

University of Groningen

Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein

Vonk, Gijsbert; Klingenberg, Aline; Munneke, Solke; Tollenaar, Albertjan; Vonk, Gijsbert

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2016

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Vonk, G. (editor), Klingenberg, A., Munneke, S., Tollenaar, A., & Vonk, G. (2016). *Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein*. Rijksuniversiteit Groningen, Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein

Gijsbert Vonk (red.)

Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein

G.J. Vonk (red.)

A.M. Klingenberg

S.A.J. Munneke

A. Tollenaar

Vormgeving omslag: Henk Marseille
Vormgeving en opmaak binnenwerk: Albertjan Tollenaar

© 2016 de auteurs

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave 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.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

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 978-94-91676-02-4
NUR 823



rijksuniversiteit
groningen

faculteit rechtsgeleerdheid

Serie Bestuursrecht & Bestuurskunde Groningen

Redactie

Prof.mr. K.J. de Graaf
Prof.mr. J.H. Jans
Prof.dr. J. de Ridder
Mr.dr. A. Tollenaar
Mr.dr. H.D. Tolsma

Redactieraad

Prof.mr. H.E. Bröring
Prof.mr. L.J.A. Damen
Mr.dr. A.M. Klingenberg
Prof.mr. D.A. Lubach
Prof.dr. A.T. Marseille
Prof.mr. M. Scheltema
Prof.mr. G.A. van der Veen
Prof.dr. G.J. Vonk
Prof.dr. F. de Vries
Prof.dr. H.B. Winter

Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde
Oude Kijk in 't Jatstraat 26
Postbus 716
9700 AS Groningen

fax. (050) 363 7250
tel. (050) 363 5674

Voorwoord

Dit onderzoek naar de rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein werd in 2015 en de eerste maanden van 2016 uitgevoerd in opdracht van Instituut Gak. Wat aanvankelijk begon als een gezamenlijke onderzoeksgroep van de Vrije Universiteit Amsterdam en de Rijksuniversiteit Groningen, werd met de benoeming van Solke Munneke tot hoogleraar staatsrecht in Groningen, een volledig Gronings onderzoek van de vakgroep Staats- en bestuursrecht en bestuurskunde. Ieder van ons schreef een eigen deel van het onderzoek, gebaseerd op een overkoepelende structuur en vraagstelling. De vier delen worden in onderlinge samenhang besproken in een syntheserapport dat is opgenomen als eerste hoofdstuk van deze bundel. Omdat het onderzoek werd uitgevoerd in de periode dat de drie d's hun beslag hebben gekregen, zijn we in staat geweest de eerste ervaringen met de uitvoering van de nieuwe wetgeving in onze bespiegelingen te incorporeren.

Wij danken Instituut Gak, in het bijzonder Alex Brenninkmeijer en Harriet Vinke, voor hun steun en vertrouwen. Stijn Wiersema en Hilde van der Waaij danken wij voor de onmisbare hulp bij de editing en het samenstellen van de registers.

Groningen, april 2016

Gijsbert Vonk
Aline Klingenberg
Solke Munneke
Albertjan Tollenaar

Lijst van afkortingen

ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
ANBO	Algemene Nederlandse Bond voor Ouderen
AP	Autoriteit Persoonsgegevens
Art.	artikel
AVG	Algemene Verordening Gegevensbescherming
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
AWGB	Algemene Wet Gelijke Behandeling
BAAT	Beschikbaarheid, Aanvaardbaarheid, Aanpasbaarheid en Toegankelijkheid
BKWI	Bureau Keteninformatisering Werk en Inkomen
BRP	Basisregistratie personen
BTN	Branchebelang Thuiszorg Nederland
B&W	Burgermeester & Wethouders
BZK	Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
CBP	College Bescherming Persoonsgegevens
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CU	Christen Unie
DUO	Dienst Uitvoering Onderwijs
ECLI	European Case Law Identifier
ECSR	Europees Comité voor sociale rechten
EHLA	Europees Handvest inzake lokale autonomie
EHRM	Europese Hof voor de Rechten van de Mens
EPA	Environmental Protection Agency
ERRC	European Roma Rights Centre
ESH	Europees Sociaal Handvest
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
GeVs	Gezamenlijke elektronische Voorzieningen
GGZ	Geestelijke gezondheidszorg
GW	Grondwet
HKZ	Harmonisatie Kwaliteitsbeoordeling
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IB	Inlichtingenbureau
IND	Immigratie- en Naturalisatiedienst

IVESCR	Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
KarWei	Ketenarchitectuur Werk en Inkomen
MvT	Memorie van Toelichting
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
NTM	Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten
NVVK	Nederlandse Vereniging voor Volkskrediet
PGB	persoonsgebonden budget
Rb.	Rechtbank
RMO	Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling
r.o.	rechtsoverweging
ROB	Raad voor het openbaar bestuur
RUG	Rijksuniversiteit Groningen
RvdR	Raad voor de Rechtspraak
Sdu	Staatsdrukkerij en Uitgeverij
SCP	Sociaal en Cultureel Planbureau
SGBX	Sozialgesetzbuch X
Stert.	Staatscourant
SVB	Sociale Verzekeringsbank
SWIFT	Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication
SyRI	Systeem risico-indicatie
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
TvCR	Tijdschrift voor Constitutioneel Recht
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VAR	Vereniging voor Administratief Recht
V&J	Veiligheid en Justitie
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
VWS	Volksgesondheid, Welzijn en Sport
Vzr.	Voorzieningenrechter
Wajong	Wet werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten
Wav	Wet arbeid vreemdelingen
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens
Wet Brp	Wet basisregistratie personen
Wet gdi	Wet generieke digitale infrastructuur
WGR	Wet gemeenschappelijke regelingen
Wet SUWI	Wet structuur uitvoeringorganisatie werk en inkomen
WMO	Wet maatschappelijke ondersteuning
WP	Working Party
Wsw	Wet sociale werkvoorziening
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
WWB	Wet werk en bijstand
Wwnv	Wet werken naar vermogen

Inhoud

1	Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein: synthese	1
	<i>Gijsbert Vonk</i>	
1.1	Inleiding	1
1.2	Reis met bestemming participatiesamenleving	2
1.3	Het schip verlaat de haven: zonnige uitgangspunten van de decentralisaties in het sociale domein	3
1.3.1	Volgeladen met goede bedoelingen	3
1.3.2	Juridische outillage: de modernste apparatuur aan boord	5
1.3.3	Het stabiele schip van de rechtsstaat	6
1.4	De decentralisaties in zwaar weer: knelpuntenanalyse	7
1.4.1	Ambivalente rechtsbetrekking	8
1.4.2	Problematische differentiatie	10
1.4.3	Tekortschietende kaders voor privacybescherming	12
1.4.4	Aantasting van het grondrechtelijk minimumniveau	13
1.5	Het herstel van de averij: naar een betere <i>governance</i> van de lokale verzorgingsstaat	14
1.5.1	De wetgever: systeemverantwoordelijkheid voor rechtsbescherming en privacy	15
1.5.2	Het bestuur: voorspelbare procedurele structuur, afstemming en bescherming persoonsgegevens	18
1.5.3	De rechter: een actieve opstelling	20
1.6	Samenvatting	22
2	Humane rechtsbetrekking in de lokale verzorgingsstaat	27
	<i>Albertjan Tollenaar</i>	
2.1	Inleiding en centrale vraagstelling	27
2.2	Beleids Theorie van de humane rechtsbetrekking	28
2.2.1	Reconstructie van een beleidstheorie	28
2.2.2	Primaire beleidsdoelstellingen van de decentralisaties	29

2.2.3	Veranderde rechtsbetrekking	32
2.2.4	Tussenconclusie	38
2.3	Humane rechtstbetrekking en administrative justice	39
2.3.1	Inleiding	39
2.3.2	Roosenbloom: drie mechanismen in het bestuur	39
2.3.3	Mashaw: conflicterende besluitvormingsmodellen	45
2.3.4	Adler: procedure centraal	46
2.3.5	Administrative justice in de lokale verzorgingsstaat	47
2.3.6	Tussenconclusie	48
2.4	Praktijk van de humane rechtstbetrekking	49
2.4.1	Het keukentafelgesprek	49
2.4.2	Uitbreiding algemeen gebruikelijke voorzieningen	51
2.4.3	Rechtszekerheid: taakindicering	55
2.5	Conclusie en aanbevelingen	56
2.5.1	Wetgever: integrale geschilbeslechting	57
2.5.2	Bestuur: governance en toezicht	58
2.5.3	Rechter: adequate rechtsvorming	60

3 Maatwerk, gelijkheid, zeggenschap **63**

Solke Munneke

3.1	Inleiding	63
3.1.1	Aard en afbakening van het onderwerp; probleemstelling	63
3.1.2	Eisen van de democratische rechtsstaat	66
3.2	Het gelijkheidsbeginsel	67
3.2.1	Gelijkheid als beginsel van de liberale rechtsstaat	67
3.2.2	Gelijkheidsnormen naar positief recht	68
3.2.3	Is sprake van vergelijkbare gevallen?	73
3.2.4	Formele en materiële gelijkheid	76
3.2.5	Woonplaats en gelijkheid	77
3.3	Democratie: het decentralisatiebeginsel	80
3.3.1	Democratie, decentralisatie, zeggenschap	80
3.3.2	Decentralisatiebeleid	82
3.3.3	Decentralisatie en differentiatie	83
3.3.4	Problemen met het decentralisatiebeginsel	84
3.4	‘Maatwerk’ als motief	85
3.4.1	Inleiding	85
3.4.2	Maatwerk als problematisch sleutelbegrip	87
3.4.3	Maatwerk en decentralisatie	89
3.4.4	Tussenconclusie	89

3.5	Naar een betere ‘governance’ van gelijkheid en differentiatie	91
3.5.1	Kennisuitwisseling, handreikingen, best practices, dialoog	91
3.5.2	Modelverordeningen	92
3.5.3	Intergemeentelijke samenwerking	93
3.5.4	Interbestuurlijk toezicht en stelselverantwoordelijkheid	93
3.6	Afsluitende opmerkingen	96
4	Gegevensbescherming in het gemeentelijke sociale domein	99
	<i>Aline Klingenberg</i>	
4.1	Inleiding	99
4.2	Decentralisaties in het sociale domein en vragen over gegevensbescherming	100
4.3	De staat van de gegevensuitwisseling in het sociale domein	102
4.3.1	Verschillende wetten	103
4.3.2	Een diversiteit van betrokken instanties	103
4.3.3	Onoverzichtelijke beheersstructuur	104
4.3.4	Tegenstrijdige opdrachten aan gemeenten	106
4.4	De uitwerking van privacywaarborgen in het sociale domein	107
4.4.1	De aanname dat de burger ‘in control’ is	107
4.4.2	Toestemming als grond voor verwerking	109
4.4.3	Wettelijke verplichting en doelbinding	110
4.5	De noodzaak tot wettelijke normen en aanvullende maatregelen	112
4.5.1	Wettelijke normen	113
4.5.2	Functionaris gegevensbescherming	114
4.5.3	Technische maatregelen	116
4.5.4	Autorisatiebesluiten	117
4.5.5	Voorlichting	117
4.6	Conclusie	118
5	Decentralisaties in het sociale domein en grondrechtelijke zorgplichten	121
	<i>Gijsbert Vonk</i>	
5.1	Inleiding	121
5.2	Aard en werking van grondrechtelijke zorgplichten in het sociale domein	123
5.3	Grondrechtelijke zorgplichten als vijand van de decentralisaties?	128

5.3.1	Kantttekeningen bij RMO-rapport Terugtredeu is vooruitzien	129
5.3.2	Balans	132
5.4	De decentralisaties als vijand van de grondrechtelijke zorgplichten?	133
5.4.1	Buiten het recht treden	133
5.4.2	Erosie van voorzieningen	136
5.4.3	<i>Down and out</i> in de sociale zekerheid	137
5.4.4	Balans	138
5.5	Handelingsperspectieven voor de overheid	139
5.5.1	Integrale geschillenbeslechting in het sociale domein	140
5.5.2	Een collectieve klachtenprocedure bij het College voor de rechten van de mens	141
5.5.3	Een handreiking voor de gemeenten	143
5.6	Résumé	144
 Literatuuroverzicht		147
Jurisprudentieoverzicht		157
Kamerstukken		159
English summary		161
 Over de auteurs		165

Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein: synthese

Gijsbert Vonk

1.1 Inleiding

Dit syntheserapport bevat een verslag van de resultaten van een onderzoek naar de rechtsstatelijke implicaties van de decentralisaties in het sociale domein dat in 2015/2016 aan de rechtenfaculteit van de Rijksuniversiteit Groningen is uitgevoerd. Het onderzoek werd verricht voor het Instituut Gak.

Er werkten vier mensen aan mee die ieder een deel van het onderzoek hebben uitgevoerd. Albertjan Tollenaar is ingegaan op de vraag in hoeverre de veranderde rechtsbetrekking tussen overheid en burger bestuursrechtelijk geoorloofd zijn. De decentralisaties beloofden een meer ‘humane rechtsbetrekking’, maar wordt deze belofte waargemaakt? Om deze vraag te kunnen beantwoorden confronteert Tollenaar de grote theorieën over administrative justice met beleidsveronderstellingen van de wetgever en met de gemeentelijke praktijk.

