De aantallen arbeidsongeschikten (het arbeidsongeschiktheidsvolume) liepen dramatisch op. Van de wet ging een sterk aanzuigende werking uit, onder andere vanwege het gunstige uitkeringsregime: uitkeringen op een hoog niveau tot aan de pensioengerechtigde leeftijd. Sociale partners zagen in de regeling een ideale uittreedingsroute voor werknemers waarvoor in de bedrijven geen plaats meer was. De kosten van de regeling werden op nationaal niveau verevend (afgewenteld). Op het microniveau werd men dus niet met de daar veroorzaakte kosten geconfronteerd.

Vanaf de tweede helft van de jaren tachtig is de politiek maatregelen gaan treffen om de toevloed naar en de uitstroom uit de WAO beter te reguleren. In de jaren negentig heeft dat tot een omvangrijk pakket ingrijpende maatregelen geleid. Daartoe behoorde de Wet TBA, die op 1 augustus 1993 in werking is getreden.²⁵ De in deze wet neergelegde maatregelen hebben veel maatschappelijk leed en veel politieke commotie veroorzaakt. Het arbeidsongeschiktheids criterium werd aangepast, waardoor het moeilijker werd om zich voor een volledige uitkering te kwalificeren. De uitkeringsduur en de uitkeringshoogte werden beperkt. De uitkering werd slechts voor een beperkte periode toegekend, continuering moest worden aangevraagd en geschiedde pas na herkeuring. Nieuw was dat de uitkeringsduur aan de leeftijd van de belanghebbende werd gekoppeld, waarmee een gematigd (globaal) opbouwelement in de WAO werd geïntroduceerd.

²⁵. Wet van 7 juli 1993, *Stb.* 412.

De regering erkende dat de maatregelen zeer ingrijpend waren, ze waren echter ook 'onontkoombaar'.²⁶ Het torenhoge arbeidsongeschiktheidsvolume²⁷ moest hoe dan ook worden teruggedrongen. Dat was in de eerste plaats een economische noodzaak. Tevens was het maatschappelijk onaanvaardbaar dat een groot aantal mensen buiten het arbeidsproces stond. 'Terugdringing van het beroep op de arbeidsongeschiktheidsregelingen is één van de middelen van het kabinet om de arbeidsparticipatie te bevorderen (...)'.²⁸ Van de terugdringing van het arbeidsongeschiktheidsvolume werd een beperking van de collectieve lastendruk verwacht, wat de betaalbaarheid van het socialezekerheidsstelsel ten goede zou komen. Er werd een besparing voorzien van 4,5 miljard gulden.²⁹

De voorstellen kende een 'extreem hoge politieke geladenheid', zo werd in de Eerste Kamer – terecht – opgemerkt.³⁰ De wetgever heeft zich niet of nauwelijks uitgesproken over de socialezekerheidswaarden die bij de voorstellen in het geding waren. Hij had al zijn politieke stuurmanskunst nodig om de voorstellen door het parlement te loodsen. De verslechtering van het dekkingsregime en de beperktere toegankelijkheid van de regeling hadden feitelijk tot gevolg dat de eigen verantwoordelijkheid voor de voorziening in het bestaan toenam. In wezen ging het hier om een partiële privatisering van de bestaanszekerheidsvoorziening bij arbeidsongeschiktheid. De praktijk heeft laten zien dat het zogenaamde WAO-gat – in veel gevallen – via de arbeidsvoorwaarden is gerepareerd. Dit is een verschuiving naar wat wel als 'occupational welfare' wordt aangeduid (Titmuss, 1963: 42). Een dergelijke verschuiving naar 'bedrijfssocialezekerheid' zullen we ook later ook nog weer tegenkomen (5.3.2).

De accentuering van arbeidsparticipatie heeft iets cynisch in het licht van de essentie van de Wet TBA: beperking van de toegang tot de regeling en verslechtering van het uitkeringsregime. Dit

26. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 824, nr. 3, p. 6.

27. Nederland telde in 1992 bijna 915.000 mensen met een arbeidsongeschiktheidsuitkering.

28. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 824, nr. 3, p. 12.

29. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 824, nr. 3, p. 69.

30. *Handelingen I* 1992/92, p. 33-1483.

soort negatieve inkomensmaatregelen dragen op zich niet bij aan de terugkeer naar het arbeidsproces. Daarvoor is de inzet van andere instrumenten nodig. Die specifieke reïntegratieinstrumenten zijn er ook gekomen. Het benadrukken van arbeidsparticipatie houdt verband met de tweede functie van de sociale zekerheid, de reïntegratie- of activeringsfunctie. De invoering van een opbouwlement raakt het in de WAO belichaamde solidariteitsbeginsel. De solidariteit nam daardoor af. De wetgever wilde aan de andere kant ook weer geen strikte evenredigheid tussen de individueel betaalde premie en de uitkering. 'Een dergelijk stelsel zou in strijd zijn met de solidariteitsgedachte.'³¹ Bij de behandeling van de wet is betrekkelijk veel aandacht besteed aan het overgangsrecht voor oude gevallen. De Wet TBA leidde tot een aanzienlijke verslechtering van de dekking. Via het overgangsrecht werd de oude gevallen evenwel een zekere continuïteit van hun beschermingsniveau geboden. Continuïteit past bij het zekerheidsaspect van de sociale zekerheid. Juridisch gezien hebben we hier te maken met het beginsel van rechtszekerheid.

3.3.4.2 *Algemene bijstandswet*

De Abw is op 1 januari 1996 in werking getreden.³² Zij is de jongste in een serie wettelijke maatregelen ter financiële ondersteuning van burgers in behoeftige omstandigheden. Die serie begon met de Armenwet van 1854. De huidige Abw is de sterk gemoderniseerde opvolgster van de Algemene Bijstandswet van 1965, de eerste 'armenwet' waarin sprake was van een juridisch (afdwingbaar) recht op bijstand. Voordien was er sprake van armenzorg (bedeling), gebaseerd op het 'gunstbeginsel'. De overgang van Armenwet naar Algemene Bijstandswet was een overgang van 'gunst naar recht'. Bij de totstandkoming van de Abw is veel aandacht besteed aan de uitgangspunten van de wet, uitgangspunten die overigens niet wezenlijk verschilden van die van haar voorgangster.³³ Essentieel is dat de Abw in het geheel van voorzieningen op het terrein van de bestaanszekerheid achteraan komt. In rangorde is de Abw de laatste, publieke bestaansvoorziening. Andere voorzieningen, private en publieke, gaan

31. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 824, nr. 3, p. 34.

32. Wet van 12 april 1995, *Stb.* 1995, 199.

33. *Kamerstukken II* 1991/92, 22 545, nr. 3, p. 11-16.

voor. De Abw is een vluchtheuvel, waarop tijdelijk een beroep kan worden gedaan. De wet garandeert een menswaardig bestaan, maar niet meer dan dat, een sober Aldi-bestaan. De Abw is doortrokken van de gedachte dat de burgers zelf primair verantwoordelijk zijn voor de voorziening in het bestaan. 'Dat de eigen verantwoordelijkheid om in het bestaan te voorzien vooraf dient te gaan aan het recht op bijstand en dat de bijstandverlening dient te zijn gericht op herstel van de zelfstandige bestaansvoorziening, staat als principe in het algemeen niet ter discussie. Niettemin moet worden geconstateerd dat dit beginsel (...) niet langer door iedereen als vanzelfsprekend wordt ervaren.³⁴ Zijn de burgers onvoldoende arbeidsmarkt gericht, 'geven zij' – in de wat hoogdravende terminologie van de wet – 'blijk van een tekortschietend besef van verantwoordelijkheid voor de voorziening in het bestaan' (vgl. art. 14 lid 1 Abw), dan heeft dat repercussies voor hun recht op ondersteuning van overheidswege. Hun uitkering wordt dan namelijk gekort. De Abw laat fraai zien dat de functie van de sociale zekerheid *in wezen* een subsidiaire is. Wat anders benaderd, de publieke sociale zekerheid is een geconditioneerde. De vraag waar de eigen verantwoordelijkheid eindigt en die van de collectiviteit begint, is moeilijk te beantwoorden. Het antwoord varieert ook in de tijd. Het debat tijdens de behandeling van de Abw over de sollicitatieverplichting van (alleenstaande) ouders met jonge kinderen is daarvan een goede demonstratie. Onder de vorige bijstandswet was de gemeentelijke praktijk in het algemeen zo dat een alleenstaande ouder met een kind onder de twaalf jaar was vrijgesteld van deelneming aan het arbeidsproces. De Abw-wetgever stelde voor om die grens te verlagen naar vijf jaar.³⁵ Na uitvoerige discussie werd dit voorstel geaccepteerd. In het recente debat over de nota *Op weg naar een nieuw evenwicht tussen arbeid en zorg* is dit punt evenwel opnieuw aan de orde geweest. De regering wilde toe naar een actieve sollicitatieverplichting voor de categorie (alleenstaande) ouders met kinderen onder de vijf jaar. Daarvan is uiteindelijk afgezien. Maar bij aanwezigheid van voldoende kinderopvangmogelijkheden, zijn (alleenstaande) ouders met jonge kinderen wel verplicht een eventueel aanbod van passende arbeid te aan-

34. *Kamerstukken II* 1991/92, 22 545, nr. 3, p. 15-16.

35. *Kamerstukken II* 1995/95, 22 545, nr. 21, p. 32 e.v.

vaarden.³⁶ De afgrenzing van de verantwoordelijkheidssferen van collectiviteit en individu (gezin) is bij dit onderwerp indringend aan de orde. Het probleem krijgt extra scherpte door het bestaan van een zorgplicht van de ouder tegenover zijn jonge kinderen. Hier is sprake van een reëel conflict van plichten.

De Abw kende aanvankelijk geen besparingsdoelstelling. Die is pas in een later stadium aan de regeling toegekend. Dat gebeurde tijdens de behandeling van het wetsvoorstel, toen een belangrijke ommezwaai is gemaakt van de aanvankelijk overheersende invloed van de rijksoverheid op de uitvoering van de wet naar meer verantwoordelijkheid, ook in financiële zin ('vernieuwing van bestuurlijke verhoudingen'), voor de gemeentelijke uitvoerders.³⁷

3.3.4.3 Algemene nabestaandenwet

De ANW is de opvolgster van de AWW. De AWW stamde uit de jaren vijftig. Die regeling was gebaseerd op het toen bestaande rollenpatroon (kostwinnersmodel): de man werkte buitenshuis en de vrouw zorgde voor het huis, de haard en de kinderen. De arbeidsparticipatie van de gehuwde vrouw was laag, zij bedroeg nog geen 10 procent (Hooghiemstra en Niphuis-Nell, 1993: 22). Vanaf de jaren zeventig begon dit percentage op te lopen, wat betekende dat veel meer gehuwde vrouwen een eigen inkomen kregen. De AWW moest aan die ontwikkeling worden aangepast. Ook om andere redenen was de wet aan herziening toe. Zo sloot de wet weduwnaars van het recht op uitkering uit. Hierbij zij aangetekend dat krachtens een uitspraak van de CRvB van begin december 1988 ook aan weduwnaars pensioen moest worden betaald.³⁸ De CRvB was van mening dat het onthouden van pensioen in strijd was met artikel 26 IVBPR. Opmerkelijk was ook dat nabestaanden uit niet-huwelijkse samenlevingsverbanden bij overlijden van hun partner geen aanspraak op een uitkering konden maken. De gelijkstelling van huwelijkse en niet-huwelijkse samenlevingsverbanden was overal elders in de sociale zekerheid al wel geregeld. De AWW liep op dit punt achter. De tot nu

36. *Kamerstukken II* 2000/01, 26 447, nr. 37, p. 7, en nr. 38.

37. *Kamerstukken II* 1993/94, 22 545, nr. 14, p. 3 e.v. en 21.

38. CRvB 7 december 1988, *RSV* 1989/67, m.nt. F.W.M. Keunen.

toe geschetste herzieningsmotieven kunnen worden samengevat onder de noemer 'modernisering' van de nabestaandenwetgeving. Daarnaast diende de nieuwe regeling ook bij te dragen aan de verlaging van de collectieve lasten.³⁹ Met de wet werd een structurele besparing beoogd van ongeveer 1,3 miljard gulden.⁴⁰

De AWW berustte op de gedachte dat moest worden voorkomen dat nabestaanden in behoeftige omstandigheden zouden achterblijven. Men ging ervan uit dat van weduwen niet kon worden verwacht dat zij aan het arbeidsproces zouden deelnemen om in hun onderhoud te voorzien. Voor de jongere weduwen zonder kinderen werd een uitzondering gemaakt. Zij ontvingen een tijdelijke gewenningsuitkering, waarna zij zich zelf moesten zien te redden. In het kostwinnersmodel was het 'uitgesloten' dat de weduwnaar behoeftig was: of hij nam deel aan het arbeidsproces of hij had een loonvervangende uitkering. Terzijde: tijdens de mondelinge behandeling van de AWW is nog wel even gesproken over de wenselijkheid om ook weduwnaars recht op uitkering te geven, maar dit bleek geen serieuze optie.

De AWW is in twee ronden herzien. Een eerste herzieningsvoorstel van 12 maart 1991 is gestrand in de Eerste Kamer.⁴¹ Het tweede voorstel van 24 mei 1995 heeft het wel gehaald en is als ANW op 1 juli 1996 in werking getreden.⁴² De beleidsfilosofie van de ANW is dat men in beginsel zelf verantwoordelijk is voor de voorziening in het bestaan door deelneming aan het arbeidsproces. In een aantal gevallen wordt ervan uitgegaan dat van de betrokkenen niet kan worden verwacht dat zij aan het arbeidsproces deelnemen (zorg voor jonge kinderen, arbeidsongeschiktheid, nabestaanden geboren voor 1 januari 1950). Dan kan een beroep op de publieke bescherming van de ANW worden gedaan. Verder is van belang dat de nabestaandenuitkering onderhevig is aan een inkomenstoets, een toets die in de AWW ontbrak. De ANW berust niet op het beginsel van inkomensder-

39. *Kamerstukken II* 1994/95, 24 169, nr. 3, p. 1.

40. *Kamerstukken II* 1994/95, 24 169, nr. 6, p. 40.

41. *Kamerstukken II* 1990/91, 22 013.

42. *Kamerstukken II* 1994/95, 24 169.

ving (het feit dat door het overlijden van de partner inkomensschade wordt geleden), maar op de behoefte van de nabestaande partner aan een uitkering. Uitgaan van het behoeftebeginsel betekent in feite dat andere wijzen van inkomensvoorziening voorrang hebben. De publieke voorziening is een subsidiaire. Dit gold overigens ook voor de AWW.

De ANW is, samengevat, een publieke voorziening, gebaseerd op het behoefteprincipe, bestemd voor die nabestaanden waarvan niet kan worden verwacht dat zij door middel van arbeid in hun onderhoud voorzien. 'Op die wijze wordt de solidariteit tussen burgers via een volksverzekering optimaal vormgegeven.'⁴³ Geen rekening houden met het inkomen van de rechthebbenden zou volgens de regering duiden op een doorgeschoten solidariteit.⁴⁴ De ANW betekende voor de rechthebbenden op een AWW-uitkering een verslechtering van hun inkomenspositie. Net als bij de Wet TBA heeft de wetgever met het oog daarop een overgangsrechtelijk regime in het leven geroepen, waarmee – formeel gezien – tegemoet werd gekomen aan de eisen van het (rechts)zekerheidsbeginsel.

Bij de totstandkoming van de ANW is erover gediscussieerd of een publieke overlijdensvoorziening nog wel noodzakelijk was. In haar adviesaanvraag aan de SER uit 1987 stelde de regering voor de zogenaamde 1990-generatie (de generatie die vanaf 1 januari 1990 de leeftijd van 18 jaar bereikt) geen nabestaandenuitkering meer te geven, alleen een tijdelijke gewenningsuitkering. Dezelfde regeling zou voor weduwnaars moeten gelden. Naar aanleiding van kritiek van de SER is uiteindelijk afgezien van het maken van onderscheid tussen de 1990-generatie en anderen. De ontwikkelingen met betrekking tot de arbeidsmarktparticipatie van gehuwde vrouwen moesten eerst maar eens een aantal jaren worden gezien. De SER dacht aan een periode van 10 tot 15 jaar. De regering noemde een periode van 10 jaar.⁴⁵ In het tweede ANW-voorstel kwam het punt (behoort het financiële risico van overlijden van de partner niet in eerste instantie tot de eigen verantwoordelijkheid van de burgers zelf?) expliciet

43. *Kamerstukken II* 1994/95, 24 169, nr. 3, p. 1.

44. *Kamerstukken II* 1994/95, 24 169, nr. 6, p. 2.

45. *Kamerstukken II* 1994/95, 24 169, nr. 3, p. 22-23.

aan de orde. Voor de langere termijn werd die vraag door de regering bevestigend beantwoord, voor de korte termijn was de situatie dat mensen zelf beslissen of zij zich willen verzekeren voor het overlijdensrisico 'niet reëel'.⁴⁶ Het punt komt ongetwijfeld weer terug bij de komende evaluatie van de ANW. Na de evaluatie zal een standpunt worden ingenomen met betrekking tot de toekomst van de publieke nabestaandenverzekering. De verwachting is dat steeds meer vrouwen, ook in de oudere leeftijdscategorieën, een eigen inkomen zullen hebben. De arbeidsmarktparticipatiecijfers wijzen daar ook op. Indien zij geen eigen inkomen hebben staat de mogelijkheid van particuliere verzekering van het overlijdensrisico open.⁴⁷ Het voorgaande maakt duidelijk dat het bij de ANW in feite om een in betekenis afnemende publieke voorziening gaat. Ook de wet zelf geeft daar blijk van. Op grond van de uitkeringsvoorwaarde dat men geboren moet zijn voor 1 januari 1950, heeft de ANW het karakter van een sterfhuis. Vanaf 2015 hebben immers alleen nog maar nabestaanden met kinderen en arbeidsongeschikte nabestaanden recht op nabestaandenuitkering.

De ANW laat zien dat de nationale socialezekerheidswetgeving zich dient te voegen naar internationale verplichtingen, in dit geval verplichtingen op het terrein van de gelijke behandeling (m/v) en samenlevingsverbanden. Voorts valt, net als bij de Abw, op hoeveel nadruk er wordt gelegd op de eigen verantwoordelijkheid voor de voorziening in het bestaan. Dit is kenmerkend voor de sociale zekerheid van de jaren negentig. De rol van de sociale zekerheid wordt minder belangrijk, zij krijgt een subsidiair karakter. De overheid stoot haar verantwoordelijkheid voor de sociale zekerheid zelfs deels af. Het benadrukken van de eigen verantwoordelijkheid gaat hand in hand met het accentueren van activering en reïntegratie, waaraan de sociale zekerheid ook een bijdrage kan leveren. 'Van inkomensverschaffing naar werkvoorbereiding en werkverschaffing.'

46. *Kamerstukken II 1994/95, 24 169, nr. 3, p. 7.*

47. *Kamerstukken II 1994/95, 24 169, nr. 5, p. 13.*

3.3.4.4 Conclusie

Wat zeggen deze casussen over de opvattingen van de wetgever met betrekking tot de waarden en uitgangspunten van de sociale zekerheid? De voornaamste les is dat verantwoordelijkheid voor de bestaanszekerheid van de burger niet het monopolie van de publieke collectiviteit is. Die verantwoordelijkheid is een gedeelte. De collectieve verantwoordelijkheid staat naast de eigen verantwoordelijkheid en die van anderen, waarbij in het bijzonder aan de werkgever moet worden gedacht (occupational welfare). Verder is van belang dat de omvang van de verantwoordelijkheden niet vastligt in de tijd. De verantwoordelijkheidsverdeling is aan verandering onderhevig. Ook komt uit de casussen naar voren dat de verantwoordelijkheid van de collectiviteit subsidiaire trekken vertoont. De eigen verantwoordelijkheid voor de voorziening in het bestaan en de verantwoordelijkheid van de werkgever lijken voorrang te hebben. Misschien wat zwaar aangezet: de publieke sociale zekerheid wordt pas geactiveerd, indien de andere verantwoordelijken 'falen'. Tevens is de publieke verantwoordelijkheid een geconditioneerde. Een belanghebbende kan, zo laat bijvoorbeeld de Abw duidelijk zien, in het algemeen slechts een beroep doen op de sociale zekerheid, als hij bereid is zich in te spannen om (weer) zelfstandig in het bestaan te voorzien. Onder omstandigheden kan men van die verplichting worden vrijgesteld. De eigen verantwoordelijkheid komt vooral tot uiting in de sterke nadruk die op de arbeidsparticipatie wordt gelegd. Ten slotte komt het zekerheidsaspect van de sociale zekerheid in een aantal casussen naar voren. Het overgangsrecht onderstreept het belang dat wordt gehecht aan een zekere mate van continuïteit van een eenmaal verworven inkomenspositie.

Uit de casussen is overigens ook duidelijk geworden dat de wetgever steeds een ombuigingsdoelstelling voor ogen heeft gehad. Ondanks de modernisering en aanpassing aan de tijd die soms werd beoogd, hebben de drie wetgevingsprojecten een sterke financiële inslag gehad. Dat is met name opvallend bij de Wet TBA, in wat mindere mate bij de ANW en de Abw. In het wetgevingsproject TBA is, ten slotte, de onverbloemde dominantie van de politieke rationaliteit (zie nader 4.1.4) bijzonder opvallend.

3.4 Algemene conclusie

We hebben uit de omvangrijke sociaalrechtelijke wetgevingsproductie van de laatste twintig jaar zes wetgevingsprojecten geselecteerd, beschreven en geanalyseerd, drie op het terrein van het arbeidsrecht en drie op dat van het socialezekerheidsrecht. Per 'kolom' werden conclusies getrokken. Is het nu ook mogelijk om voor het hele terrein van het sociaal recht aan te geven wat de wetgever bij de door hem geïnitieerde veranderingen in de sociaalrechtelijke wetgeving 'ten diepste heeft bezielde' (vgl. 3.1)? Die vraag is lastig te beantwoorden. Bij de wetwijzigingen is een groot aantal verschillende waarden en uitgangspunten in het geding. Dat ligt ook voor de hand. Het sociaal recht wordt nu eenmaal gekenmerkt door een *pluraliteit van waarden*, zij het dat die waarden wel allemaal samenhangen met het verschijnsel sociale rechtvaardigheid (4.2). De onderzochte wetgevingsprojecten hebben bovendien betrekking op een *verscheidenheid aan onderwerpen*, variërend van (een nieuwe regeling van de) arbeidstijden tot (de modernisering van de) minimuminkomenbescherming bij behoefte. Ook dat leidt ertoe dat de veronderstelling (3.1) van een (één) rode draad als enigszins naïef moet worden gekwalificeerd.

Bekijken we, met het risico van vertekening, de wetgevingsprojecten vanuit een wat hoger standpunt, dan valt vooral op dat de veranderingen veelal betrekking hebben op de vraag naar de *verantwoordelijkheid* voor een bepaald onderwerp op het terrein van arbeid en inkomen. En omdat het om veranderingswetgeving gaat, zijn in het bijzonder *verschuivingen* in die verantwoordelijkheid aan de orde. De verschuivingsrichting loopt meestal van het publieke naar het private domein, wat neerkomt op privatisering en verprivaatrechtelijking. De consequentie daarvan is bijvoorbeeld dat sociale partners meer bevoegdheden krijgen. Soms wordt het aan de burger zelf overgelaten of hij het gat dat de terugtrekkende – dat wil zeggen: verantwoordelijkheid afstotende – overheid laat vallen, wil dichten. De verschuivingsrichting is een enkele keer andersom. Dat is het geval bij de AWAZ, waar de overheid het privéleven van de werknemers als nieuw onderwerp van publieke 'bemoeizorg' heeft ontdekt.

Wat voorts opvalt is het in de jaren negentig sterk toegenomen belang van *arbeidsparticipatie*. Arbeid – dat wil zeggen: betaalde arbeid – is een must, een heilig ideaal. Tien tot vijftien jaar geleden werd arbeid veel lager gewaardeerd dan nu. De ideologie van de economische groei beleeft weer hoogtijdagen. Iedereen moet participeren, zodat de productiecapaciteit maximaal kan worden benut en de welvaart kan toenemen. Tevens verminderen de financieringslasten van de sociale zekerheid. Declinering aan het arbeidsproces is bijna als een *burgerplicht* te beschouwen. De grote waarde die aan arbeidsparticipatie wordt toegeschreven, kan echter ook nog anders worden verklaard. Arbeidsparticipatie sluit aan bij de in het midden van de jaren tachtig geformuleerde emancipatiegedachte dat ieder volwassen individu, ongeacht sekse, burgerlijke staat of leefvorm, de mogelijkheid moet hebben in eigen levensonderhoud te voorzien en voor zichzelf te zorgen. Betaalde arbeid is dé weg naar die *zelfstandige bestaansvoorziening*. De overheid ruimt de obstakels voor deelneming aan het arbeidsproces, waarmee bepaalde categorieën worden geconfronteerd (bijv. vrouwen met kinderen) zoveel mogelijk op. Daar staat tegenover dat – als contraprestatie – van mensen met een socialezekerheidsuitkering wordt verwacht dat zij zich maximaal inspannen om (weer) een plaats in het arbeidsproces te verwerven.

Er is nog een derde punt dat vermelding verdient. Het is overigens wat anders van karakter dan de vorige twee. De wetgever heeft in een aantal gevallen *expliciet* aandacht besteed aan de waarden die, naar zijn mening, bij de voorgestelde veranderingen in het geding waren. Dit is onder andere gebeurd bij de ATW, de Abw en de ANW. Onze indruk is dat de woorden die de wetgever aan die waarden heeft besteed, ook gemeend waren. Het was geen verplicht nummer om andere doelstellingen, bijvoorbeeld bezuinigingen, mee te maskeren. Hiermee spoort ook dat de 'waardenoriëntatie' bij de Wet TBA, primair een financieel-economische maatregel (reductie van het aantal arbeidsongeschikten), nagenoeg ontbreekt.

Relateren we de wetgevingsprojecten, ten slotte, aan de in hoofdstuk 2 beschreven maatschappelijke veranderingen, dan zien we dat zij een groot aantal -eringen raken. In feite zijn, op de meer

sociaal-culturele –eringen als horizontalisering, informalisering en intensivering na, alle –eringen in het geding. Van de relevante –eringen, die overigens systematisch gezien samenhangen en soms ook enige overlap vertonen, spelen vooral *privatisering* en *decollectivering* (2.2.7) en *economisering* en *activering* (2.2.9) een centrale rol. Die veranderingen zijn, vanuit de economische onderbouw bezien, ook het meest representatief voor de ontwikkelingen op het terrein van arbeid en inkomen – of wat anders benaderd: voor de veranderende rol van de overheid in de post-moderne verzorgingsstaat – van de laatste twintig jaar. Wellicht moeten *individualisering* (2.2.1) en *internationalisering* (2.2.6) daar nog aan worden toegevoegd.

BEGINSELEN VAN SOCIALE RECHTSVORMING

4.1 Diverse rationaliteiten

In dit hoofdstuk gaan we op zoek naar de waarden en beginselen die een rol dienen te spelen bij de sociale rechtsvorming. De gebruikmaking van het woord 'dienen' geeft al aan dat we in de grond van de zaak met een normatieve exercitie bezig zijn. In het vorige hoofdstuk hebben we gezien, aan de hand van de analyse van een aantal wetgevingsprojecten van de laatste twintig jaar, dat de Haagse wetgever een groot aantal normatieve uitgangspunten hanteert. Er lijkt soms weinig systeem in de door de wetgever gehanteerde set van uitgangspunten te traceren. De uitgangspunten deinen mee op de golven van het politiek opportunisme, zo is onze indruk (zie hoofdstuk 3).

Hoezeer het vanuit de politiek bezien begrijpelijk is dat bestaande machtsconcentraties en het behoud daarvan belangrijk zijn bij de rechtsvorming, de taak van de rechtswetenschap is een andere. De rechtswetenschap probeert ordening aan te brengen in het proces van rechtsvorming. In het navolgende zullen we in de eerste plaats zien dat er verschillende 'rationaliteiten' een rol spelen bij de totstandkoming van sociale rechtsnormen. Vervolgens zullen we de – belangrijkste – sociaalrechtelijke basiswaarden beschrijven, die bij alle sociale rechtsvorming aan de orde behoren te komen, gevolgd door sociaalrechtelijke variabele waarden die kunnen meedeinen met de trends en de eisen van het specifieke tijdsgewricht. Ten slotte geven we aandacht aan sociaalrechtelijke methoden en technieken, die kunnen worden ingezet ter verwezenlijking van de basiswaarden en variabele waarden.

Zoals gezegd, spelen bij sociale rechtsvorming verschillende rationaliteiten een rol. We onderscheiden een viertal, zonder de pretentie te hebben daarbij uitputtend te zijn. In de eerste plaats is er aandacht voor, wat we zouden willen noemen, waardenrationaliteit, daarna komen de juridische rationaliteit, de economische rationaliteit en de politieke rationaliteit.

4.1.1 Waardenrationaliteit

Rechtsvorming op sociaal gebied heeft een bepaald thema tot onderwerp. Het gaat om arbeidstijden, arbeidsomstandigheden, medezeggenschap, om inkomensbescherming bij ziekte of werkloosheid, reïntegratie, medische zorg in geval van ziekte, om ontslag en om nog heel veel andere onderwerpen. Al die onderwerpen worden in een regeling neergelegd, die in een bepaald juridisch-technisch kader dient te passen en moet aansluiten bij de van toepassing zijnde juridische systematiek. Maar onder het juridisch-technisch kader en de juridische systematiek bevindt zich de basisfilosofie, de onderliggende uitgangspunten, de waarden die een belangrijke rol spelen als fundament van het op te trekken gebouw van regels. Met de verwijzing naar een beroemde politiek-econoom uit de negentiende eeuw zou je ook kunnen spreken van de ideologische onderbouw. Hierbij denken we aan zaken als verantwoordelijkheid, bestaanszekerheid, bescherming, solidariteit, en dergelijke (zie 4.2).

4.1.2 Juridische rationaliteit

Regelgeving is, behalve een ideologische en politieke zaak, ook een juridisch-technische en juridisch-systematische aangelegenheid.

Als er een regeling omtrent het ontslagrecht moet komen of een regeling omtrent de gelijke behandeling inzake arbeidsduur, dan is een belangrijk gegeven dat de arbeidsovereenkomst een civielrechtelijk contract is, welke is geregeld in het BW. Dat is voor de regelgever een belangrijk juridisch-technisch uitgangspunt. Het betekent bijvoorbeeld dat naast de regeling in titel 10 van Boek 7 ook het algemene vermogensrecht van Boek 3 en Boek 6 (een zekere) gelding heeft (Konijn, 1999). Daarmee moet rekening gehouden worden bij de uitwerking van het te regelen onderwerp. De juridische techniek stelt eisen aan de sociale rechtsvorming. Zo was bijvoorbeeld een van de punten

van kritiek op een oud wetsvoorstel tot herziening van het ontslagrecht (een van de wetsvoorstellen die het nooit gehaald heeft, 13 656) dat het de toestemming van de Directeur van het Arbeidsbureau voor ontslag incorporeerde in het BW. Een juridisch-technische gruwel. Voorts valt er in dit verband op te wijzen dat juridische rationaliteit ook meebrengt het voldoen aan internationaalrechtelijke verplichtingen. De ratificatie van een IAO-Verdrag, de implementatie van een EG-Richtlijn, hebben betekenis voor de inrichting van het nationale sociaal recht. Zo is bijvoorbeeld de wens van de regering om IAO-Verdrag 158 te ratificeren (ontslagrecht) een belangrijk gegeven geweest voor de Adviescommissie Duaal Ontslagrecht (zie hoofdstuk 5). Voortdurend zal acht geslagen moeten worden op de betekenis van internationaal sociaal recht binnen onze grenzen.

De socialezekerheidswetgever zal zich bijvoorbeeld voortdurend moeten realiseren dat het socialezekerheidsrecht deel uitmaakt van het bestuursrecht en daarom moet 'gehoorzamen' aan de eisen van de Algemene wet bestuursrecht, bijvoorbeeld op het punt van de zorgvuldigheid van de besluitvorming door de uitvoeringsorganen, het in acht nemen van het evenredigheidsbeginsel bij het opleggen van sancties en het op juiste wijze delegeren of mandateren van bestuurlijke bevoegdheden. Aan de andere kant moet de socialezekerheidswetgever ook rekening houden met de arbeidsrechtelijke techniek en systematiek bij onderwerpen uit het grensgebied van het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht. Voorbeelden zijn werkloosheid en ontslag en ziekte en loondoorbetaling. Analyse van de regeling van dit soort 'gemeenschappelijke' onderwerpen laat zien dat het vaak schort aan een goede afstemming van socialezekerheidsrecht en arbeidsrecht (vgl. Fase, 1993 en 1999).

