

Conference Proceedings

Oprichtingscongres Netherlands Institute for Law and Governance 16 november 2009

Het centrale thema van het congres is: **publiek/privaat: vervlechten of ontvlechten?**

Bij dit thema staat de vraag centraal hoe publieke en private belangen door middel van het recht met elkaar in balans kunnen worden gebracht. Dient in deze tijden van veronderstelde crises (financieel, klimaat en moreel) de overheid de touwtjes strakker in handen te nemen of moeten verantwoordelijkheden juist sterker worden gedeeld?

De tijd van een alom aanwezige verzorgingsstaat is voorbij. De afgelopen 30 jaar heeft de overheid langzaam een terugtrekkende beweging gemaakt. Het ideaalbeeld is dat van een kleine overheid die op een slimme manier de maatschappelijke verhoudingen aanstuurt. Het nieuwe besturingsmodel is gebaseerd op het uitgangspunt van “niet roeien maar sturen”. Het gaat erom de zorg voor het publiek belang te delen met private partijen. Veel van die private partijen hebben een publieke taak gekregen terwijl het maatschappelijk middenveld en de overheid op een meer bedrijfsmatige manier proberen te werken.

Tijdens het congres komt als eerste aan de orde de visie van de huidige regering op de wijze waarop het recht publieke en private belangen in balans kan brengen. Vanuit dit nationale perspectief op het congres Thema verplaatsen wij ons vervolgens naar het Europese niveau. Berend-Jan Drijber zal het centrale thema in het communautaire kader plaatsen en stilstaan bij de manier waarop publiek en privaat zich binnen de gemeenschapsrechtelijke ordening van de vrije markt tot elkaar verhouden. De internationale dimensie van het congres Thema wordt tot slot geadresseerd door David Raic van het HiiL. Hij zal terugblikken op het HiiL-congres van 8-9 oktober 2009 waarin deze dimensie centraal stond en ons vertellen over de zoektocht naar een 'Assessment Instrument' ten behoeve van effectieve publiek-private samenwerking.

Het nieuwe besturingsmodel van de overheid heeft duidelijke tegenstanders. Dorien Pessers spreekt van de defaming van de publieke sfeer, Frank Ankersmit klaagt over de plaag van de transactiestaat en Marc Chavannes meent dat niemand meer regeert. Alle drie zijn vandaag aanwezig om hun stellingen aan de poort van het besturingsmodel te nagelen en de geesten te scherpen.

Tijdens dit congres zijn er drie parallelsessies van 45 minuten. Tijdens deze sessies wisselen we onderling van gedachten over een drietal thema's die samen de driehoek markt, staat en maatschappelijke organisaties vertegenwoordigen. De thema's zijn 'De overheid achter de voordeur', 'Hybride organisaties' en 'Sociale markten'. Bij iedere sessie is een externe referent aanwezig. Ook is er volop ruimte voor discussie door de deelnemers aan de sessie.

De overheid achter de voordeur

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

Een belangrijke vraag is of het optreden met het oog op de bevoegdheden die de wetgever heeft toegekend wel geoorloofd is. Is het optreden democratisch gelegitimeerd? De vraag speelt bij nieuwe vormen van publiek-private overheidsbemoeienis, zoals huis-aan-huis bezoeken bij probleemgezinnen waarbij overheid en semi-publieke instanties samenwerken en waarbij gebrek aan medewerking door betrokkenen wordt bestraft met intrekken van de bijstandsuitkering. De vraag speelt ook als de burgemeester onder dreiging van de gebruikmaking van zijn bevoegdheid tot sluiting van een woning - een bevoegdheid die hij heeft met het oog op de openbare orde – burgers de aanwijzing geeft overlast door geluid of huisdieren te beperken.

Het optreden van burgemeesters laat zien dat in de praktijk behoefte bestaat aan effectieve instrumenten om overlast tegen te gaan. Nieuwe bevoegdheden voor de burgemeester komen er aan. Vanuit een oogpunt van effectiviteit is het echter de vraag of privaatrechtelijk optreden niet meer uitkomst kan bieden. Burgers kunnen via een kort geding veel gemakkelijker bewerkstelligen dat een pedofiel niet in hun nabije omgeving kan verkeren dan dat een burgemeester dit voor burgers kan realiseren. Gemeenten zouden slachtoffers van overlast kunnen faciliteren bij het voeren van een civielrechtelijke procedure tegen een overlast. Of is dit toch te bezwaarlijk vanwege het ontbreken van een toereikende wettelijke basis? En hoe zit het met de mensenrechten? Wiens belang moet het zwaarst wegen?

