

De uitdagingen van het sociaal recht: 10 jaar later

Mr. G.J.J. Heerma van Voss en
prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers*

1. Inleiding

Bij de aanvang van dit tijdschrift motiveerde de redactie de keuze voor de rechtsgebieden die het omvat met het gemeenschappelijke punt, dat zij in elk geval grotendeels rechtsregels bevatten, die ten doel hebben sociaal en/of economisch afhankelijk juridische compensatie te verstrekken voor de feitelijke ongelijkheden in het maatschappelijk verkeer¹. In de eerste bijdrage nodigden wij uit tot onderzoek naar de samenhang en verbanden tussen de deelgebieden van het sociaal recht en aan hetgeen hen verbindt om tot verdere theorievorming te kunnen komen over het eigen karakter van het sociaal recht².

Na tien jaren *Sociaal Recht* is er alle aanleiding om de balans op te maken of en hoe de uitdagingen die het sociaal recht in de brede betekenis zoals door de redactie destijds geformuleerd, aan de beoefenaars in theorie en praktijk stelt, zijn opgepakt. In een tiental bijdragen wordt in dit nummer gepoogd de stand van zaken op de terreinen die het sociaal recht bestrijkt, op te maken.

2. De afgelopen jaargangen Sociaal Recht

Uit de eerste tien jaargangen van *Sociaal Recht* valt op te maken dat ongelijkheidscompensatie in het algemeen niet heeft gediend als leidend beginsel voor de publikaties in het blad en niet heeft geleid tot veel bijdragen die de grenzen tussen de verschillende deelgebieden overschreden. De verwachting (of beter: hoop) die wij in 1986 uitspraken dat 'de samenhang en de verbanden tussen de deelgebieden van het sociaal recht' een aanzet zouden geven tot theorievorming, tot het zoeken naar een 'eigen karakter' van dit recht, is niet uitgekomen.

Wat daarvan de redenen zijn, is niet eenvoudig te achterhalen. Het eigen karakter van de verschillende onderdelen van dit rechtsterrein, tot uiting komend in een toch wel sterk gescheiden behandeling van de vragen en vraagstukken die op de onderscheiden deelgebieden spelen, lijkt sterker gebleken dan wat hen samenbindt. Iets als 'algemene leerstukken van het sociaal recht' heeft zich niet ontwikkeld. De grote politieke gevoeligheid van de onderwerpen op de deelgebieden en het daarmee samenhangende temporele karakter van de juridische antwoorden op die vragen hebben er zeker toe bijgedragen, al kunnen zij het gemis van een theoretische grondslag of theoretische reflectie niet volledig verklaren. Wat dat betreft blijft de uitdaging bestaan.

Een andere belemmering vormt vermoedelijk de grote specialisatie ook op het terrein van het sociaal recht, waardoor de neiging bestaat om binnen de grenzen van het vertrouwde deelterrein te blijven. Van een gemeenschappelijke rechtscultuur, waartoe Boeles in 1988 opriep, is nog lang geen sprake³. In een enkel geval werd een thema in afzonderlijke artikelen voor elk deelgebied behandeld, zoals het kort geding⁴. In de afgelopen jaren zijn in dit blad wel bijdragen gepubliceerd met een grensoverschrijdend karakter, maar dan meestal op enkele aangrenzende gebieden⁵. Ook werden onderwerpen behandeld die als zodanig breder waren, zoals de kantongerechtsprocedure, sociale grondrechten of de Algemene Wet Gelijke Behandeling⁶. De gevallen waarin publikaties daadwerkelijk het gehele

gebied bestreken, zijn uiterst beperkt gebleven⁷. De meeste publikaties in *SR* handelden over concrete onderwerpen, zodat ook het aangegeven theoretische punt van ongelijkheidscompensatie niet als zodanig aan de orde kwam.