Kortom, bij sociale rechtsvorming dient de juridische techniek en systematiek goed in het oog gehouden te worden, wil men tot zorgvuldige wetgeving komen (vgl. Stoter, 2000; Van der Vlies, 1991). De wetgever dient de Aanwijzingen voor de regelgeving onder handbereik te hebben. Juridische rationaliteit kan overigens niet zonder waardenrationaliteit. Het is goed mogelijk een onderwerp juridisch-technisch en systematisch tot in de puntjes te regelen, maar gebrek aan ideologische ondergrond kan een

dergelijk regelcomplex zielloos, sociaal onrechtvaardig of zelfs verderfelijk maken.

4.1.3 Economische rationaliteit

Op het gebied van de sociale rechtsvorming speelt de economie een belangrijke rol. Veel regelcomplexen op het terrein van het sociaal recht hebben economische impact en, andersom, de economie beïnvloedt de sociaalrechtelijke rechtsvorming. Of het nu gaat om de arbeidsmarkt, de werkgelegenheid, de werkloosheid, het volume van de sociale zekerheid, de transactiekosten bij ontslag, nutsmaximalisatie, marktwerking, bench marking, de omvang van de collectieve uitgaven of nog andere economische gegevens, ze hebben in veel gevallen een belangrijke rol te spelen in het afwegingsproces dat de regelgever maakt. De rechtseconomie eist zijn plaats op in juridische afwegingsprocessen, en heeft derhalve ook een rol bij de sociale rechtsvorming. Bij de analyse van de wetgevingsprojecten in hoofdstuk 3 hebben we gezien dat economisering, de rol van de markt, arbeidsmarktparticipatie en nog vele andere, aan de economie ontleende, begrippen ook in feite een belangrijke rol speelden. Het ontwerpen van een nieuw ontslagrecht is niet goed mogelijk zonder dat de wetgever zich bewust is van de economische implicaties van de voorgenenomen regeling. De Adviescommissie Duaal Ontslagrecht, zich hiervan kennelijk bewust, voegde dan ook een economisch hoofdstuk toe aan haar advies.

4.1.4 Politieke rationaliteit

Wij leven in een land waar coalitieregeringen de dienst uitmaken. Regeringen oefenen gedurende hun regeerperiode macht uit op basis van een regeerakkoord, waaraan meerdere politieke partijen een bijdrage hebben geleverd. In veel gevallen gaat het om bij de gelegenheid van de kabinetsformatie gesloten akkoorden, die in de regeerperiode in wetgeving moeten worden uitgewerkt. Het betreft meestal compromissen. De op een compromis berustende afspraken in een regeerakkoord moeten vervolgen in debat met de Tweede en Eerste Kamer tot een tekst in het Staatsblad leiden, die kracht van wet heeft. In het verkeer tussen de leden van het kabinet onderling, alsmede tussen het kabinet enerzijds en parlement anderzijds, vinden voortdurend botsingen plaats in het debat over de uitwerking van de gemaak-

te afspraken. Van tijd tot tijd moet er – veelal tijdens een Torenjesoverleg – met de vuist op tafel worden geslagen om een gemaakte afspraak in de door de een of de ander gewenste vorm in een wet neergelegd te krijgen. De afspraak moet en zal dan ook worden geïmplementeerd. Nemen we bijvoorbeeld voor ogen het proces rond de privatisering van de ZW,¹ dan valt op te merken dat, hoeveel argumenten er ook tegen dit proces van privatisering werden ingebracht, de politieke rationaliteit meebracht dat het nu eenmaal om een afspraak in het regeerakkoord ging en het dus moest worden uitgevoerd.

Verder kan politieke rationaliteit meebrengen dat leden van het parlement voor een bepaalde wet stemmen, terwijl ze er in feite tegen zijn, maar behoud van de coalitie en behoud van de regeermacht brengt een dergelijk stemgedrag met zich mee. Volgens de politicologische theorie zijn politici uit op herverkiezing. Die doelstelling bepaalt hun politieke gedrag. Het daaruit voortvloeiende 'behagen' van de kiezers kan echter botsen met hetgeen de waarden- en de juridische rationaliteit verlangen. Ook kan het voorkomen dat er politieke uitruilen plaatsvinden tussen onderwerpen die in de ogen van de burger niets met elkaar te maken hebben. Zo kan instemmen met een nieuw belastingstelsel gepaard gaan met toezeggingen over het asielbeleid, en kan een eventueel nieuw ontslagrecht worden afgeruild tegen (een hypothetisch voorbeeld) een extra tunnel voor de hogesnelheidslijn. Voor sommigen zal de term politieke rationaliteit dan ook een innerlijk tegenstrijdige combinatie van begrippen zijn. Bezien vanuit de gedachte dat politiek om macht gaat en dat het er om gaat zoveel mogelijk van je gedachten via machtsgebruik doorgevoerd te krijgen, is het wel rationeel.

Naast de genoemde rationaliteiten zijn er nog wel meer te benoemen, zoals bijvoorbeeld maatschappelijke rationaliteit, maar, zoals gezegd, we streven niet naar volledigheid. Het gaat erom aan te geven dat bij sociale rechtsvorming in ieder geval een aantal rationele invalshoeken gebezigd wordt. Benoeming ervan kan helpen het proces inzichtelijk, transparant en ordelijk te laten verlopen.

1. De invoering van de WULBZ in 1996.

4.2 Sociaalrechtelijke basiswaarden

Na te hebben vastgesteld dat verschillende rationaliteiten *tegelijk* een rol spelen bij sociale rechtsvorming, concentreren we ons nu op de grondslagen van het sociaal recht.

Arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht zijn in de loop van de vorige eeuw gebouwd op een aantal paradigmatische pijlers, basiswaarden. Onder een algemene noemer zijn deze waarden het best aan te duiden als uitdrukkingvormen van sociale rechtvaardigheid. Over de betekenis en inhoud van dit begrip is veel geschreven en nagedacht. Voor ons onderwerp is vooral de verdelende variant van het rechtvaardigheidsbegrip van belang. Het sociaal recht streeft naar rechtvaardige verhoudingen op het terrein van arbeid en inkomen. Bij de verdeling van die – op zich schaarse – goederen alleen op grond van economische posities komen sommigen 'te kort', wat als onrechtvaardig moet worden beschouwd. De verdelende (sociale) rechtvaardigheid eist compensatie van dat tekort. Wetgeving kan een bijdrage aan die tekortreductie leveren, behoort daaraan een bijdrage te leveren. Het belang van sociale rechtvaardigheid mag niet worden onderschat. Sociale rechtvaardigheid, 'de actieve functie der gerechtigheid' (Van Esveld, 1967: 11), is namelijk ook voorwaarde voor sociale cohesie, voor een geïntegreerde maatschappij, waarvan geen individuen of groepen zijn buitengesloten.

Met de sociaalrechtelijke basiswaarden wordt bedoeld op algemeen erkende uitgangspunten die over een lange periode een belangrijke rol spelen bij de totstandbrenging van sociale rechtsvorming. Het gaat hierbij niet om een vast aantal, evolutie is van alle tijden. Ook gaat het om enigszins abstracte begrippen, die altijd nadere invulling behoeven. Met name de nadere invulling ervan kan tot 'vele cijfers achter de komma' geschieden en is dan dikwijls weer voorwerp van verschil van inzicht. Over de gedachte bijvoorbeeld dat werknemers bescherming verdienen als economisch zwakkere ten opzichte van de economisch sterke werkgever, zullen velen het eens zijn. Of die bescherming zover dient te gaan, dat er in alle gevallen een preventieve toets van bijvoorbeeld een ongewild ontslag van de werknemer is, geeft aanleiding tot uiteenlopende antwoorden. Daarover later.

Wij onderscheiden de volgende sociaalrechtelijke basiswaarden:

1. verantwoordelijkheid;
2. bestaanszekerheid;
3. bescherming;
4. solidariteit;
5. non-discriminatie;
6. participatie.

De keuze voor juist deze basiswaarden heeft iets subjectiefs. Over het 'rijtje' is zeker discussie mogelijk. Aan de andere kant zitten we er vermoedelijk niet ver naast. De genoemde basiswaarden hebben zich, naar onze mening, in de loop van de tijd duidelijk 'bewezen'. Dat dit zo is, blijkt bijvoorbeeld uit de ontwikkeling van het denken over het verschijnsel sociale zekerheid.

In de lange geschiedenis van de sociale zekerheid is er – binnen en buiten de politiek – veel, en vaak ook heftig, gediscussieerd over de waarden en doelstellingen van de sociale zekerheid. Vanzelfsprekend was dat het geval ten tijde van de introductie van de sociale verzekeringen en gedurende de eerste decennia daarna. In die periode (1890-1920) zijn de fundamenteën gelegd voor het socialeverzekeringsgebouw. Een tweede periode begint met de publicatie van het bekende rapport van de Commissie-Van Rhijn in 1945 over vormgeving van de sociale zekerheid in de jaren na de Tweede Wereldoorlog en loopt door tot de totstandkoming van de eerste volksverzekeringen in de jaren vijftig (1945-1960). De vervanging van de Armenwet door de Abw, de optrekking van het niveau van de uitkeringen-volksverzekeringen tot aan het sociaal minimum en de totstandkoming van de WAO markeren een volgende periode (1960-1970). In de jaren tachtig, toen er sprake was van een ingrijpende herstructurering van de Nederlandse sociale zekerheid, is eveneens vrij principieel over de sociale zekerheid gedebatteerd (1980-1987). In de jaren tachtig en negentig, ten slotte, staan weer andere fundamentele kwesties ter discussie. Privatisering van de sociale zekerheid en activering (reïntegratie) zijn dan de belangrijkste thema's.

Die debatten laten belangrijke tegenstellingen zien. Toch kan worden vastgesteld dat er in de loop van de tijd een grote mate van consensus is bereikt over de vraag wat de basiswaarden van

de sociale zekerheid zijn. Er is een gemeenschappelijk socialezekerheidsidee ontstaan, dat ook een duidelijk normatieve functie heeft. Met dit laatste bedoelen we dat de politiek en de zich conform die gemeenschappelijke opvattingen moeten gedragen. De te treffen socialezekerheidsmaatregelen moeten aan dat (normatieve) socialezekerheidsidee beantwoorden. De wetgever kan zich er niet 'straffeloos' aan onttrekken. Wijkt hij te veel af, dan kan dit leiden tot massaal, soms emotioneel verzet van belanghebbenden. Ten dele is dat verzet gericht op het veilig stellen van de eigen bedreigde positie. Maar het verzet richt zich tegelijkertijd op de verdediging van de sociale zekerheid als waarde. Het effectueren van de concrete maatregelen waartegen men bezwaar heeft, zou resulteren in iets dat men niet meer als sociale zekerheid (h)erkent. De maatregelen die in de jaren tachtig onder de naam 'stelselherziening sociale zekerheid' werden gepresenteerd, werden door veel belanghebbenden als de 'afbraak' van de sociale zekerheid ervaren. Hetzelfde gold voor de ingrijpende herziening van de WAO uit het begin van de jaren negentig. Een herziening die de PvdA bijna heeft gespleten en het kabinet-Lubbers III (1989-1994) aan de rand van de afgrond heeft gebracht.

4.2.1 Verantwoordelijkheid

Verantwoordelijkheid en bestaanszekerheid zijn begrippen die onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Verantwoordelijkheid betreft de vraag tot wiens 'werkterrein' de zorg voor de bestaanszekerheid van de burger behoort. Is de burger zelf verantwoordelijk, de leefeenheid waartoe hij behoort, zijn werkgever, sociale partners, de overheid? Is wellicht sprake van een meervoudige, gecombineerde verantwoordelijkheid? Zo ja, is er dan een bepaalde rangorde in verantwoordelijkheden aan te wijzen? De verantwoordelijkheidsvraag is in feite een verdelingsvraag (vgl. SER, 1994). Wie draagt in welke mate (en om welke reden) verantwoordelijkheid voor de bestaanszekerheid van de burger? Dat de verantwoordelijkheid op zich een gedeelde is, wordt niet betwist. Lastiger te beantwoorden is de vraag wie in welke mate verantwoordelijk is.

In ons huidige maatschappelijk systeem ligt een zwaar accent op de eigen verantwoordelijkheid van de burger. Uitgangspunt is

dat ieder individu verantwoordelijk is voor zijn eigen bestaan (vgl. Beleidsplan Emancipatie: 23). Hij heeft zelf te zorgen voor inkomen, een dak boven zijn hoofd en bescherming tegen het ongemak dat een mens gedurende zijn leven kan overkomen. Daarnaast draagt ook de overheid een substantiële verantwoordelijkheid. Verder zijn er nog anderen die deel hebben aan de verantwoordelijkheid. De werkgever en het gezin werden al genoemd. Hierover wordt, wat de hoofdlijnen betreft, door de politieke en maatschappelijke stromingen vrij eensgezind gedacht. De opvattingen lopen evenwel uiteen als het gaat om de concrete toepassing van deze uitgangspunten. Van groot belang is ook dat de standpunten over de omvang en invulling van de verantwoordelijkheden in de tijd gezien verschillen. Bij de totstandkoming van de sociale verzekering in het begin van de vorige eeuw was er bijvoorbeeld krachtige oppositie aan de rechterkant van de liberale en protestants-christelijke stromingen tegen de overheidsbemoeienis op dit terrein. In onze tijd is er sprake van een – niet door iedereen onderschreven – afkalving van de dominante positie die de overheid zich in de loop van de tijd heeft verworven. Die afkalving, onderdeel van een terugtrekkende overheid, kent een ‘natuurlijke’ tegenhanger in toenemende privatisering. Die laatste ontwikkeling impliceert een belangrijke verschuiving in de verantwoordelijkheidsverdeling die erop neer komt dat de eigen verantwoordelijkheid van de burger en de verantwoordelijkheid van anderen, in het bijzonder de werkgevers, sterk toenemen. Het subsidiariteitsbeginsel, dat langere tijd een wat sluimerend bestaan heeft geleid, is weer helemaal terug.

Er bestaat geen vaste, juridisch gefixeerde, tijdloze sleutel voor de verdeling van de verantwoordelijkheid voor de bestaanszekerheid. De verdeling is de uitkomst van de – zich voortdurend wijzigende – maatschappelijke en politieke opvattingen. Zij is ook afhankelijk van de vigerende machtsverhoudingen. De verschillen in opvatting plegen doorgaans via het beproefde instrument van het polderlandse compromis te worden overbrugd. In de hoogtijdagen van de verzorgingsstaat in de jaren zeventig werd, achteraf gezien, de verantwoordelijkheid van het individu wellicht te veel overschaduwed door de publieke verantwoordelijkheid. In reactie daarop is in de jaren negentig, mede aangezwen-

geld door de in hoofdstuk 2 behandelde individualisering, de verantwoordelijkheid van het individu voor het eigen bestaan weer op een gelijker plan getrokken met de verantwoordelijkheid van de overheid voor die individuen die niet zelf actief hun verantwoordelijkheid kunnen waarmaken. Dat ze daartoe niet in staat zijn, wordt overigens niet zonder meer aangenomen. Van de betrokkenen wordt een actieve opstelling verwacht. Hun inspanningen om zelf in het bestaan te voorzien, worden steeds kritischer getoetst.

Ondanks de afkalving is de verantwoordelijkheid van de overheid voor de bestaanszekerheid van de burger nog altijd indrukwekkend groot. Miljoenen mensen bijvoorbeeld zijn voor de voorziening in hun bestaan afhankelijk van de sociale zekerheid, het instituut waarin die (publieke) verantwoordelijkheid bij uitstek gestalte heeft gekregen. Jaarlijks gaat er meer dan 150 miljard gulden in de sociale zekerheid om. Dit komt overeen met 18 procent van het bruto binnenlands product. Sociale zekerheid omvat, zoals al eerder werd opgemerkt (3.3.2) die voorzieningen die als publieke, publiekrechtelijk geregelde, bestaanszekerheidsvoorzieningen worden aangemerkt. Daarnaast zijn er allerlei niet-publieke bestaanszekerheidsvoorzieningen, bijvoorbeeld de verplichting van de werkgever zijn zieke werknemer een bepaald gedeelte van het loon te betalen en de verplichting van ex-echtgenoten tot het betalen van alimentatie. Voor de niet-publieke bestaanszekerheidsvoorzieningen dragen anderen de verantwoordelijkheid, de burger zelf, de werkgever, de (voormalige) leden van het gezin, et cetera.

Die niet-publieke bestaanszekerheidsvoorzieningen zijn overigens niet altijd vrij van publieke bemoeienis. Zo geldt voor de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever een wettelijk gefixeerde ondergrens, namelijk het minimumloon (zie art. 7:629 lid 1 BW). Ook in de publieke bemoeienis met de niet-publieke bestaanszekerheidsvoorzieningen manifesteert zich de verantwoordelijkheid van de overheid voor de realisering van de bestaanszekerheid van de burger.

De verantwoordelijkheid van de overheid voor de publieke bestaanszekerheid is juridisch vastgelegd in de Grondwet en in een

aantal internationale documenten. In de artikelen 19 en 20 van de Grondwet wordt de rechtspositie van werknemers, hun bescherming en de bestaanszekerheid van de bevolking tot zorg van de overheid verklaard. Verder kan worden gewezen op het ESH, op grond waarvan de overheid zich dient te bemoeien met onder andere de rechten op arbeid, billijke arbeidsvoorwaarden, billijke beloning en sociale zekerheid. Ook de vele IAO-conventies stellen de overheid verantwoordelijk voor diverse sociaal-rechtelijke onderwerpen, van gelijke behandeling en vrijheid van vakvereniging tot de minimumomvang van de socialezekerheidsprestaties. Die (nationale en internationale) grondrechtelijke 'aandacht' onderstreept het belang van de rol van de overheid op sociaalrechtelijk terrein. Van de overheid wordt een actieve opstelling verwacht. Zij dient handelend op te treden, maatregelen te treffen. Die maatregelen bestrijken een zeer breed terrein. Zij betreffen niet alleen de beleidsvorming, de normstelling, en de uitvoering, maar ook de financiering en de geschilbeslechting.

4.2.2 Bestaanszekerheid

Basisuitgangspunt van het sociaal recht, zowel het arbeidsrecht als het socialezekerheidsrecht, is bestaanszekerheid. Wij zijn in onze samenleving van oordeel dat aan individuen via de regelgeving enigerlei vorm van bestaanszekerheid dient te worden geboden. Dat kan in het arbeidsovereenkomstenrecht uitgewerkt worden in bepalingen omtrent de loonbetaling door de werkgever, welke bepalingen van dwingend recht zijn, en in bepalingen betreffende het ontslagrecht, waar behoud van werk bij het ontbreken van een redelijke grond voor ontslag centraal staat. Ook valt te denken aan de dwingende bepalingen omtrent het minimumloon. En het socialezekerheidsrecht is zelfs in volle omvang een instrument tot het verschaffen van bestaanszekerheid aan mensen die bescherming nodig hebben.

Bestaanszekerheid is een term die na de diepe economische crisis van de jaren dertig en de Tweede Wereldoorlog deel is gaan uitmaken van het politieke vocabulaire (o.a. Van Rhijn, 1947: 2). De term komt sinds 1983 ook in de wetgeving voor en wel in artikel 20 lid 1 Gw. Het begrip bestaanszekerheid is daar echter niet omschreven. Tijdens de parlementaire behandeling van de bepaling

heeft minister De Gaay Fortman verklaard dat het bij bestaanszekerheid om bestaanszekerheid in sociaal-economische zin gaat.² Bestaanszekerheid omvat meer dan de zorg van de overheid voor de sociale zekerheid en de bijstand, genoemd in het tweede en derde lid van artikel 20 Gw. Ook het beleid met betrekking tot de vaststelling van het minimumloon en het algemene economische beleid vallen eronder.³ Verder is van belang dat ook het grondrecht op arbeid, geregeld in artikel 19 Gw, enkele aspecten kent (zorg voor de werkgelegenheid, regeling rechtspositie), die met bestaanszekerheid samenhangen.⁴ Het recht op bestaanszekerheid heeft een duidelijk overkoepelende functie. Daardoor fungeert het ook als brug tussen het grondrecht op arbeid en de rechten op sociale zekerheid en bijstand. Het recht op bestaanszekerheid ziet niet alleen op het inkomen van de arbeidende mens, maar ook op de zorg voor het inkomen van mensen die niet meer door arbeid in hun onderhoud kunnen voorzien

De regering beseftte dat het moeilijk was om aan te geven wanneer er echt van bestaanszekerheid sprake is. 'Dat is van tijd en plaats afhankelijk.' Er is wel een zekere notie dat er een grens is waar beneden men niet meer van bestaanszekerheid kan spreken: de armoedegrens, het bestaansminimum. In de praktijk tracht men die grens zoveel mogelijk te objectiveren, bijvoorbeeld in de bijstandsnormen. 'Naar onze opvatting mag de samenleving niet accepteren dat een lid daarvan niet de mogelijkheid heeft een redelijk bestaan te leiden. De overheid dient ernaar te streven dat ieder een bestaansminimum verschafft wordt.' Bestaanszekerheid is dus een normatief concept.⁵ Het begrip menswaardig bestaan, uitgangspunt bij de verlening van bijstand, drukt hetzelfde uit. Het minimum is geen biologisch minimum, die tijden liggen achter ons. Dit neemt niet weg dat er in Nederland sprake is van vrij omvangrijke armoede. Een op de

2. *Kamerstukken II 1976/77, 13 873, nr. 7, p. 19.*

3. *Kamerstukken II 1975/76, 13 873, nrs. 1-4, p. 12.*

4. Het oorspronkelijke voorstel voor artikel 19 lid 1 Gw bevatte ook nog de expliciete bepaling dat de zorg van de overheid erop gericht was om een ieder in staat te stellen in zijn onderhoud te voorzien. Dat zag onder andere op een billijke beloning en een beloning die een behoorlijk levenspeil zou verschaffen (*Kamerstukken II 1976/77, 13 873, nr. 7, p. 13*).

5. *Kamerstukken II 1976/77, nr. 7, p. 17-18, 19.*

zeven huishoudens leeft namelijk beneden de armoedegrens (SCP en CBS, 2000: 16-17).

Dat het in artikel 20 lid 1 Gw om een sociaal-economisch bestaanszekerheidsbegrip gaat, blijkt ook uit de rest van de bepaling. Daarin is namelijk sprake van (de zorg van de overheid voor de) spreiding van welvaart. De beperking tot het sociaal-economische heeft een zekere evidentie, maar bestaanszekerheid kan natuurlijk ook op andere aspecten betrekking hebben, bijvoorbeeld op de veiligheid (politie, defensie, waterstaat, etc.). Ook kan men denken aan een adequaat niveau van gezondheid, huisvesting en onderwijs (kennis en vaardigheden).

Een belangrijk bestanddeel van het verschijnsel bestaanszekerheid is 'zekerheid'. Zekerheid duidt op voorspelbaarheid en continuïteit. In juridische zin gaat het om rechtszekerheid: de werknemer/burger heeft aanspraak op kenbare, wettelijk gedefinieerde en gegarandeerde 'prestaties'. Voldoet hij aan de wettelijk vastgelegde voorwaarden, dan moet het orgaan dat belast is met de uitvoering van de betreffende regeling, de prestaties (in geld, in natura) toekennen. De belanghebbende mag er bovendien op rekenen dat gepresteerd wordt, zolang aan de geldende voorwaarden wordt voldaan.

Zekerheid, maar geen zekerheid voor de eeuwigheid. Terecht niet. Economische en demografische omstandigheden veranderen bijvoorbeeld. Hetzelfde geldt voor de economische, culturele, juridische maatschappelijke en politieke opvattingen. Verandering is onontkoombaar en universeel. De wetgeving, de basis van de aanspraken van de burger, wordt aangepast, in een voor de belanghebbende gunstige richting (verhoging uitkering) of in een voor hem ongunstige (verlaging uitkering, verzwaring voorwaarden). Dergelijke aanpassingen komen veelvuldig voor. Bij 'neerwaartse' aanpassingen ontstaat er – soms grote – spanning met de bij de belanghebbenden levende, door hen vaak als onvoorwaardelijke toezeggingen ervaren verwachtingen. Hun bestaanszekerheid wordt aangetast, met soms als bijkomend gegeven dat compenserende (private) alternatieven ontbreken of financieel onbereikbaar zijn. De oplossing van het conflict tussen enerzijds de (politieke) noodzaak tot aanpassing van de wet-

geving en anderzijds de verwachtingen van de belanghebbenden wordt doorgaans gevonden in een overgangsrechtelijk regime waarin met die verwachtingen enigermate rekening wordt gehouden. Veelal worden oude, lopende, gevallen pas na verloop van tijd onder de nieuwe, voor hen ongunstiger regelgeving gebracht. Het overgangsregime kan er evenwel ook anders uitzien. Een algemeen recept ontbreekt hier, zoals uit de literatuur (zie Cusell e.a., 1995) en enkele kabinetsnotities, de *Notitie inzake overgangsrecht bij wijzigingen in sociale verzekeringswetten* en de *Notitie overgangsrecht in de sociale zekerheid*,⁶ blijkt. Van deze, vaak schrijnende en soms tot bittere emoties aanleiding gevende (rechts)zekerheidsproblematiek zijn uit de afgelopen decennia nogal wat voorbeelden voorhanden. Het bekendste daarvan is waarschijnlijk de overgang van de AWW naar de ANW (1996), die geleid heeft tot de oprichting van de actiegroep Weduwen in de kou, enkele aanpassingen van het oorspronkelijke overgangsregime en talloze gerechtelijke procedures.⁷

Deze overgangsrechtelijke problematiek is ook aanleiding geweest voor het uit de kast halen van het recht op bescherming van de eigendom, zoals geregeld in het Eerste Protocol van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (vgl. Pennings, 1998; Scheinin en Krause, 1997). Onder invloed van een privaatrechtelijke (verzekerings)optiek, is er sprake van het individualiseren, dat wil zeggen: aan het individu toerekenen, van de aanspraken op sociale zekerheid. Sociale zekerheid als collectief concept verdwijnt daardoor enigszins uit beeld. Enigszins, want de bescherming die de grondrechtelijke bepalingen tegen verslechtering van de socialezekerheidswetgeving bieden, lijkt toch, alles bij elkaar genomen, betrekkelijk gering te zijn (vgl. Heerma van Voss, 1984). 'In het verleden behaalde resultaten ...'.⁸ De meeste houvast

6. *Kamerstukken I* 1992/93, 22 013, nr. 461 en *Kamerstukken I* 1999/00, 25 900, nr. 87.

7. Zie recent CRvB 24 januari 2001, USZ 2001/49 en 50, waarin werd erkend dat de aanspraak op een nabestaandenuitkering als 'eigendom' moet worden aangemerkt, maar dat de gedeeltelijke ontneming van dit recht als gevolg van de inwerkingtreding van de ANW binnen de grenzen was gebleven van artikel 1 Eerste Protocol.

8. Vgl. CRvB 31 maart 1995, RSV 1996/28.

geven de verdragen die de verdragsstaten verplichten tot het in acht nemen van bepaalde minimumniveaus. Tot die verdragen behoren in het bijzonder een aantal IAO-verdragen, waaronder het bekende IAO-Verdrag nr. 102 betreffende de minimumnormen van sociale zekerheid uit 1952. Naar dit gezaghebbende verdrag wordt ook verwezen in artikel 12 ESH, dat de verdragsstaten verplicht om hun stelsels van sociale zekerheid op een 'bevredigend' peil te houden, dat ten minste gelijk is aan het peil vereist voor bekrachtiging van Verdrag nr. 102. In het algemeen komt Nederland zijn verplichtingen op dit punt na (vgl. Jacobs, 1992). Wel heeft de Nederlandse regering de laatste tijd de nogal dubieuze instelling om tot opzegging van dit soort verdragen te besluiten, indien het door haar gewenste beleid met die verdragen in strijd blijkt te zijn. De andere oplossing, het beleid in overeenstemming met haar internationale verplichtingen, ziet zij kennelijk niet als optie (zie Pennings, 1997). Hier dreigen de economische en de politieke rationaliteiten ten onrechte de overhand te krijgen.⁹

De door de sociale zekerheid beoogde bestaanszekerheid kent twee (instrumentele) varianten. Enerzijds gaat het om zekerheid die als inkomenszekerheid kan worden gekwalificeerd. De tweede variant is die van de werkzekerheid.

Inkomenszekerheid is de zekerheid dat men over voldoende inkomen (budget) kan beschikken om in de kosten van het bestaan te kunnen voorzien. Het gaat daarbij zowel om het eigen, individuele bestaan, als om dat van degenen waar men juridisch of economisch verantwoordelijkheid voor draagt ([ex-]partner, kinderen). De normale positie is dat men inkomen verwerft door deelneming aan het betaalde arbeidsproces. Dat inkomen kan echter (gedeeltelijk) wegvallen als gevolg van het intreden van bepaalde (sociale) risico's als ziekte, arbeidsongeschiktheid, werkloosheid of het overlijden van de verzorger/kostwinner. Het inkomen kan verder onvoldoende zijn om daaruit specifieke uitgaven te financieren (medische kosten, kosten van kinderen, etc.). In de derde plaats is sprake van een ontoereikend inkomen wanneer dit beneden het politiek erkende sociale minimum ligt.

9. Overigens weet de Tweede Kamer de voorgenomen opzegging doorgaans te verhinderen.

In deze drie gevallen wordt de sociale zekerheid actief: zij verstrekt een vervangend of aanvullend inkomen of vergoedt bepaalde kosten.

Onder werkzekerheid wordt verstaan: het hebben van toegang tot het betaalde arbeidsproces, zodat men in staat is zelf inkomen te verwerven. Werkzekerheid mag niet worden uitgelegd als een aan een individu toekomend recht op een concrete arbeidsplaats. Een dergelijk recht is in ons maatschappelijk stelsel en economisch systeem ondenkbaar. De toegang tot het arbeidsproces is afhankelijk van de kennis, vaardigheden en ervaring van de belanghebbende. Ook zal hij op de hoogte moeten zijn van voor hem relevante vacatures en eventueel bereid zijn een teruggang in inkomen te accepteren. Verder zijn de vraag naar arbeid en de bereidheid van de werkgever personen met een bepaald deficiënt te engageren, relevante factoren. Zijn deze factoren 'suboptimaal', dan zijn dit evenzoveel barrières voor toetreding tot het arbeidsproces of, een variant, voor het behoud van een plaats in het arbeidsproces. De sociale zekerheid nu biedt voorzieningen om die barrières te slechten of te verlagen. Dat gebeurt via bijvoorbeeld om- en herscholing, loonkostensubsidies, premiekortingen en subsidies voor aanpassing van arbeidsplaatsen aan de handicap van de werknemer/sollicitant.

Vaak wordt de sociale zekerheid vereenzelvigd met inkomenszekerheid. In dat verband gebruikt men het – meestal als negatief bedoelde – beeld van de uitkeringsfabriek. Sociale zekerheid is in die benadering niet meer dan het plakken van een pleister op een financiële wond. Dit beeld van de doelstelling en de taakopvatting van de sociale zekerheid is tot op zekere hoogte juist, maar het behoeft wel aanvulling. Onderzoek van de geschiedenis van de sociale zekerheid laat namelijk zien dat er toch ook voortdurend aandacht voor de werkzekerheidsdoelstelling van de sociale zekerheid heeft bestaan (zie Noordam, 2001). Sinds het laatste decennium van de vorige eeuw beleven we een majeure beleidsverschuiving van inkomenszekerheid naar werkzekerheid. Die verschuiving houdt onder andere verband met het beleid om het raadselachtig, hardnekkig hoge arbeidsongeschiktheidsvolume onder controle te krijgen. 'Werk boven inkomen' is in dat verband het parool.

Deze verschuiving in de sociale zekerheid, die wat recenter ook op het terrein van de werkloosheid en de bijstand zichtbaar is geworden, sluit aan bij de bredere beleidsdoelstelling tot vergroting van de arbeidsparticipatie. Die is in Nederland relatief laag, waardoor onder andere de financierbaarheid van de sociale zekerheid gevaar loopt. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid heeft in vele rapporten aandacht gevraagd voor de noodzaak te komen tot een vergroting van de arbeidsparticipatie (o.a. WRR, 1990). De verschuiving sluit, ten slotte, ook aan bij het sterker benadrukken van de eigen verantwoordelijkheid voor de voorziening in het bestaan en het accentueren van de verplichtingen van de uitkeringsgerechtigden, wat weer onderdeel is van de aanscherping van het handhavingsbeleid in de sociale zekerheid.