Solke Munneke heeft zich gebogen over de vraag in hoeverre verschillen in beleid en uitvoering tussen de gemeenten staatsrechtelijk geoorloofd zijn. Mocht dit lijken op een vraag naar de bekende weg, toch is er twijfel: vormt de enkele maatwerkambitie eigenlijk wel een voldoende grondslag om allerlei verschillen in de uitvoering van landelijke regelingen te schragen?

Aline Klingenberg betrad het doolhof van de gegevensuitwisseling in het gemeentelijke sociale domein. Als ze de uitgang uiteindelijk heeft gevonden, komt zij tot de conclusie dat de leidende criteria in de privacywetgeving niet altijd even goed uitwerken voor de doelgroep van de decentralisaties die bestaat uit kwetsbare en afhankelijke burgers. Ook constateert zij dat er nauwelijks centrale regie bestaat op de gemeentelijke gegevensstromen om de persoonlijke levenssfeer te kunnen waarborgen.

Gijsbert Vonk, schrijver dezes, ontfermde zich ten slotte over het thema van de grondrechtelijke zorgplichten. Hij bespreekt deze in het teken van een paradox. In hoeverre zijn de decentralisaties de vijand van de grondrechtelijke zorgplichten, doordat essentiële verantwoordelijkheden naar een lagere organisatorische laag of naar partijen buiten de overheid worden gelegd met als gevolg dat de staat het basisniveau van de voorzieningen niet langer kan garanderen? Of is het zo dat grondrechtelijke zorgplichten de vijand zijn van

de decentralisaties, doordat ze de centrale overheid voortdurend dwingen regulerend en kaderstellend op te treden, waardoor de decentrale verantwoordelijkheid en maatschappelijke vrijheid worden ondermijnd?

Voorwerp van dit onderzoek zijn de drie d's, de wijzigingen die zijn ingevoerd per 1 januari 2015 als gevolg van de inwerkingtreding van de Jeugdwet, de Participatiewet en de Wmo 2015. Het zijn niet zozeer de materieelrechtelijke aspecten van deze wijzigingen die aan de orde worden gesteld, maar de rechtsstatelijke implicaties ervan. Het achterliggende perspectief is de participatiesamenleving. Kunnen de decentralisaties worden gedefinieerd als een overdracht van bevoegdheden van het centrale naar het decentrale niveau, bij de participatiesamenleving gaat het erom de zorgrelaties tussen private actoren te activeren, met de gemeente - dicht bij de burger, zoals men zegt - als regisseur.¹ Het is nuttig beide perspectieven in onderlinge samenhang te benaderen, waarbij decentralisaties het middel vormen en de participatiesamenleving het doel.

De vier bijdragen zijn gebaseerd op dezelfde overkoepelende structuur. Het gaat erom de trends in de wetgeving te beschrijven om deze vervolgens te confronteren met rechtsstatelijke uitgangspunten en daarbij knelpunten te benoemen. Tevens hebben wij ons gebogen over de vraag hoe knelpunten kunnen worden opgelost en hoe tegenstrijdigheden kunnen worden geneutraliseerd. Dit heeft geleid tot een set van aanbevelingen voor een betere rechtsstatelijke verankering van de decentralisaties. Deze richten zich tot de wetgever, het bestuur en de rechter. Aangezien de aanbevelingen niet louter een juridisch karakter hebben maar tevens een bestuurlijke en organisatorische dimensie kennen, scharen wij de aanbevelingen onder de noemer van *governance* van de lokale verzorgingsstaat.

De drieslag beschrijving, knelpuntenanalyse en aanbevelingen ligt ook ten grondslag aan het onderhavige syntheserapport, dat verder is opgezet als een zelfstandig leesbaar hoofdstuk. Voor een verdere methodologische verantwoording zij verwezen naar de inleidingen van de vier studies zelf.

1.2 Reis met bestemming participatiesamenleving

Deze synthese kan worden beschreven aan de hand van de metafoor van een zeereis. In het *eerste beschrijvende deel* verlaat het schip met de drie d's op een zonnige dag de Haagse haven, vrolijk uitgezwaaid door de politieke opdrachtgevers en ambtenaren. Het schip puilt uit van de goede bedoelingen en heeft de modernste apparatuur aan boord. De bestemming is de participatiesamenleving, een paradijselijk oord waar burgers het beste van henzelf geven aan elkaar, geholpen door het lokale dorpsbestuur.

1. Vergelijk Hirsch Ballin 2013.

Enmaal buitengaats beginnen donkere wolken zich samen te pakken. Er is zwaar weer op komst. In het *tweede deel van de knelpuntenanalyse* beuken golven tegen het de scheepswanden. Rollers spoelen over het dek. De gevoelige apparatuur blijkt niet bestand tegen zoveel geweld, bij vertrek hadden enkele critici daar al op gewezen. Het schip begint slagzij te maken en raakt van koers. De passagiers beginnen zich te roeren. Ze vertrouwen niet langer in de leiding en tekenen protest aan. Als de storm langzaam wegtrekt, dobbert het schip doelloos over de baren.

In het *derde deel over de governance van lokale verzorgingsstaat* zien we hoe men bezig is het radiocontact met de Haagse thuishaven te herstellen in afwachting van nadere instructies, maar vooralsnog blijft het bij gekraak op de lijn. Intussen slaagt de bemanning er samen met de passagiers in de noodzakelijke reparaties te verrichten. Zo wordt de rust langzaam hersteld. Want al is niet langer geheel duidelijk meer wat de bestemming is en wanneer deze wordt bereikt, het schip mag hoe dan ook niet zinken.

1.3 Het schip verlaat de haven: zonnige uitgangspunten van de decentralisaties in het sociale domein

1.3.1 Volgeladen met goede bedoelingen

Uit systematisch onderzoek naar het decentraliseringsmotief van de wetgever dat reeds eerder door ons werd verricht, blijkt dat steeds dezelfde combinatie van doelstellingen wordt opgevoerd.² Aan de ene kant de zorg voor het betaalbaar houden van de sociale zekerheid. De kosten van de sociale zekerheid moeten in de hand worden gehouden, zodat ook in de toekomst de mensen die echt ondersteuning nodig hebben, die van de overheid kunnen krijgen. Aan de andere kant de opvatting dat mensen moeten worden gestimuleerd eigen verantwoordelijkheid te nemen om een reguliere baan te verwerven of bij een zorgbehoefte een beroep te doen op een sociaal netwerk. Deze twee argumenten liggen in elkaars verlengde. Hoe meer mensen een reguliere baan hebben en hoe sterker de sociale verbanden in de samenleving zijn, hoe sneller en gemakkelijker mensen hierop terug kunnen vallen en hoe minder mensen een beroep zullen doen op de sociale zekerheid. De omslag kan niet met algemene reguliere maatregelen vanuit de Rijksoverheid worden bewerkstelligd, maar vraagt om initiatieven op lokaal niveau. In de memories van toelichting treffen we daarvoor de volgende motivering aan. In de eerste plaats: de gemeente is het beste in staat dit maatwerk te leveren. In de tweede plaats: de gemeente kan het beste zorgdragen voor een goed samenhangend stelsel

2. Zie Van der Werf 2012. Dit onderzoek is gebaseerd op een studie van de memories van toelichting bij de WWB, de Wmo en de (gestrande) Wet werken naar vermogen (Wwnv), voorloper van de huidige Participatiewet.

van ondersteuning voor burgers die niet goed in staat zijn in bepaalde situaties zelf of samen met anderen oplossingen te realiseren. In de derde plaats: de gemeente kan de noodzakelijke maatregelen het meest efficiënt en effectief uitvoeren (daarbij geholpen door allerlei ingebouwde prikkels in het financieringsstelsel dat door de centrale overheid wordt opgetuigd). Kortom, door de gemeenten meer taken te geven wordt niet alleen de burger beter bediend, het wordt ook nog eens goedkoper. Een idealer huwelijk tussen goede bedoelingen kan bijna niet worden aangetroffen.

De decentralisaties impliceren niet alleen een verschuiving van verantwoordelijkheden van het rijk naar de gemeente, maar tevens een verandering van de rechtsbetrekking tussen overheid en burger. Albertjan Tollenaar heeft in zijn bijdrage aan deze bundel systematisch onderzoek gedaan naar het motief van de wetgever voor de verandering van deze rechtsbetrekking.³ De wetgever beoogt met de decentralisatie van het sociale domein de verhouding tussen burger en overheid te herijken. Deze herijking heeft primair betrekking op de materiële aanspraak die de burger heeft op overheidssteuning. Daarvan afgeleid is er tevens aandacht voor de wijze waarop deze aanspraak wordt gerealiseerd. De wetgever kiest voor een rechtsbetrekking tussen overheid en burger die, in vergelijking met de fase voor de decentralisatie, kenmerken vertoont van dejuridisering in de zin dat minder expliciete rechten en plichten worden toegekend die bovendien minder eenvoudig in rechte kunnen worden afgedwongen. Het wettelijk kader biedt de ruimte aan een andere werkwijze die zich meer richt op eigen verantwoordelijkheid van de hulpvrager ('participatie') en daarnaast bij moet dragen aan een integrale oplossing ('één gezin, één plan, één regisseur'). Voor de burger zou dat moeten leiden tot een klantvriendelijkere en efficiëntere bejegening (niet meermalen dezelfde informatie verstrekken). Verder beoogt de wetgever de burger mondig(er) te maken en een stem te geven bij de vormgeving van de te verkrijgen ondersteuning. Het keukentafelgesprek is daar een voorbeeld van: de wetgever eist immers 'samenspraak'.

Ook hier dus weer blijmoedige verwachtingen. Of deze altijd kunnen worden waargemaakt, is de vraag. Tollenaar wijst namelijk tevens op een aantal structurele ambivalenties en onduidelijkheden bij de uitwerking van de beleidsdoelstellingen. Maar daarover meer in de knelpuntenanalyse in paragraaf 1.4. Vooralsnog stellen we vast dat het schip van de drie d's bij het vertrek met enthousiasme wordt uitgezwaaid. Een voorlichtingsfilm van het Ministerie van VWS biedt een toelichting op de ronkende 'taal van de decentralisaties',⁴ begeleid door een vrolijk deuntje. 'Geprofessionaliseerde profes-

3. Op basis van een bestudering van de memories van toelichting bij de Jeugdwet, de Wmo 2015 en de Participatiewet. Albertjan Tollenaar, 'Humane rechtsbetrekking in de lokale verzorgingsstaat', in deze bundel, paragraaf 2.2.

4. VNG, 'Bekijk filmpje over 'gemeenschappelijke taal' van decentralisaties', *VNG* 13 september 2013, vng.nl (zoek op *gemeenschappelijke taal*).

sionals' laten zich 'omdenken' en gaan op zoek naar 'de vraag achter de vraag', in de vaste overtuiging 'dat de burger in zijn kracht moet worden gezet', zodat 'gewoon weer gewoon is'.

1.3.2 Juridische outillage: de modernste apparatuur aan boord

De Jeugdwet, de Wmo 2015 en de Participatiewet zijn landelijke regelingen. Ze worden door de gemeente uitgevoerd in medebewind. De decentralisatie schuilt hierin dat de gemeente als onderdeel van de wettelijke taak, wordt aangespoord op een eigen wijze invulling te geven aan bepaalde bevoegdheden. Op grond van de Participatiewet moeten bijvoorbeeld verordeningen worden opgesteld voor onder meer de re-integratie en activering, sancties (afstemming), en voor de individuele inkomenstoelag (zie artikelen 8 en 8a Participatiewet). De Wmo 2015 kent de figuur van een verplicht beleidsplan, op te stellen door de gemeenteraad, in samenspraak met burgers en organisaties (artikel 2.3.1 Wmo 2015). De regels ter uitvoering van het beleidsplan moeten worden uitgewerkt in een verordening. Ook geldt een verordeningplicht voor het verstrekken van individuele voorzieningen (artikel 2.1.3 Wmo 2015) en het bepalen van de hoogte van de eigen bijdrage (artikel 2.1.4 Wmo).

Spreekt men over decentralisatie op sociaal gebied, dan hebben we het over dit soort, door de centrale wetgever gestuurde en ingekaderde opdrachten om zelf nadere normen te stellen. Het is een uitgekende vorm van 'gereguleerde decentralisatie' die per onderwerp de beleidsopdrachten aan vrijheidsgraden koppelt. Ontbreekt de vrijheid om zelf de wettelijke opdracht in te vullen omdat de kaders daarvoor te gedetailleerd zijn, dan is van enige decentralisatie niet langer sprake. In dat geval zijn de gemeenten meer dan uitvoeringskantoren van de centrale overheid, maar dat is door de veelheid van vrije opdrachten dus niet aan de orde. Overigens zijn per 1 januari 2016 ook de regels inzake de financiële verantwoording versoepeld. Gemeenten hebben meer bestedingsvrijheid gekregen omdat de budgetten niet langer strikt zijn geormerkt. Wat betreft het toezicht geldt, in het kader van maatschappelijke ondersteuning, dat het aan het college van B&W wordt overgelaten dit te organiseren (artikel 6.1 Wmo 2015).

De decentralisaties genereren niet alleen meer vrijheidsgraden om per gemeente een eigen invulling te geven aan wettelijke taken, ook de vrijheid om in individuele gevallen tot een eigen beslissing te komen is toegenomen. De wetgever bedient zich daarbij van het klassieke instrument van een verruiming van de discretionaire bevoegdheid, dat maatwerk mogelijk moet maken.⁵ Tevens maakt hij gebruik van de geavanceerde procedurele en institutionele oplossingen. Tot de juridische outillage behoort bijvoorbeeld de

5. Vergelijk G.J. Vonk 'Decentralisaties en grondrechtelijke zorgplichten' in deze bundel, paragraaf 4.1.

zogenaamde ‘melding’ van artikel 2.3.2 Wmo 2015 die een fase van onderzoek inluit voorafgaand aan de uiteindelijke aanvraag waarop wordt beslist. Ook zijn er de sociale wijkteams waarin verschillende professionals samenwerken om de hulpvraag van de klanten te monitoren.⁶ Deze teams worden weliswaar niet in de wet voorgeschreven maar het creëren ervan wordt aangemoedigd in parlementaire stukken en beleidsnota’s.