3. De bijdragen aan dit themanummer

Ook voor de contribuanten aan deze aflevering die daar specifiek naar zijn gevraagd, vervult het compensatiebeginsel niet de scharnierfunctie die wellicht op basis van de theorievorming in het verleden – zeker voor het sociaal recht in engere zin, maar ook voor het consumenten- en onderdelen van het gezondheidsrecht – had mogen worden verwacht. De tijdgeest heeft hier, naar onze indruk, zijn werking doen gelden. Van een identificatie met het compensatiebeginsel als typische grondslag, als gemeenschappelijk, samenbindend element, als theoretisch paradigma van het sociaal recht is geen sprake. Het beeld van de ongelijkheidscompensatie dat in de diverse bijdragen opdoemt, blijkt nogal divers te zijn. Hoewel er zeker parallele bewegingen op de onderscheiden terreinen zijn te onderkennen, kent elk terrein ook zo zijn eigen ontwikkelingen. Alleen de 'Damwoude'-groep verheft dit beginsel tot rechtskarakteristiek van het hele terrein. Zij stelt zelfs voor het gebied aan te duiden met de term 'compensatierecht'. Andere schrijvers kunnen hiermee echter moeilijk uit de voeten. Op verschillende terreinen wordt steeds meer overgelaten aan partijen zelf: in het arbeidsrecht bijvoorbeeld ten aanzien van ziekteverzuim en arbeidsomstandigheden, in het medezeggenschapsrecht heeft de ondernemingsraad zich ontwikkeld tot een zelfstandig onderhandelend orgaan, in het gezondheidsrecht is meer sprake van zelf verzekeren dan van gelijk verdelen en ook in het consumentenrecht geven marktwerking en zelfregulering de toon aan. In het huurrecht hebben ongelijkheidscompenserende regelingen zich zelfs al tegen de huurder gekeerd. In de bijdragen over het ambtenarenrecht en sociale-zekerheidsrecht wordt ongelijkheidscompensatie vooral gezien als beginsel van procesrecht, maar ook daar stemt de ontwikkeling niet hoopvol. Het vreemdelingenrecht wordt al helemaal niet gekenmerkt door ongelijkheidscompensatie en op de gefinancierde rechtsbijstand is in het afgelopen decennium aanmerkelijk bezuinigd.

4. De zegeningen van de markt

Verstaat men het compensatiedenken als het trachten in balans te brengen van partijen die in een ongelijke verhouding ten opzichte van elkaar staan, dan is nog steeds de vraag actueel of en zo ja, hoe het (sociaal) recht in staat is de posities in balans te brengen. Traditioneel verwacht men hierbij een grote rol van de overheid. De ontwikkelingen in de maatschappij van de afgelopen tien jaren, waarbij de val van de muur eind 1989 meer dan een toevallig markeringspunt was, hebben de rol en potentie van de staat als vormgever van en aan maatschappelijke verhoudingen principieel ter discussie gesteld. Op de verschillende deelterreinen van het sociaal recht ziet men de terugtrek gerealiseerd onder overheveling van de verantwoordelijkheid naar partijen zelf. Tegenover het falen van de staat worden de 'zegeningen van de markt' gesteld. Privatisering is het adagium van het huidige tijdsgewricht. Dat kan niet anders dan – al naargelang de taxatie – vergaande consequenties hebben voor het compensatiedenken. Bij een terugtrek van de overheid, rijst de vraag of, en zo ja welke, compensatiemechanismen er in het politiek-juridisch systeem (kunnen) bestaan. Wellicht moet worden geconstateerd dat met die terugtrek de compensatie voor een zwakke, afhankelijke positie achter de horizon verdwijnt, waarmee het samenbindende element voor dit terrein verloren dreigt te gaan.