4.2.3 Bescherming

Arbeidsrecht is Schutzrecht, zeggen de Duitsers. Bescherming van de economisch zwakkere werknemer tegen de economisch sterke werkgever is een van de al lang erkende pijlers van het arbeidsrecht. Hiermee verbonden is het begrip ongelijkheidscompensatie, waarbij ervan uitgegaan wordt dat aan de werknemer meer rechten worden gegeven dan aan de werkgever, teneinde de eerste in ieder geval juridisch op een gelijk niveau te brengen als de tweede (zie Rood-bundel, 1997). Bescherming tegen onveilige arbeidsomstandigheden, bescherming tegen draconische arbeidstijden, bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag, bescherming tegen een onredelijk concurrentiebeding, bescherming tegen onredelijke wijziging van arbeidsvoorwaarden, het zijn alle uitdrukkingen van het beschermingsbeginsel. Het hele publieke en civiele arbeidsrecht is doordrenkt van de beschermingsgedachte. Soms expliciet via daartoe strekkende regels, soms impliciet via algemene normen als bijvoorbeeld goed werkgeverschap. Een systematische beschermingsopbouw, beginnend bij de grondrechten, kennen we in het arbeidsrecht niet. Dat leidt soms tot problemen, bijvoorbeeld in het verband van de vrijheid van meningsuiting van werknemers (klokkenluiders) (Verhulp, 1997).

Sociale zekerheid biedt een financiële compensatie bij inkomensschade en inkomenstekorten die verband houden met het

optreden van bepaalde sociale risico's alsmede voorzieningen voor het wegnemen van de hindernissen – tekort aan scholing, tekort aan vaardigheden en kennis, onvoldoende interesse aan de kant van werkgevers – op de weg naar betaald werk. Sociale zekerheid vergoedt, sociale zekerheid beschermt. Men zou verwachten dat die bescherming alleen wordt geboden aan degenen die die bescherming ook werkelijk nodig hebben, kortom de economisch zwakkeren. Een dergelijke 'selectieve' benadering was inderdaad gangbaar gedurende de aanvangsfase van de sociale zekerheid. Karakteristiek waren de zogenaamde loongrenzen, die in (bepaalde) sociale verzekeringen voorkwamen. Alleen met een inkomen beneden de loongrens viel men binnen de werkingssfeer van de betreffende regelingen. 'Inkomens' boven de loongrens werden geacht voor zichzelf te zorgen of een beroep te doen op hun werkgever of, indien mogelijk, op de private verzekeringsmarkt.

De selectieve benadering is na de Tweede Wereldoorlog verdwenen. De naoorlogse, expansieve verzorgingsstaat had grootse pretenties, waaronder 'sociale zekerheid voor allen'. De jaren dertig hadden nagenoeg de hele bevolking economisch gedeclasseerd. Sociale zekerheid nu was de plechtige belofte dat die tijd definitief voorbij was, voor iedereen. Het recht op sociale zekerheid was een (algemeen) mensenrecht. De werkingssfeer van de sociale zekerheid werd universeel. Loongrenzen stonden daar haaks op en werden dan ook afgeschaft.¹⁰ Ook de volksverzekeringen zijn op die universaliteitsgedachte gebaseerd. Het behoorde tot de verantwoordelijkheid van de publieke collectiviteit om daar inhoud aan te geven.

Sinds enige tijd is er sprake van een revival van het oorspronkelijk selectieve uitgangspunt van de sociale zekerheid. Zo is in de AOW in de jaren tachtig een inkomenstoets ingevoerd, in de Nabestaandenwet gebeurde dat in de jaren negentig. De sociale zekerheid is alleen bestemd voor degenen die die zekerheid echt nodig hebben. De ANW biedt overigens nog een voorbeeld van de nieuwe, meer selectieve benadering. Nabestaanden die gebo-

10. Een uitzondering was de Ziekenfondswet, waarin nog altijd een loongrens voorkomt.

ren zijn op of na 1 januari 1950 vallen in beginsel buiten de werkingssfeer van de nabestaandenverzekering. Zij worden geacht over eigen inkomsten te beschikken, hetzij omdat zij deelnemen aan het arbeidsproces, hetzij omdat zij het overlijdensrisico particulier hebben verzekerd. Of deze herwaardering van het selectieve karakter van de sociale zekerheid zal doorzetten, moet worden afgewacht. Van een discussie over de herinvoering van loongrenzen is bijvoorbeeld nog geen sprake. Een meer selectieve sociale zekerheid zou overigens naadloos aansluiten bij de eerder geschetste individualiserings- en privatiseringstenden-
dens.

4.2.4 Solidariteit

Een individu is niet alleen op de wereld. Wij leven samen in een groep, en hebben verantwoordelijkheid te nemen voor elkaar. Dat uit zich in solidariteit, die een plaats krijgt in het sociaal recht. Voor wat betreft het arbeidsrecht valt bijvoorbeeld te denken aan het anciënniteitsbeginsel bij ontslag: bij een collectief ontslag gaan de jongeren eerder met ontslag dan de ouderen. De gedachte hierachter is dat ouderen langer aan het bedrijf verbonden zijn geweest, er meer tijd van hun leven hebben ingestopt, op de arbeidsmarkt een moeilijker positie innemen en slechter aan nieuw werk kunnen komen dan jongeren. Jongeren worden geacht solidair te zijn met ouderen en in voorkomende gevallen de prijs van ontslag te betalen. De in veel CAO's voorkomende VUT-regelingen zijn ook geheel en al op solidariteit gebaseerd: werknemers die de VUT-gerechtigde leeftijd nog niet hebben bereikt, moeten meebetalen aan een VUT-fonds waar ze misschien zelf nooit gebruik van zullen maken. Ofwel omdat ze de VUT-gerechtigde leeftijd niet halen, ofwel omdat tegen de tijd dat zij VUT-gerechtigd zijn, deze regeling is afgeschaft. Solidariteit is een belangrijk uitgangspunt voor arbeidsrecht.

Uit de genoemde voorbeelden blijkt dat wordt uitgegaan van het bestaan van vakorganisaties. De vakbonden hebben een belangrijke rol gespeeld en te spelen bij het 'organiseren' van solidariteit. In het in december 2000 in Nice vastgestelde EU-Handvest van de grondrechten is een apart hoofdstuk opgenomen onder de titel 'Solidariteit'. In dat hoofdstuk IV wordt, in navolging van de IAO-Verdragen 87 en 98, vakbondsvrijheid en onderhande-

lingsvrijheid gegarandeerd (art. 28). In dit verband kan worden gesproken van een zekere autonomie van de vakbonden en werkgeversorganisaties. Die autonomie is in Nederland in de afgelopen 20 jaar sterk toegenomen. Als het gaat om collectieve arbeidsovereenkomsten, is de autonomie van de contractsluitende partijen groot te noemen. Onder invloed van IAO-Verdragen 87 en 98 heeft de overheid zich vrijwel geheel teruggetrokken van bemoeienis op het terrein van de loonvorming. De overheid heeft uiteraard wel gedachten over de door haar gewenste loonstijging bij de afsluiting van nieuwe collectieve contracten, maar mist thans een juridisch instrument om hier dwingend op te treden. De Wet op de loonvorming is in de jaren tachtig en begin jaren negentig zodanig gewijzigd, dat de overheid vrijwel alleen nog in situaties van heel snel opkomende economische rampen op dit terrein enige zeggenschap heeft. Denk bijvoorbeeld aan de Golfoorlog of een snel opkomende oliecrisis. Doet zich een dergelijke situatie niet voor, dan is de autonomie van CAO-partijen vrijwel volledig.

Ook op individueel niveau kan gesproken worden over autonomie van contractpartijen. Vallen zij onder een algemeen verbindend verklaarde CAO, dan is hun autonomie aanmerkelijk minder dan in de situatie wanneer zulks niet het geval is. Ook hier is variatie mogelijk. In de huidige tijd van decentralisatie, individualisering en maatwerk is vergroting van de autonomie van individuele contractspartijen ten opzichte van de collectieve contractspartijen aan de orde van de dag. CAO's à la carte, cafetaria-CAO's, mantelcontracten en meer van dergelijke figuren zijn in zwang geraakt om de autonomie van individuele contractspartijen te vergroten.

Het lijkt geen twijfel dat solidariteit ook een basiswaarde van de sociale zekerheid is (vgl. Van Oorschot e.a., 1996: 14 e.v.; Komter e.a., 2000). Solidariteit was indertijd een belangrijke drijfveer voor de machthebbers om tot een stelsel van sociale zekerheid te komen. De sociale zekerheid wortelt in de mensonwaardige omstandigheden waarin grote delen van de bevolking in de tweede helft van de negentiende en de eerste helft van de twintigste eeuw leefden. Velen hadden geen werk, velen ook behoorden tot de armen. Maar ook indien men wel werk had, was dit geen

garantie voor een enigszins stabiel, menswaardig bestaan. Uit onderzoek waren de ellendige levensomstandigheden duidelijk geworden, de literatuur had die bevindingen gepopulariseerd. Het toenmalige establishment kon zich niet langer afzijdig houden. Daarbij kwam dat het ook rationeel gezien onverstandig was, niets te doen. De machthebbers hadden groot belang bij het treffen van sociale maatregelen. Immers, op die manier werd de voor het veilig stellen van hun machtsposities noodzakelijke politieke rust gekocht. Dit eigenbelang was de tweede drijfveer om tot maatregelen in de sfeer van de sociale zekerheid te besluiten (vgl. Weijel, 1973: 3).

Economisch gezien is sociale zekerheid een correctie op de (primaire) inkomensverdeling zoals deze door deelneming aan het productieproces tot stand komt. Sociale zekerheid impliceert herverdeling van inkomens. De criteria voor de herverdeling wortelen in overwegingen van sociale aard. Voorwaarde voor de herverdeling is een maatschappelijk erkende, reële of veronderstelde behoefte bij degene aan wie inkomen wordt overgedragen. Irrelevant is of er, zoals op de arbeidsmarkt, een andersoortige, gelijkwaardige prestatie van de ontvanger van dat inkomen tegenoverstaat. Een zodanige herverdeling berust op het beginsel van solidariteit. Solidariteit is de bereidheid van een individu of een groep om anderen te laten delen in de voordelen waarover dat individu of die groep beschikt zonder daarvoor een (gelijkwaardige) tegenprestatie te verlangen. Solidariteit is in essentie gebaseerd op gevoelens van lotsverbondenheid, op het besef dat iedereen de kans loopt op die solidariteit van anderen een beroep te moeten doen. Aan solidariteit wordt vaak de eis gesteld van beleving en spontaneïteit. De sociale zekerheid als een anoniem, bureaucratisch verschijnsel is daar wel erg ver van verwijderd. Desondanks mag men sociale zekerheid en solidariteit op elkaar betrekken. Sociale zekerheid is een gestandaardiseerd, professioneel gestructureerd solidariteitssysteem.

Solidariteit komt in ons socialezekerheidsstelsel onder andere tot uitdrukking in de (mede)bekostiging van de sociale zekerheid uit de algemene middelen, in flatrate-uitkeringen bij inkomensafhankelijke premies, in premieverschuldigheid zonder dat risico wordt gelopen, in veronderstelde maar niet getoetste

behoeften, in premies die niet corresponderen met individuele risico's, et cetera.

Interessant is de vraag of in de ontwikkeling van de sociale zekerheid het solidariteitsgehalte toe- of afneemt. Minstens zo belangwekkend is de daarmee samenhangende vraag hoe de eventuele toe- of afname kan worden verklaard. Dit zijn bijzonder lastig te beantwoorden vragen, waarvoor in het bijzonder cultuurhistorisch onderzoek noodzakelijk is. Dat onderzoek is tot nu toe niet gedaan. De uitbreiding van het publieke stelsel van sociale zekerheid in de vorige eeuw kan men zien als een toename van de mate van solidariteit, de reconstructie van hetzelfde stelsel in de jaren tachtig en negentig als een afname. De verlaging van uitkeringsniveaus, de verzwaring van de 'toetredingsvoorwaarden', de privatisering van bepaalde onderdelen van de sociale zekerheid en het differentiëren van premies naar individuele risiconiveaus demonstreren die afname (vgl. Fluit, 2001).

Het solidariteitsbeginsel kent als tegenpool het zogenaamde verzekeringsbeginsel (equivalentiebeginsel). Dit beginsel stamt uit de private verzekering. Het verzekeringsbeginsel verlangt, verzekeringstechnisch gezien, een evenredig verband tussen de hoogte van de te betalen premie en de omvang van het risico dat de verzekeraar loopt. Ook moet er evenredigheid bestaan tussen de hoogte van de premie en de schadeuitkering (vgl. Van Oorschot e.a., 1996: 14 e.v.). Het is betwist wat de precieze betekenis van het verzekeringsbeginsel is voor de sociale zekerheid, in het bijzonder de sociale verzekering. Naarmate er sprake is van minder solidariteit in de sociale zekerheid neemt de betekenis van het verzekeringsbeginsel toe. Premiedifferentiatie, een verschijnsel dat de laatste tijd in belang toeneemt, is daar bijvoorbeeld een bevestiging van.

4.2.5 Non-discriminatie

Onderscheid maken bij de arbeid op grond van geslacht, ras, etnische afkomst, religieuze overtuiging, seksuele geaardheid et cetera is onaanvaardbaar. Artikel 1 Gw verbiedt onderscheid op welke grond dan ook. Voor de wet zijn allen gelijk, dus ook voor de arbeidswet. Dit beginsel is neergelegd in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), die ook betrekking heeft op ar-

beidsrechtelijke situaties. Het is een relatief nieuwe basiswaarde voor het arbeidsrecht, die pas vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw in toenemende mate op een inmiddels zeer brede steun in de samenleving kan rekenen. De AWGB kent thans een achttal discriminatiegronden. Een proces is gaande om hier nog enkele aan toe te voegen, zoals bijvoorbeeld leeftijd en arbeids-handicap. Het gaat hier niet om absolute verboden om onderscheid te maken, rechtvaardigingsgronden zijn in wet- en regelgeving terug te vinden.

Het beginsel van non-discriminatie – of, bezien vanuit een wat andere invalshoek, gelijke behandeling – lijkt een van de nieuwe basiswaarden van de sociale zekerheid te zijn, maar dat is, historisch gezien, zeker niet correct. Vaak wordt het vraagstuk van de gelijke behandeling versmald tot dat van gelijke behandeling/discriminatie op het terrein van sekse (m/v). Die beperking is verklaarbaar, maar de problematiek is veel breder. Neem de ongehuwd samenwonenden, een categorie die traditioneel anders werden behandeld dan de gehuwden. Het voorkomen van niet-huwelijkse samenlevingsverbanden (vroeger: concubinaat of economische eenheid) werd meestal genegeerd, ontkend, zeker indien het om combinaties van personen van hetzelfde geslacht ging. Dat gebeurde, ondanks het feit dat beide typen samenlevingsverbanden 'huishoudeconomisch' in hoge mate vergelijkbaar waren. De gelijkebehandelingsproblematiek speelt ook op het terrein van leeftijd en nationaliteit.

Het tegengaan van nationaliteitsdiscriminatie heeft de oudste papieren. Al in de kinderjaren van de sociale verzekering was er aandacht voor dit type discriminatie. Nederland sloot verdragen met andere mogendheden waarin de gelijke behandeling van elkaars onderdanen werd gegarandeerd. Het eerste van die verdragen was een verdrag met het Duitse Rijk uit 1907, dat de enige jaren daarvoor in Nederland geïntroduceerde ongevallen-verzekering betrof. Dit verdrag is door een groot aantal andere bilaterale verdragen gevolgd. Na de oprichting van de IAO (1919) kwamen ook enkele multilaterale verdragen met non-discriminatiebepalingen tot stand. Na de Tweede Wereldoorlog breidde de aandacht voor discriminatie naar nationaliteit zich nog weer verder uit. Non-discriminatie naar nationaliteit werd

een van de dragende beginselen van de Europese (Economische) Gemeenschap. Het vrije verkeer van personen¹¹ binnen de EG, met de daarvoor onmisbare Brusselse coördinatie¹² van de onderling sterk verschillende stelsels van sociale zekerheid van de lidstaten, is 'existentieel' afhankelijk van een juiste, ruimhartige toepassing van het beginsel van non-discriminatie naar nationaliteit.

De doorbraak – in de sociale zekerheid – van het non-discriminatiebeginsel naar andere terreinen dateert van het eind van de jaren zestig, het begin van de jaren zeventig van de vorige eeuw. De juridische kapstok waaraan die doorbraak werd opgehangen, waren de mensenrechtenverdragen met hun non-discriminatiebepalingen en het recht van de Europese Economische Gemeenschap. Van belang zijn in dit verband het bekende artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en Richtlijn nr. 79/7 van de Raad van Ministers van de EEG van 19 december 1978, betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, de zogenaamde Derde Richtlijn.¹³ Een belangrijke motor voor de gelijke behandeling was het feminisme, dat in de tweede helft van de jaren zestig een belangrijke comeback beleefde. Ook de internationale en de nationale rechter hebben een grote rol gespeeld (vgl. Piso, 1998). Het proces van ecartering van ongelijke behandeling in de sfeer van de sociale zekerheid is bijzonder moeizaam verlopen. Er moest afstand worden gedaan van generatiesoude, vaak religieus gefundeerde oordelen en vooroordelen. Bovendien werd gelijke behandeling als een grote kostenverzwarende factor beschouwd. En kostenverzwaring paste niet in een tijd waarin het beleid gefixeerd was op terugdringing van de collectieve uitgaven.

Bij de behandeling van het beschermingsbeginsel is gewezen op de expansie van het socialezekerheidsstelsel. Die expansie betrof de zelfstandigen en werknemers werkzaam in de collectieve sector.

11. Zie o.a. artikel 39 lid 2 EG-Verdrag.

12. Verordening (EEG) nr. 1408/71.

13. PbEG 1979 L 6/24.

Dat deze groepen onder de sociale zekerheid zijn gebracht, kan ook worden gezien als toepassing van het beginsel van gelijke behandeling. De zelfstandigen verschillen sociaal-economisch niet wezenlijk van hun loonafhankelijke collega's en voor de overheids-werknemers werd hun status niet langer als een voldoende rechtvaardiging voor het bestaan van eigen regelingen gezien.

4.2.6 Participatie

Onder participatie wordt verstaan deelnemen. Het begrip kent meerdere toepassingen. Het kan gaan om deelneming aan het arbeidsproces, waar we het oog hebben op arbeidsmarktparticipatie. Het kan ook gaan om deelneming in het proces van beleidsvorming en beslissing in de onderneming of instelling waar men werkt, ook wel medezeggenschap genoemd. Schrijvend over de sociaalrechtelijke basiswaarden doelen we met participatie op de laatste gegeven betekenis. In de Grondwet is het recht op medezeggenschap verankerd (art. 19) en ook in het EU-Handvest voor de grondrechten is het terug te vinden (art. 27). In onze nationale wetgeving is representatieve participatie terug te vinden in de Wet op de ondernemingsraden en in Boek 2 BW bij de benoeming van de leden van de Raad van Commissarissen in structuurvennootschappen.

Uitgaande van een mondig individu dat een eigen verantwoordelijkheid kent, is het uitgangspunt van participatie intussen, zo blijkt wel, algemeen erkend. Werknemers die willen meepraten en beslissen over de wijze waarop dat werk wordt uitgevoerd en de richting waarin het bedrijf gaat, hebben via de ondernemingsraad de mogelijkheid om daarin te participeren.

Behalve representatieve participatie ontstaan ook andere vormen, bijvoorbeeld directe participatie (werkoverleg, zelfsturende teams) en financiële participatie (optie- en aandelenbezit van werknemers).

Participatie is voor de sociale zekerheid een bijzonder belangrijk beginsel. De overheid is op het terrein van de sociale zekerheid geen monopolist. Belanghebbenden – werkgevers, werknemers, cliënten en patiënten, uitvoerders – nemen deel (of hebben deelgenomen) aan de beleidsvorming, de normstelling, de financiering, de uitvoering en de rechtspraak op het terrein van de sociale zekerheid. De betrokkenheid van in het bijzonder

werkgevers en werknemers, althans van hun vertegenwoordigers, is een belangrijke karakteristiek van de Nederlandse sociale zekerheid. Die betrokkenheid ligt, gelet op de verwevenheid van sociale zekerheid en arbeidsvoorwaarden, een terrein dat aan werkgevers en werknemers toebehoort, voor de hand, maar is niet vanzelfsprekend. Bij de totstandkoming van de Ongevallenwet 1901 hebben een aantal werkgevers, met parlementaire steun van de ARP-er Abraham Kuypers, een poging gedaan een plaats te krijgen in de uitvoering van de wet. De regering had zich uitgesproken voor uitvoering door een staatsorgaan, de Rijksverzekeringsbank. Die poging is toen mislukt. Twee decennia later hebben werkgevers (en werknemers) wel vaste voet gekregen in de uitvoering. Via de zogenaamde bedrijfsverenigingen¹⁴ voerden zij een aantal socialeverzekeringsregelingen uit. Ook participeerden zij in de rechtspraak. De inmiddels verdwenen raden van beroep hebben ongeveer negentig jaar lang loekenrecht uit werkgevers- en werknemerskring gekend. Bovendien bemanden werkgevers en werknemers tot in de jaren vijftig van de vorige eeuw scheidsgerichten, die belast waren met de rechtspraak in socialeverzekeringsgeschillen tussen belanghebbenden en de net genoemde bedrijfsverenigingen.

De eigen uitvoering en rechtspraak beantwoordde aan het ideaal van het zelfdoen. Dat ideaal houdt direct verband met ideeën over soevereiniteit in eigen kring, subsidiariteit en, juridisch benaderd, functionele decentralisatie. Verder waren werkgevers en werknemers betrokken bij de beleidsadvisering via onder andere de SER en de Sociale Verzekeringsraad. Ook financierden zij via de premieheffing de uitgaven op het terrein van de sociale verzekering.

Het is opvallend dat de invloed van werknemers en werkgevers de laatste tien jaar sterk is teruggedrongen. De bedrijfsverenigingen zijn bijvoorbeeld in 1997 van het toneel verdwenen. Dat was de boete die werkgevers en werknemers, de 'eigenaren' van de bedrijfsverenigingen, moesten betalen voor het wanbeheer van in het bijzonder de WAO.¹⁵ Verder paste het verdwijnen van

14. In het moderne juridische jargon: b-organen in de zin van de Awb.

15. Vgl. de uitkomsten van de parlementaire enquête naar de uitvoeringsorganen sociale verzekeringen van de Commissie-Buurmeijer (*Kamerstukken II* 1992/93, 22 730, nrs. 7-8).

de bedrijfsverenigingen bij de wens de concurrentie in de uitvoering van de werknemersverzekeringen te bevorderen. In de op stapel staande (verdere) herziening van de uitvoeringsorganisatie¹⁶ wordt de invloed van werknemers en werkgevers nog verder gereduceerd.

Loopt de invloed van werkgevers en werknemers terug, een omgekeerde beweging zien we als het gaat om de invloed van cliënten. In de jaren tachtig is in de sfeer van de door de gemeenten uitgevoerde sociale voorzieningen een beweging op gang gekomen om aan cliënten (uitkeringsgerechtigden) of hun vertegenwoordigers invloed toe kennen op in het bijzonder de beleidsuitvoering. Cliëntenparticipatie beantwoordt aan de legitieme wens tot inspraak en zelfbepaalde belangenbehartiging. Cliëntenparticipatie houdt ook een erkenning in van de uitkeringsgerechtigde als volwaardige burger. Hij is meer dan alleen een afhankelijk object van zorg. Voor de gemeenten is cliëntenparticipatie een efficiënte methode om de kwaliteit van de uitvoering te toetsen. De sociale verzekeringen lopen hier wat achter. Dit houdt ongetwijfeld verband met het feit dat de werknemersorganisaties zich traditioneel als de vertegenwoordiger van ook de uitkeringsgerechtigden opwierpen. Dat standpunt is inmiddels verlaten.

4.3 Sociaalrechtelijke variabelen

Als vast gegeven bij iedere activiteit die strekt tot sociale rechtsvorming dienen de sociaalrechtelijke basiswaarden, zoals hierboven weergegeven, in acht te worden genomen. Daarenboven kennen we ook sociaalrechtelijke variabele waarden. Het gaat hier om een uitwerking van de basiswaarden, die kan variëren al naar gelang maatschappelijke ontwikkelingen en trends zich voordoen (zie hoofdstuk 2). Een variabele is bijvoorbeeld de kring van beschermden. Bescherming van economisch zwakkeren is op zichzelf een sociaalrechtelijke basiswaarde, maar wie precies tot de kring van beschermden behoren, kan variëren al naar gelang de maatschappelijke ontwikkeling. Anders gezegd: de groep van degenen die bescherming behoeven kan worden

16. Gedoeld wordt op de voornemens die het etiket SUWI dragen.

uitgebreid en ingekrompen. Hetzelfde geldt voor het niveau van bescherming, daar kan worden gevarieerd met een hoog, een gemiddeld en een laag niveau, en voor de beschermde risico's. We onderscheiden de volgende sociaalrechtelijke variabelen: kring van beschermden, het beschermingsniveau, de wederkerigheid in de verhouding individuele werkgever/werknemer en in de relatie prestatiegerechtigde en uitvoeringsorgaan of, wat ruimer, de publieke collectiviteit.

4.3.1 Kring van beschermden

Bescherming van economisch zwakkeren is een basiswaarde. Wie precies tot de kring van beschermden behoren, is een variabele aangelegenheid. Zien we bijvoorbeeld in de praktijk van alledag zich een groep flexibele werknemers ontwikkelen, waarvan soms vaststaat dat ze werken onder de vigeur van een arbeidsovereenkomst, maar soms ook niet, dan is het mogelijk om de kring van beschermden uit te breiden via de techniek van het rechtsvermoeden. Zo is de kring van beschermden via de Wet flexibiliteit en zekerheid uitgebreid van degenen die zeker beschikken over een arbeidsovereenkomst, tot degenen die vermoedelijk beschikken over een arbeidsovereenkomst, tenzij de werkgever het tegendeel bewijst. De laatste groep is geholpen in de nieuwe artikelen 7:610a en 610b BW. De kring van beschermden is hier uitgebreid. Evenzeer is mogelijk deze kring van beschermden te beperken. Bijvoorbeeld is denkbaar om de categorie statutaire directeurs van vennootschappen niet meer tot de kring van beschermden inzake het arbeidsovereenkomstenrecht te rekenen. Het gaat hier om directeurs-groootaandeelhouders, of om leden van Raden van Bestuur van grote of grotere ondernemingen, die allen zeer wel in staat zijn in vrije onderhandeling hun eigen boontjes te doppen. In het vorige belastingregime hebben veel van deze directeurs gekozen voor de management-BV als juridische vorm om zich te verhuren aan hun opdrachtgever. Het ondergeschiktheids criterium van de arbeidsovereenkomst is bij de overeenkomst tussen een vennootschap en diens statutaire directeur dubieus (Huijzink, 1989). Pleitbaar is om in deze rechtsverhouding te spreken van een opdracht in plaats van een arbeidsovereenkomst, nu immers een gezagsrelatie ontbreekt. Zo oordeelde de Centrale Raad van Beroep in ieder geval over de directeur-groootaan-

deelhouder.¹⁷ Pleitbaar is ook dat door de opdrachtnemer gewenste bescherming tegen bijvoorbeeld onredelijk ontslag kan worden neergelegd in de contractuele regeling daaromtrent. Thans is een dergelijke 'golden parachute' in veel gevallen al de praktijk, maar altijd nog tegen de achtergrond van de ruime bescherming die het ontslagrecht in zijn algemeenheid aan werknemers biedt. De gedachte aan meer differentiatie in de kring van beschermden spoort met de maatschappelijke trend van individualisering (zie verder over ontslagrecht en bestuurders van vennootschappen: 5.2.2).

De beschermende werking van de sociale zekerheid heeft zich voortdurend uitgebreid. Steeds meer groepen zijn in de loop van de tijd onder de paraplu van de sociale zekerheid gebracht. De evolutie van regelingen die zich alleen op de economisch zwakkeren richtten, naar de latere volksverzekeringen demonstreert dit fraai. Iedere ingezetene kreeg toegang tot die regelingen. Er werd geen rekening gehouden met de eventuele (andere) inkomsten waarover de belanghebbende beschikte, bijvoorbeeld inkomsten uit arbeid. Niet de behoefte, maar de veronderstelde behoefte was voldoende. Een inkomenstoets werd overigens ook strijdig geacht met het aan de particuliere verzekering ontleende verzekeringsbeginsel waarop de volksverzekeringen berustten, zo was de opvatting.

Met economisch zwakkeren werden geruime tijd alleen de arbeiders (werklieden) of, met een wat modernere term, werknemers bedoeld. Dit punt werd al genoemd (4.2.3). Wat wij nu werknemersverzekeringen noemen, werd vroeger aangeduid als arbeidersverzekeringen of arbeidersverzekeringswetgeving. Naast de arbeidersverzekeringen ontstonden op den duur echter ook regelingen voor andere categorieën. Daarbij ging het in het bijzonder om regelingen voor zelfstandigen. Over de wenselijkheid van uitbreiding van de beschermende werking van de sociale verzekeringen tot zelfstandigen is veel gediscussieerd. Lange tijd was de dominante opvatting dat zelfstandigen voor eigen rekening en risico aan het arbeidsproces deelnamen, met als consequentie dat zij de gevolgen van ziekte en werkloosheid ook zelf moesten dragen. Langzamerhand verloor die opvatting terrein.

¹⁷. CRvB 4 oktober 1985, *RSV* 1986, 21.

Het belangrijkste argument om zelfstandigen onder de verplichte sociale zekerheid te brengen, was dat hun sociaal-economische positie in het algemeen niet wezenlijk van die van werknemers verschilde. In het bijzonder had men daarbij de zogenaamde kleine zelfstandigen op het oog. Met kleine zelfstandigen werd bedoeld op zelfstandigen beneden een bepaalde inkomensgrens. Na de Tweede Wereldoorlog volgde de 'erkenning' van de kleine zelfstandigen als beschermingswaardige categorie. In het socialezekerheidsbeleid werden zij voortaan – conform de werknemers – als economisch zwakkeren behandeld. Er kwamen speciale regelingen voor kleine zelfstandigen en wat later werden zij, net als de werknemers, onder de werking van de volksverzekeringen gebracht.

4.3.2 Beschermingsniveau

Voortbordurend op het hierboven gegeven voorbeeld van de statutaire directeurs van vennootschappen kan worden vastgesteld dat thans voor hen niet het algemene opzegverbod van het BBA geldt. Kennelijk heeft de wetgever deze bescherming niet nodig gevonden voor de genoemde groep personen. De variabiliteit van het beschermingsniveau kan op veel wijzen worden geïllustreerd. Voor wat betreft het ontslagrecht bijvoorbeeld valt in het oog de wijziging die heeft plaatsgevonden bij de inwerkingtreding van de Wet flexibiliteit en zekerheid ten aanzien van de opzeggingstermijnen. Waren tot 1 januari 1999 de opzegtermijnen van ouderen langer dan die van jongeren, thans is dat niet meer aan de orde. Speciale regels ten aanzien van werknemers van 45 of 50 jaar en ouder zijn uit het BW gehaald. Wel is nog een verband gelegd met de duur van het dienstverband. Ook de hierachter nog te bespreken vraag of een werknemer preventief dan wel repressief beschermd moet worden tegen ontslag, is een vraag van het niveau van de bescherming die aan economisch zwakkeren moet worden geboden.

De socialezekerheidsregelingen die een voorziening bij inkomensverlies bieden, hebben een verschillende oorsprong, wat weerspiegeld wordt in verschillende beschermingsniveaus. Sommige regelingen zijn gebaseerd op het idee van de schadevergoeding. De als gevolg van bepaalde risico's (arbeidsongeschiktheid door een bedrijfsongeval, ziekte) geleden inkomensschade

moet worden vergoed. Gewaarborgd moet zijn dat de 'getroffene' zijn vroegere levensstandaard zoveel mogelijk kan continueren. Dit resulteert in uitkeringen die een bepaald percentage van het voorheen genoten inkomen belopen. Het gaat hier in wezen om schadeverzekeringen. Dit type sociale verzekeringen pleegt men in verband te brengen met de rijkskanselier Bismarck, de initiator ervan in het Duitse Keizerrijk van het einde van de negentiende eeuw. Aan de introductie van de sociale verzekeringen in Duitsland lag overigens het uitgesproken politieke motief ten grondslag de opkomende socialistische beweging de wind uit de zeilen te nemen. De regelingen, en ook dat was kenmerkend, beperkten zich namelijk tot de loonarbeiders. De schadevergoeding is doorgaans geen volledige. Die onvolledigheid komt tot uitdrukking in de maximering van de uitkeringspercentages en in het feit dat schade boven een bepaald niveau niet wordt vergoed.