1.3.3 Het stabiele schip van de rechtsstaat

Het schip van de rechtsstaat biedt voldoende ruimte om de ambities de decentralisaties in te vervoeren. Dat er als gevolg van de grotere gemeentelijke vrijheidsgraden verschillen in behandeling kunnen ontstaan al naargelang de woonplaats van de burger, hoeft bijvoorbeeld staatsrechtelijk helemaal niet als problematisch worden ervaren. Als er iets opvalt aan de bijdrage van Solke Munneke aan dit onderzoek, dan is het wel de ogenschijnlijke vanzelfsprekendheid dat dergelijke verschillen zich juist mogen manifesteren in een gedecentraliseerde eenheidsstaat die Nederland nu eenmaal is. Strijd met het juridische beginsel gelijke behandeling levert het niet op, noch in concreto noch op het niveau van de wetgeving.⁷ Hooguit zou een verschillend niveau van voorzieningen per gemeente kunnen stuiten op sociale minimumnormen die kunnen worden afgeleid van sociale grondrechten, zoals opgenomen in onze grondwet en het Europees Sociaal Handvest en andere internationale verdragen. Maar dergelijke normen, voor zover al juridische afdwingbaar, zijn dermate minimaal dat niet snel verwacht mag worden dat ze in ons sociale paradijs worden geschonden. Op het eerste gezicht.

Op het hetzelfde eerste gezicht hoeven we ons evenmin zorgen te maken over de toename van de discretionariteit die ten grondslag wordt gelegd aan de aanspraak op voorzieningen en een dejuridisering van de rechtsbetrekking met de burger. De armenzorg is geboren in discretionariteit, maar het is bepaald niet zo dat daarheen wordt teruggekeerd en dat ondersteuning weer een gunst wordt in plaats van een recht. De bijstand, de jeugdzorg en de maatschappelijke ondersteuning zijn landelijke regelingen waarvan kaders door de rechter kunnen worden getoetst. Daarbij geldt dat de rechtsaanspraak hermetisch is verankerd in de normen van de Awb. Zolang integrale toegang tot de rechter effectief geborgd is en burgers hiervan gebruik blijven maken, hoeven we ons niet onmiddellijk zorgen te maken over een terugtred naar de negentiende eeuw.⁸

6. Vergelijk A. Tollenaar, ‘Humane rechtsbetrekking in de lokale verzorgingsstaat’, in deze bundel, paragraaf 2.2.

7. Vergelijk S.A.J. Munneke, ‘De decentralisaties tussen differentiatie en discriminatie’ in deze bundel, paragraaf 3.3.

8. G.J. Vonk, ‘Decentralisaties en grondrechtelijke zorgplichten’ in deze bundel, paragraaf 5.1

Eenzelfde relativerende opmerking zou kunnen worden gemaakt over het risico van privacyschendingen door gemeenten. Er is goede nationale Europese regelgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens, een nieuwe Europese verordening is in aantocht en de Autoriteit Persoonsgegevens zit als een bok op de haverkist om privacyschendingen aan de kaak te stellen.

Kortom de drie d's worden vervoerd op een stabiel en betrouwbaar schip.

1.4 De decentralisaties in zwaar weer: knelpuntenanalyse

Nadat de VNG aan het einde van 2015 vaststelde dat enorme rampen bij de uitvoering van de zorg zich niet hadden voorgedaan, maakte *NRC Handelsblad* zijn eigen balans op: ‘Zorg simpeler? Een warboel!’⁹ Al waren er ook enkele lichtpuntjes te melden in de vorm van nieuwe lokale initiatieven, het overheersende beeld van de decentralisaties in het sociale domein was negatief. In het artikel in *NRC Handelsblad* werden vijf knelpunten genoemd: in de eerste plaats de chaos bij de uitvoering van de PGB waarbij ook gemeenten betrokken zijn; in de tweede plaats de bezuinigingen op de thuiszorg, die hebben geleid tot 12.000 ontslagen onder het personeel en 2.000 rechtszaken tegen de gemeenten; in de derde plaats wachtlijsten, onzekerheid en grote bureaucratie in de jeugdzorg; in de vierde plaats de stagnerende integratie van arbeidsgehandicapten in het kader van de Participatiewet en in de vijfde plaats ondoorzichtigheid van het lokale beleid en een gebrek aan politieke controle daarop.

Enkele maanden eerder had de Volkskrant gerapporteerd met verschillen die ontstaan in de voorzieningenniveau tussen gemeenten. Zo bezuinigt Utrecht maximaal 35 procent op de begeleiding en de dagbesteding van mensen met hersenletsel, de Gooise gemeenten slechts dertien procent. Tot dan toe kon deze voorziening in het land rekenen op dezelfde vergoeding uit de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ). De verschillen worden zichtbaar nu gemeenten hun zorg inkopen voor nieuwe taken die voorheen door het Rijk werden bekostigd.¹⁰ Hulpbehoevenden met een inkomen van modaal of hoger, of met een eigen vermogen, moeten honderden euro's per maand meer betalen voor dagbesteding en begeleiding, nu de gemeenten de tarieven hiervoor bepalen. De verschillen per gemeenten zijn reusachtig, liet de Volkskrant weten.¹¹

Het dagblad Trouw maakt zich weer zorgen over de kwaliteit van de gemeentelijke voorzieningen. Met de komst van de Participatiewet zijn de

9. E. van Steenberghe & I. Vriesema, ‘Zorg simpeler? Een warboel!’, *NRC* 29 december 2015.

10. C. Huisman, ‘Betere zorg? Verhuis naar een andere gemeente’, *Volkskrant* 29 september 2014.

11. C. Huisman, ‘Zorg via gemeente kan tot vijf keer zo duur uitvallen. Regionale verschillen voor bovenmodalen reusachtig’, *Volkskrant* 22 december 2015.

plichten voor bijstandsgerechtigden flink aangescherpt. Ze zijn zodanig aangescherpt, dat van een sociaal vangnet in sommige gevallen nauwelijks nog sprake is, zo viel te lezen in de bijdrage in juni 2015.¹²

Dit is een greep uit de vele krantenartikelen waarin de stormbal wordt gehesen over het verloop van de decentralisaties. Voegen we daar aan toe de constante berichtenstroom over het lage niveau van bescherming van persoonlijk gegevens,¹³ dan lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de decentralisaties in zwaar weer zijn terechtgekomen. Geheel onverwacht kan deze storm echter niet gekomen zijn. De knelpuntenanalyses die ten grondslag liggen aan deze studie blijken een voorspellende waarde te hebben voor het type problemen waarmee de decentralisaties zich thans geconfronteerd zien. Hieronder worden de bevindingen van de onderzoekers kernachtig weergegeven onder de noemers:

- ambivalente rechtsbetrekking (1.4.1)
- problematische differentiatie (1.4.2)
- tekortschietende kaders voor de privacybescherming (1.4.3)
- aantasting van het grondrechtelijk minimumniveau (1.4.4)

1.4.1 Ambivalente rechtsbetrekking

Volgens Albertjan Tollenaar levert de beleidstheorie van de decentralisaties een ambivalent beeld op wat betreft de rechtsbetrekking tussen overheid en burger. De wetgever wil de rechtsbetrekking met de burger informaliseren, dejuridiseren en laagdrempeliger maken (de gehumaniseerde rechtsbetrekking). Maar deze aanpassingen dienen er niet alleen toe het de burger naar de zin te maken. Bezuinigingen (efficiëntie/effectiviteit) zijn een van de leidende motieven van de decentralisaties. De nieuwe rechtsbetrekking moet dus ook de mogelijkheid bieden om de (onplezierige) boodschap van eigen verantwoordelijkheid over te brengen op een zodanige wijze dat daar geen (juridische) geschillen over ontstaan. Dat gebeurt soms door de burger af te houden van het doen van een formele aanvraag (met de melding als voorportaal), in andere gevallen moet de institutionele context (keukentafelgesprek, wijkteams) daaraan bijdragen. Veel hangt af van hoe gemeenten met deze beleidstheorie omgaan, maar of de burger daadwerkelijk in een gehumaniseerde rechtsbetrekking terecht komt, is nog maar de vraag.

Aan de hand van de literatuur over *administrative justice* valt de ambivalentie in het streven naar gehumaniseerde rechtsbetrekking eenvoudig te herkennen, zo vervolgt Tollenaar zijn betoog. Er is sprake van een sterk op bezuinigingsdrift georiënteerde politieke wilsvorming. Gemeentebesturen worden geacht een bezuinigingsdoelstelling te realiseren ten opzichte van de

12. I. Weel, 'Sociaal vangnet vertoont steeds meer gaten', *Trouw* 25 juli 2015.

13. A. Klingenberg, 'Gegevensbescherming in het sociale domein' in deze bundel paragraaf 4.6.

situatie voor de decentralisatie. Dit krijgt vorm in de opdracht aan de gemeenteraad om de keuze te maken om eventueel uit andere middelen dekking te zoeken voor de uitgaven die gepaard gaan met de lokale verzorgingsstaat. Het ligt voor de hand dat veel gemeenten daarvoor terugdeinzen. Hierdoor worden voorzieningen versoberd en - logischerwijs - in sobere regels neergelegd. Het gevolg is dat niet meer de burger met al zijn noden centraal staat, maar de realisering van de bezuinigingsdoelstelling. In plaats van de noden van de burger te inventariseren, kan worden volstaan met een verwijzing naar de algemene regel waaruit voortvloeit dat geen recht meer wordt verschaft op de gevraagde voorziening.

Een volgende tegenstrijdigheid betreft de wijze waarop geschillen worden geadresseerd. De decentralisaties lijken een keuze te bevatten voor het model van *professional treatment*. De reductie van het belang van de juridische procedures, waarbij de melding de intake vormt en de keukentafel het cruciale beslismoment, zijn daarvan symptomen. Maar ook de veronderstelde ‘samenpraak’ met de burger suggereert *client satisfaction* als voornaam doel. Deze elementen passen volledig in het model van *professional treatment*. Bij de *professional treatment* horen alternatieve vormen van controle. De beoordeling van de ene professional wordt dan gecontroleerd door een andere professional. In het medische domein leidt dat tot procedures als de *second opinion*. Verondersteld kan worden dat, juist waar de professional de ruimte krijgt, er ook in het sociale domein de noodzaak tot dergelijke procedures ontstaat. De betekenis van het professional treatment model is echter beperkt tot die aspecten die inderdaad een professionele inschatting vergen. Gedacht kan worden aan situaties waarin medische informatie moet worden verzameld en geïnterpreteerd. Voor zover de feiten echter vaststaan, is de besluitvorming in het sociale domein niet meer of niet anders dan de afweging van het persoonlijke belang (de wens van de burger) tegen het algemene belang (de aanslag op de publieke middelen die de hulpvraag teweeg brengt). Juist waar het aankomt op die belangenafweging, voorziet de beleidstheorie in een ruime beleidsvrijheid voor gemeenten, waarbij het mantra van ‘maatwerk’ wordt aangehaald. Dit maatwerk betreft vooral de afstemming op de specifieke kenmerken van de cliënt. Bezien vanuit het perspectief van *administrative justice* is voorspelbaar hoe deze ruimte zal worden ingevuld. De bureaucratische mechanismen leiden tot vormen van regulering. Dit verschijnsel wordt nog eens versterkt door de juridische controle op de uitvoering. Ook al wordt er een poging ondernomen om de rechter buiten de deur te houden; in de praktijk is deze er nog wel en moeten besluiten dus *judge proof* zijn. Voor de rechterlijke controle vormt de verwijzing naar een algemene regel een aanwijzing dat de bestuurlijke besluitvorming tegemoetkomt aan normen van rechtsgelijkheid maar met name ook aan normen van zorgvuldigheid en evenredigheid.

Confronteren we deze theoretische noties met de praktijk, bijvoorbeeld wat betreft de vraag wat ‘algemene voorzieningen’ zijn in de zin van artikel

1.1.1 lid 1 van de Wmo 2015 (één van de drie case studies van Tollenaar), dan zien we hoe deze theoretische dilemma's zich manifesteren. Gemeenten rekken het begrip algemeen gebruikelijke voorzieningen op als argument om maatwerkvoorzieningen af te wijzen. Het is een inhoudelijke, politieke keuze ingegeven door bezuinigingsdoelstellingen. Wat daarbij opvalt, is het automatisme waarmee de burger de deur wordt gewezen. Er vindt nauwelijks onderzoek plaats naar de individuele hulpvraag of bijzondere omstandigheden. En voor zover dat onderzoek al plaatsvindt, beperkt dat zich tot de financiële capaciteiten van de burger: aspecten die er eigenlijk niet toe doen bezien vanuit het perspectief van de Wmo. Er valt nog iets anders te zien. Door in samenspraak na te gaan welke voorzieningen passend zouden zijn na de melding, zouden geschillen in een informeel traject kunnen worden opgelost - zonder bezwaar of beroep. De keuze voor een verruiming van de algemene voorziening - waarover ook niet veel samenspraak mogelijk is - resulteert juist in het omgekeerde: een hausse aan bezwaarschriften. De gedachte dat het informele karakter van een rechtsbetrekking ertoe zal leiden dat geschillen over de reductie van de voorziening niet escaleren in een bezwaar- en beroepsprocedure, is naïef gebleken.