Niet ontkend kan worden dat in de dagelijkse werkelijkheid de

onderlinge verhoudingen minder ongelijk zijn geworden. Sommigen leiden daaruit zelfs af dat er eigenlijk niet meer of slechts nog marginaal van zwakke groepen kan worden gesproken. Ontegenzeggelijk zijn – mede en zeker niet alleen dankzij de ‘progressieve’ ontwikkeling van het sociaal recht – de verhoudingen tussen groepen burgers in de nationale staat in de laatste dertig à veertig jaar ingrijpend veranderd. De toegenomen, maar soms wellicht wat al te hoog gewaardeerde mondigheid van de burger/werknemer/huurder/patiënt/consument heeft er zonder twijfel toe bijgedragen dat de behoefte aan compensatiemaatregelen is afgenomen. De daarmee – al dan niet gelijk – opgaande vergroting van de materiële welvaart heeft ‘de eigen benen’ versterkt en de reële mogelijkheden voor het maken van eigen keuzen vergroot. Dit betekent natuurlijk een aanslag op de door het individu gevoelde behoefte aan een door de maatschappij geformuleerde noodzaak van staatsinterventie teneinde met juridisch verzekerde middelen meer evenwicht te brengen in ongelijke verhoudingen.

Overziet men het terrein, dan verschuift het compensatie-instrument naar meer specifieke groepen en lijkt meer de vorm aan te nemen van bijstand verlenen, niet zozeer of in de eerste plaats in de zin van materiële, financiële ondersteuning als wel ondersteuning om zelf een plaats op de markt te veroveren en/of te behouden, om op eigen benen te staan. ‘Toegang tot’ krijgt meer nadruk dan ‘recht op’, ‘gelijke kansen’ meer dan ‘gelijke uitkomsten’. De schaduwzijde van het overheidsverzorgingsstelsel, te weten de afhankelijkheid van het individu van die overheid en haar administratie, wordt hiermee, naar men stellig verwacht, bestreden. En met een terugtrek van de overheid vermindert ook de behoefte aan een noodzaak van bescherming van het afhankelijke individu tegen die machtige overheid die verzorgingsarrangementen ontwerpt, toezegt en uitvoert.

5. Afhankelijkheid van de politiek

Een punt van overeenkomst in de verschillende bijdragen is dat het sociaal recht op al zijn deelterreinen nog steeds sterk afhankelijk is van de politiek. Dit recht kenmerkt zich nu eenmaal als beleidsrecht. Dat uit zich niet alleen in de mate waarin de vormgeving van het recht op deze gebieden bepaald wordt door wisselende politieke desiderata, overtuigingen en verhoudingen. De vluchtigheid van de politiek lijkt de laatste decennia eerder toe- dan afgenomen. Dat maakt, zo is gebleken, conceptualisering op dit terrein moeilijk. Het nodigt wetenschappers ook bepaald niet uit tot het ontwikkelen van een consistente theorie. Sociaal-economische omstandigheden en al dan niet expliciet daaraan gekoppelde beleidsuitgangspunten – waaraan nogal eens een mechanistisch of modelmatig denken ten grondslag wordt gelegd – sturen het vormgevingsproces – ook juridisch – in sterke mate. Economische aspecten lijken in dit vormgevingsproces nogal dominant, wat niet zonder gevolgen is voor de juridische inbreng, de normen en waarden die in het (sociaal) recht worden ontwikkeld. Het vreemdelingenrecht en het sociale-zekerheidsrecht geven hiervan treffende voorbeelden, zoals uit de desbetreffende bijdragen blijkt. Opmerkelijk is dat dit mede beargumenteerd wordt met een benadrukking van de persoonlijke verantwoordelijkheid van het individu die het beroep op gemeenschapsvoorzieningen meer of minder ver moet terugdringen. Dat dit een aantasting van de beschermingsfunctie van het recht impliceert, wordt bewust aangevaard of op z'n minst op de koop toe genomen. Mondige burgers die in staat en in de gelegenheid zijn zelf keuzen te maken en voor zichzelf te zorgen, kunnen met veel minder overheidsbescherming toe. Burgers krijgen de kans om hun behoeften zelf vorm te geven en daarvoor die rechtsinstellingen te gebrui-