De overige socialezekerheidsregelingen hebben een andere achtergrond. Daarbij gaat het om regelingen die een minimumlevensstandaard garanderen, waarbij de relatie met een eerder inkomensniveau ontbreekt. Die regelingen gaan uiteindelijk terug op de armenzorg. Aan deze regelingen is de naam van de Engelse econoom en politicus Beveridge verbonden. Beveridge is bij ons vooral bekend door het Beveridge-plan uit de Tweede Wereldoorlog, dat voor Nederland een inspiratiebron is geweest voor de herinrichting van ons stelsel van sociale zekerheid na de oorlog. Hét voorbeeld van dit type socialezekerheidsregelingen zijn de volksverzekeringen, die uit de tweede helft van de jaren vijftig van de vorige eeuw dateren (AOW en AWW). De volksverzekeringen konden uitkeringen die voor iedereen gelijk waren. Zij hadden een algemene, niet tot een bepaalde beroepsgroep beperkte werkingssfeer. De uitkeringen zijn na verloop van tijd gekoppeld aan het niveau van het wettelijk minimumloon.

In het huidige stelsel van sociale zekerheid treft men deze tweedeling nog steeds aan. Wel is binnen de 'Bismarckregelingen', de regelingen van het eerste type, sinds het midden van de jaren tachtig een ontwikkeling zichtbaar van toenadering tot de regelingen van het 'Beveridetype'. Het beschermingsniveau is een combinatie van inkomengerelateerde schadeuitkeringen en uit-

keringen gekoppeld aan het niveau van het sociaal minimum. Het uitkeringspatroon is ruwweg het volgende: gedurende enige tijd wordt een schadeuitkering verstrekt, waarna, bij voortduring van de arbeidsongeschiktheid of werkloosheid, wordt overgeschakeld op uitkeringen met een sociaalminimumkarakter.

4.3.3 Beschermd risico's

De bescherming van de sociale zekerheid varieert niet alleen naar categorie en niveau, maar ook naar risico. Het risico, een verzekeringstechnisch begrip, is een toekomstige, in de meeste gevallen ook onzekere gebeurtenis die, als zij zich realiseert, tot voor de getroffen negatieve gevolgen leidt, in het bijzonder tot inkomensschade of inkomensstekorten. De sociale zekerheid compenseert die negatieve gevolgen. De sociale zekerheid kent een groot aantal 'beschermd' of sociale risico's. De belangrijkste daarvan zijn arbeidsongeschiktheid (ziekte, invaliditeit), werkloosheid, ouderdom, overlijden, onderhouden van kinderen, ziekte (gebrek) en behoeftigheid. De meeste van deze risico's hebben al een lange traditie. Zo kende de Ongevallenwet 1901 niet alleen een inkomensvoorziening bij arbeidsongeschiktheid ten gevolge van een bedrijfsongeval, maar ook geneeskundige voorzieningen bij ziekte (gebrek) en uitkeringen bij ouderdom en overlijden. Behoeftigheid als risico dateert al uit de negentiende eeuw. Het onderhouden van kinderen en werkloosheid zijn relatief 'jonge' sociale risico's. De risico's zijn ook internationaal aanvaard, zij het soms onder wat andere benamingen. Uitbreiding van de catalogus is niet te verwachten. Soms wordt ervoor gepleit een socialezekerheidsvoorziening in het leven te roepen ingeval van echtscheiding of verlating. In feite gaat het dan om het wegvallen van de kostwinner, een variant op het overlijdensrisico. Pleidooien om bepaalde risico's te schrappen of de werking ervan te beperken maken meer kans. Die pleidooien betreffen vooral de risico's van (kortdurende) arbeidsongeschiktheid en overlijden, soms ook het onderhouden van kinderen. De ratio van publieke dekking van deze risico's is niet voor iedereen evident meer. Sommige van deze risico's zijn, technisch gezien, particulier goed verzekerbaar. Dit leidt tot een (partiële) privatisering van deze risico's.

4.3.4 Wederkerigheid

De inhoud van het door werkgever en werknemer gesloten arbeidscontract is een relatieve factor in het geheel van omstandigheden en factoren die de inhoud van de wederkerige arbeidsbetrekking tussen beiden bepaalt. Onder de wederkerige arbeidsbetrekking is te verstaan de rechtsrelatie tussen werkgever en werknemer, die ontstaat ten gevolge van het sluiten van een arbeidsovereenkomst. In het arrest Van der Lely/Taxi Hofman heeft de Hoge Raad laten zien dat de waarde van contractuele clausules relatief is en dat de wederkerige arbeidsbetrekking in zijn geheel moet worden beschouwd als het erom gaat onder bepaalde omstandigheden rechtsvragen te beantwoorden. In de genoemde casus ging het om een taxichauffeur die met zijn baas was overeengekomen niet meer als taxichauffeur maar als administratief medewerker werkzaam te zullen zijn. Door omstandigheden gedwongen wilde de werkgever van Van der Lely hem weer als taxichauffeur laten werken, doch werd geconfronteerd met een werknemer die wees op de contractuele afspraak dat hij dat nu juist niet meer zou doen. De Hoge Raad oordeelde dat werkgever en werknemer over en weer verplicht zijn zich als goed werkgever en werknemer te gedragen en zulks brengt wat betreft de werknemer mee dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden in het werk in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen indien aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.¹⁸ Deze uitspraak van de Hoge Raad wordt in de literatuur ook wel gezet in de sleutel van de vraag of een arbeidscontract moet worden gezien als een puur contractuele aangelegenheid, dan wel dat het arbeidscontract eerder beschouwd moet worden als een institutie (Van Slooten, 1999). In de arbeidsrechtelijke theorie wordt onderscheid gemaakt tussen *institutionalisten* en *contractualisten* (Heerma van Voss, 1996). Contractualisten gaan ervan uit dat het arbeidscontract het belangrijkste gegeven is en dat contracten dienen te worden nagekomen. De institutionalisten wijzen erop dat een arbeidscontract slechts een relatieve aangelegenheid is, nu het zich afspeelt in de omstandigheden van een onderneming die voortdurend aan wijziging onderhevig zijn.

18. HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199.

Dat brengt met zich mee dat ook een arbeidscontract afhankelijk van de omstandigheden gewijzigd kan worden. In het genoemde Van der Lely/Taxi Hofman-arrest heeft de Hoge Raad zich bekend tot de institutionalisten. Maar belangrijker is wellicht dat ook in het algemene contractenrecht zich reeds enige tijd een ontwikkeling afspeelt waarbij afscheid is genomen van het klassieke contractsbegrip met een strikte afbakening van de contractuele gebondenheid. Het contract wordt veeleer gezien als een rechtsbetrekking (relationship) nu immers in vele gevallen niet meer exact valt aan te geven wanneer de contractuele gehoudenheid begint en eindigt. Deze notie heeft ook weer veel te maken met het gegeven dat de eertijds scherpe grenzen tussen contractenrecht en onrechtmatige daad zijn vervaagd (zie Van Erp, 1990; Van der Heijden, 1999).

De bescherming die de sociale zekerheid biedt, is een geconditioneerde. De verantwoordelijkheid van de overheid voor de bestaanszekerheid van de burger is niet onbegrensd. Behalve de overheid dragen ook anderen, waarbij in het bijzonder aan de burger zelf moet worden gedacht, daarvoor verantwoordelijkheid. Herinnerd wordt aan de door de Commissie-Van Rhijn (1945) verwoorde rechtsgrond van de sociale zekerheid. In de formulering daarvan komt die meervoudige verantwoordelijkheid helder tot uiting.¹⁹ 'De gemeenschap is aansprakelijk op voorwaarde dat ...'. Die voorwaarde houdt in dat van de burger bepaalde inspanningen worden verwacht als het om de (zijn) bestaanszekerheid gaat. Indien de burger zich die inspanningen heeft getroost en hij desondanks in een 'behoefte' positie geraakt, kan hij 'met recht en reden' een beroep doen op de sociale zekerheid. Hij heeft zich daarvoor dan 'geplaatst'. Het geconditioneerde karakter van de sociale zekerheid is uitdrukking van de in essentie wederkerige relatie tussen de gemeenschap en haar burgers. Sociale zekerheid is een straat met tweerichtingsverkeer.

19. In de optiek van Van Rhijn gaat het, strikt genomen, om een tweevoudige verantwoordelijkheid, namelijk van de overheid en van de burger. Dit is een betrekkelijk beperkte zienswijze. Ook anderen, bijvoorbeeld de werkgever of het gezin, dragen verantwoordelijkheid.

Een probleem is wat van de burger wordt verlangd. Het antwoord daarop verandert met de tijd en de heersende maatschappelijke en morele opvattingen. Toch valt er in algemene zin wel iets over te zeggen.²⁰ Het uitgangspunt, waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat het een zekere tijdloosheid bezit, is dat de burger in de eerste plaats zelf verantwoordelijk is voor de voorziening in het bestaan. Verwacht wordt dat hij die verantwoordelijkheid ook neemt. Daarbij hoort dat de burger zich inspant tot het verkrijgen of behouden van een plaats in het betaalde arbeidsproces. Dit betekent bijvoorbeeld inschrijving als werkzoekende bij het arbeidsbureau, het volgen van noodzakelijke scholing, een actief sollicitatiegedrag en het aanvaarden van arbeid die als passend wordt aangemerkt. Voorts is de burger gehouden om de uitvoeringsorganen van de sociale zekerheid te informeren (spontaan en op verzoek) over feiten en omstandigheden die relevant zijn voor zijn recht op socialezekerheidsprestaties. Deze verplichtingen zijn van sancties voorzien, die er soms in bestaan dat de uitkering (gedeeltelijk) wordt geweigerd, soms in een bestuurlijke boete.

De eigen verantwoordelijkheid houdt tevens in dat de burger bepaalde risico's afdekt via particuliere verzekering of via vermogensvorming. Van een wat andere orde is de verwachting dat de burger bijdraagt aan de financiering van de sociale zekerheid, via het betalen van premies of belastingen. Vereist is daarvoor dat de burger over een bijdrageplichtig inkomen beschikt. Het niet bijdragen aan de financiering omdat bijdrageplichtig inkomen ontbreekt, leidt niet tot het onthouden van socialezekerheidsprestaties. Dit is een uitvloeisel van het solidaire karakter van de sociale zekerheid. Maar ook de belanghebbende die wel over relevant inkomen beschikt, maar niet aan zijn bijdrageverplichting voldoet, kan, als de voorwaarden voor het recht op prestatie zijn vervuld, in het algemeen voor die prestatie in aanmerking komen. Verder wordt van de burger verwacht dat hij een verantwoord gebruik maakt van de sociale zekerheid. Misbruik en oneigenlijk gebruik zijn in dat verband uit den boze.

20. Het rapport van de Commissie-Van Rhijn is op dit punt overigens uitermate vaag.

Op een meer abstract niveau wordt van de ideale burger verwacht dat hij bijdraagt aan de sociale, economische, culturele en morele ontwikkeling van de maatschappij. Hij moet zich gedragen als een burger die zich bewust is van het feit dat hij bepaalde verantwoordelijkheden heeft tegenover de gemeenschap, dat wil zeggen: zijn medeburgers. Doet hij dat, dan mag hij er ook op vertrouwen dat die maatschappij, dat wil zeggen: zijn medeburgers, hem te hulp zal komen, bijvoorbeeld via de sociale zekerheid, als hij zelf in onvoldoende mate in het bestaan kan voorzien (zie over burgerschap Van der Veen, 1992).

Het belang van de wederkerigheid is in de ontwikkeling van de sociale zekerheid verschillend geconcipieerd. Ook zijn de categorieën belanghebbenden, wat de wederkerigheidconditie betreft, niet altijd hetzelfde benaderd. Het valt op dat werklozen en bijstandsontvangers in het algemeen 'strenger' worden behandeld dan zieken en arbeidsongeschikten. Bij velen overheerst het beeld dat werklozen en bijstandsontvangers, als zij maar willen, aan het werk kunnen komen. De suggestie van misbruik en oneigenlijk gebruik ligt voor de hand. Aan arbeidsongeschikten en zieken kleeft die notie van 'niet willen' niet. Zij hebben vooral aandacht en zorg nodig, werklozen en bijstandsgerechtigden een forse strafforting. Dit verschil in benadering is bezig te verdwijnen. Onderzoek heeft laten zien dat er ook betrekkelijk veel niet-onvrijwillige arbeidsongeschiktheid bestaat en dat arbeidsongeschiktheid en werkloosheid vaak op een ingewikkelde manier met elkaar zijn verweven ('verborgen werkloosheid'). Een andere oorzaak is het sterk egalitaire effect van het activerings- en reïntegratiedenken van de jaren negentig en de economische hoogconjunctuur uit diezelfde periode, waardoor er, althans formeel, werk is voor iedereen.

4.4 Sociaalrechtelijke methoden en technieken

Zijn de sociaalrechtelijke basiswaarden vastgesteld en zijn we ons bewust geworden van sociaalrechtelijke variabelen, dan komen ten slotte, als het gaat om sociale rechtsvorming, ook de sociaalrechtelijke methoden en technieken om de hoek kijken. Op welke wijze wordt technisch vorm gegeven aan de basis- en variabele waarden? Het sociaal recht heeft in de loop van de jaren een

aantal technieken ontwikkeld dat specifiek voor dat rechtsgebied is, maar er wordt uiteraard ook gebruikgemaakt van technieken die in het algemeen voor rechtsvorming gelden. In het navolgende wordt een aantal methoden en technieken gepresenteerd.

4.4.1 Publiekrecht en/of privaatrecht

De vraag of een bepaald onderwerp publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk dan wel door een combinatie van beide dient te worden geregeld, wordt in verschillende tijden verschillend beantwoord. Het mooiste voorbeeld is hier uiteraard (weer) bescherming van de werknemer tegen het risico van inkomstenderving gedurende ziekte. Tot 1996 hadden we hier een publiekrechtelijke regeling in de vorm van de ZW, die de zieke werknemer voor het eerste jaar van zijn ziekte een inkomen garandeerde tot eerst 80 en later 70 procent van zijn salaris. Thans is deze publiekrechtelijke regeling vervangen door een privaatrechtelijke regeling, die de werkgever verplicht om gedurende het eerste jaar van ziekte het loon door te betalen tot een maximum van 70 procent. Zowel ten tijde van de ZW als in het huidige tijdsgewricht worden vervolgens via CAO's de basisregelen aangevuld, zodat doorbetaling van 100 procent van het loon gedurende het eerste jaar van de ziekte meestentijds gegarandeerd is. We zien hier dus eerst een combinatie van publiekrecht (ZW) en privaatrecht (CAO), gevolgd door een combinatie van twee privaatrechtelijke technieken: een regeling in het BW (art. 7:629) en de CAO. Is een sterke rol voor de overheid gewenst om bepaalde basiswaarden te garanderen, dan zal eerder de voorkeur uitgaan naar het publiekrecht, is daarentegen goed mogelijk om de basiswaarden te garanderen via het privaatrecht, dan zal daar in het huidige tijdsgewricht van teruggred van de overheid en autonomie van contractspartijen eerder de voorkeur naar uitgaan.

De sociaalrechtelijke methoden en technieken die de overheid in de sociale zekerheid hanteert, zijn minder gevarieerd dan die op het terrein van het arbeidsrecht. De sociale zekerheid is voornamelijk publiekrechtelijk vormgegeven. Wij hebben hier immers te doen met een typische overheidstaak. Bij de uitvoering daarvan is het gebruik van de publiekrechtelijk weg geïndiceerd. Een privaatrechtelijke inrichting ligt niet erg voor de hand. In de geschiedenis

van de sociale zekerheid is het gebruik van het publiekrecht nooit betwist. In het verleden is wel regelmatig gediscussieerd over de vraag of de overheid de (primaire) verantwoordelijkheid zou moeten nemen voor een bepaald onderdeel van de bestaanszekerheid, maar die discussie ging in feite over een ander punt, namelijk over de voorvraag 'sociale zekerheid of niet'. Was die voorvraag eenmaal bevestigend beantwoord, dan was er verder geen discussie over de vormgeving. Die was – vanzelfsprekend – publiekrechtelijk.

De overheid maakt bij de uitoefening van haar socialezekerheidstaak slechts op bescheiden schaal gebruik van het privaatrecht. Dit gebeurt vooral in de sfeer van de uitvoering van de socialezekerheidsregelingen. In het bijzonder gaat het daarbij om het gebruik van de contractsfiguur. Een bekend voorbeeld is de overeenkomst die de socialeziektekostenverzekeraars (bijv. de ziekenfondsen) sluiten met individuele zorgverleners (bijv. huisartsen, fysiotherapeuten) en zorgverlenende instellingen (bijv. ziekenhuizen). De ziektekostenverzekeraars schakelen die zorgverleners en zorgverlenende instellingen in, teneinde hun op het publiekrecht gebaseerde verplichtingen jegens hun verzekerden na te komen.

Een ander voorbeeld, ook op het terrein van de uitvoering, betreft de werknemersverzekeringen. Het Landelijk instituut sociale verzekeringen (Lisv) is het formele uitvoeringsorgaan van die regelingen. Bij de uitvoering maakt het Lisv evenwel gebruik van zogenaamde uitvoeringsinstellingen, privaatrechtelijke lichamen. Ook hier is dit weer niet de uitkomst van een vrije beslissing, de Organisatiewet sociale verzekeringen 1997 verplicht het Lisv tot inschakeling van die uitvoeringsinstellingen. De efficiëncy in de uitvoering zou ervan profiteren, zo verwachtte men. De opdracht tot uitvoering wordt neergelegd in een privaatrechtelijke overeenkomst.²¹

Het zal niet verbazen dat in beide voorbeelden de partijen bij de betreffende overeenkomsten niet vrij zijn om de overeenkomsten volledig naar eigen inzicht in te richten. De wet stelt aan die vrijheid allerlei beperkingen.

21. Daarnaast oefenen de uitvoeringsinstellingen krachtens mandaat bepaalde bevoegdheden van het Lisv uit.

Buiten het domein van de uitvoering is het privaatrecht nagenoeg afwezig. Voorbeelden vindt men bij de vormgeving van bepaalde prestaties: de (hypothecaire) geldleningsovereenkomst van de Abw en de overeenkomst van bruikleen bij bepaalde voorzieningen in het kader van de Wet voorzieningen gehandicapten. Ook in de sfeer van de terugbetaling van ten onrechte ontvangen uitkeringen en bij het bijstandsverhaal speelt het privaatrecht een zekere rol.

Eerder kwam al ter sprake dat de overheid haar verantwoordelijkheid voor de bestaanszekerheid van de burger niet alleen via de sociale zekerheid 'invult', maar daaraan soms ook op andere wijze uitvoering geeft. Het gaat dan om vormen van private bestaanszekerheid, waarmee de overheid zich om redenen van algemeen belang bemoeit. Juridisch gezien intervenueert zij dan in een privaatrechtelijke relatie.

Een sprekend, zij het gedateerd voorbeeld is de bemoeienis van de overheid met de private werkloosheidsverzekering voor de Tweede Wereldoorlog. De overheid, het rijk en de gemeenten, verstrekten subsidie aan vakbonden die voor hun leden een werkloosheidsverzekering kenden. Dit was een vrijwillige verzekering, een verplichte werkloosheidsverzekering ontstond pas aan het einde van de jaren veertig van de vorige eeuw. De (vrijwillige) werkloosheidsverzekering was gekoppeld aan het lidmaatschap van de bond. In de subsidievoorwaarden, neergelegd in het Werkloosheidsbesluit 1917, werden allerlei onderwerpen geregeld die de lidmaatschapsverhouding werknemer/vakbond raakten. In feite bepaalden de subsidievoorwaarden de uitkeringsvoorwaarden van de private werkloosheidsverzekering.

4.4.2 Dwingend, semidwingend, driekwartdwingend en regelend recht

De techniek van afwijken van een dwingendrechtelijke regeling uitsluitend bij CAO (driekwartdwingend recht) is ontwikkeld in het arbeidsrecht, bij de gelegenheid van de vernieuwing van het ontslagrecht in 1953. De terminologie is van de peetvader van dit rechtsgebied, Levenbach (1954: 18). Naar de mate de implementatie van een basiswaarde belangrijk wordt geacht, kan gebruik gemaakt worden van dwingend recht, naar de mate er vertrouwen bestaat dat individuele dan wel collectieve partijen er

aan de hand van een guideline zelf wel uitkomen, kan men kiezen voor regelend recht. In een tijd van vergrote autonomie en individualisering ligt het voor de hand dat de techniek van het semi-dwingend recht aan belang gaat winnen, partijen kan dan bij schriftelijke overeenkomst afwijken van een door de wetgever aangegeven regel. Voor wat betreft het driekwartdwingend recht valt nog te wijzen op de ontwikkeling dat niet alleen CAO-partijen kunnen afwijken van een gestelde regel, maar dat zulks ook mogelijk wordt gemaakt voor afspraken tussen ondernemer en ondernemingsraad. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de Arbeidstijdenwet, die zulke mogelijkheden opent, alsook aan de Wet aanpassing arbeidsduur, die eveneens uitgaat van de mogelijkheid dat ondernemer en ondernemingsraad afspraken maken die op onderdelen afwijken van de door de overheid gegeven regeling.

Een wezenlijk kenmerk van de door de overheid gehanteerde techniek bij de sociale zekerheid is het dwingende, verplichtende karakter ervan. Het is niet aan belanghebbenden zelf overgelaten of zij deel willen uitmaken van het socialezekerheidssysteem. Enerzijds betekent dit dat sprake is van 'gedwongen' solidariteit, anderzijds wordt de bescherming door de collectiviteit de burger 'opgedrongen'. Wat anders geformuleerd: de vrijheidsgraad van het socialezekerheidsrecht is (nagenoeg) nul. Is men werknemer in de zin van de werknemersverzekeringen, dan is men automatisch verzekerd voor de ZW, de WAO en de WW. En ingezetenschap – men woont in Nederland – leidt van rechtswege tot aansluiting bij de volksverzekeringen, zoals de AOW en de ANW. Het verplichtende karakter van het socialezekerheidsrecht houdt, ideologisch gezien, verband met het solidariteitsbeginsel waarop de sociale zekerheid berust. Verder spelen financieringsargumenten (een zo breed mogelijk draagvlak), economische argumenten (concurrentieneutralisering) en paternalistische motieven (bescherming tegen onderschatting van risico's) een rol (vgl. Goudswaard e.a., 2000: 22-28).

In de beginjaren van de sociale zekerheid sprak het verplichte karakter van de sociale verzekering niet vanzelf. In het bijzonder in (rechts)liberale en sommige calvinistische kringen leefden grote bezwaren tegen de 'dwangverzekering'. Gegeven hun politieke en maatschappelijke opvattingen opteerden zij voor de

mogelijkheid van vrijwillige verzekering. Anderen hadden zogenaamde (aan hun religie ontleende) 'gemoedsbezwaarden' tegen het instituut verzekering en dus ook tegen de sociale verzekering. Die gemoedsbezwaarden kregen een politieke stem in de Staatkundig Gereformeerde Partij. Ook de komst van de AOW in 1957 riep in sommige kringen bezwaren op. In het bijzonder ging het om kerkelijke gemeenten die van mening waren dat zij, en niet de staat, verantwoordelijk waren voor de voorziening in de oude dag van hun voorgangers.

Slechts de gemoedsbezwaarden hebben gehoor gevonden. Zij zijn – via allerlei ingewikkelde regelingen – buiten het verplichte stelsel gelaten. Veel andere inbreuken op het verplichte karakter kent de sociale verzekering niet.

Onder bepaalde voorwaarden kunnen mensen met een buitenlandse uitkering verzoeken te worden vrijgesteld van de verplichte aansluiting bij de volksverzekeringen. In de jaren negentig heeft de regering serieus gedacht over de mogelijkheid van 'parallele privatisering' van de WAO. Werkgevers zouden het publieke bestel kunnen verlaten en het arbeidsongeschiktheidsrisico zelf dragen of dat bij een particuliere verzekeringsmaatschappij onderbrengen. Zo zou naast het publieke een privaat stelsel van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen kunnen ontstaan. De voorstellen maakten deel uit van het beleid tot terugdringing van het hoge aantal arbeidsongeschikten. Zij zijn ingetrokken na massale twijfel aan de (financiële) levensvatbaarheid ervan. De laatste jaren worden de uitvoeringsorganen van de werknemersverzekeringen in toenemende mate geconfronteerd met verzoeken tot 'vrijstelling' van de werknemersverzekeringen. Het gaat hierbij om mensen die zichzelf als zelfstandige zien, terwijl de uitvoeringsorganen hen als werknemer aanmerken. Een bijkomend probleem is dat de Belastingdienst – de kwestie speelt ook in de fiscaliteit – vaak soepeler is dan de uitvoeringsorganen. Bij de uitvoeringsorganen groeit overigens de bereidheid om aan de wensen van de zelfstandigen (zonder personeel) tegemoet te komen. De wet zal hun daarvoor wel de ruimte moeten bieden.

De geringe keuzemogelijkheid raakt niet alleen de aansluiting bij het systeem. Ook indien men tot het systeem behoort, is er weinig

keuzevrijheid. Bijna alles is – zeer gedetailleerd – voorgeschreven: de soort uitkering, de voorwaarden, de duur en de hoogte van de prestaties, de verplichtingen. Ook de uitzonderingen zijn voorgeprogrammeerd. Toch zijn ook hier wel voorbeelden te noemen waarin sprake is van keuzeruimte. Wij doelen niet op de mogelijkheid dat men niet verplicht is een uitkering aan te vragen. Van echte keuzevrijheid is hier geen sprake, omdat men voor zijn levensonderhoud – in belangrijke mate – op de uitkering is aangewezen. Echte keuzeruimte is bijvoorbeeld wel aanwezig, indien men de keuze heeft tussen een prestatie in natura (dienstverlening) en een uitkering in geld. Het voorbeeld is het persoonsgebonden budget in de gezondheidszorg, dat sinds enkele jaren als alternatief fungeert voor de (thuis)zorg in natura. De populariteit van het persoonsgebonden budget is groot. Kennelijk appelleert het aan een behoefte om (meer) zeggenschap te hebben over de inrichting van de zorgverlening.

Dwang is niet alleen kenmerkend voor het socialezekerheidsrecht. Ook wanneer de overheid in de private bestaanszekerheid intervenueert doet zij dat via het opleggen van verplichtingen. Het voorbeeld is al vaker genoemd: de regeling van loondoorbetaling tijdens ziekte. De regeling is dwingend (rechtelijk) van karakter. Partijen beschikken slechts over een marginale, door de wetgever precies gedefinieerde mogelijkheid tot afwijking van de dwingende regeling (art. 7:629 lid 8 BW). Afwijking (ten nadele van de werknemer) is slechts mogelijk voor de eerste twee ziektedagen.

4.4.3 Centrale normstelling

Centrale normstelling is een belangrijk kenmerk van het socialezekerheidsrecht. Het socialezekerheidsrecht is voornamelijk Haags recht. Het Binnenhof bepaalt voor het gehele land, van Breskens tot Nieuweschans, wat rechtens is. Men wil voorkomen dat de uitvoeringsorganen – de gemeenten, de Sociale Verzekeringsbank, het Lisv en de ziektekostenverzekeraars – een eigen socialezekerheidsbeleid voeren. In de optiek van de rijksoverheid leidt dat tot ongewenste differentiatie. Of differentiatie wenselijk (geboden) is, bepaalt Den Haag. De nadruk op centrale normstelling past bij de basiswaarde van gelijke behandeling. Uniformiteit betekent bovendien een betere voorspelbaarheid

van de financiële lasten van de sociale zekerheid. Centrale normstelling symboliseert verder het politieke en bestuurlijke overwicht van de rijksoverheid. Vanuit Den Haag gezien, zijn de uitvoeringsorganen idealiter een soort doorgeefluik van uitkeringen en andere prestaties.

Het gewicht van de centrale normstelling is groot, maar toch minder groot dan zojuist geschetst. Er is wel degelijk sprake van belangrijke eigen normstelling door de decentrale uitvoeringsorganen. De rijksoverheid kiest daar veelal bewust voor. Een groot aantal in de wet omschreven begrippen ('vage normen') behoeft invulling en uitwerking, wat door de uitvoeringsorganen gebeurt in nadere regelgeving, waaronder beleidsregels. Een voorbeeld biedt de sanctietoepassing bij overtreding door een uitkeringsgerechtigde van de op hem rustende informatieverplichting. De centrale overheid heeft hier de hoogte van de 'standaardsanctie' vastgesteld.²² Aan het uitvoeringsorgaan is vervolgens de bevoegdheid gegeven om in het individuele geval van die standaardsanctie af te wijken, naar boven dan wel naar beneden, indien de ernst van het feit, de mate van verwijtbaarheid of de omstandigheden van de persoon daartoe aanleiding geven. De uitvoeringsorganen hebben die bevoegdheid tot 'afstemming' via beleidsregels genormeerd.²³ In feite gaat het in de sociale zekerheid steeds om een mengsel van centrale en decentrale normstelling. Een ander punt is dat het een illusie is te menen dat centrale normen ook overal op dezelfde wijze zullen worden toegepast. Er ontwikkelt zich binnen de centrale normstelling een gedifferentieerde uitvoeringspraktijk (vgl. ook 4.4.5).

De verhouding centrale en decentrale normstelling wisselt in de tijd. Een helder patroon valt moeilijk aan te geven. In de werknemersverzekeringen lijkt in elk geval het laatste decennium sprake te zijn van een verschuiving van vergaande decentrale normstelling naar meer centralisatie. Die verschuiving hangt deels samen met het verdwijnen van de bedrijfsverenigingen als uitvoeringsorgaan. Als argument voor hun claim op eigen normstelling beriepen de bedrijfsverenigingen zich op het zogenaam-

22. Artikel 2 Boetebesluit socialezekerheidswetten (*Sib.* 2000, 462).

23. Zie o.a. het Lisv-Besluit afstemming boete werknemers (*Stcrt.* 2001, 2).

de 'bedrijfstateigene'. Soms was dat terecht, maar zeker niet altijd, bijvoorbeeld niet als het ging om het opleggen van sancties. Het idee van het bedrijfstateigene is verwant aan de notie van 'zelfdoen', die de uitvoering van de werknemersverzekeringen decennialang heeft beheerst. In de sociale voorzieningen ziet men uiteenlopende ontwikkelingen. Bekend is de slingerbeweging waar het de vaststelling van de bijstandsnormen betreft. Aanvankelijk was sprake van een relatief grote vrijheid tot normstelling bij de gemeenten. Die vrijheid zijn zij in de jaren zeventig kwijtgeraakt. De huidige Abw laat weer een – beperkte – terugkeer naar decentrale normstelling zien. Verder geldt voor de gehele sociale zekerheid dat de rijksoverheid de touwtjes heeft aangehaald op het terrein van de handhaving. In de jaren tachtig en negentig werd een groot handhavingstekort geconstateerd. Bovendien was er sprake van allerlei niet te rechtvaardigen verschillen tussen de uitvoeringsorganen. De uitvoeringsorganen zijn daarop hun 'autonomie' op het terrein van de sanctieoplegging kwijtgeraakt. Dat gebeurde bij de Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid uit 1996. Onderzoek wijst overigens uit dat ondanks de nu centrale normstelling de uitvoeringspraktijk grote verschillen laat zien.

4.4.4 Adaptief arbeidsrecht

Dit is een techniek die vooral ontwikkeld is door de regelgevers van de EU. Als voorbeeld kan hier dienen de wijze waarop de regeling omtrent Europese ondernemingsraden is vormgegeven. Het ging hier om een omstreden onderwerp, waar jaren discussie over heeft plaatsgevonden tussen de lidstaten van de EU, en binnen de Europese Commissie en de Raad van de EU. Uiteindelijk is gekozen voor een systematiek, waarbij aan partijen in een onderneming de opdracht wordt gegeven om een overeenkomst te sluiten waarin een Europese Ondernemingsraad met bepaalde bevoegdheden wordt ingesteld. Partijen onderhandelen hierover onder de schaduw van een door de EU als bijlage bij de Richtlijn gepubliceerd model voor een dergelijke overeenkomst. Komen partijen binnen een bepaalde periode niet tot een contract, dan gaat automatisch het model werken. Dit systeem heeft het grote voordeel dat partijen een contract kunnen sluiten dat geheel past bij hun eigen situatie, maatwerk derhalve. Partijen hebben ook dan de mogelijkheid om de af-

spraak bij te stellen en aan te passen aan gewijzigde omstandigheden. Er is een mate van adaptiviteit, van aanpassingsvermogen, ingebouwd. Er is hier sprake van een aantrekkelijk model (Van der Heijden, 1996).