Wij zien dat handhaving van de openbare orde steeds meer een particuliere aangelegenheid aan het worden is. Particulieren - zoals winkeliers en horeca-exploitanten - werken samen bij de handhaving van de openbare orde. Dit kan erg ingrijpend zijn voor een (lastige) klant. Is dat een goede ontwikkeling? Moeten hiervoor niet met het publiekrecht vergelijkbare waarborgen van toepassing zijn?

Hybride organisaties

Met 'hybride organisaties' worden organisaties bedoeld die een gemengd karakter hebben doordat zij een privaatrechtelijke status hebben én publieke belangen dienen, zoals woningcorporaties, ziekenhuizen en scholen.

Levert een privaatrechtelijke hoedanigheid van organisaties met een publieke taak problemen op voor het functioneren van deze organisaties? Eén van de gevaren zou kunnen zijn dat de publieke taak wordt verwaarloosd ten gunste van de marktactiviteiten. Op welke wijze zou kunnen worden gewaarborgd dat een publieke taak bij een private organisatie in goede handen is?

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

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

Sociale markten

Bij 'sociale markten' zijn markten waarin niet alleen het realiseren van winst, maar ook het voorkomen of ongedaan maken van nadelige maatschappelijke effecten van ondernemingsgewijze productie een doelstelling is. Tot deze doelstelling behoort het bieden van een vangnet voor degene die door omstandigheden niet meer in staat is zijn arbeid te verrichten.

Een sociale markt is ontstaan in het kielzog van de invoering van de Zorgverzekeringswet. Bij de inwerkingtreding van deze wet moet elke ingezetene zich namelijk verplicht verzekeren tegen het zorgrisico.

In het kielzog van de invoering van de loondoorbetalingsverplichting voor werkgevers bij ziekte, is eveneens daadwerkelijk een markt ontstaan. Werkgevers kunnen dit risico herverzekeren op de particuliere verzekeringsmarkt. Dit gebeurt ook regelmatig. De markt van de verzekering tegen ziekterisico's zou in haar geheel goed functioneren als zowel werkgevers als werknemers worden geprikkeld de duur van de ziekteperiode zo kort mogelijk te maken en instroom in de WIA te voorkomen. De huidige ervaringen roepen daarom vragen op. Zouden bepaalde ziekterisico's niet weer terug moeten naar het publieke domein? Zou bij de verwezenlijking van bepaalde risico's de loonaanspraak niet moeten worden verminderd? Zou de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer voor het realiseren van een ziekterisico niet groter moeten zijn, zodat bijvoorbeeld bij een wintersportblessure van een werknemer de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever (deels) vervalt?

De bescherming tegen arbeidsongeschiktheid kent een private en een publieke pijler. De private pijler is werkgeversaansprakelijkheid. De publieke pijler is de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (de WIA). Beide pijlers staan onder druk. Voor de WIA is de internationaalrechtelijke houdbaarheid en de kwetsbaarheid van een systeem van gelijke behandeling van arbeidsgerelateerde en niet-arbeidsgerelateerde arbeidsongeschiktheid problematisch. Privaatrechtelijk lijkt het aansprakelijkheidsrecht vast te lopen doordat de werkgeversaansprakelijkheid bij arbeidsongevallen beschermingsverschillen kent die ter discussie staan. Ook zijn er hoge procedurele lasten voor arbeidsongeschikte werknemers. De samenleving vraagt om een begrijpelijk en rechtvaardig stelsel waarin de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regelingen in samenhang worden getroffen. Hoe zou dat stelsel er uit moeten zien?

Bij de vormgeving van socialezekerheidsverzekeringen moet rekening worden gehouden met de Europese vrijemarktregulering. Wat betekent dat voor de wetgever? Als de sociale zekerheid wordt geprivatiseerd, mogen dan aan de verzekeraars verplichtingen worden opgelegd met het oog op het borgen van publieke belangen? Ook werkgevers en werknemers kunnen op beperkingen met een Europese achtergrond stuiten. Zijn er Europeesrechtelijke belemmeringen om in CAO's voor Nederlandse onderdanen aanvullende voorzieningen voor sociale zekerheid te treffen? Zowel bij arbeidsongeschiktheid, ziekte als bij ziektekosten spelen dergelijke vragen.