ken die zij nodig en dienstig achten. Dat doen ze ook. Het arbeidsrecht geeft daarvan tal van treffende illustraties. Zo ontstaat er geleidelijk aan een keur van contractsvormen waarin arbeidsrelaties worden gegoten en die beantwoorden aan de wensen van beide of in elk geval één van beide partijen. Dat is waar voor diegenen die in staat zijn op eigen kracht hun relatie tot werken en tot de aanbieders van werk te bepalen en vorm te geven. Voor vele anderen lijkt die situatie toch voorlopig nog niet aangebroken. De nieuwe uitdaging van het sociaal recht zou wel eens kunnen zijn hoe een recht te concipiëren dat enerzijds ruimte laat aan eigen initiatief, eigen keuzen en vormgeving en anderzijds voor degenen die daartoe de mogelijkheden niet hebben, een rechtspositie te garanderen die recht doet aan een gerechtvaardigde wens van een menswaardig bestaan als individu met zelfstandigheid. Een balans daartussen vinden is niet eenvoudig, omdat de toegang tot en de beschikking over maatschappelijke goederen, zoals werk, inkomen, gezondheid, huisvesting, niet uit zichzelf gegeven zijn aan elk lid van de samenleving. De verdelings- en toeëigeningskwestie – voorheen en ook thans nog wel voorzichtig aangeduid als de *sociale quaestie* – zijn van alle tijden en dus nooit definitief opgelost. Voor het sociaal recht blijft de kernvraag met welke rechtsinstrumenten een rechtvaardige verdeling kan worden gemaakt en verzekerd. Anders dan in de decennia na WO-II, de periode waarin het sociaal recht als overheidsrecht een grote bloei doormaakte, is het niet meer vanzelfsprekend dat het overheidsrecht de garanties moet geven en ook de beste garanties geeft. Maar tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat eigen rechtsvorming van de burgers in hun onderlinge verkeer evenmin garandeert dat men aan zijn recht komt, dat men elkaar recht doet.

6. Gevolgen van terugtrekkende overheid

De terugtrek van de overheid van het reguleringsterrein heeft in elk geval twee gevolgen, zo blijkt ook uit de verschillende bijdragen. In de eerste plaats neemt de rechtsvormende en conflictoplossende taak van de rechter verder toe. Noties van redelijkheid en billijkheid worden als beslissingsmaatstaven zowel in de privaatrecht als in de bestuursrechtelijke sfeer gemakkelijk als open normen gebruikt en geaccepteerd. Dat doet de rechterlijke vrijheid toenemen die uit een oogpunt van flexibiliteit en het geven van een praktische oplossing voor het geval – het leveren van maatwerk – gewenst is. Dat bergt echter tegelijkertijd het risico in zich van uitleg van de wet tot buiten de bedoelingen van de politieke besluitvormer. De wetgever raakt zijn greep kwijt op wat er met zijn produkten gebeurt. Opmerkelijk is dat men ook een tegengestelde ontwikkeling kan waarnemen: normen worden strakker aangetrokken met het doel de beslissingsruimte tot toekenning van aanspraken op financiële voorzieningen of op schaarse faciliteiten in te perken door die enkel te bestemmen voor hen die het ‘echt nodig hebben’, dan wel die er legaal aanspraak op kunnen maken. Dat wordt zeker niet alleen ingegeven door financiële overwegingen, al spelen die een grote rol. Ook uit ideologische en psychologische of wellicht pedagogische redenen wordt de individuele verantwoordelijkheid benadrukt en ‘profiteergedrag’ in diskrediet gebracht.

De andere ontwikkeling is de overheveling van reguleringen van de publieke naar de private sfeer. De overheid trekt zich terug op kerntaken en laat regulering van particuliere verhoudingen en de daaruit voortkomende gevolgen over aan de privaatrechtelijke reguleringsdrang of -behoefte van de betrokkenen. Uit de onderlinge verhouding moet de juridische vormgeving voortkomen. De minimumvoorziening blijft de verantwoordelijkheid van de overheid alsmede het zorgen voor faciliteiten om de eigen verantwoordelijkheid waar te maken. De verschillende