4.4.5 Vage normen

Opvallend in veel arbeidsrechtelijke regelgeving is gebruikmaking van vage normen. Ontslag op staande voet kan gegeven worden wegens een dringende reden, ontbinding kan plaatsvinden wegens een gewichtige reden, de werkgever dient zich als goed werkgever te gedragen, bedrijfsomstandigheden kunnen in de weg staan aan de aanpassing van de arbeidsduur, et cetera. Het is in veel gevallen niet mogelijk om anders dan via een meer of minder vage aanduiding aan te geven in welke richting de wetgever een bepaald probleem opgelost wil zien. Het is dan vervolgens aan de rechter om invulling te geven aan de door de wetgever aangegeven richting. Hiermee is arbeidsrecht voor een belangrijk deel rechtersrecht geworden, wil men concreet weten wanneer bijvoorbeeld een ontslag op staande voet gerechtvaardigd is in de zin van de wet, dan zal men de jurisprudentie hierover moeten raadplegen. Met de gebruikmaking van vage normen is een belangrijke mogelijkheid tot dynamiek in het sociaal recht ingebouwd. Aanpassing van het recht aan maatschappelijke of technologische ontwikkelingen is hierdoor goed mogelijk. De vage norm bij uitstek, goed werkgeverschap, is door Heerma van Voss (1999) beschreven als bron van vernieuwing van arbeidsrecht. Het maakt het arbeidsrecht tot een 'open' systeem, dat nooit af is.

4.4.6 Verbindendverklaring

Verbindendverklaring van bepalingen van CAO's is een, somtijds omstreden²⁴, techniek om een door collectieve contractspartijen gemaakte afspraak op te leggen aan hen die niet door lidmaatschap aan deze partijen gebonden zijn. Via deze techniek kan de overheid uitdrukking geven aan het belang dat zij hecht aan sociaalrechtelijke basiswaarden. Verbindendverklaring van een VUT-CAO laat zien dat solidariteit belangrijk wordt gevonden, en mede door de overheid wordt 'georganiseerd'.

24. Zie SER-Advies 92/14.

ONTSLAGRECHT EN PRIVATISERINGSRECHT

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk hebben we een gebouw opgetrokken van sociaalrechtelijke basiswaarden, sociaalrechtelijke variabelen en sociaalrechtelijke methoden en technieken. In dit hoofdstuk willen we aan de hand van deze uiteenzetting een tweetal 'lopende projecten' op het gebied van het sociaal recht nader bekijken. In de eerste plaats is dat het ontslagrecht. Dit arbeidsrechtelijke onderwerp is reeds een groot aantal jaren voorwerp van discussie in de vakliteratuur en in de politiek. Sinds 1975 zijn enkele wetsontwerpen gepubliceerd en in verschillende stadia van behandeling in het parlement weer ingetrokken, terwijl uiteindelijk in 1998 de Wet flexibiliteit en zekerheid een gedeelte van het ontslagrecht heeft gewijzigd. Het systeem, wel aangeduid als het duale ontslagsysteem (een publiekrechtelijk en een civielrechtelijk ontslagrecht) bleef niettemin in stand. In november 2000 publiceerde een bij de gelegenheid van de Wet flexibiliteit en zekerheid door de Eerste Kamer afgedwongen commissie Advies Duaal Ontslagrecht (ADO), de Commissie-Rood, een rapport onder de titel Afscheid van het duale ontslagrecht, waarin wordt gepleit voor een ander ontslagrecht dan het huidige. Wat het socialezekerheidsrecht betreft besteden wij aandacht aan de privatisering van de inkomensdekking bij ziekte en arbeidsongeschiktheid. Privatisering is een van de centrale ontwikkelingen binnen de sociale zekerheid in het afgelopen decennium. Zij is een Umwertung van een aantal basiswaarden, waarop de sociale zekerheid sinds haar introductie als publiek bestaanszekerheidsinstrument berust. Het gaat hier om een wat langer lopend project, dat deels al in wetgeving is vertaald (o.a. WULBZ). De effecten van de reeds doorgevoerde privatisering

en de vraag of privatisering moet worden 'doorgetrokken', in het bijzonder naar het terrein van de WAO, zijn onderwerp van het actuele maatschappelijke en politieke debat. De kansen voor een verdere privatisering worden op het ogenblik onderzocht door een staatscommissie, de Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid (Commissie-Donner).

In het hierna volgende (5.2) zullen wij het nieuwe systeem van het ontslagrecht volgens ADO, en andere voorgestelde ontslagrechtssystemen, leggen naast de bevindingen van hoofdstuk 4. Een zelfde toets voeren wij uit voor het privatiseringsproject (5.3).

5.2 Ontslagrecht

5.2.1 Discussion permanente

Sinds het in werking treden van het BBA, een oorspronkelijk uit de Tweede Wereldoorlog stammende Duitse regeling, in bevrijd Nederland is deze regeling omstreden en bediscussieerd geweest. Het ontslagrecht is door het bestaan van het BBA immers 'dual' van karakter in die zin, dat er een publiekrechtelijk (BBA) én een civielrechtelijk (BW) ontslagrecht naast elkaar en met elkaar bestaan. Bij de gelegenheid van de herziening van het ontslagrecht in 1953, toen het kennelijk onredelijk ontslag werd ingevoerd, is er diepgaand gediscussieerd over behoud of afschaffen van de ontslagvergunning. In het toenmalige parlement bestond onvoldoende vertrouwen in de (kanton)rechtelijke macht als instantie om alle arbeidszaken af te handelen. Vandaar dat toen besloten is het BBA voorlopig te handhaven. Zoals bekend is het tot op de dag van vandaag nog geldend recht. Sinds 1953 zijn ook verschillende pogingen ondernomen om tot een ander ontslagrecht te komen. In 1975 is een wetsontwerp ingediend (13 656) dat vanwege een zeer kritisch voorlopig verslag uit de Tweede Kamer later weer is ingetrokken. Begin jaren tachtig zette de dereguleringsdiscussie in en kwam een commissie onder leiding van W.C.L. van der Grinten tot de conclusie dat het BBA beter maar kon worden afgeschaft. Vanwege de te verwachten maatschappelijke weerstanden daartegen concludeerde de commissie uiteindelijk om niet over te gaan tot afschaffing ervan. Er volgde weer een periode van discussies, SER-adviezen, STAR-adviezen en een wetsvoorstel (21 479) waarin het duale

ontslagrecht werd gehandhaafd. Wetsontwerp 21 479 werd in de Eerste Kamer uiteindelijk niet door een meerderheid gesteund, zodat het werd ingetrokken.

Begin jaren negentig ontstond een discussie over flexibele arbeidskrachten en hun rechtspositie, welke discussie ook weer was verbonden met het ontslagrecht. In het eerste paarse kabinet slaagde minister Melkert er uiteindelijk in om een Wet flexibiliteit en zekerheid, waarin verweven een aantal wijzigingen in het ontslagrecht, in het Staatsblad te krijgen. Bij de behandeling van deze wet in de Eerste Kamer werd nog weer eens getamboerced op de problematiek van het duale ontslagrecht en, onder druk van de Kamer, zegde minister Melkert in 1998 toe een commissie van deskundigen te zullen formeren met als opdracht een verkenning uit te voeren naar de toekomst van het ontslagrecht, waarbij het duaal ontslagrecht zou worden geproblematiseerd. De commissie werd in 1999 geïnstalleerd door de opvolger van Melkert, minister Klaas de Vries. Op 15 november van het jaar 2000 publiceerde de commissie Advies Duaal Ontslagrecht (ADO), onder voorzitterschap van de emeritus-hoogleraar sociaal recht van de Universiteit Leiden M.G. Rood, het rapport Afscheid van het duale ontslagrecht. Dit rapport is vervolgens weer een lange reis in de Nederlandse polder begonnen. Het is voor advies voorgelegd aan de STAR, aan de Nederlandse Orde van Advocaten, aan de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en aan het Livs. Deze instanties zijn gevraagd om in april van het jaar 2001 met een advies te komen. Vervolgens zal dan het kabinet een standpunt bepalen en vermoedelijk met een nota naar de Tweede Kamer gaan, waarin al dan niet ingrijpende voorstellen voor verandering van het ontslagrecht zijn te vinden. Op het moment van het schrijven van dit preadvies (januari 2001) is daaromtrent evenwel nog niets bekend. Het advies van de commissie-ADO om het duale ontslagrecht af te schaffen en over te gaan tot een repressief ontslagstelsel is in de vakliteratuur en in de dagbladpers met gemengde gevoelens ontvangen. Zoals de geschiedenis omtrent het ontslagrecht sinds de Tweede Wereldoorlog al heeft geleerd, is het vrijwel niet mogelijk om een grote mate van eensgezindheid op dit terrein te creëren.

5.2.2 Uitgangspunten voor een nieuw ontslagrecht

Opvallend in het rapport van de commissie-ADO is dat er vrijwel niet expliciet wordt ingegaan op de uitgangspunten die in de commissie een rol hebben gespeeld bij de formulering van het door haar voorgestelde nieuwe repressieve ontslagstelsel. Stel dat men een heel nieuw ontslagrecht zou moeten ontwerpen, dan zou toch eerst de basisfilosofie van een dergelijk nieuw ontslagrecht dienen te worden geformuleerd. De centrale vraag in het ontslagrecht – moet de toetsing van ontslag 'preventief' of 'repressief' geschieden – kan ons inziens alleen worden beantwoord vanuit de sociaalrechtelijke basiswaarden. Ontslagrecht is niet alleen juridische techniek, maar ook de weerslag van in de basiswaarden neergeslagen morele fatsoensnormen.

Van de in hoofdstuk 4 geformuleerde sociaalrechtelijke basiswaarden zijn de meeste van belang bij het nadenken over een nieuw ontslagrecht. Uiteraard is van oudsher belangrijk bestaanszekerheid, bescherming van werknemers tegen economisch sterkere werkgevers, solidariteit van jongere en oudere werknemers, en non-discriminatie. Tot nu toe heeft in de discussie over het ontslagrecht minder in de belangstelling gestaan de eveneens in hoofdstuk 4 besproken basiswaarde verantwoordelijkheid. Juist tegen de achtergrond van de in hoofdstuk 2 weergegeven maatschappelijke ontwikkeling van individualisering is de persoonlijke verantwoordelijkheid van individuen, ook van werknemers, voor hun eigen bestaan meer in de belangstelling komen te staan. De toegenomen scholingsgraad, de emancipatie en ontwikkeling van werknemers, draagt bij aan een ander inzicht in de verdeling van de verantwoordelijkheden tussen werkgever en werknemer. Ook het bestaan van een begrip als employability draagt bij aan een accentverschuiving in de relatie werkgever/werknemer, die gevolgen zal kunnen krijgen voor een nieuw ontslagrecht. De werknemer van 2001 is in heel veel opzichten niet meer te vergelijken met die uit 1945. De regeling van het duale ontslagrecht gaat uit van een tamelijk onmondige werknemer die van overheidswege bescherming geniet tegen een ongewild ontslag. De overheid in de persoon van de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorziening (RDA) controleert of een door een werkgever voorgenomen ontslag redelijk is. In de loop der jaren heeft zich hier overigens een bureaucratische pro-

cedure ontwikkeld die erop neerkomt dat de werkgever een brief schrijft naar de RDA met daarin de reden voor het ontslag en een aantal andere gegevens, waarop de werknemer van de RDA de gelegenheid krijgt om hierop schriftelijk te reageren. Het is een puur schriftelijke, ambtelijke procedure waarbij doorgaans niet een zeer diepgravend onderzoek wordt ingesteld naar de redenen van het ontslag, indien de werknemer zelf niet alle door de werkgever aangedragen feiten betwist. Een van de grote problemen bij deze procedure is in ieder geval het gegeven dat de geschilhebbende partijen, werkgever en werknemer, niet mondeling in elkaars aanwezigheid worden gehoord door degene die de beslissing neemt.

Bij een nieuw ontslagrecht kan ermee rekening worden gehouden dat de huidige werknemer zich in veel gevallen heeft ontwikkeld tot een mondige, geëmancipeerde burger en veel minder is te beschouwen als een onmondige, laag- of niet geschoolde arbeider. De grote populariteit van de ontbindingsprocedure sluit hierbij aan. Werkgevers benaderen in groten getale de kantonrechter teneinde ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken en laten daarmee de RDA links liggen. Bij de kantonrechter vindt wel een mondelinge procedure plaats, waarbij partijen in elkaars aanwezigheid worden gehoord en ten overstaan van de kantonrechter hun standpunt uiteen kunnen zetten. Veel van deze procedures zijn overigens zogeheten proformaprocedures: partijen zijn het er al over eens dat ze uit elkaar gaan, het gaat nog slechts om de hoogte van de vergoeding en om het bewerkstelligen van de overtuiging bij de uitvoeringsinstantie van de sociale zekerheid dat een WW-uitkering dient te worden betaald. Is tegen deze feitelijke achtergrond de bescherming van de werknemer in feite al enigszins aangepast aan de maatschappelijke ontwikkeling, thans lijkt het moment aangebroken om hier ook in een nieuw ontslagrecht rekening mee te gaan houden. De eigen verantwoordelijkheid van de werknemer voor zijn bestaanszekerheid dient tot uitdrukking te komen in zijn bereidheid om gedurende de arbeidsovereenkomst scholings- en andere activiteiten te ontplooien, waardoor de 'marktwaarde' op peil blijft c.q. verbeterd wordt. De tijd dat werknemers gedurende een zeer lange reeks van jaren bij dezelfde werkgever hetzelfde werk doen om zich bij een eventueel ongewenst ontslag we-

gens reorganisatie onmiddellijk tot de werkgever te wenden met een verzoek om een forse vergoeding lijkt voorbij. Van de werknemer wordt gevraagd om zelf inspanningen te verrichten, zodat bij een onverhoopte tegenslag de wederkerigheid in de arbeidsrelatie (eerder besproken in 4.3.4) gestalte krijgt.

Er lijkt aldus sprake te zijn van een verschuiving in de verantwoordelijkheid voor de bestaanszekerheid van de overheid naar het individu zelf. Dat heeft gevolgen voor de inrichting van het ontslagrecht. Als wordt voorzien in een civiel ontslagrecht met voldoende bescherming bij de civiele rechter, kan een publieke toetsing vooraf van het ontslag door een ambtelijk functionaris verder achterwege blijven.

Ook een andere sociaalrechtelijke basiswaarde kan met het oog op het ontslagrecht ter discussie worden gesteld. We doelen hier op de solidariteit. Een van de belangrijkste regels in de praktijk van het ontslagrecht is het anciënniteitsbeginsel: last in, first out. Ouderen worden beschermd ten koste van jongeren. De reden hiervoor is erin gelegen dat ouderen een moeilijker positie op de arbeidsmarkt hebben, dikwijls een groot deel van hun arbeidzaam leven ten dienste hebben gesteld van de werkgever, en meer van dergelijke motieven. Hier is mogelijk een verschuiving aan de gang. Met het oog op de ontgroening en de vergrijzing is een ontwikkeling te bespeuren om ouderen langer op de arbeidsmarkt te laten participeren dan de laatste jaren gebruikelijk is geworden. VUT-regelingen worden afgeschaft of de uittredingsleeftijd wordt verhoogd, er is een wetsvoorstel in voorbereiding waarbij discriminatie bij ontslag op grond van leeftijd zal worden verboden. Hoe is het anciënniteitsbeginsel hier nog in te passen? Ook hadden we al geconstateerd dat dienstverbanden van vijftien jaar of langer bij een en dezelfde werkgever vermoedelijk minder realiteit zullen zijn dan eerder het geval was.

Recapitulerend ten aanzien van de sociaalrechtelijke basiswaarden zien we dat een nieuw in te richten ontslagrecht op het punt van de individuele verantwoordelijkheid en van solidariteit enigszins anders van inhoud kan zijn, omdat juist bij die basiswaarden de afgelopen vijftig jaar een aantal veranderingen heeft plaatsgevonden. Niettemin blijft van belang dat bescherming wordt geboden tegen een onredelijk ontslag, dat een behoorlijk

ke vergoedingsregeling bestaat in geval een werknemer geheel buiten zijn schuld na een hem onverwijtbaar ontslag op een zo moeilijke arbeidsmarkt terechtkomt dat zijn bestaanszekerheid, met inachtneming van rechten op een WW-uitkering, onder spanning komt te staan.

Richten wij ons vervolgens op de sociaalrechtelijke variabelen, dan is ten aanzien van een tweetal daarvan bij de toepassing op het ontslagrecht een aantal opmerkingen te maken. In de eerste plaats de kring van beschermden. In het arbeidsrecht wordt tot op heden geen onderscheid gemaakt tussen verschillende typen werknemers die een verschillende mate van bescherming genieten (vgl. Asscher-Vonk, 1995). Iedereen die onder de definitie van het begrip werknemer van artikel 7:610 BW valt, ziet op zichzelf de beschermingsregelen van het BW toegepast, terwijl ook het BBA op hem van toepassing is. Enkele uitzonderingen gelden voor de toepasselijkheid van het BBA: een ontslagvergunning is niet vereist in de proeftijd, terwijl een dergelijke vergunning ook niet vereist is voor een bepaalde categorie werknemers: statutaire directeurs van vennootschappen. De ratio van het ontbreken van publieke ontslagbescherming in de proeftijd is erin gelegen dat in een korte periode aan het begin van een arbeidsovereenkomst de mogelijkheid moet bestaan om snel en gemakkelijk van elkaar af te kunnen als 'het' niet bevalt. De regeling van de proeftijd in het BW is bij de gelegenheid van de inwerkingtreding van de Wet flexibiliteit en zekerheid nog gewijzigd in die zin dat de maximale proeftijd is gekoppeld aan de duur van de arbeidsovereenkomst. Met deze regels is ook in het nieuwe ontslagrecht goed te leven.

Anders is dat wellicht voor de positie van de statutair directeur (bestuurder) van de vennootschap. Deze ontbeert de bescherming van het BBA, maar valt verder wel onder de meeste van de ontslagregels van het BW. Voor hem gelden de opzeggingsverboden, ook bij ziekte¹, de regel omtrent de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige reden en het kennelijk onredelijk ontslag. Zoals al eerder in dit preadvies opgemerkt

1. HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265 (Levison).

(4.3.1), kan hier de vraag worden gesteld of deze categorie werknemers wel zoveel bescherming behoeft. Verdere differentiatie in deze groep kan worden gemaakt. Er is een groep directeuren-groootaandeelhouders (DGA's), er is een groep directeuren van vennootschappen die niet onder het structuurregime vallen, welke directeuren niet (groot-)aandeelhouders door de aandeelhouders worden benoemd en ontslagen, en er is een groep statutaire directeuren van structuurvennootschappen die door de Raad van Commissarissen van deze vennootschappen wordt benoemd en ontslagen. Er zijn grote en kleine BV's en NV's, er zijn er met veel en minder werknemers, er zijn directeuren van vennootschappen die (hele) hoge inkomens hebben en er zijn er die wat dat betreft tot de meer gebruikelijke salariscategorieën behoren. In de praktijk komt het dikwijls voor dat degene die statutair directeur van een vennootschap wordt, in zijn arbeidscontract een clause opneemt omtrent het ontslag. In die clause staat een regel over de vergoeding die bij het ontslag zal worden betaald ('golden parachute'). Uitgangspunt voor deze clauses is uiteraard de kantonrechttersformule. Nu veel bestuurders van vennootschappen optieregelingen kennen, worden ook hierover afspraken gemaakt voor het geval de arbeidsovereenkomst tot een ongemakkelijk einde komt. Ook bij de ontbinding en de daarbij te bepalen vergoeding spelen opties in toenemende mate een belangrijke rol.²

De vraag die zich uiteraard voordoet is, of we hier niet te maken hebben met een zodanig sterke categorie werknemers dat bescherming daarvoor minder aangewezen is. Relatief hoge salarissen, bonussen, optieregelingen en een leidinggevende positie maken dat we hier in ieder geval te doen hebben met een groep die zich duidelijk onderscheidt van anderen. Empirisch onderzoek zou meer inzicht in de samenstelling van deze groep kunnen opleveren, zowel wat betreft het aantal als wat betreft rechtspositie, en op grond daarvan zou een beslissing genomen kunnen worden of deze groep nog wel als werknemers alle bescherming behoeft die alle andere werknemers genieten. Denkbaar is ook dat het contract dat statutaire directeuren met de vennootschap hebben, wordt gekwalificeerd als een contract van op-

2. HR 15 december 2000, *JAR* 2001/14.

dracht. Als men ervan uit wil blijven gaan dat hier een arbeids-overeenkomst aan de orde is, kan een lager niveau van bescherming worden gerealiseerd.

Een tweede punt dat aan de orde is in het verband van het ontslagrecht en differentiatie in bescherming is de kwestie van het verschil tussen grote en kleinere werkgevers. Bij de inrichting van een nieuw ontslagrecht zal de hoorprocedure, overeenkomstig IAO-Verdrag 158 en het voorstel van het ADO-rapport een belangrijke rol gaan spelen. Problemen die hierbij opgeworpen worden, liggen onder meer in de sfeer van de grootte van de werkgever. Grote werkgevers zullen gemakkelijk een hoorprocedure kunnen inrichten, maar de beroemde 'slager op de hock' zal hier minder gelegenheid toe vinden. Zo zou bijvoorbeeld voor werkgevers met minder dan tien werknemers in dienst een sectorgewijs ingerichte hoorprocedure verplicht kunnen worden gesteld, als een oplossing voor dit geconstateerde probleem. In andere gedeelten van het arbeidsrecht zien we een dergelijk onderscheid ook wel. Bijvoorbeeld in de Wet op de ondernemingsraden zien we dat bij ondernemingen van vijftig of meer werknemers een ondernemingsraad verplicht is, terwijl bij ondernemingen met minder dan vijftig een andere regeling (de personeelsvertegenwoordiging) bestaat. De commissie-ADO heeft na ampel beraad afgezien van het maken van een dergelijk onderscheid naar grootte van werkgevers als het gaat om het ontslagrecht. Interessant zal zijn te vernemen de visie van de werkgevers in het midden- en kleinbedrijf (MKB) op deze kwestie. Vindt de achterban daar dat er onderscheid gemaakt zou moeten worden naar gelang grootte van werkgevers, dan is dat een belangrijk signaal om bij wetgeving mede in overweging te nemen. Het nadeel van een gedifferentieerde regeling is uiteraard dat het ontslagrecht als geheel er meer gecompliceerd door wordt. Ook bestaat dan de mogelijkheid om te manipuleren met aantallen werknemers, teneinde een bepaalde regeling juist wel of niet toepasbaar te laten zijn. Het stellen van kwantitatieve grenzen brengt altijd met zich mee dat mogelijkheden worden gezocht dan wel toegepast om juist wel of juist niet onder de regeling te vallen. Als een hoorprocedure een vast onderdeel van de ontslagprocedure wordt, dan dient in ieder geval verzekerd te zijn dat de werkgever in staat is om een hoorprocedure fat-

soenlijk vorm te geven. Zouden, na consultatie van de groep waar het om gaat zelf, kleinere werkgevers de garantie daartoe niet kunnen geven, dan zal de wetgever hierbij op enigerlei wijze behulpzaam dienen te zijn.

Als laatste van de sociaalrechtelijke variabelen komt de wederkerigheid voor bespreking in het verband van het ontslagrecht in aanmerking. In paragraaf 4.3.4 hebben we geconstateerd dat werkgever en werknemer zich in een arbeidsbetrekking bevinden waarbij over en weer verplichtingen bestaan en verwachtingen worden gewekt. Van een werkgever mag worden verwacht dat hij een werknemer in staat stelt om zijn 'arbeidsmarktwaarde' op peil te houden, van een werknemer mag op zijn beurt worden verwacht dat hij hieraan medewerking verleent. Een van de doelstellingen, het verrichten van betaald werk, is immers de zelfontplooiing van de arbeidende individu. Wordt een werknemer door een werkgever in staat gesteld om zich gedurende de arbeidsbetrekking maximaal te ontplooiën, dan is het aan het eind van de arbeidsbetrekking nog maar de vraag of een werkgever een vergoeding dient te betalen als het ontslag door bijvoorbeeld een economische grondslag is gerechtvaardigd. Volledige wederzijdse invulling van de arbeidsbetrekking op het gebied van de employability kan, bij afwezigheid van andere argumenten die mogelijk tot een andere uitkomst leiden, de conclusie rechtvaardigen dat geen vergoeding is vereist.

Ten slotte komen we dan, de indeling van hoofdstuk 4 volgend, uit bij de sociaalrechtelijke methoden en technieken als het gaat om de vorming van een nieuw ontslagrecht. Hier raken we een essentieel punt in de voorstellen van de commissie-ADO en in de gedachtevorming over het ontslagrecht van de afgelopen jaren. We kennen tot heden juist zowel een publiekrechtelijk als privaatrechtelijk ontslagrecht. Op grond van de argumenten zoals uiteengezet ten aanzien van de sociaalrechtelijke basiswaarden en variabelen, kunnen we thans concluderen dat een publiek ontslagrecht niet meer nodig en nuttig is. Voor privaatrechtelijke werknemers kan worden volstaan met een in het privaatrecht neergelegde bescherming die voldoet aan de sociaalrechtelijke basiswaarden en variabelen. Tegen de achtergrond van de veranderde opvattingen over verantwoordelijkheid en bescher-

ming is toetsing van ontslag door een ambtelijke functionaris (van een overigens geprivatiseerde arbeidsvoorzieningsorganisatie) niet meer nodig. Het heeft zijn tijd gehad. Maar aan een privaatrechtelijke regeling moeten wel degelijk strenge eisen worden gesteld, ook beargumenteerd vanuit de basiswaarden verantwoordelijkheid, bestaanszekerheid en bescherming. Veel van dat privaatrecht zal dwingend recht dienen te zijn om voldoende niveau van bescherming te kunnen bereiken. Wat betreft de gebruikmaking van meer of minder vage normen kan voor wat betreft de begrippen dringende en gewichtige redenen volstaan worden met de bestaande terminologie en de uitleg daarvan in de jurisprudentie. In discussie is de vraag in hoeverre een door de werkgever bij een ongewild ontslag aan de werknemer te betalen ontslagvergoeding in extenso in de wet moet worden neergelegd. Daarover verder hierna.

Aldus hebben we aan de hand van de eerder geformuleerde sociaalrechtelijke basiswaarden, variabelen en methoden en technieken, een aantal desiderata geformuleerd waaraan een nieuw in te richten stelsel van ontslagrecht dient te voldoen. Laten we nu gewapend met deze kennis een nieuw ontslagstelsel, aan de hand van het rapport van de commissie-ADO, bezien.

5.2.3 De inrichting van een nieuw ontslagstelsel

De inrichting van een nieuw ontslagstelsel is, met het oog op bovenstaande, privaatrechtelijk. Het stelsel van de commissie-ADO wordt gebouwd op drie pijlers: een hoorprocedure, een redelijke grond voor ontslag en een ontslagvergoeding. Centraal staat de opzegging als eenzijdige rechtshandeling, waarmee de werkgever een einde aan de arbeidsovereenkomst wenst te maken. De andere methoden van beëindiging van de arbeidsovereenkomst (wederzijds goedvinden, van rechtswege en de ontbinding) laten we verder buiten beschouwing, onder vermelding van instemming met de voorstellen van de commissie-ADO omtrent het terugdringen van de ontbinding wegens gewichtige redenen tot de oorspronkelijk bedoelde kwantitatief geringe proporties.

Laten we eerst de eerste pijler, *de hoorprocedure*, bezien. De bedoeling van de hoorprocedure is, dat de werkgever de werknemer

in de gelegenheid stelt om te reageren op diens voornemen de arbeidsovereenkomst eenzijdig te beëindigen door middel van opzegging. De door de regering voorgenomen ratificatie van IAO-Verdrag 158 vraagt om een dergelijke hoorprocedure. Het is, lijkt ons, ook een op doodgewoon menselijk fatsoen terug te voeren kwestie dat beëindiging van een contract voor onbepaalde tijd, waarbij het gaat om de persoonlijke inzet van de werknemer, wordt besproken met de laatste. Het huidige ontslagrecht leidt er maar al te vaak toe dat een dergelijk gesprek er niet van komt of pas in een periode dat de zaak allang op scherp is gesteld. Gaat het immers niet vaak zo dat een werkgever maar alvast een verzoek om een ontslagvergunning naar de RDA stuurt, en pas als hij de zekerheid heeft dat het daar is aangekomen, een kopie ervan richting werknemer gaat? Reden hiervan is uiteraard om te voorkomen dat de werknemer zich, in de ogen van de werkgever, te vroeg ziek meldt, zodat de RDA niet aan de behandeling van de vergunning kan beginnen. Sinds de inwerkingtreding van de Wet flexibiliteit en zekerheid wordt een ontslagvergunningaanvraag wel in behandeling genomen als de werknemer op het ogenblik van de ontvangst van de vergunningaanvraag arbeidsgeschikt is, wordt hij daarna arbeidsongeschikt, dan heeft dat geen invloed op de behandeling van de vergunningaanvraag. Onfatsoen in de hand gewerkt door een wettelijke regeling, zo zou onze overheid werkgevers en werknemers niet met elkaar om moeten laten gaan. De hoorprocedure lost in ieder geval de convergentie met het IAO-Verdrag en het fatsoensprobleem op, in die zin dat een normaal gesprek kan plaatsvinden wanneer een van de partijen bij een privaatrechtelijk contract een einde aan dat contract wil maken. Ook dan bestaat uiteraard de mogelijkheid dat een werknemer, die de bui ziet aankomen, zich ziek meldt en zich aldus onttrekt aan het gesprek dat de hoorprocedure uitmaakt. Daarvoor zal een uitgewerkte regeling moeten worden ontworpen, waarin in ieder geval geen premie staat op ziekmelding.

Is een werknemer voldoende geëquipeerd om in een hoorprocedure van repliek te dienen? Hij mag zich in een dergelijke hoorprocedure laten bijstaan door een advocaat, een vakbondsvertegenwoordiger, een or-lid of een andere raadspersoon naar keuze. Er zullen ongetwijfeld werknemers onder het totaal van

6 miljoen te vinden zijn die moeilijkheden hebben met een dergelijke hoorprocedure. Gezien het algemene scholingsniveau, en de ontwikkeling van werknemers (die ook buiten het werk op tal van manieren in staat moeten zijn om hun zegje te doen) lijkt voor de grote meerderheid een dergelijke hoorprocedure anno 2001 geen probleem. Hebben wij niet te maken met mondige burgers die, geholpen door tal van daartoe opgerichte organisaties, hun eigen belangen weten te vinden en te dienen? Maar niettemin blijft het mogelijk dat er een, in onze ogen, kleine groep is die wellicht minder in staat is het eigen belang te dienen. Heel belangrijk zal hier blijken te zijn hoe de verhouding is tussen hetgeen in een hoorprocedure naar voren wordt gebracht en het recht op een werkloosheidsuitkering, ingeval er na het einde van het dienstverband geen nieuw werk voorhanden is. Hier raken we wellicht de meest gevoelige snaar van ieder nieuw ontslagstelsel. De opstelling van een werknemer in een hoorprocedure zal worden beïnvloed door het antwoord op de vraag in hoeverre die opstelling gevolgen heeft voor een eventuele WW-uitkering. Zoals bekend, wordt het ontslagrecht in de praktijk thans 'vervuild' door talloze proformaprocedures bij de RDA en bij het kantongerecht, die er allemaal toe dienen om de uitvoeringsinstantie van de WW ervan te overtuigen dat de werkloosheid onverwijtbaar aan de werknemer is. Zoveel mogelijk zekerstelling van WW-rechten zal dus iedere werknemer uitnodigen om zoveel mogelijk verzet te plegen in de hoorzitting tegen de aangevoerde reden voor opzegging. Van de werknemer wordt verwacht dat hij er alles aan doet om zijn werk te houden, dan wel om nieuw werk te vinden. Een uitgewerkte 'ruling' van de met de uitvoering van de WW belaste organisatie ten aanzien van het gedrag van de werknemer in de nieuwe hoorprocedure is uiterst gewenst. Ontstaat hierover geen klaarheid, dan hebben we binnen de kortste keren weer te maken met een heel groot aantal proformahoorprocedures. Het is de vraag of dit überhaupt te vermijden valt.

Winstpunt van de hoorprocedure is en blijft dat in veel gevallen een normaal gesprek kan plaatsvinden over de reden waarom de werkgever meent dat het dienstverband dient te worden beëindigd, de opvatting van de werknemer daarover, een gesprek over de eventuele mogelijkheden om binnen het bedrijf of de instel-

ling werkzaam te blijven, et cetera. Gedurende de hoorprocedure is er nog geen sprake van een opzegging, en vindt in feite een *interne preventieve toetsing* plaats van het voornemen om tot een einde van de arbeidsovereenkomst te komen. Zouden de vakorganisaties menen dat op de hierboven beschreven wijze onvoldoende bescherming en rugdekking voor (categorieën van) werknemers aanwezig is, dan is het goed mogelijk om in de CAO een regeling omtrent deze hoorzittingen op te nemen. Ook is het mogelijk om in het midden- en kleinbedrijf, waar werkgevers wellicht niet 'ingericht' zijn om de hoorzitting op een verantwoorde wijze te regelen, een sector- of brancheregeling te maken. Grotere werkgevers zullen eerder in staat zijn om een adequate hoorprocedure in te richten dan de beroemde 'slager op de hoek' (die overigens dikwijls tot een 'keten' behoort). Als de laatste via zijn brancheorganisatie of via de CAO terecht kan bij een instantie die de hoorprocedure regelt, een instantie die thuis is in de betreffende sector, dan lijkt daar niets tegen te zijn.