1.4.2 Problematische differentiatie

Waar door Munneke enerzijds een lofzang op de decentrale eenheidsstaat wordt bezongen en de daaruit voortvloeiende mogelijkheden om per gemeente een eigen beleid te voeren (differentiatie), heeft hij anderzijds oog voor het problematische karakter daarvan. Hoewel volgens hem van formele strijd met het gelijkheidsbeginsel niet snel sprake is, is de regering tot nu toe niet overtuigend in staat geweest uit te leggen waarom juist regionale verschillen de decentralisaties zouden rechtvaardigen. De regering heeft de decentralisaties immers met name onderbouwd met een verwijzing naar de mogelijkheid maatwerk te bieden. Met maatwerk is dan vooral bedoeld dat burgers in het concrete geval de juiste hulp krijgen. Dat vereist een grote mate van beleidsvrijheid aldus de regering, en een overheid die zich dicht bij burgers bevindt. Maar maatwerk in deze betekenis sluit niet uit dat daaraan landelijk in plaats van decentraal beleid ten grondslag ligt. De lokale nabijheid bij burgers zou evengoed bereikt kunnen worden door middel van deconcentratie in plaats van decentralisatie, met als voordeel dat dan niet per gemeente verschillend uitvoeringsbeleid wordt vastgesteld.

Maatwerk betekent in de context van decentralisatie dan ook gewoonlijk iets anders: het gaat om het rekening kunnen houden met plaatselijke (geografische) omstandigheden en politieke voorkeuren. De door de regering bij de overdracht opgelegde efficiëncykorting en de afhankelijkheid van plaatselijke en regionale private partijen die nodig is voor de uitvoering, lijken mee te brengen dat de keuzes bij het voeren van politiek beleid ernstig zijn beperkt. De materie is bovendien dermate complex dat van werkelijke politise-

ring van het gemeentelijk sociaal beleid nauwelijks sprake is geweest.¹⁴ Met andere woorden: het valt niet te garanderen dat de geografische verschillen of politieke keuzes een onderbouwing vormen van verschillen tussen gemeenten.

Daar komt bij dat het gaat om kwetsbare groepen personen in een minderheidspositie, met een hulpvraag waarvan zij geen afstand kunnen doen. Kwetsbare groepen lijken nu afhankelijk te worden van de toevalligheid of in hun gemeenten vermogende dan wel minder vermogende inwoners woonachtig zijn en of zij bereid zijn de gemeentelijke middelen voor deze hulp in te zetten. In Nederland zijn de afstanden tussen gemeenten dermate klein dat de verschillen extra in het oog springen. De gedachte van een min of meer afgesloten gemeenschap die naar eigen inzicht de financiële middelen inzet om adequate hulp te geven past wellicht wel in de Scandinavische setting, maar oogt in Nederland eerder als willekeur.

Met andere woorden: de decentralisaties in het sociaal domein lijken niet in alle opzichten bij de uitgangspunten van het decentralisatiebeginsel zelf te passen. Een gedifferentieerde aanpak kan aangewezen zijn vanwege een eigen regionale situatie, zoals bijvoorbeeld de verslavingsproblematiek op Urk een heel andere kan zijn dan die in Amsterdam. Maar zijn dergelijke verschillen niet evident, dan is het motief van maatwerk voor differentiatie al snel onvoldoende dragend. Er ontstaat een voedingsbodem voor maatschappelijke onrust als mensen vernemen dat de zorg in hun eigen gemeente wezenlijk anders wordt vormgegeven dan in de andere. Dergelijke verschillen worden als onrechtvaardig beschouwd daar ze letterlijk onvoldoende zijn te rechtvaardigen.

Wellicht dat verschillen tussen gemeenten nog anderszins gerechtvaardigd zijn vanuit bewuste politieke keuzes die op lokaal niveau worden gemaakt. Maar ook dit is volgens Munneke niet onproblematisch. De omvang van de gedecentraliseerde taken dwingt gemeenten tot samenwerking. Binnen samenwerkingsverbanden besluiten afgevaardigden van gemeenten namens en voor hun gemeente, waardoor die gemeente juridisch gebonden wordt, terwijl de democratische invloed van de eigen gemeenteraad aanzienlijk op de achtergrond is geplaatst. Bovendien is het de vraag of het Rijk de gemeentebesturen daadwerkelijk de ruimte geeft om eigen beleid vorm te geven en uit te voeren. De Jeugdwet, de Wmo 2015 en de Participatiewet blijven nationale wetten en 'loslaten' is niet de sterkste kant van de Rijksoverheid. Zo is enkele jaren geleden het instrumentarium van het interbestuurlijk toezicht

14. Ter illustratie uit: E. van Steenbergen & I. Vriesema, 'Zorg simpeler? Een warboel!', *NRC* 29 december 2015. '(...) over een enquête van NRC, in samenwerking met onderzoeksbureau Overheid in Nederland, waaraan ruim 700 raadsleden deelnamen: 'Raadsleden merken meer dan honderd keer op - zelfs zonder dat er specifiek naar werd gevraagd - dat ze hun democratische rol niet kunnen vervullen. Ze zeiden niet te kunnen overzien of burgers noodzakelijke gezondheidszorg wordt onthouden. Dat geldt voor zowel oppositie- als coalitie raadsleden.'

gerevitaliseerd, zodat eenvoudiger met algemene toezichtinstrumenten kan worden ingegrepen in het beleid van decentrale overheden.

1.4.3 Tekortschietende kaders voor privacybescherming

Intussen legt Klingenberg knelpunten bloot wat betreft de kwaliteit van de bescherming van persoonsgegevens. De gegevensuitwisseling in het sociale domein is gebaseerd op een organisch gegroeide structuur, waarbij verschillende instanties op basis van meerdere wetten en in allerlei rollen gegevens uitwisselen. De normering hiervan is in het geval van het Ministerie van Sociale Zaken (de Wet Suwi) heel strikt. In het geval van het Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) wordt de privacybescherming sterk overgelaten aan gemeenten. Verschillende instanties spelen een rol in de gegevensuitwisseling, waardoor de te onderscheiden rollen niet duidelijk zijn. Dit leidt tot een stelsel waarbij het handelen van de betrokken bestuursorganen (ministeries, uitvoeringsinstanties, gemeenten) niet goed op elkaar is afgestemd. Gemeenten krijgen op basis van dit gefragmenteerde stelsel de opdracht om een integraal beleid te voeren. Daarbij worden ze hard afgerekend door de Inspectie SZW op aspecten waarbij zij niet aan de (wettelijke) normen voor gegevensbescherming voldoen, zoals het geval bij Suwinet. Tegelijkertijd krijgen zij een open opdracht van het Ministerie van BZK om zelf een informatiebeleid vast te stellen en uit te zoeken hoe te voldoen aan de wettelijke normen voor gegevensbescherming. Intussen blijkt het niveau van privacybescherming bij veel gemeenten volstrekt onder de maat te liggen.¹⁵

Verder rijst de vraag of de normen van de Wbp zelf überhaupt wel geschikt zijn om een hoog niveau van privacybescherming te realiseren in het sociale domein. Toestemming van een burger die een voorziening aanvraagt om zijn gegevens te gebruiken, is niet vrij gegeven. Ook kan niet worden verwacht dat de burger *in control* over zijn gegevens is. Een kenmerk van veel burgers die een beroep moeten doen op gemeentelijke sociale voorzieningen is nu juist dat zij (tijdelijk) geen controle meer hebben over hun eigen leven. Ten slotte staan de ruime wettelijke bevoegdheden in de Wbp het toe dat de overheid de regels naar haar eigen hand zet. De wetgever blijkt de open normen uit de Wbp, waarvan het de bedoeling is dat zij ingevuld worden met duidelijke en precieze regels, op te rekken zodat zoveel mogelijk gegevensverwerkingen hieronder vallen. Daarbij wordt veelvuldig gebruik

15. Zo liet de Autoriteit Persoonsgegevens op 21 januari 2016 nog weten dat er nog steeds een aantal gemeenten is dat niet goed omgaat met de gegevens die beschikbaar zijn op Suwinet. Er waren gemeenteambtenaren geweest die de gegevens van bekende Nederlanders hadden en hierdoor werd de verblijfplaats van iemand in een blijf-van-mijn-lijfhuis achterhaald. Zie: Autoriteit Persoonsgegevens, 'Beveiliging Suwinet verbeterd na onderzoek Autoriteit Persoonsgegevens', 21 juni 2016, autoriteitpersoonsgegevens.nl (zoek op *Suwinet*).

gemaakt van delegatiebepalingen, zodat de uitvoerende overheid zelf zijn regels kan stellen over de gegevensverwerkingen die zij moet verrichten.

1.4.4 Aantasting van het grondrechtelijk minimumniveau

Vonk, schrijver dezes, benadrukt in zijn knelpuntenanalyse de tegenstelling tussen enerzijds de uitgangspunten van de decentralisaties en anderzijds het steeds strenger wordende handhavingsbeleid dat gemeenten geacht worden te voeren, zelfs in die mate dat kan worden gesproken van een repressieve verzorgingsstaat.¹⁶ Hiermee worden door de overheid fundamenteel verschillende boodschappen uitgedragen richting de burger. Aan de ene kant: wij ondersteunen de burger bij het ontwikkelen van zijn eigen mogelijkheden op reis naar de participatiesamenleving. Aan de andere kant: wij wantrouwen de burger als het gaat om het goed gebruik van voorzieningen. Aan anomalie liggen tegenstrijdige noties van burgerschap ten grondslag die verwarrend uitwerken op de verwachtingen die de burger heeft van de overheid (en vice versa).¹⁷

De tegenstelling tussen de decentralisatiedoelstellingen en het strenge handhavingsbeleid lost zich op als door te wijzen op datgene wat beide gemeenschappelijk hebben: de verzwakking van rechtsposities. Bij begunstigend handelen laat het recht verstek gaan, maar bij bestraffend handelen is het tot de tanden bewapend.

Een bijproduct van de decentralisaties is dat het handelen van de gemeenten vaker buiten het recht wordt geplaatst (*de- en exjuridisering*). Ook bestaat er een risico van erosie van gemeentelijke voorzieningen als gevolg van afschuifmechanismen en interne concurrentie tussen goede doelen (*'local dumping'*). Het sterk disciplinerende karakter van de bijstand gaat gepaard met intensieve controles en hoge sancties, waardoor burgers de armoede in kunnen worden gedreven ('Kwetsbare verzorgingsstaat'). Deze processen treffen degenen die het minst makkelijk meekomen in de lokale verzorgingsstaat door omstandigheden waarvoor zij zelf verantwoordelijk worden gehouden (vermeende fraude, schulden, etc.), door bepaalde sociale kenmerken (gedragsproblemen, verslaving, dakloosheid, etc.) of door een bepaalde juridische status (geen regionale binding, zwakke verblijfsstatus, etc.).

De aantasting van het sociale vangnet is problematisch vanuit het perspectief van grondrechtelijke zorgplichten. Deze gaan immers uit van een sterkere directe overheidsbetrokkenheid naarmate de burger minder voor

16. Vonk 2014.

17. Zo bleek bijvoorbeeld in 2015 één derde van de Groningse bijstandsgerechtigden niet bereid te zijn een keukentafelgesprek te voeren met de gemeente, dat op zich louter was voorzien om op vrijblijvende basis een gesprek te voeren over de participatiemogelijkheden. De gesprekken werden door velen met wantrouwen tegemoet gezien. Een lokale actiegroep 'baas aan eigen keukentafel', raadde de mensen aan om altijd een tweede persoon bij het gesprek uit te nodigen en het gesprek hoe dan ook op te nemen.

zichzelf kan zorgen. Sociale bijstand en de maatschappelijke ondersteuning van kwetsbare groepen zijn primaire overheidstaken. Waar de lokale overheid steken laat vallen in de realisering van deze taak, zal het (Europees en internationaal) mensenrechtelijk beoordelingskader een belangrijkere gaan rol spelen als toets voor de rechtmatigheid van het handelen. Dit beoordelingskader vormt als het ware een tegengif dat de cocktail moet neutraliseren. Deze spanning wordt zichtbaar in kritische klachtenoordelen van de Ombudsman alsook kritische rechterlijke uitspraken en interventies van Europese mensenrechtenrechtencomités.

De aantasting van het grondrechtelijk minimumniveau is een potentieel risico als gevolg van de processen die in gang kunnen worden gezet door de decentralisaties in het sociale domein. Of dit risico zich daadwerkelijk voordoet, is afhankelijk van de vraag of gemeenten zich van het risico bewust zijn en bereid zijn hier wat aan te doen. Aan de ene kant kan worden gesteld dat het voor gemeenten moeilijk is het tij te keren, aangezien ze hiervoor te veel deelnemer en belanghebbende zijn aan de processen die zich in de lokale verzorgingsstaat voltrekken. Aan de andere kant zijn er talloze signalen die duiden op een sterke lokale betrokkenheid bij de gevolgen van de decentralisaties voor kwetsbare personen. Zo vormen gemeentelijke experimenten en plannen met regelvrije zones en het basisinkomen¹⁸ bewuste pogingen om zich te onttrekken aan de logica van het huidige systeem. Op dit punt is het beeld dus gemengd.