arrangementen ter versterking van de positie van het individu op de (arbeids)markt zijn de laatste tijd verhoudingsgewijs enorm uitgebreid. Dat geeft een heel ander beeld, ook op juridisch terrein. Allerlei contractsvormen ontstaan, evenals zeer verschillende contractsinhouden. Dat roept de vraag op naar de samenhang tussen die verschillende rechtsfiguren en hun inhoud en coördinatie. Deze is nodig voor het behoud van het overzicht en ter vermindering van ongewenste of onvoorziene effecten die weer door 'reparatiewetgeving' bestreden moeten worden. Ook daarvan vertoont het brede veld van het sociaal recht menig voorbeeld. Deze ontwikkeling leidt haast vanzelf tot een verschuiving van overheidsbescherming van de zwakke, afhankelijke persoon naar procesregulering en het scheppen van voorwaarden voor de vormgeving aan de onderlinge verhouding. Wellicht gaat de consumentenrechtbenadering van het opleggen van bepaalde verplichtingen in plaats van het toekennen van rechten aan de 'afnemers' als voorbeeld dienen voor het hele terrein van het sociaal recht. Bijvoorbeeld de arbeidsomstandighedenwetgeving lijkt die kant al op te gaan.

8. Decollectiveren en solidariteit

Met deze privatiseringstendens gaat gelijk op wat wel decollectiveren wordt genoemd. Dat uit zich niet alleen in de al genoemde individualisering, maar ook in de bewuste uitbreiding van de marktwerking en de decentralisering van de regulering van de verhoudingen. Dat betekent opnieuw een aantasting van een ander grondprincipe dat aan het sociaal recht wordt toegeschreven: het beginsel van solidariteit. Belangenbehartiging van en voor de kleinere, meer coherente groep, wat het kenmerk en het gevolg is van decollectiveren en decentraliseren, betekent niet dat het solidariteitsbeginsel heeft afgedaan. Het houdt wel in dat de groep waarbinnen men solidair is, kleiner en eenvormiger wordt. Dat kan voor sommige groepen met betrekkelijk geringe en overzienbare risico's aantrekkelijk zijn. Kosten en baten zijn voor hen duidelijker zichtbaar en dat kan ook preventief werken tegen een onverantwoord gebruik. Onvermijdelijk zijn er dan echter andere zware risico's, die moeilijk of slechts tegen hoge kosten te dekken zijn. Niet uitgesloten is dat die risico's in de toekomst typisch overheidszorg worden, afhankelijk als dat waarschijnlijk zal zijn van de kosten van een dergelijke zorg. Verevening zal ook dan nodig zijn, tenzij men het stelsel totaal fiscaliseert. We zien deze discussie onder meer ten aanzien van de Ziektewet, maar ook in de ziektekostenverzekering.

Als die nieuwe situatie een feit wordt, is het de vraag hoe het recht deze vorm van beperkte solidariteit vorm geeft. Er zal dan een taak liggen voor het private verzekeringsrecht dat dan andere vormen zal moeten vinden dan enkel kanssolidariteit, de meest klassieke vorm van verzekeren. Ook het particuliere verzekeringsrecht wordt in toenemende mate onderdeel van het sociaal recht. Of het nu gaat om pensioenrecht of om ander sociale-zekerheidsrecht: naarmate de uitvoering meer plaatsvindt door particuliere organisaties zullen voorwaarden gesteld moeten worden ter bescherming van de zwakkere partij. Deze discussie speelt reeds ten aanzien van de medische keuringen en de toelating tot werk en verzekering.

Tegenover de gesignaleerde decollectivering staat overigens het gegeven dat de overheid zich soms kan terugtrekken juist omdat groepen burgers zich hebben georganiseerd: in het consumentenrecht spelen collectieve acties een belangrijke rol, en dat geldt ook voor patiënten in het gezondheidsrecht, voor werknemers via vakbonden en ondernemingsraden. Daar wordt echter ook duidelijk dat er ook outsiders zijn die niet of minder effectief zijn georganiseerd: de werknemers op flexibele contracten, de uitkeringsgerechtigden. Iets dergelijks geldt ook

voor vreemdelingen. Het zou kunnen zijn dat de specifieke overheidstaak in het sociaal recht zich specifiek moet toespitsen op de bescherming van de marginale groepen, die buiten de boot dreigen te vallen.