De tweede pijler waarop het repressieve ontslagstelsel van de commissie-ADO is gevestigd, is de *redelijke grond voor ontslag*. Weinigen zullen nog betwisten dat voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst een redelijke grond aanwezig dient te zijn, die met de werknemer besproken moet worden. De commissie heeft afgezien van het ontwerpen van een gesloten ontslagstelsel, zoals wel in het ambtenarenrecht bekend is en ook wel in de literatuur is bepleit (Phaff, 1986), waarbij de ontslaggronden in de wet staan opgesomd. Een dergelijke exercitie zal er altijd mee eindigen dat de laatst beschreven ontslaggrond een zogeheten open einde kent, omdat het nu eenmaal niet goed mogelijk is om alle zich in de praktijk voordoende situaties te voorzien en in de wet te omschrijven. Er zal dan altijd een ontslaggrond zijn zoals bijvoorbeeld de uit het ambtenarenrecht bekende ontslaggrond dat de opzegging plaatsvindt 'anders dan op grond van lichaams- en zielsgebreken'. Geen gesloten stelsel dus, maar wel de verplichting om een redelijke grond aan te voeren die integraal toetsbaar is door de civiele rechter.

Hier komen we aan het *tweede preventieve toetsmoment* van een in het nieuwe stelsel gegeven ontslag. Gesteld dat de hoorprocedure achter de rug is, niet heeft geleid tot ander inzicht bij de werk-

gever, zodat de laatste diens voornemen tot opzegging uitvoert. Op het moment van de opzegging gaat de opzeggingstermijn lopen die, afhankelijk van de duur van het dienstverband, tussen één en vier maanden kan bedragen. Gedurende deze periode staat het de werknemer vrij om in een voorlopige voorzieningsprocedure ex artikel 116 Rv. bij de kantonrechter te vragen de opzeggingstermijn op te schorten totdat in de bodemprocedure zal zijn beslist over de vraag of er een redelijke grond aan het ontslag ten grondslag is gelegd. Over deze, in onze ogen belangrijke, mogelijkheid van een preventieve procedure, althans preventief in die zin, dat hij loopt gedurende de opzeggingstermijn en het contract nog niet is beëindigd, zegt de commissie helaas niet veel.

Afgewogen moet hier weer worden in hoeverre een werknemer in staat geacht kan worden om zelf een dergelijke actie te entameren. Vermoedelijk is hij al bij de hoorprocedure bijgestaan door enigerlei hulp, die vervolg kan vinden bij de vraag of een voorlopige voorzieningsprocedure moet worden ingezet. Een bekend discussiepunt is hier dat door het systeem van de commissie-ADO het initiatief wordt verlegd van de werkgever naar de werknemer. Bij het huidige systeem van ontslagtoetsing door de RDA ligt het initiatief, zo wordt wel gezegd, bij de werkgever en toetst een derde instantie. Dat argument is maar zeer ten dele van waarde. Weliswaar begint de werkgever met een brief te sturen naar het arbeidsbureau, maar de werknemer zal dan toch, daartoe uitgenodigd, schriftelijk een antwoord moeten produceren in de richting van datzelfde arbeidsbureau. Volgens de richtlijnen daaromtrent vindt er geen gesprek plaats en is de procedure uitsluitend schriftelijk. Loopt de ontslagprocedure (zoals bekend is volgens het huidige systeem de keuze vrij) niet langs de RDA, maar via de kantonrechter, dan zal de betreffende werknemer zich daar dienen te verweren. In beide gevallen wordt dus, naar huidige recht, van de werknemer in de procedure waarin hij door de werkgever is betrokken, een actieve opstelling gevraagd. Diezelfde actieve opstelling dient hij ook ten toon te spreiden in het nieuwe systeem, waarbij met behulp van raadslieden de vraag beantwoord moet worden of het instellen van een voorlopigevoorzieningsprocedure nuttig en nodig is. Ook hier speelt weer de WW-vraag een belangrijke rol. Verlangt het uitvoeringsorgaan dat een dergelijke voorlopigevoorzie-

ningsprocedure wordt aangespannen? Kan het desgevraagd in een concrete casus alvast een 'ruling' geven over de kansen op een WW-uitkering, indien geen voorlopigevoorzieningsprocedure wordt gestart? Zou het zo zijn dat het uitvoeringsorgaan in vrijwel alle gevallen van de werknemer verlangt dat hij zich in een voorlopigevoorzieningsprocedure verzet tegen een voorgenomen ontslag, dan zijn we heel dicht bij een preventieve ontslagtoetsing door de kantonrechter. In een preadvies voor de Vereniging voor Arbeidsrecht uit 1987 is een dergelijke preventieve toets door de kantonrechter uitgewerkt (Van der Heijden, 1987). De commissie-ADO ziet van een dergelijke systematiek af, omdat het beslag op de rechterlijke macht in haar ogen door een dergelijke preventieve toets te groot wordt. Bij deze redenering vallen vraagtekens te zetten, als men in de beschouwing betreft dat de kantonrechterlijke macht in een periode van ongeveer 20 jaar (1978-1998) het aantal ontbindingszaken heeft zien (of: laten?) oplopen van rond de 1000 tot 50.000 per jaar. Soms moet men in de politiek nu eenmaal keuzes maken. Als men een preventieve toets wil om te voorkomen dat de toestroom tot de WW niet te groot wordt, dan zal men daar geld voor over moeten hebben. Op zichzelf is goed te leven met de gedachte dat een werknemer zelf uitmaakt of hij zich in een voorlopigevoorzieningsprocedure tegen een voorgenomen ontslag wenst te verweren. Dat zal bij een slechte arbeidsmarkt eerder gebeuren dan bij een gespannen arbeidsmarkt zoals we thans kennen. Veel zal bij de keuze die de werknemer maakt ook afhangen van de vraag op welke vergoeding hij recht heeft, indien hij afziet van een voorlopigevoorzieningsprocedure.

Hiermee komen we bij de derde pijler van het ADO-systeem: *de ontslagvergoeding*.

De vraag of volgens het bestaande ontslagrecht een werknemer die tegen zijn zin opgezegd wordt, recht heeft op een ontslagvergoeding, is niet met een eenvoudig antwoord af te doen. Er heeft zich een ontwikkeling voorgedaan waarbij de 'kantonrechttersformule' centraal is komen te staan en die de mening heeft doen postvatten dat in zeer veel gevallen een, door de werknemer ongewenste, eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst leidt tot een volgens die formule uit te rekenen vergoeding. In de literatuur wordt ook wel bepleit dat een dergelijke

vergoeding altijd op haar plaats is (Loonstra en Zondag, 2000: 1267 e.v.). De commissie neemt afstand van die opvatting en geeft aan dat een vergoeding niet in alle gevallen van een ongewild ontslag op haar plaats is. De commissie maakt onderscheid in die zin, dat ze stelt dat een vergoeding aangewezen is ingeval een ontslag een redelijke grond ontbeert, maar meent ook dat, wanneer een ontslag wel een redelijke grond bezit, er niettemin toch plaats kan zijn voor een vergoeding, namelijk indien het ontslag voor de werknemer te bezwarend is in verhouding tot de werkgever. Met andere woorden: zowel een ontslag met een redelijke grond, als een ontslag zonder een redelijke grond kan tot een vergoeding leiden. Over de hoogte van de vergoeding stelt de commissie dat de kantonrechttersformule als uitgangspunt kan dienen.

In veel gevallen gaat het bij een ontslag uiteindelijk om 'de centen'. Afhankelijk van de economische conjunctuur en de situatie op de arbeidsmarkt voor een specifieke werknemer zal deze eerder of later genoeg nemen met een afvloeiingsbedrag. Het komt ons voor dat een duidelijke regel hierover, opgenomen in de wet, zeer behulpzaam kan zijn in de praktijk. Laten we eerst nog een keer vaststellen dat de kwestie van de vergoeding thuis hoort bij de wetgever en de civiele rechter. De in de motie van Jeltje van Nieuwenhoven ten tijde van de behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid geopperde gedachte om de RDA de ontslagvergoeding te laten vaststellen, staat op gespannen voet met de Grondwet en artikel 6 EVRM, zoals ook de commissie-ADO terecht opmerkt. De commissie is van mening dat de hoogte van de vergoeding niet strikt in de wet moet worden omschreven. Ze wijkt hier af van het voorstel dat minister Bert de Vries in 1994 naar de Raad van State om advies stuurde (zie Van der Heijden, De Laat en Scholtens, 1995). In artikel 686 van dat voorstel werd de volgende regel opgenomen: 'De vergoeding wegens opzegging is gelijk aan het loon per maand voor ieder vol jaar dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd. De dienstjaren van de werknemer na de dag waarop hij de leeftijd van veertig jaar heeft bereikt, worden met de factor 1,5 en de dienstjaren na de dag waarop hij de leeftijd van vijftig jaar heeft bereikt, worden met de factor 2 vermenigvuldigd. In het geval van een opzegging zonder redelijke grond bedraagt de vergoeding echter niet minder dan het in geld vastgestelde loon voor drie maan-

den.' En iets verderop in dat artikel: 'De rechter kan de vergoeding op een ander bedrag vaststellen indien toewijzing in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden, maar in het geval van een opzegging zonder redelijke grond niet op minder dan het hier vastgestelde loon voor drie maanden.' Volgens de toelichting op deze voorgestelde wettekst biedt een wettelijke norm voor de afrekening tussen partijen bij een vergoedingsplichtig ontslag voordelen. Een wettelijk genormeerde vergoeding zal meer uniformiteit in de berekening van de vergoedingen bij ontslag brengen en partijen meer inzicht bieden in wat in een bepaald geval een redelijke vergoeding is. Partijen kunnen in veel gevallen zelf een beëindigingsvergoeding berekenen en gerechtelijke procedures voorkomen (Van der Heijden, De Laat en Scholtens, 1995). In feite wordt in dit voorstel de kantonrechtersformule in de wet neergelegd, met de mogelijkheid om in speciale gevallen ervan af te wijken. De ADO-commissie spreekt zich uit tegen een dergelijke gedetailleerde wettelijke regeling omtrent de vergoeding, maar meent dat de wet wel enige aanknopingspunten dient te verschaffen over de hoogte daarvan (Advies van de commissie, 2000: p. 97).

Het komt ons voor dat de wetgever, en niet de Kring van Kantonrechters, maximale duidelijkheid moet bieden over de vraag in welke gevallen welke vergoeding bij het eenzijdige ontslag aan de orde is. Maximale duidelijkheid op dit punt zal vermoedelijk veel procedures kunnen voorkomen. Staatsrechtelijk verdient het de voorkeur dat niet de rechterlijke macht, maar de wetgevende macht vaststelt welke vergoeding bij een ongewild ontslag op haar plaats is. Uiteraard moet bij iedere regeling in de wet aandacht besteed kunnen worden aan specifieke omstandigheden van het geval. Het voordeel van het voorstel-B. de Vries is, dat de wet hier minder mogelijkheden openlaat voor afwijkingen dan het systeem van de commissie-ADO. Daarom heeft wat dit betreft het systeem-De Vries onze voorkeur boven het systeem-ADO.

Al met al is het systeem, zoals voorgesteld door de commissie-ADO en door haar niet helemaal terecht een repressief stelsel genoemd, goed bruikbaar als basis voor een nieuw ontslagrecht. Met name door de preventieve elementen (hoorprocedure, voorlopige voorziening bij de civiele rechter) die het bevat. Op

het punt van de vergoeding dient een duidelijke regeling in de wet te komen, zoals voorgesteld in het (nooit bij de Tweede Kamer ingediende) wetsvoorstel van minister Bert de Vries uit 1994.

5.3 Privatiseringsrecht

5.3.1 Private en publieke verantwoordelijkheid

De opvang van het inkomensrisico bij ziekte en arbeidsongeschiktheid maakt sinds jaar en dag deel uit van ons stelsel van bestaanszekerheidsvoorzieningen. Het is een van de hoekstenen van dat stelsel. Ziekte en arbeidsongeschiktheid zijn 'dagelijkse' risico's, die iedereen kunnen treffen. Elke dag zitten, liggen of lopen zes op de honderd werknemers door ziekte (gebrek, zwangerschap) thuis, een lot dat zij delen met – ten minste – tien personen die niet aan het werk zijn wegens langer durende arbeidsongeschiktheid (Sociale Nota 2001: 127). De – gelet ook op de situatie in andere landen – hoge afwezigheidsscore is een verontrustend, maar tevens tamelijk bizar verschijnsel. Kennelijk is Nederland ernstig ziek³ en, wat erger is, het is kennelijk een buitengewoon hardnekkige ziekte.

Tijdens hun afwezigheid zijn de zieken en arbeidsongeschikten voor hun inkomensvoorziening afhankelijk van inkomensvervangende bestaanszekerheidsarrangementen. Hoewel de notie daarvan in onze tijd van individualisering wat naar de achtergrond is verdwenen, geldt die afhankelijkheid natuurlijk in feite ook voor het gezin of, wat ruimer, de leefeenheid, waartoe de zieke en arbeidsongeschikte werknemer behoort, althans indien de gezinsleden niet over eigen inkomsten beschikken.

De bestaanszekerheidsvoorziening bij ziekte en arbeidsongeschiktheid kan publiek, privaat of publiek/privaat worden geregeld.⁴ De voorziening bij ziekte laat allerlei modaliteiten zien. Aanvankelijk 'heerste' het private domein. Het BW verplichtte

3. Aldus ook premier Lubbers in een rede voor de Katholieke Universiteit Nijmegen op 3 september 1990.
4. De regelingen voor werknemers die in de collectieve sector werkzaam zijn, worden hier buiten beschouwing gelaten.

de werkgever het loon bij ziekte gedurende 'betrekkelijk korte tijd' door te betalen, een verplichting die, juridisch gezien, semidwingend van karakter was. Van de mogelijkheid tot afwijking ten nadele van de werknemer werd tamelijk veel gebruikgemaakt. In 1930 deed zich een rolwisseling voor. Toen trad de ZW, die overigens al in 1913 was aangenomen, in werking. Bij ziekte ontvingen werknemers gedurende 52 weken⁵ een uitkering van 70 procent van hun loon, vaak via 'bovenwettelijke' aanvullingen gesuppleerd tot 100 procent. De BW-verplichting verloor grotendeels haar betekenis. De werkgever mocht de ziektegelduitkering namelijk in mindering brengen op het door hem te betalen loon, terwijl het ziekengeld doorgaans hoger was en langer duurde dan dat waartoe het BW de werkgever verplichtte. De private verantwoordelijkheid werd een subsidiaire, de publieke verantwoordelijkheid domineerde het toneel.

De voorziening bij langer durende arbeidsongeschiktheid heeft een wat afwijkend verantwoordelijkheidspatroon gekend. De private opvang via de werkgever heeft daar namelijk ab initio slechts een betrekkelijk ondergeschikte rol gespeeld. Te beginnen met de Ongevallenwet 1901 was de zorg voor de inkomensopvang bij arbeidsongeschiktheid nagenoeg steeds in publieke handen. Het symbool van die publieke dominantie werd – na de Tweede Wereldoorlog – de WAO (1967). De private zorg ontbrak overigens niet helemaal. Sommige werkgevers vulden de WAO-uitkering gedurende enige tijd, bijvoorbeeld de eerste twee jaar, aan. Ook hier was sprake van een subsidiaire private voorziening.

De dominante rol van de publieke collectiviteit werd als vanzelfsprekend beschouwd. De tevredenheid erover was groot bij alle partijen, bij sociale partners én bij de overheid. Het oordeel van de verzekerde werknemers zelf is niet bekend. Voor hen sprak de werknemersvakbeweging. De overheid als eerste violist op het terrein van de sociale zekerheid spoorde met de ideologie van de naoorlogse verzorgingsstaat, die gericht was op de bevordering van het welzijn en geluk van de hele Nederlandse bevolking. In de maakbaarheid, althans 'stuurbaarheid' van de samenleving

5. Tot 1 augustus 1947 was de maximumuitkeringsduur 26 weken.

werd in de eerste decennia na de oorlog zeker niet uitsluitend aan de linkerzijde van het politieke spectrum geloofd. Over een onderwerp als de (eventuele) rol van de persoonlijke verantwoordelijkheid in het alomvattende verzorgingssysteem werd slechts in beperkte kring gesproken.

De eerste, relatief kleine wijzigingen in de verantwoordelijkheidsverdeling dateren uit de jaren tachtig. Tien jaar later volgen veel fundamentele veranderingen. Deze culminerend enerzijds in, wat wordt genoemd, de privatisering van de ZW. De inkomensdekking bij ziekte wordt daarbij opnieuw vormgegeven. De overheid raakt haar dominante positie kwijt, de rol van het private domein, in het bijzonder die van de werkgever, wordt sterk opgewaardeerd. Voorts wordt ingegrepen in de WAO, met als consequentie een vermindering van de kwaliteit van de door deze wet geboden dekking. Dit 'WAO-gat' wordt echter nagenoeg onmiddellijk opgevuld, vaak collectief via de werkgever. Ook hier is sprake van privatisering: een terugtrekkende overheid en een oprukkende private sector. Het beeld van communicerende vaten dringt zich op.

Bij deze veranderingen in de rolverdeling zijn de in het vorige hoofdstuk beschreven basiswaarden rechtstreeks in het geding: verantwoordelijkheid, bestaanszekerheid, bescherming, solidariteit, et cetera. Wat rechtvaardigde de switch van publieke naar private verantwoordelijkheid? Hoe moet zij worden gewaardeerd in het licht van de verschillende basiswaarden? Staat de rolwisseling model voor de verantwoordelijkheidsverdeling in de nabije toekomst? Wij beperken ons in eerste instantie tot de privatisering van de ZW. Die casus dient als model.

5.3.2 Een nieuwe verantwoordelijkheidsverdeling

De wettelijke regeling waarmee de privatisering van de ZW doorgaans wordt geïdentificeerd, is de WULBZ, de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (zie o.a. Hoogendijk, 1999). De WULBZ – formeel gaat het om een aantal wijzigingen van de ZW en het BW – is op 1 maart 1996 in werking getreden.⁶ De

6. Wet van 8 februari 1996, *Stb.* 1996, 134.

wet concretiseert het voornemen uit het regeerakkoord van het kabinet-Kok I (1994-1998) tot (verdere) privatisering van de ZW (Kabinet-Kok 1994: 46). Het voorstel was een onderdeel van het overheidsbeleid met betrekking tot de sociale verzekeringen dat een scherpere toerekening van de kosten aan de bij de sociale verzekering betrokken partijen beoogde. Daarvan verwachtte men een positieve invloed op de volume- en kostenbeheersing in de sociale zekerheid, een centrale beleidsdoelstelling sinds het begin van de jaren tachtig. De voorgenomen privatisering zou de verantwoordelijkheid voor de inkomensvoorziening bij ziekte naar de werkgever verleggen, waarbij de hoogte en de duur van de uitkeringsrechten (van de ZW) dezelfde zouden blijven. Dit betekende een loondoorbetalingsverplichting gedurende maximaal 52 weken. De werkgever moest, in lijn met het ZW-regime, ook niet het volledige loon door te betalen, maar slechts 70 procent van het maximumdagloon in de zin van de Coördinatiewet Sociale Verzekering, met als absoluut minimum het minimumloon.

Formeel was de WULBZ de tweede etappe in het proces van privatisering van de ZW. Met ingang van 1 januari 1994 was de werkgever al verantwoordelijk gesteld voor de loondoorbetaling gedurende de eerste zes weken ziekte. Voor werkgevers met een klein personeelsbestand was die periode geen zes, maar twee weken. Die eerste etappe was geregeld bij de Wet TZ.⁷

De ratio van de verantwoordelijkstelling van de werkgever was dat de werkgever met zijn arbeidsomstandighedenbeleid en verzuimbeleid geacht werd het ziekteverzuim in zijn onderneming te kunnen beïnvloeden. In dat verband werden hem ook vanuit de arbeidsomstandigheden sfeer verplichtingen opgelegd. Overigens bedenke men dat uit onderzoek is gebleken dat slechts ongeveer de helft van het verzuim arbeidsgerelateerd is (Hermans en Prins 1993: 71). Hoe dit ook zij, de werkgever kreeg zo een 'existentieel' belang bij het zoveel mogelijk beperken van het ziekteverzuim in zijn onderneming.

De term privatisering (van de ZW) kan mogelijk misverstand

7. Wet van 22 december 1993, *Stb.* 1993, 750.

wekken. De ZW werd niet afgeschaft, zoals sommigen beweren, zij bleef als publieke voorziening bestaan. Voor werknemers in de zin van artikel 7:610 BW had zij, althans tijdens het dienstverband, echter materieel gezien geen functie meer. Bij ziekte hadden deze werknemers formeel-juridisch nog wel recht op ziekingeld, maar dat ziekingeld werd hun niet uitbetaald (art. 29 lid 1 ZW), nu zij recht op doorbetaling van loon hadden. Per saldo kreeg de ZW de status van vangnetvoorziening. In die gevallen waarin een werknemer geen recht (meer) op loondoorbetaling tegenover zijn werkgever had, kon hij tegenover het uitvoeringsorgaan van de ZW aanspraak maken op ziekingeld. Een voorbeeld is de werknemer met een tijdelijk dienstverband die bij het eindigen van dat dienstverband nog ziek is.⁸ In bepaalde gevallen (zwangere en bevallen vrouwen en reïntegrerende werknemers) bestond er zowel recht op loon als recht op ziekingeld. Die ongewenste cumulatie werd via een samenloopregeling in het BW ongedaan gemaakt: de werkgever mocht het ziekingeld op het loon in mindering brengen.

5.3.3 Technisch probleem

De directe aanleiding voor de privatisering van de ZW was het streven het hoge ziekteverzuim terug te dringen. De verantwoordelijkstelling van de individuele werkgevers was het belangrijkste instrument dat voor het bereiken van die reductie werd ingezet. Van de volumebeperking werd een lastenbesparing van 900 miljoen gulden verwacht (Kabinet-Kok 1994: 47). Zo benaderd, was er sprake van een technisch probleem, waarvoor een financiële oplossing werd bedacht. De werkgever moest in zijn portemonnee worden getroffen. De wetgever haakte aan bij het in de jaren tachtig en negentig in de economie modieuze incentive-denken. Indien het bereiken van een beleidsdoelstelling afhankelijk is van het gedrag van een actor, kan men proberen dat gedrag door middel van financiële prikkels (boetes, beloningen, aansprakelijkstelling) in de gewenste richting te sturen. Dat nu gebeurde in de privatiseringsoperatie. De werkgever werd belast met de financiële consequenties van het ziekteverzuim in zijn onderneming. Voortaan kwamen die kosten geheel voor zijn rekening.

8. Zelfstandige betekenis heeft de ZW bijvoorbeeld voor zieke werklozen.

Dit was een breuk met het verleden, toen de kosten van het ziekteverzuim doorgaans door de bedrijfstak of een onderdeel daarvan werden gedragen.⁹

5.3.4 Meer dan een technisch probleem

Het is op zich verdedigbaar de privatisering van de ZW als een technische operatie op te vatten. Uit beleidsoverwegingen heeft die benadering ook een belangrijk voordeel. Op die manier kunnen onderliggende, meer ideologisch geladen tegenstellingen worden geneutraliseerd. Maar dit is toch wel een erg beperkt perspectief, waarmee de essentie van de privatisering niet wordt geraakt. De privatisering is namelijk een ingrijpende verandering in de inhoud en vormgeving van de bestaanszekerheidsvoorziening bij ziekte, met als belangrijkste kenmerk dat de verantwoordelijkheid voor die voorziening van de publieke naar de private sfeer verschuift. De publiekrechtelijke regeling wordt ingeruild tegen een regeling waarop het privaatrecht van toepassing is. Die verschuiving betekent dat er ook in de in het vorige hoofdstuk beschreven constellatie van basiswaarden, en wellicht ook in de variabelen en methoden, meer of minder essentiële veranderingen optreden.

De privatisering van de ZW staat niet op zich. Deze 'decollectivering' past in de bekende verzameling van deregulering, verzelfstandiging, uitbesteding en afstoting van overheidstaken, de handwijzers richting markt, waarop het openbaar bestuur zich vanaf de jaren tachtig meer en meer, en met zeer wisselend succes, is gaan richten (zie o.a. De Kam en De Haan, 1991). De terugtrekkende overheid, concentratie op kerntaken, marktdenken, concurrentie, allemaal samenhangende verschijnselen die aangeven dat de naoorlogse verzorgingsstaat enigszins over haar hoogtepunt heen is.

Aan de privatisering van de ZW lag meer in het bijzonder de in het begin van de jaren negentig in Den Haag en omstreken ge-

9. Daarnaast kende de publieke ziekengeldregeling ook de figuur van de eigenrisicodragende werkgever. Ingeval van een aan een onderneming verbonden afdelingskas was bovendien sprake van een aparte voor die onderneming vastgestelde premie.

voerde discussie over 'nieuwe maatstaven voor de sociale zekerheid' ten grondslag. De WRR heeft aan die discussie een bijdrage geleverd (1994) evenals de SER (1994). In de Sociale Nota 1995 is zelfs een heel hoofdstuk aan die nieuwe maatstaven gewijd (Sociale Nota 1995, 1994: hoofdstuk 5). Nieuwe maatstaven worden nodig geacht om de sociale zekerheid als maatschappelijk systeem beter te laten functioneren. Tot die nieuwe maatstaven behoort ook een herziening van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de private en de collectieve sector. Die herziening komt neer op een vergroting van de verantwoordelijkheid van de werkgevers en de individuele burgers. Eigenrisicodragen, premiedifferentiatie, het onderbrengen van risico's bij particuliere verzekeraars, marktwerking en vergroting van keuzemogelijkheden zijn de daarbij passende instrumenten (Sociale Nota 1995, 1994: 100). De bedoelde herziening van de verantwoordelijkheden komt in wezen neer op privatisering. De persoonlijke verantwoordelijkheid om zich sociale zekerheid te verschaffen heeft prioriteit boven de verantwoordelijkheid van het collectief. Indien risico's tegen redelijke condities particulier verzekeraar zijn, ligt overheidsinterventie minder voor de hand. Datzelfde is het geval, indien het risico binnen de arbeidsverhouding kan worden opgevangen (Sociale Nota 1995, 1994: 113). Toepassing van deze uitgangspunten op het ziekterisico resulteert in de privatisering van de ZW.

Ook de Raad van State heeft de privatisering van de ZW als veel meer dan een technische operatie gezien. In zijn advies over het WULBZ-voorstel heeft de Raad uitdrukkelijk aandacht gevraagd voor de bij die privatisering in het geding zijnde waarden. Dit getuigt van een juiste taakopvatting, waarin dit soort meer fundamentele aspecten een centrale plaats moet hebben. Het college stelde, onder verwijzing naar artikel 20 lid 2 Gw: Inzicht zal moeten worden geboden op welke wijze de balans tussen solidariteit enerzijds en eigen inspanning en initiatief anderzijds thans moet worden gevonden.¹⁰ Het kabinet zag in art. 20 lid 2 Gw geen belemmering voor de voorgestelde privatisering. De bepaling was tot dan toe ingevuld met publiekrechtelijke verzekering

10. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, B, p. 1-2.

gen. Deze nadruk op publiekrechtelijke regelingen neemt af. 'Uitgangspunt van dit kabinet is dat er ruimte is voor het treffen van privaatrechtelijke verzekeringen, mits er geen overwegende redenen zijn tot het treffen van een publiekrechtelijke regeling. (...) Op het gebied van het ziekteverzuim is (...) de noodzaak van een publieke voorziening slechts beperkt. Voorop staat de stelling dat de overheid op sociale verzekeringsgebied alleen datgene moet regelen wat de particuliere verzekeringsmarkt niet reeds vanzelf oppakt. Als de particuliere verzekeraars in staat zijn alle risico's tegen een acceptabele prijs te verzekeren, dan is er geen noodzaak voor een sociale verzekering. (...) In die gevallen waarin de markt afdoende bescherming kan bieden is de rol van de wetgever derhalve beperkt. Het gaat er dan om zorg te dragen dat – in de termen van de Raad van State – een nieuw evenwicht ontstaat tussen solidariteit enerzijds en eigen initiatief anderzijds. Meer concreet: het wettelijk kader dient negatieve effecten van de markt te voorkomen c.q. uit te bannen en werknemers voldoende bescherming daartegen te bieden.'¹¹ De overheid ziet de sociale verzekering bij ziekte, conform de uitgangspunten van de Sociale Nota 1995, dus als een subsidiair, aanvullend instrument.

De overheid is verantwoordelijk, indien de voorzieningen van de markt onvoldoende zijn. Met 'markt' wordt in het citaat met name de particuliere verzekeringsmarkt bedoeld. In de discussie over de verantwoordelijkheid voor de bestaanszekerheid is die verwijzing naar de particuliere verzekeringsmarkt niet helemaal zuiver. Die discussie gaat in wezen over de ordening, de onderlinge verhouding van verantwoordelijkheden. De term subsidariteit geeft dit goed weer. De particuliere verzekeringsmarkt draagt echter geen eigen, originele, verantwoordelijkheid voor de bestaanszekerheid bij ziekte. De burger zelf of, als hij een werknemerspositie inneemt, zijn werkgever en de overheid dragen verantwoordelijkheid. De particuliere verzekeringsmarkt verschijnt pas op het toneel, als de burger of zijn werkgever aan die verantwoordelijkheid vorm willen geven. Vaak zullen zij dan een beroep op de particuliere verzekering doen. Maar er zijn

11. *Kamerstukken II 1995/96, 24 439, B, p. 3.*

ook andere 'overlevingsstrategieën' men draagt het risico zelf of men doet een beroep op de leefeenheid waartoe men behoort.

5.3.5 Basiswaarden

Welke basiswaarden worden nu door de privatisering van de ZW geraakt? In elk geval de basiswaarde verantwoordelijkheid. De verantwoordelijkheid van de publieke collectiviteit voor de dekking van het inkomensrisico van de zieke werknemer is vervangen door de verantwoordelijkheid van de individuele werkgever. Terzijde: in de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer veranderde in feite nauwelijks iets. De werkgever wordt belast met de verplichting een deel van het loon door te betalen. Historisch gezien gaat het hierbij overigens niet om een (volledig) nieuwe verplichting. Vóór de privatisering (1994) rustte op de werkgever ook al een loondoorbetalingsverplichting, maar die verplichting was niet effectief, omdat de werkgever het ziekengeld dat de zieke werknemer ontving, op het loon in mindering mocht brengen. Dit punt is al eerder genoemd (5.3.1). In feite komt de privatisering dus neer op het revitaliseren – en daarnaast uitbreiden – van een reeds bestaande verplichting. Ontleedt men de zorg voor de bestaanszekerheid van werknemers bij ziekte in taken, dan is de werkgever sinds de privatisering zowel belast met de uitvoering van die bestaanszekerheidsvoorziening (beoordeling en toekenning van 'uitkeringen') als met de financiering van die voorziening. De financiering komt in beginsel voor rekening van de individuele werkgever. Van kostenverevening met andere werkgevers is geen sprake meer. De werkgever draagt de lasten van het ziekteverzuim – de kosten van loondoorbetaling, de uitvoeringskosten, de kosten van vervanging, de premie voor een eventuele verzekering van het loondoorbetalingsrisico – zelf. Hij is volledig eigenrisicodragers, wat de meest extreme vorm van risicodifferentiatie is.¹² Met dit eigenrisicodragerschap is de solidariteit uit het bestaanszekerheidsstelsel bij ziekte verdwenen. Dat de werkgever eigenrisicodragers is, sluit overigens niet uit dat hij het risico van loondoorbetaling geheel of gedeeltelijk verzekert. Die vrijheid heeft

12. Er wordt voorbijgegaan aan het mogelijk proces van afwenteling van de lasten op de werknemers of de afnemers (consumenten).

de werkgever. De overheid heeft er ook op toegezien dat werkgevers de gelegenheid kregen om voor alle werknemers zonder selectie een betaalbare verzekering af te sluiten

Niemand zal bestrijden dat de verandering in de basiswaarde verantwoordelijkheid een substantiële is. Toch moet het belang ervan worden genuanceerd, en wel op twee punten. In de eerste plaats betreft de verandering niet de volledige door de ZW beschermde populatie. Het gaat uitsluitend om die belanghebbenden die werknemer zijn in de zin van artikel 7:629 BW. Zij vormen ongeveer 90 procent van de oorspronkelijke populatie. Voor de resterende 10 procent, de zogenaamde vangnetpopulatie, is er niets gewijzigd. Daarvoor draagt de publieke collectiviteit nog steeds de volle verantwoordelijkheid. Deels gaat het daarbij om mensen die geen werkgever (meer) hebben op wie zij een beroep kunnen doen. Deels zijn het werknemers in de zin van artikel 7:629 BW die een loonaanspraak hebben, maar aan wie tevens recht op ziekengeld toekomt, waarbij via een samenloopregeling de collectieve voorziening voorgaat. De reden daarvoor verschilt (stimuleren orgaandonatie, internationale verplichting, stimuleren reïntegratie).