1.5 Het herstel van de averij: naar een betere *governance* van de lokale verzorgingsstaat

In deze slotparagraaf komen we toe aan de vraag op welke wijze knelpunten die zijn beschreven in de vorige paragraaf kunnen worden geadresseerd, zodat sprake is van een betere rechtsstatelijke verankering van de decentralisaties in het sociale domein. Daarbij baseren wij ons op de belangrijkste aanbevelingen die zijn gedaan in de vier afzonderlijke delen van dit onderzoek. De aanbevelingen richten zich niet zozeer tot de architectuur van het gedecentraliseerde stelsel als zodanig, dat als een gegeven wordt beschouwd. Een geheel nieuw stelsel bedenken waarbij de maatregelen van 1 januari 2015 worden teruggedraaid, kan natuurlijk ook, maar een dergelijke optie valt buiten het bestek van dit onderzoek. Veeleer zijn de aanbevelingen te beschouwen als flankerende maatregelen, correcties en aanvullingen die ervoor zorgen dat het schip van de drie d's niet zinkt en op zijn best op koers blijft. Dergelijke voorzieningen kunnen in verband worden gebracht met de term *governance*. Daarmee wordt bedoeld op het geheel van instituties die

18. Vergelijk R. Bregman, 'Hoe het basisinkomen Nederland verovert', *De correspondent* 5 augustus 2015. In vier gemeenten zijn al vergevorderde plannen voor dergelijke experimenten. Daarnaast zijn er nog 28 gemeenten 'met interesse in verschillende stadia'.

bijdragen aan een procedureel voorspelbare en controleerbare besluitvorming en ondersteuning. Niet om de burger (materieel) te geven waar hij om vraagt, maar om duidelijkheid te verschaffen over bevoegdheden en verantwoordelijkheden.

Sommige aanbevelingen richten zich tot de gemeenten als beleidsbepalers en uitvoerders, andere tot de rechter. Ook wordt gepleit voor aanpassingen in het stelsel van rechtsbescherming. Hieronder worden - in weerwil van de moderne governancebenadering - de aanbevelingen gericht tot de drie klassieke actoren in de rechtsstaat: wetgever, rechter en bestuur.

1.5.1 De wetgever: systeemverantwoordelijkheid voor rechtsbescherming en privacy

Voor het rechtsstatelijk gehalte van de lokale verzorgingsstaat is het belangrijk te blijven vertrouwen in de heilzame werking van het systeem van *checks and balances* in de rechtsstaat. Hierbij doelen wij op de verhouding tussen de wetgevende macht, de uitvoerende overheid (het bestuur) en de onafhankelijke rechter (en onafhankelijke klachteninstellingen en toezichthoudende instanties). Zolang deze verhouding in evenwicht is, kan er meer op worden vertrouwd dat knelpunten die ontstaan bij de decentralisaties in het sociale domein, zich oplossen in de continue dialoog tussen wetgever, bestuur en rechter. Via de onafhankelijke rechter vinden er correcties plaats op de wetgever of op het beleid van de gemeenten, die vervolgens weer aanleiding zijn opnieuw keuzes te maken. Om de verhoudingen in de rechtsstaat gezond te houden is het van belang om voortdurend onderhoud te plegen aan een goed functionerend stelsel van rechtsbescherming. Waar kan zo'n onderhoudsbeurt zich op richten?

a) *Integrale geschillenbeslechting in het sociale domein*

Een ambtelijke werkgroep onder leiding van de regeringscommissaris voor algemene regels van bestuursrecht, Michiel Scheltema, werkt aan een voorstel voor een integrale geschillenbeslechting in het sociaal domein.¹⁹ Volgens deze werkgroep dreigt deze te veel te versnipperen, doordat gemeenten besluiten nemen op hoofdlijnen en de invulling daarvan doorschuiven naar een later gelegen moment waarbij vaak ook weer private partijen worden betrokken. De oplossing die de ambtelijke werkgroep voor ogen staat, is om de gemeente verantwoordelijk te maken voor de beslechting van alle geschillen die ontstaan over een aanspraak op zorg of een uitkering op grond van de Jeugdwet, de Wmo 2015 en de Participatiewet. Ook klachten over de bejegening kunnen daarbij worden meegenomen. Het handelen van instellingen aan wie de gemeente de uitvoering heeft opgedragen, kunnen eveneens bij de

19. <www.rijksoverheid.nl>; *Kamerstukken I* 2015/16, 32402, S, zie: <www.verenigingvoorbestuursrecht.nl>.

procedure worden betrokken. In de gevallen waarin de bezwaarschriftprocedure niet tot een oplossing leidt, staat na afloop daarvan de weg naar de rechter open, waarbij deze ook bevoegd wordt over het gehele geschil te oordelen, inclusief het handelen van instellingen die door de gemeente met de uitvoering zijn belast.

Tollenaar plaatst enkele kanttekeningen bij het voorstel. Hij is onder meer van oordeel dat de wetgever een doos van Pandora opentrekt door het besluitbegrip te relativiseren en procedurele beperkingen te verlichten voor deze geschillen, omdat op de wetgever nu een steeds zwaardere last rust om te motiveren waarom niet ook besluitvorming op grond van andere wetten, waarin vergelijkbare problematiek zich voordoet, in een integrale aanpak kan worden beoordeeld.²⁰ Zonder Tollenaar te weerspreken, heb ik mij in mijn bijdrage om geheel eigen redenen positief uitgelaten over het voorstel. Niet alleen omdat het geschillen stroomlijnt in het sociale domein, maar ook omdat het leidt tot een uitbreiding van de rechtsbescherming voor de burger als tegenwicht voor de grotere discretionaire (of repressieve) macht van de lokale overheid. Een uitbreiding van de rechtsbescherming geeft een tegensignaal af aan het hedendaagse sociale beleid dat voortdurend op zoek is naar een verzwakking van de rechtspositie van de individuele burger. Ook draagt het een steentje bij aan het voorkomen van het afglijdeffect van recht naar gunst, waarover ik in mijn bijdrage aan het onderzoek heb geschreven.²¹

b) Gefinancierde rechtshulp en griffiegeld

Een goed functionerend stelsel van rechtsbescherming veronderstelt ook dat de toegang tot de rechter feitelijk is gegarandeerd. Een eerste element is het griffiegeld dat niet zodanig hoog mag zijn dat de rechter praktisch niet kan worden bereikt. Uiteraard vormt het griffiegeld een extra gevoelige barrière voor geschillen in het sociale domein waar het gaat om 'kleine mensen'. In zoverre is het een gunstige ontwikkeling dat de voorgenomen verhoging (en complicering) van de griffierechten van de baan is, althans voorlopig.²² Een tweede aspect betreft de (gefinancierde) rechtsbijstand. Bij een stelsel dat materieel complex is door ontbrekende normering, kan nauwelijks worden verwacht dat de burger zelf de juiste argumenten aandraagt die bijdragen aan de rechtsvorming. Waar de doelgroep niet kapitaalkrchtig genoeg is om zelf in rechtsbijstand te voorzien, ligt het op de weg van de overheid om rechtsbijstand (deels) te bekostigen. Het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand kan zich op onverminderde aandacht van regering en kabinet verheugen. Recente voorstellen om de financiering te beperken stuiten op verzet van -

20. A. Tollenaar, 'Humane rechtsbetrekking in de lokale verzorgingsstaat', in deze bundel, paragraaf 2.5.1.

21. Vergelijk G.J. Vonk 'Decentralisaties en grondrechtelijke zorgplichten' in deze bundel, paragraaf 5.4.1.

22. *Kamerstukken II 2015/16, 34300-VI, 23.*

met name - de Eerste Kamer. Inmiddels is er in de vorm van een onderzoeksrapport van de commissie Wolfsen inzicht verschaft in de gevolgen van een verdere bezuiniging op de rechtsbijstand.²³ Het rapport van deze commissie stelt voor een mogelijkheid te creëren om te differentiëren in rechtsbijstand.²⁴ Een ruimhartige subsidiëring van geschillen in het sociale domein is hierbij aan te bevelen.

c) Een collectieve klachtenprocedure bij het College voor de Rechten van de Mens?

Een volgende aanbeveling, opgenomen in mijn bijdrage aan dit onderzoek, heeft betrekking op het instellen van een eigen klachtenvoorziening over de naleving van sociale grondrechten zoals die zijn opgenomen in de Grondwet en Europese en internationale verdragen. Dit kan zowel een collectieve klachtenprocedure zijn naar het voorbeeld van de ESH-procedure van het Protocol van 21 oktober 1991, of een individuele klachtenprocedure naar het voorbeeld van het Facultatieve Protocol bij het IVESCR van 10 december 2008 (dat overigens door Nederland nog niet geratificeerd is). Een collectief klachtenrecht zou hoe dan ook niet misstaan, omdat de achterliggende doelstelling van de decentralisaties van de participatiesamenleving juist uitgaat van een versterking van de rol van maatschappelijke organisaties.

In vergelijking met veel andere landen is de Nederlandse rechtspraak met betrekking tot de werking van sociale grondrechten nogal conservatief te noemen. De wijze van toetsing aan sociale grondrechten ter staving van individuele aanspraken via het figuur van de reflexwerking, is iets anders dan de meer constitutionele benadering van bijvoorbeeld het ECSR in het kader van de toezichtsprocedure en de collectieve klachtenprocedure. Bij deze benadering wordt niet een oordeel geveld over de rechtmatigheid van een individuele claim, maar in brede zin acht geslagen op de structuur en inhoud van de wetgeving en de kwaliteit van de uitvoering, mede in het licht van de concrete informatie en rapportages die de overheid hierover weet te genereren. Een klachtenprocedure voor sociale grondrechten kan belegd worden bij het College voor de Rechten van de Mens, dat ook al bevoegd is inzake het discriminatieklachtenrecht. Evenals bij dit klachtenrecht kan de klachtenprocedure inzake de schending van sociale grondrechten leiden tot niet-bindende (maar hopelijk wel gezaghebbende) oordelen.

Het voordeel van een klachtenprocedure over de schending van sociale grondrechten is dat een bijdrage wordt geleverd aan het creëren van een eigen normatief kader voor het sociaal beleid waar gemeenten zich bij hun groeiende taken op dit terrein naar kunnen richten, zonder dat Nederland hierbij steevast de les moet worden gelezen door Europa. Ook kan een klachtenprocedure functioneren als een geschikt alarmsysteem voor een tekortschietend

23. *Kamerstukken II 2015/16, 31753, 110.*

24. *Zie Kamerstukken II 2015/16, 31753, 110, p. 110 en 176.*

gemeentelijk sociaal beleid, waar het Rijk wat betreft het (financieel) toezicht de teugels wil laten vieren. Ten slotte draagt een klachtenprocedure bij aan een betere sociaal-grondrechtelijke oriëntatie bij de centrale en lokale beleidsvoorbereiding.

d) Een wet voor de informatiehuishouding in het sociale domein

Naast deze aanpassingen in het gebouw van de rechtsstaat is van belang de kaders voor de wettelijke kaders voor de gegevensuitwisseling kritisch onder de loep te nemen. De fragmentatie die nu naar voren komt in beschermingsregimes van persoonsgegevens en de organisaties die zich al dan niet bezig houden met gegevensverwerking in het sociale domein, vragen om een zekere regulering. Idealiter wordt in de wet precies en nauwkeurig omschreven wie voor welk doel welke gegevens mag verwerken en wordt het gehele sociale domein bestreken. De komst van een dergelijke wet waarborgt de democratische verantwoording over gegevensverwerking en privacy en geeft de burger inzicht in de wijze waarop met gegevens omgegaan wordt en versterkt zo zijn positie. Een dergelijke wet kan echter niet goed werken wanneer de informatie-infrastructuur waarmee gewerkt wordt, niet aangepast is. Hierboven, in de knelpuntenanalyse, hebben we al gezien dat deze infrastructuur een organisch gegroeid geheel is. Er is aan gebouwd op verschillende momenten door verschillende actoren met verschillende motieven. Op uitvoeringsniveau wordt dit problematisch. Deze infrastructuur moet daarom worden gestroomlijnd en verankerd waarbij duidelijk wordt gemaakt langs welke knooppunten gegevens worden verwerkt en welke organisaties daarbij zijn betrokken: organisatorische en institutionele verknoping zoals de WRR dat noemt.²⁵ Wellicht dat de voorgenomen Wet generieke digitale infrastructuur (Wet gdi) die op dit moment in voorbereiding is bij het Ministerie van BZK, een geschikt kader vormt om tot een dergelijke verankering te komen.