9. Conclusie

De conclusie van deze beschouwing is dat ongelijkheidscompensatie in afnemende mate de noemer is waarop de discussie binnen de deelgebieden van het sociaal recht plaatsvindt. Op zichzelf is deze doelstelling niet aan het sociaal recht ontvallen. Maar de uitvoering ervan geschiedt op een minder eenvoudige wijze via een verdelende overheid. Veel wordt aan partijen zelf overgelaten en de overheid moet een nieuwe positie kiezen, meer op de achtergrond. De uitdaging voor de sociaal recht-beoefenaren ligt thans meer in het vinden van nieuwe rechtsfiguren die aan deze nieuwe behoeften tegemoet komen. Het vinden van het evenwicht tussen vrijheid en gebondenheid, tussen individuele en collectieve belangen blijft een belangrijke opgave. De instrumenten zijn nieuw en moeten nog verder worden ontwikkeld. Vergelijking tussen de oplossingen gevonden in de verschillende deelgebieden die onderdeel uitmaken van dit blad is echter nog steeds zinvol. En het lijkt ons daarmee blijvend de moeite waard voor de beoefenaren van de verschillende deelgebieden om tenminste kennis te nemen van de wijze waarop in aanverwante gebieden met deze problematiek wordt omgegaan.

* De auteurs zijn hoofddocent resp. hoogleraar sociaal recht aan de universiteiten van Maastricht resp. Utrecht en redacteur van dit blad.

1. Ten geleide, *SR* 1986, blz. 3.
2. A.Ph.C.M. Jaspers/G.J.J. Heerma van Voss, 'De uitdagingen van het sociaal recht', *SR* 1986, blz. 4-7.
3. P. Boeles, 'De rechtscultuur van het sociaal recht', *SR* 1988, blz. 3.
4. Themanummer *SR* 1987, nr. 7/8.
5. G.M.F. Sniijders, 'Produktenaansprakelijkheid in het arbeidsrecht', *SR* 1987, blz. 325-328; A.F.M. Brenninkmeijer, 'Over de taak van de rechter in het sociale zekerheidsrecht en het ambtenarenrecht', *SR* 1988, blz. 36-41; themanummers 'Immateriële schade', *SR* 1992, nr. 1 en 'Terugdringing Ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid', *SR* 1993, nr. 10/11; W.J. Slagter, 'Asbest en aansprakelijkheid anders dan als werkgever', *SR* 1994, blz. 108-114; J.K.M. Gevers, 'De vertrouwelijkheid van sociaal-medische gegevens, in het bijzonder in verband met de wetten TZ/Arbo', *SR* 1994, blz. 168-171; J.K.M. Gevers, 'De melding van beroepsziekten; juridische aspecten', *SR* 1994, blz. 280-282; themanummer Detachering, *SR* 1995, nr. 9; Hans Akveld/Bert Hermans, 'De WULBZ: een historische vergissing?', *SR* 1996, blz. 31.
6. A.W. Heringa, 'De naleving van het Europees Sociaal Handvest in Nederland', *SR* 1988, blz. 41-50 en 77-85; J.E. Bosch-Boesjes, 'Vereenvoudiging van de civiele kantongerechtsprocedure', *SR* 1988, blz. 144-151; P.R. Rodrigues, 'Collectief ageren voor de rechter', *SR* 1988, blz. 288-291; P.A. Stein, 'Harmonisatie van de kantongerechtsprocedure', *SR* 1991, blz. 340-348; H.E.M. Duynstee-Bijvoet/F.C.B. van Wijmen, 'Regulering van de medische keuring', *SR* 1994, blz. 345-350; H.J. Simon, 'De verkeerde kant van het gelijkheidsbeginsel', *SR* 1994, blz. 39-49.
7. Gewezen kan worden op het themanummer 'Procederen of demonstreren', *SR* 1989, nr. 2, met bijdragen van Van der Heijden, Jacobs, Hogenboom en Brenninkmeijer.