De tweede nuancering is fundamenteeler. Daarmee komen we ook op het terrein van twee andere basiswaarden, bestaanszekerheid en bescherming. De verantwoordelijkheidsverschuiving is een halfslachtige. Enerzijds wordt de individuele werkgever verantwoordelijk gesteld, een verantwoordelijkheid die privaatrechtelijk, in het bijzonder arbeidsrechtelijk is vormgegeven. In het verlengde van deze verprivaatrechtelijking van de verantwoordelijkheid zou men verwachten dat de werkgever vervolgens ook de vrijheid zou hebben gekregen om aan die verantwoordelijkheid eenzijdig of, in lijn met de arbeidsrechtelijke traditie, in overleg met de werknemers of hun vertegenwoordigers invulling te geven. Maar dat is niet het geval. De verantwoordelijkheid van de werkgever is namelijk een gebonden, verregaand geprogrammeerde verantwoordelijkheid. De privatisering van de ZW houdt niet in dat de wetgever zijn handen van de inkomensopvang bij ziekte heeft afgetrokken. Integendeel, hij bemoeit zich intensief met de vormgeving en de inhoud van de verplichting van de werkgever tegenover zijn zieke werknemers. De overheid heeft

bij de privatisering van de Ziektewet geen afstand gedaan van haar oorspronkelijke normstellende taak ten aanzien van – in het bijzonder – de definiëring van de kring van de belanghebbenden bij de verzekering en de zogenaamde polisvoorwaarden. Dit lijkt in eerste instantie vreemd. De verklaring hiervoor is dat de wetgever wel wilde privatiseren, maar dit moest dan wel een 'sociaal geconditioneerde' (Kabinet-Kok, 1994: 47) privatisering zijn of, in wat andere woorden, een privatisering 'waar dit onder sociaal aanvaardbare condities' mogelijk was (Sociale Nota 1995, 1994: 115). Dit heeft, behalve tot het voortbestaan van de ZW in verband met de vangnetgevallen, geleid tot de vergaande, 'heteronome' programmering van het private ziekteregime. De collectiviteit werd ingeruild voor de werkgever, maar voor de bestaanszekerheid en de bescherming mocht dat geen consequenties hebben. Die basiswaarden stonden niet ter discussie. Het private ziekteregime mocht wat de beschermde personen en het beschermingsniveau betreft niet minder zijn dan in de oorspronkelijke publieke voorziening. De sociaal geconditioneerde privatisering hield ook in dat zieke werknemers niet de dupe mochten worden van betalingsproblemen (faillissement) van de werkgever. Dat gat werd publiek, via de WW, gestopt.

De programmering van de verplichting van de werkgever is dwingendrechtelijk vormgegeven, wat impliceert dat de overheid verplichtend in privaatrechtelijke verhoudingen ingrijpt. De wetgever heeft precies voorgeschreven hoeveel loon de werkgever bij ziekte ten minste moet betalen en over welke periode hij dat in elk geval moet doen. Het is partijen niet toegestaan afspraken te maken die deze minima doorbreken, behalve in één (marginaal) geval dat de wetgever zelf precies heeft gedefinieerd. Daarbij gaat het om de mogelijkheid de eerste twee dagen van een ziektegeval voor rekening van de werknemer te brengen (art. 7:629 lid 8 BW). De conclusie is dat de dwingendrechtelijke regeling van het BW per saldo even verplichtend is als de publiekrechtelijke regeling van de ZW. De werkgever bezit wel enige vrijheid, maar dat is de vrijheid om van de minimumregeling naar boven, dat wil zeggen ten gunste van de werknemer, af te wijken. Dat is ook herhaaldelijk gebeurd, maar een dergelijke vrijheid bestond ook al voor de privatisering.

5.3.6 Effecten

Om de privatisering van de ZW in termen van de onderscheiden basiswaarden te kunnen beoordelen (zie 5.3.7), is het goed om ook naar de effecten van die operatie te kijken. De bedoeling van de privatisering was het terugdringen van het (hoge) ziekteverzuim. In de eerste jaren na 1994/1996 was er inderdaad sprake van enige reductie van het ziekteverzuim. Daarna is het verzuimpercentage weer gaan oplopen. Nu is het weer bijna terug op het niveau van voor de privatisering. Ziekteverzuim is een complex, multicausaal probleem. Het is veel te simpel om ervan uit te gaan, zoals de wetgever heeft gedaan, dat het introduceren van financiële prikkels een (blijvend) positief effect op dat verzuim zou hebben. Voldoende, harde bewijzen voor een dergelijk effect waren op het moment dat besloten werd om de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever uit te breiden naar 52 weken, overigens niet beschikbaar. Het ging hier om een politieke beslissing, genomen tijdens de formatie van het eerste paarse kabinet. De eerste fase van de privatisering van de ZW, de zogenaamde twee/zeswekenmaatregel, was nog nauwelijks in werking getreden. Zonder iets te weten over de effecten van die maatregel, werd tot een veel verdergaande maatregel besloten. Waarom voor een loondoorbetalingsperiode van 52 weken is gekozen, is niet bekend.¹³ Dit was politiek nattevingerwerk. Het alternatief, dat het denken in Nederland over de invulling van de basiswaarde verantwoordelijkheid in korte tijd zo wezenlijk was veranderd, lijkt ons namelijk niet realistisch. Internationaal nam Nederland met zo'n lange periode van loondoorbetaling overigens een unieke positie in.

Het feit dat de overheid van de privatisering een reductie van het ziekteverzuim verwachtte, getuigde overigens van naïviteit, indien, zoals het geval was, er tevens van werd uitgegaan dat de werkgever, belast met de verplichting het loon tijdens ziekte door te betalen, dat loondoorbetalingsrisico wel weer zou gaan herverzekeren op de private verzekeringsmarkt. Met name de vele kleine ondernemingen zouden hun toevlucht tot verzekering nemen,

13. De SER had in zijn aan de WULBZ voorafgaand advies geadviseerd tot een beperkte uitbreiding van de eigenrisicoperiode. De verlenging tot een jaar was 'te sterk aangezet' (SER, 1995: 201).

aangezien het voor hen niet verantwoord was het risico zelf te dragen. Het effect van verzekering is evenwel, dat de werkgever-verzekerde daardoor niet meer direct met de feitelijke kosten van het ziekteverzuim in zijn onderneming wordt geconfronteerd. En die directe confrontatie nu was een essentieel onderdeel van de theorie waarop het beleid om te komen tot een reductie van het ziekteverzuim, was gebaseerd. Verzekeringstechnisch gezien werd verwacht dat voor de meeste bedrijven het ziekteverzuim slechts een zeer geringe rol zou gaan spelen bij de premiebepaling (SER, 1995: 37). Werkgevers zijn het risico inderdaad massaal gaan verzekeren. In ongeveer 90 procent van de gevallen is nu sprake van particuliere herverzekering. De (premie)kosten van die herverzekering zijn inmiddels ten minste even hoog als de kosten van de publieke ziekengeldverzekering van voor de privatisering. De ene wijze van financieren – bedrijfstaksgewijs via een publieke verzekering – is dus ingeruild voor een andere wijze van financieren – individueel via een private verzekering.

De privatisering van de ZW, die erop neerkwam dat de werkgever de uitvoerder en de financier werd van de bestaanszekerheidsvoorziening bij ziekte van de bij hem in dienst zijnde werknemers, heeft ertoe geleid dat de werkgever naar methoden is gaan zoeken om het risico te beperken. Ten tijde van de behandeling van de WULBZ is aan dit punt binnen en buiten het parlement ook uitvoerig aandacht besteed. Een beperking van het risico zou de werkgever bijvoorbeeld via zijn aanname- en ontslagbeleid kunnen trachten te realiseren. Een scherpere (medische) selectie aan de poort en een strakker ontslagbeleid met betrekking tot arbeidsongeschikte werknemers. Ook het aantrekken van personeel op basis van een arbeidsverhouding die niet verplichte tot doorbetaling van het loon tijdens ziekte, is zo'n instrument. Men denke aan het werken met uitzendkrachten of aan de figuur van aanneming van werk. Ook het sluiten van tijdelijke dienstverbanden, waardoor het risico van loondoorbetaling in elk geval beperkt werd tot de duur van dat dienstverband, lag als instrument voor de hand. Tegen de risicoselectie aan de poort heeft men de Wet op de medische keuringen¹⁴ in stelling

14. Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 365.

gebracht. Het gebruik van de medische (aanstellings)keuring werd erdoor aan banden gelegd. Gekeurd mocht slechts worden in die gevallen waarin voor de betreffende functie bijzondere eisen op het punt van de medische geschiktheid golden. Wat de effecten van die wet zijn is nog niet helder. Uit het oogpunt van de basiswaarden bestaanszekerheid en bescherming was dit een maatregel waar men niet onderuit kon. Bij gebreke daarvan zou het overheidsbeleid gericht op vergroting van de arbeidsparticipatie van mensen met gezondheidsproblemen ongelooftwaardig zijn geworden.

Wij zullen niet alle consequenties van het feit dat de privatisering van de ZW de werkgever verantwoordelijk maakte voor de bestaanszekerheidsvoorziening van zijn zieke werknemers, bespreken. Nog een laatste punt. De werkgever verantwoordelijk stellen, betekende ook dat de publieke controle op de eerste 52 weken ziekte grotendeels verloren ging. De werkgever was op basis van de arbowetgeving verantwoordelijk voor het verzuimbeleid in zijn onderneming. Op hem rustte ook de zorg voor de reïntegratie van zieke werknemers, althans de 'interne' reïntegratie. Die zorg was gebaseerd op de bekende Van Haaren/Cehave-jurisprudentie, terwijl de Wet arbeid gehandicapte werknemers en haar opvolgster, de Wet REA, daarvoor een publiekrechtelijke grondslag boden. Het ontbreken van voldoende publieke controle impliceerde dat daarmee een cruciaal instrument ontbrak om de toegang tot de WAO te reguleren. De gevolgen van het onvoldoende (of ontbrekende) verzuim- en reïntegratiebeleid van de werkgevers komen op die manier voor rekening van de collectiviteit. Een bijkomend punt was dat er een breuk optrad in de behandeling van arbeidsongeschikte werknemers. In het eerste jaar was de werkgever via de door hem in te schakelen arbodienst verantwoordelijk en daarna het uitvoeringorgaan van de WAO. De vóór de privatisering bestaande integrale gevalshandeling was daarmee verdwenen. Deze negatieve consequenties heeft de wetgever zoveel mogelijk trachten te repareren, via reïntegratieplannen, premiedifferentiatie in de WAO, et cetera. De maatregelen die zijn getroffen zijn evenwel onvoldoende gebleken voor een definitieve oplossing van de problematiek. Recent is bij de Tweede Kamer een voorstel van wet in-

gediend, de Wet verbetering poortwachter, dat in nog weer nieuwe maatregelen voorziet.

5.3.7 Beoordeling

Het is duidelijk dat de privatisering van de ZW veel meer is dan een technische operatie om het in Nederland betrekkelijk hoge ziekteverzuim terug te dringen. De maatregel grijpt diep in de constellatie van basiswaarden die de sociale zekerheid beheersen, in. Daarbij gaat het in de eerste plaats om de basiswaarde verantwoordelijkheid. De verantwoordelijkheid die voor de privatisering de facto bij de publieke collectiviteit lag, is voor een belangrijk gedeelte van de oorspronkelijke ZW-populatie bij de individuele werkgevers komen te liggen. Zij zijn uitvoerder en financier geworden van de bestaanszekerheidsvoorziening bij ziekte, die vóór de privatisering in de ZW was geregeld. Dit betekent een belangrijke verandering in de verantwoordelijkheidsverdeling.

Op zich is een verschuiving in die verantwoordelijkheidsverdeling stellig verdedigbaar. De arbeidsverhouding is in beginsel een goed alternatief voor de publieke bestaanszekerheidsvoorziening bij ziekte. Zij heeft ook als zodanig gefunctioneerd, zij het veelal als aanvulling op de publieke voorziening. Een 'goed werkgever' zorgt voor zijn zieke werknemers, behoort althans voor zijn zieke werknemers te zorgen. Er is geen – politieke of juridische – grondnorm die de bestaanszekerheidsvoorziening bij ziekte dwingend aan het publieke domein toedeelt. Dat de publieke voorziening uiteindelijk zo'n dominante rol heeft gekregen, hield verband met de ideologie van de verzorgingsstaat. Die ideologie heeft evenwel aan legitimiteit ingeboet. De overheid is meer op afstand gezet, zij neemt nu een veel meer subsidiaire positie in. Dat is, als men daarvan kan spreken, ook meer in overeenstemming met de 'aard der dingen.' Het idee van privatisering is naar onze mening, geabstraheerd van de concrete omstandigheden, effecten en begeleidende verschijnselen, volstrekt acceptabel en nastrevenswaardig. Privatisering sluit goed aan bij de bereidheid van de werkgever om meer verantwoordelijkheid te nemen voor de gezondheid, het welzijn en de veiligheid van de werknemer. Privatisering houdt ook een erkenning in van het feit dat de regeling van de inkomensdekking bij ziekte

onderdeel is van de arbeidsvoorwaarden, waarover partijen of hun vertegenwoordigers in beginsel 'de baas zijn'. De arbeidsvoorwaarden vormen een relatief autonome sfeer, waarin de overheid slechts in bijzondere gevallen mag ingrijpen. In de privatisering van de ZW komt ten slotte het redelijke, aan het milieubeleid ontleende beginsel dat de vervuiler (de werkgever) dient te betalen, tot uitdrukking.

Bij de privatisering van de ZW spelen naast de basiswaarde verantwoordelijkheid ook andere sociaalrechtelijke basiswaarden een rol, in het bijzonder bestaanszekerheid en bescherming. Is aan die waarden aandacht besteed? We kunnen daar kort over zijn. De wetgever verbond aan de privatiseringsoperatie de voorwaarde dat het om een sociaal geconditioneerde privatisering moest gaan. Hij heeft er inderdaad veel aan gedaan om die voorwaarde te vervullen. Er werd een vangnetvoorziening ontworpen voor die gevallen waarin geen beroep (meer) op de werkgever kon worden gedaan. De werkgever kreeg bovendien dwingend de omvang en de duur van zijn loondoorbetalingsplicht voorgescreven. Wat de wetgever daarbij voor ogen stond, was continuering van de oude bescherming van de ZW voor de vroegere ZW-populatie. Daarin is de wetgever geslaagd. Er is zelfs niet vergeten om het griffierecht in loongeschillen ex artikel 7:629a BW te harmoniseren met het (Awb-)griffierecht, waarmee zieke werknemers onder de ZW werden geconfronteerd.

Indien de wetgever streefde naar continuering van het voorzieningenniveau van de ZW, mocht worden verwacht dat hij voldoende, zakelijke argumenten zou hebben voor een operatie waarvan vaststond dat deze een al vele decennia lang bestaand stelsel, waarin dat voorzieningenniveau was gegarandeerd, zou afschaffen. Naar onze mening ontbraken die argumenten. De wetgever heeft het besluit tot privatisering nogal lichtvaardig genomen. Het was in zekere zin een sprong in het diepe. De aanleiding voor de privatisering was de algemeen onderschreven beleidsdoelstelling het ziekteverzuim te reduceren. Het middel tot reductie van dat verzuim was de op de werkgever gerichte financiële incentive van het eigenrisicodragerschap. Onderzoek waaruit – voor de hele economie – een eenduidig causaal verband tussen eigenrisicodragen en de hoogte van het ziekteverzuim

zou blijken, ontbrak evenwel. Een dergelijk verband was wellicht theoretisch aannemelijk, maar de wetgever wist ook dat in het algemeen het inzicht in de oorzaken van het ziekteverzuim, alsmede in de rol van de werkgever in het geheel van die oorzaken, gebrekkig was. Het desondanks, zonder nader onderzoek, besluiten tot (verdere) privatisering van de ZW moet dan, in het licht van de basiswaarden bestaanszekerheid en bescherming (zie hierna), als lichtvaardig worden gekwalificeerd. De besluitvorming tot privatisering is naar onze mening gedomineerd door wat eerder de economische en politieke rationaliteit werd genoemd. De politieke druk om maatregelen te treffen om het ziekte- en arbeidsongeschiktheidsvolume terug te dringen, was in de eerste helft van de jaren negentig bijzonder hoog. Het besluit – tijdens de kabinetsformatie 1994 – om de eigenrisicoperiode voor de werkgever tot 52 weken te verlengen zonder de effecten van de eerste privatiseringstap te evalueren, is een schoolvoorbeeld van een door de politieke omstandigheden gedictieerd besluit. Kabinetsformaties scheppen het klimaat om beslissingen te nemen die daarbuiten niet gerealiseerd kunnen worden. Dat neemt evenwel niet weg dat ook bij de (in)formateur aan tafel de besluitvorming zorgvuldig en doordacht behoort te verlopen.

De privatisering heeft geleid tot effecten die – onder andere – vanuit het oogpunt van bestaanszekerheid en bescherming als negatief moeten worden gekwalificeerd. Als voorbeeld wijzen wij nog eens op het selectieve aanname- en ontslagbeleid dat werkgevers als reactie op de vergroting van hun (financiële) risico zijn gaan voeren. De Wet op de medische keuringen is geen absolute garantie tegen selectie.¹⁵ Ook het sollicitatiegesprek en het arbeidsverleden kunnen de werkgever voldoende informatie verschaffen. Voorts kan de arbeidsverhouding, een op zich al gevoelige relatie, door de privatisering extra onder druk komen te staan. Conflicten over ziekte en arbeidsongeschiktheid zijn immers door de privatisering van bestuursrechtelijke in arbeidsrechtelijke geschillen getransformeerd. Overigens is het ook mogelijk dat de werknemer zich stilhoudt om dergelijke conflicten,

15. Zie in dit verband bijvoorbeeld de rapportages van de Helpdesk gezondheid, werk en verzekeringen.

eventueel uitmondend in gerechtelijke procedures, te ontlopen (vgl. Minderhoud e.a., 1999). Die opstelling kan echter weer tot schade aan zijn gezondheid leiden. De werkgever kan, met het oog op het beperken van zijn loondoorbetalingsrisico, ook uitwijken naar uitzendkrachten en tijdelijk personeel. Door de privatisering van de ZW ontstaat er een spanning tussen de economische belangen van de werkgever en de bestaanszekerheid met betrekking tot werk en inkomen voor de werknemer.

Een ander negatief effect van de privatisering is dat de uitvoeringsorganen hun greep op het eerste jaar van de arbeidsongeschiktheid zijn kwijtgeraakt. Daarmee missen zij een belangrijk instrument om de toegang tot de WAO te beheersen. De werkzekerheid, het belangrijkste aspect van bestaanszekerheid, is hiermee niet gediend. Het bestrijden van deze negatieve effecten heeft tot allerlei reparatiewetgeving geleid. Bovendien zijn er weer nieuwe maatregelen in voorbereiding. Al die maatregelen komen er overigens op neer, dat de werkgever verder wordt 'ingesnoerd' met nieuwe verplichtingen. Daarbij komen ook nog verplichtingen die hem door de verzekeraar, bij wie hij het loondoorbetalingsrisico heeft ondergebracht, worden opgelegd. Met die verzekering is de werkgever, mede gelet op de voortdurend oplopende premielasten, niet veel opgeschoten.

Ook kan de vraag worden gesteld of een loondoorbetalingsverplichting van 52 weken eigenlijk wel in overeenstemming (proportioneel) is met de zwaarte van de verantwoordelijkheid van de werkgever. De heersende (rechts)opvatting in de periode 1909-1996 wees zeker niet in die richting. Vóór 1996 was die verplichting veelal beperkt tot zes weken, ook in de tijd (1909-1930) dat de publieke voorziening van de Ziektewet nog niet bestond. Die zeswekentermijn is ook verklaarbaar. Meer dan 90 procent van de ziektegevallen herstelt binnen zes weken. De periode van 52 weken getuigt naar onze mening van overspanning van de verantwoordelijkheid van de werkgever. Dat hij het loondoorbetalingsrisico kan verzekeren, is geen voldoende contra-argument. Het gaat om de voorvraag naar de proportionaliteit. Dat sprake is van een onjuiste uitleg van de verantwoordelijkheid van de werkgever, moge blijken uit het feit dat Nederland, wat dit punt betreft, in Europa een eigen positie inneemt. Er zijn

nog enkele andere landen waar de werkgever bij ziekte het loon moet doorbetalen, maar een periode van 52 weken komt daar niet voor. Het gaat meestal om niet meer dan enkele weken.

De indruk van een overbodige operatie dringt zich op (zie ook Noordam, 1998: 173-175). Daarbij komt nog dat de doelstelling van de privatisering, reductie van het ziekteverzuim (en in het verlengde daarvan: besparingen in de sfeer van uitkeringslasten en uitvoeringskosten), niet is gerealiseerd. Wij herinneren eraan dat het ziekteverzuim na een aanvankelijke daling weer terug is op het niveau van vóór 1994. Het ziekteverzuimprobleem is, het zij herhaald, bijzonder complex. Hoe het ziekteverzuim zich zou hebben ontwikkeld, wanneer de privatiseringsmaatregel niet zou zijn getroffen, valt overigens niet te zeggen. Ook onder de ZW heeft Nederland verzuimpercentages gekend waar het kabinet-Lubbers III en het kabinet Kok-I voor zouden tekenen.

5.3.8 Andere privatiseringen

Het voorbeeld van de privatisering van de ZW is opgevoerd om te laten zien welke consequenties een dergelijke operatie heeft voor de basiswaarden die de publieke bestaanszekerheidsvoorziening bij ziekte beheersten. Een belangrijk kenmerk van de privatisering van de ZW was, dat er in beginsel een redelijk alternatief voor de publieke voorziening bestond, namelijk de arbeidsverhouding, waarin de private bestaanszekerheidsvoorziening kon worden ingebouwd. Het was ook een alternatief dat paste in het nieuwe denken over de verantwoordelijkheidsverdeling in de sociale zekerheid. Daarin was aan de overheid een veel meer subsidiaire rol toebedeeld. We hebben echter gezien dat de praktijk van de privatisering niet helemaal met die nieuwe ideologie overeenstemde. Immers, de overheid gaf haar verantwoordelijkheid als normsteller niet uit handen. De privatisering moest een sociaal geconditioneerde privatisering zijn, wat kennelijk kon worden bereikt, indien de wetgever beide voeten tussen de deur van de privatisering kon houden.

Er zijn in de jaren negentig meer voorbeelden geweest van privatisering van delen van de sociale zekerheid waarin kon worden teruggevallen op de arbeidsverhouding als alternatieve, private bestaanszekerheidsvoorziening. Een voorbeeld op het terrein van de

bestaanszekerheidsvoorziening bij arbeidsongeschiktheid is al eerder genoemd (3.3.4.1). Dat was de opvulling van het WAO-gat na de ingrepen in de WAO in 1993. Een ander voorbeeld is het herstel van het gat dat de nieuwe ANW in 1996 heeft geslagen: jongere nabestaanden, geboren na 1949, zouden bij overlijden van hun partner niet meer voor een uitkering in aanmerking komen (3.3.4.3). Voorzover dit effect van de ANW in het private domein is geneutraliseerd, is dat, althans voor een deel, via de arbeidsverhouding gebeurd. In veel gevallen heeft echter geen reparatie plaatsgevonden. Kennelijk wordt een voorziening bij overlijden in de huidige tijd relatief onbelangrijk gevonden. Waarschijnlijk houdt dit verband met het feit dat de arbeidsparticipatie van vrouwen, traditioneel de belangrijkste categorie belanghebbenden bij een nabestaandenvoorziening, de laatste decennia enorm is gegroeid. Hun economische onafhankelijkheid is daarmee sterk toegenomen, hun financiële afhankelijkheid van hun partner evenredig afgenomen.

De echte test voor (de basiswaarden van) de sociale zekerheid moet nog komen. Met de echte test bedoelen we de verdere privatisering van de WAO, die, zo is de verwachting, tijdens de volgende kabinetsperiode, geëffectueerd al worden. De belangrijkste aanleiding voor een nieuwe privatiseringsronde in de WAO is het nog steeds hardnekkig hoge arbeidsongeschiktheidsvolume.¹⁶ De herziening van de WAO in 1993 en de ook daarna nog weer getroffen maatregelen, bijvoorbeeld de verscherping van de keuringspraktijk, hebben het volume niet (blijvend) kunnen verkleinen. Het aantal van 1 miljoen arbeidsongeschikten is in zicht. Voor premier Lubbers was het bereiken van dat aantal reden om op te stappen, zo verklaarde hij in 1990. Het huidige kabinet heeft medio 2000 de Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid (Commissie-Donner) ingesteld.¹⁷ Die commissie van deskundigen, leden van de vijf grootste politieke partijen, heeft tot taak een analyse uit te voeren met betrekking tot de aard, de omvang en de oorzaken van arbeidsuitval door ziekte of arbeidsongeschiktheid. In deze op zich vrij

16. Een andere aanleiding is het hoge percentage psychisch arbeidsongeschikten onder WAO-uitkeringsgerechtigden (ca. 30 procent).

17. Besluit Staatssecretaris van SZW van 28 juni 2000, *Stcrt.* 125.

breed geformuleerde opdracht staat de WAO-problematiek centraal. Van de commissie wordt verwacht dat zij aanbevelingen doet om 'het vraagstuk van arbeidsuitval door ziekte en arbeidsongeschiktheid' op te lossen. De commissie moet betrekkelijk snel werken. Zij moet in het voorjaar 2001 rapporteren. Dat tekent het politieke ongeduld waarmee de WAO-problematiek pleegt te worden benaderd.

Op het moment van het afronden van dit preadvies is nog niet bekend wat de Commissie-Donner zal gaan voorstellen. De commissieopdracht veroorzaakt een sterk *déjà vu*-gevoel. Net als bij de privatisering van de ZW definieert de politiek een beleidsprobleem in technische termen. Het probleem is – ook nu weer – de onbevredigend hoge 'arbeidsuitval', zij het nu vooral in verband met de WAO. De aard en omvang van die arbeidsuitval moeten worden vastgesteld en de oorzaken opgespoord, waarna oplossingen moeten worden voorgesteld. Wat opvalt is dat in de commissieopdracht met geen woord wordt gerept over de 'ideologische context' van de problematiek, de verschillende basiswaarden van de sociale zekerheid. De wijzigingen in de opzet van de WAO die de commissie gaat voorstellen, hebben echter niet alleen juridische, economische en organisatorische consequenties. Zij raken tevens de basiswaarden van de sociale rechtsvorming. Die veranderen van inhoud of krijgen een ander accent. Ook hier geldt weer dat het probleem dat als een technisch probleem is omschreven, niet alleen technisch van aard is.

De politiek mag niet vergeten dat die basiswaarden een normatieve lading hebben, die niet zomaar kan worden genegeerd. Een voorbeeld. Het is niet uitgesloten dat de Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid met voorstellen komt die geheel of gedeeltelijk overeenkomen met ideeën die in september 2000 door het Christelijk Nationaal Vakverbond (CNV) zijn geopperd (CNV, 2000). Het CNV stelde voor om de WAO alleen open te stellen voor werknemers die, medisch gezien, volledig arbeidsongeschikt zijn. Eenmaal tot de WAO toegelaten, worden zij niet meer 'lastig gevallen' door herkeuringen. Het uitkeringspercentage wordt verhoogd tot 75 procent. De gedeeltelijk arbeidsongeschikten, die, als zij geen werk hebben, daarnaast gedeeltelijk werkloos zijn, komen, samen met de valide werklozen, in aan-

merking voor een nieuwe, uit de algemene middelen gefinancierde basisuitkering. De WW verdwijnt. Eventuele aanvullingen op de basisuitkering worden via de arbeidsvoorwaarden geregeld. Dit laatste komt dus neer op een gedeeltelijke privatisering van het arbeidsongeschiktheids- en het werkloosheidsrisico.

In dit CNV-voorstel zijn de meeste van de eerder onderscheiden basiswaarden in het geding. De verantwoordelijkheid van de collectiviteit voor de bestaanszekerheid wordt anders ingevuld, deels wordt zij vergroot, deels verminderd. De verantwoordelijkheid van het private domein (sociale partners) neemt toe. Dit spoort ook met ideeën van het CNV uit de jaren tachtig over het overdragen van de verantwoordelijkheid voor de werknemersverzekeringen aan de sociale partners. Door de voorgestelde tweedeling binnen de groep arbeidsongeschikten wordt aan het beschermingsbeginsel een andere, gedifferentieerde inhoud gegeven. Ook het beschermingsniveau wordt aangepast. Het non-discriminatiebeginsel is hier duidelijk in het geding. Immers, wat rechtvaardigt het verschil in behandeling tussen volledig en gedeeltelijk arbeidsongeschikten?¹⁸ En waarom zouden arbeidsongeschikten op het punt van inkomenszekerheid anders behandeld moeten worden dan werklozen? De solidariteit vermindert door de gedeeltelijke privatisering van de voorziening via de arbeidsvoorwaarden. Anderzijds neemt de solidariteit weer toe door de bekostiging van de basisuitkering via de begroting te laten lopen. Voor het geval de voorziening via de arbeidsvoorwaarden niet tot stand komt, behoort, gelet op de basiswaarde bestaanszekerheid, in elk geval een publiek vangnet aanwezig te zijn, maar de term 'sociaal geconditioneerde' privatisering komt in het voorstel niet voor. Kortom, het CNV negeert de vraag of en, zo ja hoe, het voorstel binnen de context van de basiswaarden past. Ook deze organisatie ziet de WAO als een primair technisch probleem. Het gevaar van deze benadering is dat basiswaarden als 'volgend' worden beschouwd, terwijl dat niet het geval zou behoren te zijn.

18. Dit staat nog weer los van de medisch-arbeidskundige en juridische problematiek hoe bijvoorbeeld kan worden vastgesteld dat er sprake is van duurzame, volledige arbeidsongeschiktheid.

Er zijn ook geluiden dat de commissie zal voorstellen om bepaalde categorieën arbeidsongeschikten, in het bijzonder de psychisch arbeidsongeschikten, van de WAO uit te sluiten. Het arbeidsongeschiktheidsbegrip van de WAO en de keuringspraktijk zijn te weinig selectief om uit het grote aanbod van mensen met psychische klachten de echte psychisch ongeschikten te zeven. Het anders behandelen van mensen naar de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid lijkt in strijd te zijn met het non-discriminatiebeginsel. Of een vervangende voorziening zal worden voorgesteld, is niet duidelijk. Ook hier staan de basiswaarden bestaanszekerheid en bescherming weer op de tocht. Als geen alternatieve, publieke voorziening wordt gecreëerd, is dat strijdig met de publieke verantwoordelijkheid voor de bestaanszekerheid van een groot gedeelte van de werkende bevolking. Aan de solidariteit wordt dan ernstig afbreuk gedaan. Daarbij komt dat hier, naar te verwachten valt, het private alternatief van de arbeidsverhouding zeer waarschijnlijk ontbreekt.

Een mogelijk ander voorstel is een terugkeer naar het zogenaamde *risque professionnel*. De werkingssfeer van de WAO wordt in dat geval beperkt tot die werknemers waarvan de arbeidsongeschiktheid 'arbeidgerelateerd' is, wat bijvoorbeeld het geval is bij een arbeidsongeval of een beroepsziekte. Maar het begrip kan ook ruimer worden uitgelegd. De kosten van een op die manier beperkte WAO komen voor rekening van de werkgever. Tot 1967, het jaar van inwerkingtreding van de WAO, was de ongevallenwetgeving op dit *risque professionnel* gebaseerd. De ongevallenwetten kenden een gunstiger uitkeringsregime dan de wetgeving voor arbeidsongeschikten ten gevolge van een andere oorzaak. De WAO schafte die differentiatie naar oorzaak af. Met de beroemde woorden '(...) dat niet beslissend dient zijn, hoe iemand arbeidsongeschikt is geworden, maar de omstandigheid, dat men arbeidsongeschikt is en dat dit maatschappelijke consequenties heeft' maakte minister Veldkamp een einde aan een jarenlang debat over de voors en tegens van het differentiëren naar causa en het daaraan gekoppelde (aanzienlijke) verschil in dekkingskwaliteit.¹⁹ Nederland neemt door niet te diffe-

19. *Kamerstukken II* 1962/63, 7171, nr. 3, p. 2.

rentiëren een unieke positie in. Overal elders is differentiatie de norm. Het voorstel tot herinvoering van het *risque professionnel* heeft alleen zin als voor de niet-arbeidgerelateerde arbeidsongeschikten een ander, minder aantrekkelijk uitkeringsregime gaat gelden. Dat zou een publieke voorziening kunnen zijn, maar ook een private, of een combinatie van de twee. De private voorziening komt dan waarschijnlijk in beginsel voor rekening van de werknemers zelf, met de mogelijkheid van private verzekering, waarbij de overheid de toegankelijkheid van die private verzekering zal moeten waarborgen.