1.5.2 Het bestuur: voorspelbare procedurele structuur, afstemming en bescherming persoonsgegevens

Nu de wetgever onzekerheid creëert door ruimte te laten, is het meer aan het bestuur om zelf vorm te geven aan de rechtsbetrekking met de burger. Of de ‘gehumaniseerde rechtsbetrekking’ gebaat is bij een wildgroei van lokale oplossingen en een woud van eigen procedureregels valt te bezien, aangezien dit de voorspelbaarheid van het gemeentelijk handelen ondermijnt. Tollenaar bepleit daarom het ontwikkelen van overkoepelende uniforme procedureregels. Aan nieuwe procedurele regels bestaat behoefte, zo blijkt uit de ‘spelregels Wmo’ die door de ANBO (een belangenorganisatie voor senioren) is ontwikkeld.²⁶ Dit document bevat dertig spelregels die volgens de ANBO als

25. WRR 2011, p. 203.

26. ANBO 2015.

kwaliteitsstandaard dienen voor het proces van melding tot maatwerkvoorziening. De spelregels hebben bijvoorbeeld betrekking op de inhoud van de brief die de burger ontvangt na de melding (spelregel 2). Deze zou de uitnodiging voor een gesprek moeten bevatten, waarbij de melder meteen wordt ingelicht over wat er tijdens het gesprek aan de orde zal komen en wordt gewezen op de mogelijkheid voor een onafhankelijke cliëntondersteuning. De uniformering strekt zich ook uit over het onderzoek na de melding. Het gemeentebestuur dient een persoonlijk gesprek te organiseren en het onderzoek ‘dient objectief plaats te vinden en mag niet tot een impliciet of expliciet vooropgezette uitkomst leiden.’ (spelregel 9). Ook interessant is spelregel 16: ‘Degene die het gesprek voert mag niet de cliënt dringend een procedure, voorziening of dienst adviseren, wetende dat - de motieven en beweegredenen van de cliënt kennende - dit advies niet strookt met diens belang.’

Dit soort spelregels zou zich ook kunnen uitstrekken over de aard van de verschillende handelingen van zorgaanbieders. Voor de zorgbranche gelden al verschillende gedragscodes; soms ontwikkeld door de zorgaanbieder zelf en in andere gevallen ontwikkeld door brancheverenigingen. Gemeenten hanteren deze codes niet zelden als een selectiecriteria bij de gunning van opdrachten, of schrijven het ontwikkelen van een gedragscode voor in de convenanten die ontstaan met zorgaanbieders. Voor de gehumaniseerde rechtsbetrekking is van belang dat deze codes qua inhoud en strekking zoveel mogelijk vergelijkbaar zijn en dat bovendien is voorzien in een daadwerkelijk sanctie-instrumentarium indien de codes niet worden gevolgd. Dit laatste veronderstelt een vorm van toezicht. Hiervoor kunnen ook sociaal ombudsmannen worden ingeschakeld die tot taak hebben klachten en problemen die te maken hebben met het sociale domein te onderzoeken. De sociaal ombudsman heeft de mogelijkheid om stelselkeuzes ambtshalve te onderzoeken en daarover rapport uit te brengen. Deze functie wordt vervuld naast de meer praktische ondersteuning van burgers in de vorm van het verwijzen naar juiste procedures.

Een andere aanbeveling betreft de eigen verantwoordelijkheid van gemeenten om verschillen in sociaal beleid niet op willekeurige wijze op te voeren. Hoewel het decentralisatiebeginsel een motief kan zijn voor differentiatie tussen gemeenten, heeft dit onderzoek aangetoond dat niet alle verschillen in beleid te rechtvaardigen zijn. Om ongerechtvaardigde verschillen tegen te gaan hebben gemeenten een gezamenlijke verantwoordelijkheid om te streven naar afstemming, overleg en gelijkheid. Daartoe kan een aantal *governance*-instrumenten worden ingezet: a) modelverordeningen en handreikingen; b) best practices en kennisuitwisseling; c) intergemeentelijke samenwerking; d) interbestuurlijk toezicht; e) en last but not least: een vergroting van de democratische legitimatie voor verschillen tussen gemeenten. Voor een verdere uitwerking van deze instrumenten en een duiding van de consti-

tutionele status hiervan, verwijzen we verder naar de bijdrage van Munneke.²⁷

Ten slotte merken we op dat *governance*-maatregelen kunnen bijdragen aan de mogelijkheden voor de burger om controle te hebben over zijn gegevens. Burgers moeten weten welke gegevens over hen verwerkt worden en wat hun rechten zijn. Een Functionaris Gegevensbescherming kan hierin een rol spelen, want deze interne toezichthouder zorgt in het algemeen voor een hoger niveau van gegevensbescherming in een organisatie. Verder moet het stelsel van autorisaties openbaar zijn voor de burger, vergelijkbaar met de mandaatbesluiten die bestuursorganen nemen en publiceren. Autorisatiebesluiten kunnen leiden tot inzicht van de burger in wie toegang heeft tot zijn persoonsgegevens. Samen de voorgestelde wet over de informatiehuishouding in het sociale domein, zullen deze maatregelen de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van burgers verbeteren en tegelijkertijd de betrokken overheidsorganen helpen bij het uitvoeren van hun publieke taak. Ten slotte mag niet onvermeld blijven dat ook ICT-oplossingen zelf een belangrijke innovatieve bijdrage kunnen leveren aan een betere privacybescherming.

1.5.3 De rechter: een actieve opstelling

Het vertrouwen in het stelsel van *checks en balances* waarop deze slotparagraaf met aanbevelingen is gebaseerd, verraadt reeds de voorkeur voor een actieve rechterlijke opstelling. Met een oproep hiertoe bevinden we ons onmiddellijk in het goede gezelschap van Hirsch Ballin die heeft geconcludeerd dat de ruimte die de wetgever heeft, geen *judicial restraint* zou moeten opleveren.²⁸ Maar laat ons dit concreet maken voor de rol van de rechter bij het afhandelen van geschillen in het gemeentelijke sociale domein.

In de eerste plaats kunnen naar onze mening verschillen in gemeentelijk beleid wel degelijk worden getoetst aan het gelijkheidsbeginsel, niet zonder meer, maar wel bij afwezigheid van elke vorm van democratisch legitimiteit beleid of deugdelijke motivering. Uiteraard mogen gemeenten gebruikmaken van de vrijheden die hen uit hoofde van het constitutionele bestel toekomen. Van die vrijheid maken zij gebruik op een wijze die democratisch is gelegitimeerd. Het moge voor de bijstandsgerechtigde misschien vreemd overkomen dat hij bij een verhuizing plotseling te maken krijgt met een ander set van regels, of misschien wel met een lagere uitkering, staatsrechtelijk is daar niets op tegen, zolang maar is voldaan aan de opdracht van artikel 20 derde lid GW (recht op bijstand van overheidswege).²⁹ Maar er zijn grenzen. Ver-

27. S.A.J. Munneke, 'De decentralisaties tussen differentiatie en discriminatie' in deze bundel, paragraaf 3.5.

28. Hirsch Ballin 2015, p. 43.

29. De wetgever heeft bij de totstandkoming van de WWB de rechtsverscheidenheid tussen gemeenten ook bewust onder ogen gezien en aanvaard. Zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28870, 3, p. 30-31; nr. 7, p. 71-72.

schillen moeten kunnen worden herleid tot een bewuste en deugdelijke afweging van gemeentelijke organen ten aanzien van de eigen koers die men wil varen. Waar feitelijk sprake is van landelijk beleid dat door allerlei instrumenten wordt afgedwongen (beleidsaanwijzingen van de Minister van SZW, centrale financieringsvoorschriften, afspraken met de VNG, etc.) en onderlinge verschillen bij de uitvoering van dit beleid hooguit toevallig of door arbitraire interpretatieverschillen (van dat landelijke beleid) tot stand komen, is er wel degelijk aanleiding om afwijkingen kritisch te toetsen.

Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel kan moeilijk zijn als niet langer sprake is van een gemeenschappelijke norm waaraan kan worden getoetst. Dan is het ieder voor zich. Gedacht kan worden aan de variatie zoals die bestaat in de eigen bijdragen voor de zorg. Deze is erg groot. Afgezien van het wettelijk maximum is er niet langer sprake van een duidelijke standaard.³⁰ Maar in een dergelijke situatie kan de rechter andere haakjes vinden om het beleid kritisch te volgen. Wellicht is sprake van verboden subdelegatie aan het college van B&W, van een ondeugdelijke motivering van het beleid of van een aantasting van het grondrechtelijk minimum.

In de tweede plaats dient naar onze mening de vraag of maatwerk wordt geleverd integraal door de rechter te worden getoetst. De typische maatwerkopdrachten die we tegenkomen in de drie wetten, vormen geen vrije discretionaire bevoegdheid waarvan het gebruik volgens de klassieke benadering van het bestuursrecht marginaal moet worden getoetst. De wetgever dwingt het bestuur tot maatwerk. Als de wettelijke bepaling vraagt om een beslissing die rekening houdt met de omstandigheden van het individu, zit er voor de rechter niets anders op dan na te gaan of er met alle omstandigheden van dat individu rekening is gehouden. Maatwerk is maatwerk. Een ‘beetje maatwerk’ is een *contradictio interminis*. De jurisprudentie van de CRvB met betrekking tot de individuele voorzieningen in de zin van de oude Wmo heeft zich inderdaad ontwikkeld in de richting een volle toetsing van besluiten met betrekking tot individuele voorzieningen. Naar verwachting zal deze ontwikkeling niet anders zijn voor rechtsvorming ten aanzien van de nieuwe maatwerkvoorziening van de Wmo 2015.³¹

Als opa Bakkebaard volgens de rechter in aanmerking komt voor een elektrische rolstoel, betekent dat niet dat alle opa’s met bakkebaarden onmiddellijk dezelfde stoel moeten krijgen, schreef ik in 2012 in het *NJB*.³² Maar dit laat onverlet dat de rechter het bestuur moet aanspreken op stelselmatigheid. De vrije bevoegdheden voor de gemeenten om zelf vorm te geven aan materiële aanspraken houden geen verbod in om ook het beleid van de gemeenten kritisch te toetsen. Ook hier is terughoudendheid naar onze mening niet op zijn plaats. Dit is ons derde punt. Door het beleid tegen het licht te

30. Zie De Koster 2016, p. 20-22.

31. Vergelijk Vermaat 2014, p. 1374-1379. Tevens Klein Egelink & Luneburg 2015.

32. Vonk 2012.

houden van hogere normen, met name ook die van de grondrechtelijke zorgplichten, kan de rechter eraan bijdragen dat de lokale verzorgingsstaat in goede banen wordt geleid. Daarbij geldt voor de toets aan het evenredigheidsbeginsel: naarmate de gemeente haar huiswerk beter heeft gedaan, kan de rechter meer pas op de plaats maken. Zo houden de machten in de rechtsorde elkaar inderdaad scherp.

Er wordt dus iets verwacht van de rechtsvormende taak van de rechter. De hoogste rechter in het sociale domein - de CRvB - heeft wat dit aangaat een traditie opgebouwd die iets afwijkt van de andere hogere bestuursrechtters. De vraag is wat er van die bijzondere rechtspraak overblijft na een herverdeling van de rechtsmacht, waarbij de rechtsmacht van de CRvB wordt verspreid over vier hoven en is voorzien in een cassatiemogelijkheid bij de Hoge Raad. De eventuele opheffing van de CRvB kan het bewustzijn van de sociale zekerheid als een eigen juridisch terrein met een bepaalde innerlijke samenhang aantasten, hetgeen weinig hoop biedt op een structurele rechterlijke oriëntatie op de achterliggende waarden van dit rechtsgebied.

1.6 Samenvatting

Nederlandse gemeenten hebben als gevolg van de recente hervormingen in het socialezekerheidsstelsel meer bevoegdheden gekregen op het terrein van de jeugdzorg, de maatschappelijke ondersteuning en de sociale bijstand. Het gaat hierbij zowel om een vergroting van de mogelijkheid om binnen ruimere kaders een eigen beleid te ontwikkelen (decentralisatie) als om een verruiming van de bevoegdheid om in het individuele geval te bepalen wat de inhoud is van de beslissing jegens de burger (discretionariteit). In dit onderzoek is aandacht besteed aan de rechtsstatelijke implicaties van deze veranderingen.

Vier aspecten stonden daarbij centraal: 1) de veranderende rechtsbetrekking tussen overheid en burger, 2) de mogelijkheden van beleids- en uitvoeringsverschillen per gemeente, 3) de bescherming van persoonsgegevens in het gemeentelijke sociale domein, en 4) minimale grondrechtelijke zorgplichten voor gemeenten. Doel van het onderzoek was om na te gaan welke knelpunten zich ten aanzien van deze vier aspecten voordoen en hoe deze kunnen worden bestreden. Daartoe zijn aanbevelingen ontwikkeld die zich richten tot de wetgever, het bestuur en de rechter.

Onder meer de volgende knelpunten zijn gesignaleerd. Wat betreft de rechtsbetrekking tussen overheid en burger is vastgesteld dat sprake is van ambivalente beleidstheorie. De wetgever wil de rechtsbetrekking met de burger informaliseren, dejuridiseren en laagdrempeliger maken (de gehumaniseerde rechtsbetrekking). Maar deze aanpassingen zijn geen doel op zich. Bezuinigingen (efficiëntie/effectiviteit) zijn een van de leidende motieven van de decentralisaties. De nieuwe rechtsbetrekking moet de mogelijkheid bieden

om de (onplezierige) boodschap van eigen verantwoordelijkheid over te brengen op een zodanige wijze dat daar geen (juridische) geschillen over ontstaan. Dat gebeurt soms door de burger af te houden van het doen van een formele aanvraag (met de melding als voorportaal), in andere gevallen moet de institutionele context (keukentafelgesprek, wijkteams) daaraan bijdragen. Hierdoor dreigt de gehumaniseerde rechtsbetrekking te verworden tot een louter instrument van versobering, hetgeen vanuit het perspectief voor de burger geen verbetering is.

Wat betreft beleids- en uitvoeringsverschillen tussen gemeenten is vastgesteld dat de decentralisaties in het sociaal domein niet in alle opzichten bij de uitgangspunten passen van het decentralisatiebeginsel zelf. Een gedifferentieerde aanpak kan aangewezen zijn vanwege een eigen regionale situatie, zoals bijvoorbeeld de verslavingsproblematiek in de ene regio een heel andere kan zijn dan de andere. Maar zijn dergelijke verschillen niet evident, dan is het motief van maatwerk voor differentiatie al snel onvoldoende dragend. Hooguit kan het nog zijn dat deze zijn terug te voeren tot bewuste democratische keuzes op lokaal niveau. Maar als dat niet het geval is (hetgeen vaak aan de orde is) dan ontstaat er gemakkelijk een voedingsbodem voor maatschappelijke onrust als mensen vernemen dat de zorg in hun eigen gemeente wezenlijk anders wordt vormgegeven dan in de andere. Dergelijke verschillen worden als onrechtvaardig beschouwd daar ze letterlijk onvoldoende zijn te rechtvaardigen.

Wat betreft de privacybescherming geldt dat gemeenten op basis van een organisch gegroeid, sterk gefragmenteerde stelsel de opdracht krijgen om een integraal beleid te voeren. Daarbij worden ze hard afgerekend door de Inspectie SZW op aspecten waarbij zij niet aan de (wettelijke) normen voor gegevensbescherming voldoen, zoals het geval bij Suwinet. Tegelijkertijd krijgen zij een open opdracht van het Ministerie van BZK om zelf een informatiebeleid vast te stellen en uit te zoeken hoe te voldoen aan de wettelijke normen voor gegevensbescherming. Privacybescherming blijkt bij veel gemeenten echter nog steeds te weinig aandacht te krijgen. Verder rijst de vraag of de normen van de Wbp überhaupt wel geschikt zijn om een hoog niveau van privacybescherming te realiseren in het sociale domein. Zo kan niet worden verwacht dat de burger in het gemeentelijke sociale domein *in control* over zijn gegevens is aangezien deze doelgroep zij vaak (tijdelijk) geen controle meer heeft over zijn eigen leven.

Wat betreft de grondrechtelijke zorgplichten ten slotte, zijn er zorgen over de aantasting van het sociale vangnet. Een bijproduct van de decentralisaties is dat het handelen van de gemeenten vaker buiten het recht wordt geplaatst (*de- en exjuridisering*). Ook bestaat er een risico van erosie van gemeentelijke voorzieningen als gevolg van afschuifmechanismen en interne concurrentie tussen goede doelen (*local dumping*). Het sterk disciplinerende karakter van de bijstand gaat gepaard met intensieve controles en hoge sancties, waardoor burgers de armoede in kunnen worden gedreven. Deze processen treffen

degenen die het minst makkelijk meekomen in de lokale verzorgingsstaat door omstandigheden waarvoor zij zelf verantwoordelijk worden gehouden (vermeende fraude, schulden, etc.), door bepaalde sociale kenmerken (gedragsproblemen, verslaving, dakloosheid, etc.) of door een bepaalde juridische status (geen regionale binding, zwakke verblijfsstatus, etc.). Een ondermijning van het sociale vangnet is problematisch vanuit het perspectief van grondrechtelijke zorgplichten. Deze gaan immers uit van een sterkere directe overheidsbetrokkenheid naarmate de burger minder voor zichzelf kan zorgen.

Om deze problemen te bestrijden is een aantal aanbevelingen gedaan. Deze staan in de sleutel van het systeem van *checks and balances* tussen de drie machten van de rechtsstaat: de wetgever, bestuur en rechter. Via de onafhankelijke rechter vinden er correcties plaats op de wetgever of op het beleid van de gemeenten, die vervolgens weer aanleiding zijn opnieuw keuzes te maken waarbij rekening wordt gehouden met de rechtsstatelijke kaders.

Om de verhoudingen in de rechtsstaat gezond te houden is het van belang om voortdurend onderhoud te plegen aan een goed functionerend stelsel van rechtsbescherming. In dit verband hebben wij ons voorstander getoond van het voorstel voor een integrale geschillenbeslechting in het sociaal domein, zoals dat wordt ontwikkeld onder leiding van Michiel Scheltema, de regeringscommissaris voor algemene regels van bestuursrecht. Een uitbreiding van de rechtsbescherming geeft een tegensignaal af aan het hedendaagse sociale beleid dat voortdurend op zoek is naar een verzwakking van de rechtspositie van de individuele burger. Ook draagt het een steentje bij aan het voorkomen van het afglijdeffect van recht naar gunst bij minimale voorzieningen. Verder hebben we ons uitgesproken voor het instellen van een (collectieve) klachtenprocedure over de schending van sociale grondrechten bij het College voor de rechten van de mens. Een dergelijke procedure kan functioneren als een geschikt alarmsysteem voor een tekortschietend gemeentelijk sociaal beleid, waar het Rijk wat betreft het (financieel) toezicht de teugels wil laten vieren. Ook draagt een klachtenprocedure bij aan een betere sociaal-grondrechtelijke oriëntatie bij de centrale en lokale beleidsvoorbereiding. Ten slotte hebben we ons voorstander betoond van een nieuwe wet inzake de informatiehuishouding van de gemeenten waarin concrete regels zijn opgenomen over de privacybescherming op gemeentelijk niveau.

Een volgende aanbeveling betreft de eigen verantwoordelijkheid van gemeenten om verschillen in sociaal beleid niet op willekeurige wijze op te voeren. Daartoe kan een aantal *governance*-instrumenten worden ingezet: modelverordeningen en handreikingen, best practices en kennisuitwisseling; c) intergemeentelijke samenwerking, interbestuurlijk toezicht, en last but not least: een vergroting van de democratische legitimatie voor verschillen tussen gemeenten.

Ten slotte moet een actieve houding van de rechter ertoe bijdragen dat het stelsel van *checks and balances* in de rechtsstaat goed blijft functioneren. Verschillen in uitvoering tussen gemeenten moeten kunnen worden herleid

tot een bewuste en deugdelijke afweging van gemeentelijke organen ten aanzien van de eigen koers die men wil varen. Waar feitelijk sprake is van landelijk beleid dat door allerlei instrumenten wordt afgedwongen (beleidsaanwijzingen van de Minister van SZW, centrale financieringsvoorschriften, afspraken met de VNG, etc.) en onderlinge verschillen bij de uitvoering van dit beleid hooguit toevallig of door arbitraire interpretatieverschillen (van dat landelijke beleid) tot stand komen, is er voor de rechter aanleiding om afwijkingen kritisch te toetsen. Verder dient naar onze mening de vraag of maatwerk wordt geleverd integraal door de rechter te worden getoetst. Als de wettelijke bepaling vraagt om een beslissing die rekening houdt met de omstandigheden van het individu, zit er voor de rechter niets anders op dan na te gaan of er met alle omstandigheden van dat individu rekening is gehouden. Ten slotte, door het gemeentelijk beleid tegen het licht te houden van hogere normen, met name ook die van de grondrechtelijke zorgplichten, kan de rechter eraan bijdragen dat een sluipend proces van ondermijning van het sociale vangnet wordt tegengegaan.

Humane rechtsbetrekking in de lokale verzorgingsstaat

Albertjan Tollenaar

2.1 Inleiding en centrale vraagstelling

Het meest zichtbare aspect van de decentralisatie van het sociale domein betreft de verschuiving van taken, bevoegdheden en budget naar een lagere schaal van de overheid. Minder zichtbaar, maar voor de burger minstens zo belangrijk, is de herdefiniëring van de rechtsbetrekking tussen burger en overheid. De decentralisatie is immers deels gebaseerd op de premisse dat de lagere overheid dichter bij de burger staat, en daardoor beter in staat is maatwerk te leveren en de beleidsvoering integraal vorm te geven.¹ Dit zou moeten bijdragen aan bestuurlijke efficiëntie, oftewel: besparing op de uitgaven in het sociale domein.

Deze bijdrage gaat over dat aspect van de decentralisatie: de herijking van de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur. Door de burger centraal te stellen ontstaat iets wat men zou kunnen definiëren als de humane rechtsbetrekking: de rechtsbetrekking waarin het bestuur zich niet laat leiden door regels, maar door de problematiek van de burger die zich tot het bestuur wendt met een hulpvraag.²

De vraag die centraal staat, is in hoeverre de lokale verzorgingsstaat een humane rechtsbetrekking realiseert. Daaraan gekoppeld is de vraag hoe deze humane rechtsbetrekking kan worden gewaarborgd. Het eerste deel van deze vraag kan worden opgevat als een empirische vraag. Het is echter niet de bedoeling om een empirisch onderzoek te verrichten dat een volledige beschrijving van de praktijk bevat. Volstaan wordt met een duiding van verschijnselen die zich in het eerste jaar van de decentralisatie hebben voorgedaan.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2.2 wordt de beleidstheorie ontleed. De beleidstheorie valt uiteen in een gedeelte met primaire doelstellingen en een gedeelte met afgeleide doelen, waarbij (ook) de rechtsbe-

1. Vergelijk Fleurke & Polhuis 2015, p. 12-14. Zie voorts: Gilsing 2009, p. 40 e.v.

2. Vergelijk Nationale ombudsman 2007.

trekking tussen burger en overheid aan de orde komt. In paragraaf 2.3 volgt een literatuurverkenning over de vormgeving van de rechtsbetrekking tussen burger en overheid en de (on)mogelijkheid om daarin maatwerk te realiseren. Daarbij wordt aansluiting gezocht bij de literatuur over administrative justice. Paragraaf 2.4 biedt een overzicht van een drietal ontwikkelingen in de gedecentraliseerde verzorgingsstaat. Deze ontwikkelingen worden beoordeeld in het licht van de oorspronkelijke beleidstheorie en de literatuur over administrative justice. De bijdrage sluit af met een aantal conclusies en aanbevelingen waarmee de humane rechtsbetrekking kan worden bestendig.

2.2 Beleidstheorie van de humane rechtsbetrekking

2.2.1 Reconstructie van een beleidstheorie

De veronderstellingen van de beleidsvoerder vormen tezamen een beleidstheorie.³ In de beleidstheorie kan een onderscheid worden gemaakt tussen doelen, tussendoelen en middelen. In deze paragraaf wordt een onderscheid gemaakt tussen de expliciete doelstellingen van de decentralisatie en de (impliciete) veronderstellingen over de werking van de instrumenten die aan het bereiken van die doelen bij zouden moeten dragen, meer in het bijzonder waar deze doelen en middelen de rechtsbetrekking tussen overheid en burger betreffen. De vraag is met andere woorden welke verwachtingen de wetgever had ten aanzien van de getransformeerde rechtsbetrekking in de gedecentraliseerde verzorgingsstaat. Hoe zou die verhouding eruit moeten zien (wat zijn de kenmerken) en hoe (op welke wijze) zou deze rechtsbetrekking bijdragen aan de doelstellingen die achter de decentralisatie schuil gaan?

Om deze vragen te beantwoorden zijn beschikbare beleidsstukken bestudeerd. Dit zijn relevante passages uit de parlementaire geschiedenis,⁴ aangevuld met secundaire literatuur waaruit overwegingen van de wetgever kunnen worden afgeleid.⁵ De stukken zijn geanalyseerd op argumenten en redeneringen die betrekking hebben op de rechtsbetrekking die in de gedecentraliseerde verzorgingsstaat ontstaat.

Omdat de decentralisatie betrekking heeft op drie afzonderlijke wetgevingstrajecten (jeugdzorg, maatschappelijke ondersteuning en participatie), wordt de beleidstheorie van deze drie trajecten eerst afzonderlijk beschreven en vervolgens onderling vergeleken. Dit maakt het mogelijk een gecombi-

3. Hoogerwerf & Herweijer 2014, p. 225.

4. Dit zijn de dossierstukken behorend bij dossier 33 841 (Wet maatschappelijke ondersteuning 2015), 33 684 (Jeugdwet) en 33 161 (vanaf stuk 107 toen de titel van het wetsvoorstel werd gewijzigd van Invoeringswet Wet werk naar vermogen in Invoeringswet Participatiewet).

5. Waaronder correspondentie met relevante partijen in het veld die zich rondom de codificatie van de wetgeving hebben geroerd, zoals de Vereniging Nederlandse Gemeenten of de Raad voor de Rechtspraak.

neerde meta-beleidstheorie te beschrijven, oftewel de onderliggende rationaliteit waarop de wetgever zich in alle drie de trajecten beroept.

Van belang is om op te merken dat de beschrijving van de beleidstheorie zich beperkt tot de rechtsbetrekking in *procedurele* zin. Materiële wijzigingen in de rechtsbetrekking, dus over de aard en omvang van de te verstrekken zorg, blijven buiten beschouwing. Het draait feitelijk om de vraag: ‘hoe komt de burger aan zijn recht?’ en niet om de vraag wat dat recht precies inhoudt.

2.2.2 Primaire beleidsdoelstellingen van de decentralisaties

Jeugdzorg

De transformatie in de jeugdzorg heeft plaatsgevonden in de vorm van de Jeugdwet. In de Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel voor de Jeugdwet worden drie doelen genoemd: vereenvoudiging, efficiëntie en effectiviteit. Het uiteindelijke hoofddoel is het versterken van de eigen kracht van de jongere en het vergroten van het zorgend en probleemoplossend vermogen van het gezin en de sociale omgeving.⁶

Om dit hoofddoel van decentralisatie te bereiken zijn vijf subdoelen geformuleerd:⁷

1. preventie en eigen verantwoordelijkheid, waaronder dan ook wordt verstaan het gebruik van eigen mogelijkheden en inzet van sociaal netwerk;
2. demedicaliseren, ontzorgen en normaliseren door opvoedkundig klimaat te versterken in gezinnen, wijken, scholen en voorzieningen als kinderopvang en peuterspeelzalen
3. eerder de juiste zorg op maat bieden om een beroep op dure gespecialiseerde hulp te reduceren;
4. integrale hulp aan gezinnen (‘een gezin, een plan, een regisseur’);
5. meer ruimte voor professionals om de juiste hulp te bieden door vermindering van regeldruk.