Gelet op haar opdracht zal de Commissie-Donner aannemelijk moeten maken dat dit soort voorstellen een reductie van het aantal arbeidsongeschikten tot het gevolg zal hebben. Dat zal niet eenvoudig zijn. Evenmin eenvoudig is het vinden van een (juridisch) heldere, in de praktijk ook werkbare afscheiding tussen de categorieën waarop de herziene WAO wel van toepassing is en de groepen die buiten haar werkingssfeer vallen. Wanneer is er sprake van psychische arbeidsongeschiktheid, wanneer van arbeidgerelateerde arbeidsongeschiktheid, et cetera? De geschiedenis van de vroegere ongevallenwetgeving is ook de geschiedenis van veel strijd, in en buiten de rechtszaal, over dit soort afgrenzingsproblemen.²⁰ Een heldere afscheiding is te meer nodig, omdat de ervaring heeft geleerd dat bij concurrerende voorzieningen de financieel aantrekkelijkere voorziening onder druk komt te staan. Kan de Commissie-Donner deze problemen niet oplossen, dan is het niet verantwoord de voorstellen in te voeren. Dat zou namelijk opnieuw een sprong in het diepe zijn.

Maar de commissie moet – eerst – nog iets anders doen. Zij zal zich ook moeten uitlaten over de vraag of haar voorstellen wel verenigbaar zijn met de basiswaarden van het sociaal recht. Doet de commissie dat niet, dan behoort het in elk geval tot de taak van de wetgever om dat wel te doen. De wetgever zal bovendien

20. De afgrenzingsproblematiek is tot nu toe een van de belangrijkste argumenten tegen herinvoering van het *risque professionnel*. Zie voor de argumenten pro en contra het *risque professionnel* de Sociale Nota 2001 (2000: 129 e.v.).

moeten nagaan of de voorstellen in overeenstemming zijn met onze verdragsrechtelijke verplichtingen, bijvoorbeeld waar het het 'minimumniveau' betreft, waaraan wij gebonden zijn (3.3.4.3). Dit laatste punt raakt de juridische rationaliteit.

Is differentiatie tussen verschillende categorieën arbeidsongeschikten te rechtvaardigen? Dit is naar onze mening de *kernvraag* die moet worden beantwoord. Wij zijn vooralsnog geneigd om die vraag ontkennend te beantwoorden, onder verwijzing naar het 'oude' argument, dat alleen relevant is *dat* er inkomensschade is geleden. Die schade moet worden vergoed volgens criteria, die niet samenhangen met de oorzaak van de schade. Wel differentiëren staat op gespannen voet met waarden als bestaanszekerheid, non-discriminatie en solidariteit.

Wij zijn ons ervan bewust dat de discussie over de toekomst van de WAO en de betekenis van de sociaalrechtelijke basiswaarden – in wezen: van het beginsel van de sociale rechtvaardigheid – voor de sociale rechtsvorming in dat verband, hiermee niet af is. Dat zou wel erg pretentiefus zijn. Wij hopen dat dit het begin is van een brede discussie, waaraan in elk geval ook de wetgever moet deelnemen. Onttrekt hij zich daaraan of ziet hij die discussie als een verplicht nummer, dan zou hij daarmee blijk geven van een ernstige miskenning van de betekenis van die basiswaarden voor de rechtsvorming op het terrein van de bestaanszekerheid.

WAARDENTOETS

Arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht hebben zich in de afgelopen eeuw langzaam ontwikkeld tot wat het nu is: een omvangrijk en dynamisch rechtsgebied dat permanent in beweging en ontwikkeling is. Het is een rechtsgebied dat gevoelig is, wellicht meer dan andere, voor maatschappelijke, politieke, economische en sociaal-psychologische evoluties. De wereld van nu op ons gedeelte van de aardbol is in geen dele te vergelijken met die van het jaar 1900, het jaar waarin de eerste socialeverzekeringswet (Ongevallenwet) werd voorbereid en een jaar waarin CAO's tot ontwikkeling aan het komen waren. De enorme expansie die het sociaal recht sindsdien heeft doorgemaakt, is gebaseerd geweest op een aantal uitgangspunten, op een aantal beginselen van sociale rechtsvorming. Zeker in de eerste helft van de ongeveer honderd jaar die het sociaal recht oud is, werd de ontwikkeling ervan voortgedreven door, wat wij nu zouden noemen, ideologische discussies en debatten. Vanuit de socialistische en later sociaal-democratische hoek, vanuit christelijke en roomkatholieke hoek en vanuit liberale hoek, werden ieder vanuit de eigen denkwijze ideeën aangedragen waaruit uiteindelijk sociaalrechtelijke wetgeving is ontsproten (Molenaar, 1953: 321-374). Vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw is deze ideologische achtergrond meer en meer komen te vervagen en te vervlakken. De politieke ideologie raakte op de achtergrond, de belangstelling van de burgers ervoor werd minder en minder. Thans zien we dat de belangstelling voor bijvoorbeeld het lidmaatschap van politieke partijen tot zorgelijke laagten is gedaald. De ledentallen van de politieke partijen dalen gestaag, er is niet één partij die nog 100.000 leden telt. Ook de opkomst van het electoraat is bij vele verkiezingen dikwijls mager te noemen. Het politiek debat op grond van onderliggende normen

en waarden flikkert slechts af en toe op, soms bij de gelegenheid van een ramp of een andere schokkende gebeurtenis.

In dit preadvies zijn wij niettemin op zoek gegaan naar de waarde(n) van het sociaal recht en de beginselen van sociale rechtsvorming. Ondanks tanende belangstelling van burgers voor het politieke debat blijken de waarde(n) van het sociaal recht wel degelijk te leven.

We hebben in hoofdstuk 2 laten zien dat tal van verschijnselen en ontwikkelingen, trends en hypes invloed hebben op politiek, economie, recht en samenleving. Was een jaar geleden de 'nieuwe' economie op een hoogtepunt, nu blijkt dat inflatie nog steeds tot de mogelijkheden behoort alsmede dat het maken van winst toch nog steeds tamelijk essentieel is om een goedlopende onderneming te drijven. In die zin was de 'nieuwe' economie een hype. Voor zover met 'nieuwe' economie wordt bedoeld op de grote invloed van de computer en internet, is ze wel blijvend en zullen er vele diep ingrijpende maatschappijveranderingen plaatsvinden, die ook gevolgen hebben en zullen hebben voor de vorming van sociaal recht. Als belangrijkste van de -eringen die we in hoofdstuk 2 hebben vastgesteld, zijn te categoriseren: individualisering en economisering. Deze beide al gedurende ruim een tiental jaren te onderkennen trends hebben onmiskenbaar invloed (gehad) op de basiswaarden van het sociaal recht. Ze hebben ook tot veel 'veranderingsliteratuur' aanleiding gegeven (Jacobs, 1996; Van der Heijden, 1997; Rood, 1997; Jacobs 1997 en 1998; Koopmans, 1999). Alvorens we deze basiswaarden in hoofdstuk 4 hebben gecategoriseerd en gesystematiseerd, hebben we in hoofdstuk 3 laten zien dat de wetgever bij grote wetgevingsprojecten in de afgelopen vijftien jaar geprobeerd heeft een aantal sociaalrechtelijke basiswaarden vast te houden, maar tegelijkertijd ook daarin heeft laten doordringen een aantal van de in hoofdstuk 2 genoemde trends.

Opvalt dat regering en parlement, die in gezamenlijk debat tot een product in het Staatsblad komen, niet of nauwelijks systematisch debatteren over de vraag in hoeverre sociaalrechtelijke waarden aan de orde zijn, in hoeverre deze veranderen ten opzichte van eerdere wetgeving waar ze een belangrijke rol hebben gespeeld, en in hoeverre ze rationeel en bewust aangepast wor-

den aan veranderende tijden. De Raad van State houdt bij zijn toetsing van ter advisering voorgelegde ontwerpwetgeving een bepaald en vast toetsingskader aan.¹ Zo wordt er gekeken of nieuwe wetgeving niet in strijd is met het recht van de Europese Unie, met het recht van de Raad van Europa (met name uiteraard de grondrechten), er wordt gekeken of de wetgeving juridisch-technisch goed in elkaar zit, of de voorstellen consistent zijn en of het wel nodig is om op het voorgestelde terrein met nieuwe regelgeving te komen. Het is goed dat regering en parlement zich, alvorens een wetgevingsproject tot het Staatsblad te brengen, van advies laten voorzien door een advieslichaam dat zo systematisch gedegen te werk gaat en, in zijn eigen woorden, 'legisprudentie' vormt. Maar het verdient ons inziens aanbeveling om, behalve op de genoemde punten, ook een 'waardentoets' uit te voeren. Hiermee bedoelen we te zeggen dat bij ingrijpende sociaalrechtelijke wetgeving de wetgever zich bewust moet zijn dan wel worden van de 'Stufenbau der Waarden' zoals die in hoofdstuk 4 is uiteengezet. Welke sociaalrechtelijke basiswaarden zijn er aan de orde, welke sociaalrechtelijke variabelen worden ingezet en waarom, welke sociaalrechtelijke methoden en technieken worden gebruikt en welke niet, en waarom? Een rationele afweging van tal van observaties zijn bij ingrijpende sociaalrechtelijke wetgeving noodzakelijk. Daarbij kan een 'waardentoets' ons inziens niet ontbreken.

In hoofdstuk 5 hebben we aan de hand van een tweetal actuele onderwerpen, het ontslagrecht en de inkomensregeling van zieke en arbeidsongeschikte werknemers, laten zien hoe een waardentoets zou kunnen plaatsvinden. Van belang is dat een dergelijke toets *systematisch* en *rationeel* plaatsvindt. Over sociale rechtvaardigheid, sociale cohesie, bescherming, solidariteit, eigen verantwoordelijkheid van de individu en de verantwoordelijkheid van de overheid, kan hartstochtelijk en emotioneel worden gedebatteerd. Op zichzelf zou dat het publieke debat kunnen verrijken. Al te veel zijn thans discussies tussen regering en parlement over arbeidsrechtelijke en sociaalzekerheidsrechtelijke wetgeving technisch en bureaucratisch van aard. Mocht, door de waardentoets toe te passen, het debat emotioneler worden, dan

1. Jaarverslag Raad van State, 1999.

is daar op zichzelf niet zoveel tegen, mits uiteindelijk een rationele afweging plaatsvindt tussen de verschillende argumenten die voor en tegen een bepaalde uitwerking van bijvoorbeeld solidariteit of bescherming pleiten. Bij die afweging dienen ook de verschillende rationaliteiten, die in hoofdstuk 4 werden onderscheiden, aan de orde te komen. Maar binnen die rationaliteiten bestaat een zekere *hiërarchie*, waarin de waardenrationaliteit bovenaan staat. Daarna volgen de andere, waarvan op zijn beurt de juridische rationaliteit de boventoon voert als het gaat om het voldoen aan internationaalrechtelijke verplichtingen. De wetgever moet zich *rekenschap geven* van die waarden en daarover ook *verantwoording afleggen* in de toelichting op nieuwe regelgeving.

In de komende jaren is weer een aantal, relatief grote en belangrijke, wetgevingsprojecten op het terrein van het sociaal recht te verwachten. In de eerste plaats is dat het ontslagrecht. Het door de Adviescommissie Duaal Ontslagrecht in november 2000 uitgebrachte rapport zal tot een standpunt van het kabinet leiden, hetwelk met de Tweede Kamer zal dienen te worden besproken. Reeds bij de stellingname hieromtrent van het kabinet en van de politieke partijen in de Tweede Kamer kan de Stufenbau van hoofdstuk 4 een richtinggevende rol spelen. Wij zouden de betreffende bewindslieden en parlementariërs uiteraard willen aanbevelen om systematisch-rationeel de in hoofdstuk 4 uiteengezette basisbeginselen, variabelen en methoden en technieken de revue te laten passeren, alvorens tot wetgeving over te gaan. We hebben daartoe in hoofdstuk 5 een aanzet gegeven. Hetzelfde geldt voor de inkomensbescherming van zieke en arbeidsongeschikte werknemers. Het WAO-probleem heeft in Nederland een hoog 'hypotheekrente'-gehalte. Het ter discussie stellen van wijzigingen in de WAO lijkt even gevoelig te liggen als die van de aftrekbaarheid van de hypotheekrente. Ook hier kan een systematisch-rationele benadering zoals in hoofdstuk 5 uiteengezet een helpende hand bieden bij de verdere gedachteontwikkeling. Recent gaf de SER een proeve van het toepassen van waardenrationaliteit in het verband van nieuwe wetgeving. Bij het advies over het functioneren en de toekomst van de structuurregeling²

2. SER-Advies 01/02, Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling.

werd expliciet een ander advies betrokken dat een uiteenzetting geeft over waarden bij het maatschappelijk ondernemen.³ De door de SER voorgestelde wijziging van de regeling omtrent de benoeming van leden van de Raden van Commissarissen bij structuurvennootschappen wordt bewust gezet in de sleutel van een visie op de onderneming als een samenwerkingsverband van diverse belanghebbenden (stakeholders). Aan die visie ligt een weging van waarden ten grondslag.

In hoofdstuk 3 hebben we geconcludeerd aan de hand van een analyse van grote wetgevingsprojecten in de afgelopen vijftien jaar dat het arbeidsrecht een postmoderne grabbelton is geworden van soms tegenstrijdige en dikwijls uiteenlopende ideeën, modes, waarden en verschijnselen. Voor wat betreft het sociale-zekerheidsrecht hebben we gezien dat het ontoegankelijk en ondoorzichtig is en dat de effectiviteit ervan dikwijls gering is. Wetswijzigingen volgen elkaar in razend tempo op. Werd voor het arbeidsrecht de metafoor van de grabbelton gebruikt, het sociale-zekerheidsrecht werd vergeleken met een windvaan, nu eens dit en dan weer dat. De wetgever zet een bepaalde koers uit en komt daarop na korte tijd weer terug. Met deze metaforen wordt geprobeerd een beeld te schetsen. Duidelijk is dat het niet altijd een gunstig beeld is. Kritiek op de wetgever is echter van alle tijden. Het is ook niet zo eenvoudig om in een woelige wereld, vol snel opeenvolgende veranderingen, met wisselende regeringscoalities en meerderheden in de Tweede Kamer, tot beginselvaste, consistente sociale rechtsvorming te komen. Maar het blijft de moeite waard om te proberen. Hopelijk kunnen de in dit essay aangedragen ideeën en gedachten bijdragen aan sociale rechtsvorming, waarin sociale rechtvaardigheid de rode of, zo men wil, paarse draad is.

3. SER-Advies 00/11, De winst van waarden.

Geraadpleegde literatuur

Aarts, Leo en Philip de Jong (red.), *Op zoek naar nieuwe collectiviteiten: sociale zekerheid tussen prikkels en solidariteit*, Den Haag, 1999.

Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag, 2000.

Asscher-Vonk, I.P., *Eén sociaal recht, vele uitkomsten*, oratie KUN, Zwolle, 1995.

Beleidsplan Emancipatie (Kamerstukken II 1984/85, 19 052, nrs. 1-2).

Betten, L., F. Boelhouwer, J.M. Fleuren-van Walsem e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het sociaal recht*, Liber Amicorum voor prof. mr. M.G. Rood, Deventer, 1997.

Christelijk Nationaal Vakverbond, *WAO-plan*, september 2000 (http://www.cnv.nl/Nieuws/duidelijk/200001_40.html).

Commissie-Van Rhijn, *Sociale Zekerheid, deel I*, 's-Gravenhage, 1945.

Cusell, H.C., F.W.M. Keunen, F.M. Noordam e.a., *Sociale-zekerheidsrecht en overgangsrecht*, Deventer, 1995.

Delsen, Lci, *Exit poldermodel?*, Assen, 2000.

Doorn, J.A.A., De verzorgingsmaatschappij in de praktijk, in: J.A.A. van Doorn en C.J.M. Schuyt (red.), *De stagnerende verzorgingsstaat*, Amsterdam, 1978, p. 17-46.

Erp, J.H. van, *Contract als rechtsbetrekking*, Zwolle, 1990.

Geraadpleegde literatuur

Esveld, N.E.H. van, *Verplichte ouderdomsverzekering voor kleine zelfstandigen*, Amsterdam, 1940.

Esveld, N.E.H., *Sociale rechtsvorming*, oratie Leiden, Alphen aan den Rijn, 1967.

Fase, W.J.P.M., *Wederzijds begrip: over de aansluiting tussen het arbeids- en sociale verzekeringsrecht*, oratie Maastricht, Deventer, 1993.

Fase, W.J.P.M., Wie behoort de rekening van de fictieve opzegtermijn te betalen, *Sociaal Maandblad Arbeid*, 1999, p. 460-467.

Fase, W.J.P.M., Afscheid van het huidige ontslagrecht?, *Sociaal Maandblad Arbeid*, 2000, p. 487 - 492.

Fluit, P.S., *Verzekeringen van solidariteit*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2001.

Goudswaard, K.P., C.A. de Kam en C.G.M. Sterks, *Sociale zekerheid op het breukvlak van twee eeuwen*, Alphen aan den Rijn/Deventer: Samsom/Kluwer 2000.

Heerma van Voss, G.J.J., Herziening van het stelsel van sociale zekerheid en grondrechten, *NJCM-Bulletin*, 1984, p. 109-121.

Heerma van Voss, G.J.J., Flexibilisering van het arbeidsovereenkomstenrecht, in: F.J.L. Pennings (red.), *Flexibilisering van het sociaal recht*, Deventer, 1996, p. 17-37.

Heerma van Voss, G.J.J., *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, 2e druk, Deventer, 1999

Heijden, P.F. van der, *Het ontslagrecht op de snijtafel*, Alphen aan den Rijn, 1987.

Heijden, P.F. van der, *Rechtsvorming in het arbeidsrecht, zand in de machine*, oratie UvA, Deventer, 1990.

Heijden, P.F. van der, De definitie van de arbeidsovereenkomst in art. 610 boek 7 NBW, in: P.F. van der Heijden (red.), *De arbeidsovereenkomst in het nieuwe BW*, Deventer, 1991, p. 51-55.

Heijden, P.F. van der, Post-industrieel arbeidsrecht, *Nederlands Juristenblad*, 1993, p. 297-303.

Heijden, P.F. van der, De Loonwet 1994, collectieve contractsvrijheid ingevroren, *Nederlands Juristenblad*, 1993, p. 1133-1135.

Heijden, P.F. van der, J.J.M. de Laat en C.G. Scholtens, *Ontslagrecht zonder ontslagvergunning*, HSI-reeks, Amsterdam, 1995

Heijden, P.F. van der, Adaptief medezeggenschapsrecht, in: C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal en W. Zeijlstra (red.), *Mensbeeld en arbeidsrecht 1946-1996*, jubileumbundel Vereniging voor Arbeidsrecht, Deventer 1996, p. 235-249.

Heijden, P.F. van der (red.), *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst, enkele eclectische beschouwingen*, Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 23, Deventer, 1997.

Heijden, P.F. van der, Een nieuwe rechtsorde van de arbeid: op zoek naar een andere architectuur van het arbeidsrecht, *Nederlands Juristenblad*, 1997, p. 1837-1844.

Heijden, P.F. van der, De flexibele verzekeringsstaat: veranderingen in het sociale recht, in: *Justitiële Verkenningen, Sociale grondrechten na de verzorgingsstaat*, Den Haag, 1998.

Heijden, P.F. van der, Revolutie in het arbeidsrecht: privatisering, *ArbeidsRecht*, Lustrumkatern 1999, p. 1-6.

Heijden, P.F. van der, De wederkerige arbeidsbetrekking, in: P.F. van der Heijden, R.H. van het Kaar en A.C.J.M. Wilthagen, *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid*, Den Haag, 1999, p. 43-55.

Heijden, P.F. van der, R.H. van het Kaar en A.C.J.M. Wilthagen (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag, 1999.

Geraadpleegde literatuur

Heijden, P.F. van der en N. Sybesma-Knol, *Rol en betekenis van de rechtsontwikkeling in de ILO*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, Deventer, 1999.

Heijden, P.F. van der, Een nieuw en beter ontslagrecht, *Sociaal Maandblad Arbeid*, 2001, p. 87-92.

Hermans, P.C. en R. Prins (red.), *Causaliteit en arbeidsongeschiktheid: verslag van een studiedag over het 'risque professionnel' in Nederland*, Zoetermeer, 1993.

Hoogendijk, B., *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar*, diss. EUR, Deventer, 1999.

Hooghiemstra, B.T.J. en M. Niphuis-Nell, *Sociale atlas van de vrouw. Deel 2: arbeid, inkomen en faciliteiten om werken en de zorg voor kinderen te combineren*, Den Haag, 1993.

Huizink, J.B., *Bestuurders van rechtspersonen*, diss. Groningen, Deventer, 1989.

Jacobs, A.T.J.M. (red.), *Het Nederlandse sociale zekerheidsrecht en de minimum-normen van de IAO en de Raad van Europa*, Kluwer, 1992.

Jacobs, A.T.J.M., Het juridisch tekort in het arbeidsrecht, *Nederlands Juristenblad*, 1996, p. 917-922.

Jacobs, A.T.J.M., *Veranderend socialezekerheidsrecht*, Lelystad, 1997.

Jacobs, A.T.J.M., Het typische van het arbeidsrecht, *Nederlands Juristenblad*, 1997, p. 1972-1974.

Jacobs, A.T.J.M., De derde weg in het arbeidsrecht, *Nederlands Juristenblad*, 1998, p. 1981-1983.

Jansen, C.H.J. en C.J. Loonstra, *Functionies onder spanning, een nieuwe oriëntatie op de gezagsverhouding in de arbeidsovereenkomst*, Deventer, 1997.

Jaspers, A.Ph.C.M., E. Verhulp, F.B.J. Grapperhaus, H.H. de Vries, *Meer respect voor grondrechten van werknemers*, FNV-pers, 2000.

Jong, E.P. de en C.R. Niessen, *Bestaat er aanleiding de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven?*, preadviezen NJV, Zwolle, 1982.

Junggeburdt, Hans, *You have got no mail, arbeid en arbeidsrelaties in de nieuwe economie*, oratie UvA, 2000, Amsterdam, 2000.

Kabinet-Kok: keuzen voor de toekomst, Den Haag: Sdu 1994.

Kam, C.A. de en J. de Haan (red.), *Terugtrekkende overheid: realiteit of retoriek, een evaluatie van de grote operaties*, Schoonhoven, 1991.

Kneppers-Heijntert, E..M., *De Wet aanpassing arbeidsduur, over dromen en daden, wetten en praktische bezwaren*, *Sociaal Recht*, 2000, p. 127-132.

Komter, A.E., J. Burgers en G. Engbersen, *Het cement van de samenleving: een verkennende studie naar solidariteit en cohesie*, Amsterdam, 2000.

Koning, P.W.C., *Arbeid en sociale zekerheid, participatie en differentiatie*, in: *CPB/SCP, trends, dilemma's en beleid, essays over ontwikkelingen op langere termijn*, Den Haag, 2000.

Koopmans, T., *De rol van de wetgever*, in: *Honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle, 1970, p. 221-235.

Koopmans, T. *Reflections on the future of labour law*, *RM Themis*, 1999, p. 75-81.

Kuip, S.W. en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid, parlementaire geschiedenis*, Deventer, 1998.

Levenbach, M.G., *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn, 1954.

Geraadpleegde literatuur

Looise, J.C. en R.H. van het Kaar, *De volwassen ondernemingsraad*, Deventer, 2000.

Loonstra, C.J. en C.J.H. Jansen, Erosie in de arbeidsverhouding: de koers van de Hoge Raad, *Nederlands Juristenblad* 1998, p. 817-821.

Loonstra, C.J. en W.A. Zondag, Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief, *Nederlands Juristenblad*, 2000, p. 1267-1277.

Loonstra, C.J., Afscheid van het duale ontslagrecht?, *Sociaal Recht*, 2000, p. 355 - 357.

Loonstra, C.J., H.W.M.A. Staal en W. Zeijlstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Jubileumbundel 50-jarig bestaan Vereniging voor Arbeidsrecht, Deventer, 1996.

Maris, C.W., Annemarie Bos, André Hoekema en Taco van Peijpe, *Recht, rechtvaardigheid en doelmatigheid*, Deventer, 1990.

Metze, Marcel, *Let's talk Dutch now, harmonie in de polder: uitvinding of erfenis*, Amsterdam, 1999.

Minderhoud, P.E., I.P. Asscher-Vonk en T. Havinga, Procederen inzake weigering loondoorbetaling bij ziekte: een zeldzaam verschijnsel, *Sociaal Maandblad Arbeid*, 1999, p. 145-153.

Molenaar, A.N., *Arbeidsrecht*, eerste deel, algemeen gedeelte, Zwolle, 1953.

Noordam, F.M., Sociale zekerheid: van wachtwoord tot product, *Sociaal Maandblad Arbeid*, 1998, p. 168-176.

Noordam, F.M. (1999a), Meer bureaucratisch autisme of meer mensen aan het werk?, *Sociaal Maandblad Arbeid*, 1999, p. 306-317.

Noordam, F.M. (1999b), Sociale zekerheid maalt kwaliteit is somberheid, *Sociaal Maandblad Arbeid*, 1999, p. 18-30.

Noordam, F.M., *Socialezekerheidsrecht*, vijfde druk, Deventer, 2000.

Noordam, F.M., Prothesen en scheerzeep: honderd jaar reïntegratie en activering, in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.), *De gemeenschap is aansprakelijk ... : honderd jaar sociale verzekering 1901-2001*, Lelystad, 2001, p. 129-146.

Oorschot, W. van, C. Boos en L. Geliijnse, *Solidair of selectief, : een evaluatie van het selectieve-marktmodel in de sociale zekerheid*, Deventer/Utrecht, 1996.

Pennings, F.J.L., Regering wil Deel VI van de Europese Code opzeggen, *Nederlands Juristenblad*, 1997, p. 1763-1764.

Pennings, F.J.L., Een nieuwe mogelijkheid om ongelijke behandeling te bestrijden in de sociale zekerheid: de gevolgen van het Gaygusuz-arrest, *Sociaal Maandblad Arbeid*, 1998, p. 5-12.

Pessers, D.W.J.M., *Liefde, solidariteit en recht*, diss. UvA, Amsterdam, 1999.

Phaff, T.W.J., *Naar een nieuw ontslagrecht*, diss. RU Leiden, Arnhem, 1986.

Piso, I.Y., *De rechter klem tussen discriminatie en rechtvaardiging: jurisprudentie over gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid*, diss. UvA, Den Haag, 1998.

Ploeg, T.J. van der en L.H. van den Heuvel, *Ontslag van bestuurders van rechtspersonen*, Utrecht, 1999.

Rhijn, A.A. van, *Sociale Zekerheid, Deel 1*, Amsterdam, 1947.

Roebroek, Joop M., *The imprisoned state: the paradoxical relationship between state and society*, diss. Tilburg, Tilburg, 1993.

Rood, M.G., *Naar een nieuw sociaal rechtelijk denkraad*, afscheidscollege Leiden 14 februari 1997, Den Haag 1997.

Geraadpleegde literatuur

Ru, H.J. de, *Deregulering*, preadvies NJV 1984, Zwolle, 1984, p. 55-142.

Scheinin, Martin en Catarina Krause, The meaning of article 1 of the First Protocol for sociale security rights in the light of the Gaygusuz judgement, in: Stefaan van den Boogaart (ed.), *Social Security, non-discrimination and property*, Antwerpen-Apeldoorn, 1997, p. 59-73.

Scheltema, M., De rechtsstaat, in: J.W.M. Engels, C. Lambers, E. Niemeijer e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle, 1989, p. 20 e.v.

Schnabel, P., Een sociale en culturele verkenning voor de lange termijn, in: *SCP/CPB, trends, dilemma's en beleid, essays over ontwikkelingen op langere termijn*, Den Haag, 2000.

Slooten, J.M. van, *Arbeid en loon*, diss. UvA, Deventer, 1999.

Sociaal-Economische Raad, *Verantwoordelijkheidsverdeling sociale zekerheid: terreinverkennde studie over de verdeling van verantwoordelijken op het terrein van de sociale zekerheid*, Den Haag, 1994.

Sociaal-Economische Raad, *Kabinetsovoornemens ZW, AAW en WAO* (SER-advies 95/05), Den Haag, 1995.

Sociaal-Economische Raad, *De winst van waarden: advies over maatschappelijk ondernemen* (SER-advies 00/11), Den Haag, 2000.

Sociaal-Economische Raad, *Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling* (SER-advies 01/02), Den Haag, 2001.

Sociaal en Cultureel Planbureau, *Sociaal en Cultureel Rapport 1998: 25 jaar sociale verandering*, Den Haag, 1998.

Sociaal en Cultureel Planbureau en Centraal Bureau voor de Statistiek, *Armoedemonitor 2000*, Den Haag, 2000.

Sociale Nota 1995 (Kamerstukken II 1994/95, 23 902, nrs. 1-2).

Sociale Nota 2001, Den Haag, 2000.

Stichting van de Arbeid, *Flexibiliteit en zekerheid*, Den Haag, 1996.

Stoter, W.S.R., *Belangenafweging door de wetgever*, diss. UvA., Den Haag, 2000.

Supiot, Alain, Maria Emilia Casas, Peter Hanau, Anders Johanson, Pamela Meadows, Enzo Mingione, Robert Salais, Paul van der Heijden, A European perspective on the transformation of work and the future of labour, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 20, No. 4, Summer 1999, p. 621-633.

Titmuss, Richard M., *Essays on 'The Welfare State'*, 2nd edition, London: Unwin 1963.

Toekomstige Structuur Uitvoering Werk en Inkomen (Kamerstukken II 1999/00, 26 448, nr. 7).

Toren, J.P. van den, *Naar Europese arbeidsverhoudingen*, oratie UvA, Amsterdam 1999.

Tros, Frank, *Decentralisering van arbeidsverhoudingen*, diss. Utrecht, Alphen aan den Rijn, 2000.

Veen, R.J. van der, Arbeid, inkomen en burgerschap: een analyse van de status van sociale rechten in moderne opvattingen van burgerschap, in: H.R. van Gunsteren en P. den Hoed (red.), *Burgerschap in praktijken*, deel 2, 's-Gravenhage, 1992, p. 155-178.

Veen, R.J. van der, De ontwikkeling en recente herziening van de Nederlandse verzorgingsstaat, in: *De herverdeelde samenleving: de ontwikkeling en herziening van de Nederlandse verzorgingsstaat*, Amsterdam, 1999, p. 23-47.

Verhulp, E., *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, Den Haag, 1997

Verhulp, E., *Flexibiliteit en zekerheid*, Den Haag, 1998.

Geraadpleegde literatuur

Verhulp, E. en S. Kuip, *Wet aanpassing arbeidsduur*, Den Haag, 2000.

Visser, Jelle en Anton Hemerijck, *A Dutch miracle, job growth, welfare reform and corporatism in the Netherlands*, Amsterdam, 1997.

Visser, Jelle, *Sociologie van het halve werk*, oratie UvA, Amsterdam 1999.

Vlies, I.C. van der, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, Den Haag 1984.

Vlies, I.C. van der, *Handboek wetgeving*, Zwolle, 1991.

Weijel, J.A., *Achtergronden van sociale zekerheid: korte geschiedenis van een sociaal verschijnsel*, Amsterdam, 1973.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Een werkend perspectief: arbeidsparticipatie in de jaren '90*, 's-Gravenhage, 1990.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Belang en beleid: naar een verantwoorde uitvoering van de werknemersverzekeringen*, 's-Gravenhage, 1994.

Wijers, G.J., *De aaibaarheid voorbij*, Den Uyl-lezing 2000, Amsterdam, 2000.

Wilthagen, A.C.J.M., *Veranderingen in het domein van de rechtsorde van de arbeid, arbeid en zorg tussen publiek en privaat*, in: P.F. van der Heijden, R.H. van het Kaar en A.C.J.M. Wilthagen (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag, 1999.

Zicht op wetgeving (Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2).