Wanneer men deze doelstellingen afzonderlijk beschouwt, vallen twee zaken op. Allereerst worden tegelijk met de doelen ook al de middelen/instrumenten genoemd. Het gebruik van het woord ‘door’ verraadt dat. Als voorbeeld: demedicalisering *door* een verandering in opvoedklimaat, meer ruimte voor professional *door* minder regeldruk. In zoverre is dus niet alleen sprake van een set aan subdoelen, maar worden tevens al enkele instrumenten genoemd waarmee die doelen moeten worden verwezenlijkt.

In de tweede plaats valt op dat de subdoelen kunnen worden onderscheiden in aspecten die de materiële omvang van de overheidszorg betreffen en gaan over de grens tussen private en publieke verantwoordelijkheid, terwijl

6. *Kamerstukken II 2012/13, 33684, 3, p. 2.*

7. *Kamerstukken II 2012/13, 33684, 3, p. 2.*

daarnaast subdoelen worden geformuleerd die betrekking hebben op de institutionele vormgeving waarmee die grens moet worden verkend. Vergelijk de subdoelen preventie en eigen verantwoordelijkheid, demedicaliseren, ontzorgen met ‘tijdig de juiste hulp’, ‘integrale hulp aan gezinnen’ en ‘meer ruimte voor professionals’.

Voor wat betreft de rechtsbetrekking tussen burger en overheid zijn die laatste subdoelen het meest interessant: tijdig juiste hulpverlening, zo integraal mogelijk met veel ruimte voor de professional. Deze subdoelen kunnen immers leiden tot een verandering van de vormgeving van de rechtsbetrekking.

Maatschappelijke ondersteuning

De Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 vormt de grondslag voor de zorg voor ‘mensen met een beperking, chronische psychische of psychosociale problemen’. De ondersteuning moet erop gericht zijn dat mensen zo lang mogelijk in de eigen leefomgeving kunnen blijven. ‘Voor mensen met psychische of psychosociale problemen of voor mensen die, al dan niet in verband met risico’s voor hun veiligheid als gevolg van huiselijk geweld, de thuissituatie hebben verlaten, voorzien gemeenten in de behoefte aan beschermd wonen en opvang.’⁸

Het beleidsdoel dat ten grondslag ligt aan de transformatie in dit domein, hangt samen met de hervorming van de langdurige zorg. In een ministeriële brief over de toekomst van de AWBZ wordt uiteengezet welke doelstellingen de beleidsvoerder heeft.⁹ Er worden drie doelstellingen onderscheiden. Allereerst wordt beoogd de organisatie van de langdurige zorg aan te passen aan de veranderde omstandigheden, waaronder de veronderstelde wens om zo lang mogelijk zelfstandig thuis te wonen zonder eenzaam te zijn. Een tweede doelstelling betreft de waarborging van de financiële houdbaarheid van het stelsel omdat het stelsel van de AWBZ overbelast is geraakt. In de derde plaats wordt beoogd de omvang van de zorg niet afhankelijk te maken van betaalde en verzekerde zorg, zonder dat het stelsel volledig wordt gebaseerd op liefdadigheid.¹⁰

De beleidsdoelstellingen hebben met name betrekking op de *omvang* van de overheidszorg en niet zozeer op de organisatie van de rechtsbetrekking die daarbij past, zoals bij de Jeugdwet nog wel het geval is. Over die rechtsbetrekking wordt wel het een en ander opgemerkt in de Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel. Zo wordt van gemeenten verwacht dat zij de verantwoordelijkheid voor maatschappelijke ondersteuning vormgeven in ‘een zorgvuldige en professionele dienstverlening’. Het wetsvoorstel zou daartoe een balans bevatten ‘tussen waarborgen voor passende ondersteuning van

8. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3 (MvT), p. 1.

9. *Kamerstukken II* 2012/13, 30597, 296.

10. *Kamerstukken II* 2012/13, 30597, 296.

goede kwaliteit en voldoende rechtszekerheid voor mensen enerzijds en de randvoorwaardelijke beleidsruimte voor gemeenten anderzijds.¹¹ Bovendien wordt verwacht dat gemeenten de beleidsruimte die zij ontvangen zullen benutten om het beleid vorm te geven op basis van de regionale omstandigheden, behoeften en gewoonten. Het voorzieningenniveau in gemeenten zal meer van elkaar gaan verschillen.¹²

Hoewel hierin geen duidelijk beleidsdoel kan worden gelezen, lijkt de beleidsvoerder zich bewust van een noodzakelijke verandering in de rechtsbetrekking met de burger, die in ieder geval ruimte laat voor verschillen tussen gemeenten.

Participatie

De laatste decentralisatie is vormgegeven in de Participatiewet. De doelstelling van deze wet is om iedereen met arbeidsvermogen naar werk toe te leiden, bij voorkeur naar regulier werk.¹³ De Participatiewet is vormgegeven als een integratie van verschillende wettelijke regimes die allen dezelfde doelgroep betreffen: mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt, waaronder mensen met een arbeidsbeperking. Hiertoe worden in de Participatiewet onderdelen van de Wet sociale werkvoorziening (Wsw), de Wet werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten (Wajong) en de Wet werk en bijstand (WWB) samengevoegd.

Bij de uitwerking van de centrale beleidsdoelstelling verwijst de beleidsvoerder naar de afhankelijkheid van andere actoren, waaronder sociale partners (werknemers en werkgevers), die immers bij de keuzes omtrent werving en selectie van werknemers bepalen of mensen met een arbeidsbeperking inderdaad toegang krijgen tot regulier werk.¹⁴ De beleidsvoerder verwijst daarbij naar het sociaal akkoord dat met de sociale partners is gesloten.¹⁵ De verwijzing naar dit sociaal akkoord laat in ieder geval zien dat de Participatiewet als zodanig slechts een onderdeel is van een overkoepelend beleid dat gericht is op het vergroten van participatie van mensen op de arbeidsmarkt. Juist voor deze beleidsambitie geldt dat de wetgever in de Participatiewet een relatief beperkt instrumentarium creëert of wijzigt.

Ten aanzien van de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur signaleert de wetgever dat de verschillende rechten en plichten in de verschillende regelingen weinig activerend zijn. De wetgever wijt dit aan het bestaan van verschillende regelingen die uiteindelijk dezelfde doelgroep betreffen. Met de Participatiewet gaan voor iedereen in de doelgroep dezelfde rechten en plichten gelden.¹⁶ Dit komt er feitelijk op neer dat een deel van de doelgroep - met

11. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3 (MvT), p. 117.

12. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3 (MvT), p. 4.

13. *Kamerstukken II* 2013/14, 33161, 107, p. 38.

14. *Kamerstukken II* 2013/14, 33161, 107, p. 39.

15. *Kamerstukken II* 2012/13, 33410, 15.

16. *Kamerstukken II* 2013/14, 33161, 107, p. 38.

name jongeren met arbeidsvermogen - niet langer onder de reikwijdte van de Wajong valt, maar onder de reikwijdte van de Participatiewet.¹⁷ Feitelijk betekent dit dat de Wajong-uitkering voor deze groep wordt ingewisseld voor een (lagere) bijstandsuitkering, met de bijbehorende plichten.

Vergelijking

Wat betreft de doelstellingen van de drie decentralisaties valt op dat deze - begrijpelijkerwijs - vooral betrekking hebben op de definiëring van de omvang van de overheidszorg ten opzichte van de omvang van de eigen verantwoordelijkheid. Toch wordt met name in de Jeugdwet gerefereerd aan een beoogde verandering in de vormgeving van de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur. Het gaat dan vooral om de beoogde ruimte voor de professional om in een vroegtijdig stadium de juiste beslissing te nemen. Bij de Wmo 2015 erkent de wetgever dat verschillen zullen ontstaan en bij de Participatiewet wordt vooral benadrukt dat de burger integraal moet worden bejegend. In de volgende paragraaf worden deze kenmerken verder uitgewerkt.

2.2.3 Veranderde rechtsbetrekking

De primaire doelstellingen van de decentralisatie in het sociale domein worden bereikt door een aantal instrumenten. Voor een deel zijn deze instrumenten in de wetgeving verwerkt. De wijziging van bekostiging (bezuiniging) en verschuiving van bevoegdheden zijn twee in het oog springende instrumenten.

Andere instrumenten hebben betrekking op de vormgeving van de rechtsbetrekking tussen burger en overheid. Deze instrumenten komen in deze paragraaf aan de orde, althans voor zover ze door de wetgever zijn voorgeschreven of voorgesteld. Drie instrumenten worden besproken. Deze instrumenten hebben betrekking op de totstandkoming ervan (de melding), het onderzoek naar de rechten en plichten (het keukentafelgesprek) en de realisering van de rechten en plichten (wijkteams en private zorgverleners).

Totstandkoming rechtsbetrekking: de melding

Eén van de primaire beleidsdoelstellingen betreft de integrale ondersteuning. Om die integrale ondersteuning vorm te geven wordt van de burger verwacht dat deze zijn zorgvraag meldt met een zogenaamde ‘melding’. De melding luidt een fase van onderzoek in, voorafgaand aan de uiteindelijke aanvraag waarop wordt beslist. Dit systeem van ‘meldingen’ is geïntroduceerd in de Wmo 2015 en wordt gezien als een procedurele faciliteit om ‘met een bredere blik’ ‘de mogelijkheden van een goed arrangement van ondersteuning te bezien’.¹⁸

17. *Kamerstukken II 2013/14, 33161, 107, p. 38.*

18. *Kamerstukken II 2013/14, 33841, 3, p. 21.*

In de Memorie van Toelichting bij de Wmo 2015 wordt overwogen dat eenieder zich bij de gemeente kan melden. De melding is vormvrij en kan bijvoorbeeld telefonisch of via internet plaatsvinden.¹⁹ De ontvangst van de melding wordt aan de cliënt bevestigd en door het college geregistreerd. Met het splitsen van melding en onderzoeksfase en de aanvraag die leidt tot de toekenning of afwijzing van de voorziening, wil de regering de zorgvuldigheid van de afweging waarborgen en juridisering zoveel mogelijk voorkomen.²⁰

De Raad van State en de Raad voor de Rechtspraak waren kritisch op de introductie van de melding. De Raad voor de Rechtspraak vraagt zich af wat de status is van de uitkomst van het onderzoek naar aanleiding van de melding. Is dat niet eigenlijk een appellabel besluit?²¹ De Raad voor de Rechtspraak acht het onvoldoende duidelijk waarom de wetgever op dit punt afwijkt van de systematiek van de Awb en vindt het van belang dat wordt voorkomen dat een negatieve uitkomst van het onderzoek naar aanleiding van de melding zich onttrekt aan een rechterlijke toets. Bij een negatieve uitkomst ligt het immers voor de hand dat geen aanvraag wordt gedaan en wordt dus geen besluit genomen.

De Raad van State heeft kritiek vanuit een ander perspectief. De Raad is van mening dat de procedure met de melding die voorafgaat aan individueel onderzoek, meer belooft dan waar kan worden gemaakt.²² Juist ook omdat de onderzoeksfase die volgt na de melding wordt gekenmerkt door het beginsel ‘geen toekenning, tenzij’. De kritiek van de Raad van State komt er dus op neer dat de burger in de onderzoeksfase vooral wordt afgehouden van het doen van een aanvraag. Kortom: burgers die met de melding aangeven een zorgbehoefte te ervaren, worden afgeschrikt om een aanvraag te doen. Dat zou de burger van toegang tot het recht kunnen afhouden. Daarbij is de Raad van State bovendien van oordeel dat de uitkomst van het onderzoek wellicht kan worden aangemerkt als besluit indien daaruit volgt dat een aanvraag om een maatwerkvoorziening vrijwel zeker zal worden afgewezen.²³

Overigens geldt het systeem van de melding voorafgaand aan de eigenlijke aanvraag alleen voor de Wmo 2015. Voor de andere wetten in het sociale domein (Participatiewet en Jeugdwet) wordt niet een dergelijk systeem voorgesteld. Voor de Jeugdwet geldt echter dat in veel gemeentelijke verordeningen wel een vergelijkbare systematiek wordt voorgeschreven.²⁴ de hulpbehoevende jeugdige dient zich te melden met een ‘hulpvraag’, waarna onderzoek plaatsvindt en uiteindelijk een aanvraag kan worden ingediend.²⁵ In

19. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 29.

20. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 32.

21. Raad voor de Rechtspraak-advies *Wmo* 2013, p. 3

22. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 4, p. 15.

23. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 4, p. 16.

24. Gebaseerd op de VNG modelverordening.

25. Zie: Elfferink 2015.

zoverre breidt de systematiek die is gekozen, met de melding voorafgaand aan de aanvraag, zich dus verder uit in het sociale domein.

Onderzoek: keukentafelgesprek en cliëntondersteuning

Na de melding krijgt de rechtsbetrekking verder vorm in een fase van onderzoek. Dit onderzoek vormt een cruciale fase die bijdraagt aan de primaire doelstellingen van de wetgever, omdat daarin de ‘eigen kracht’, de ‘eigen verantwoordelijkheid’ en de mogelijkheden van het sociale netwerk in kaart worden gebracht.²⁶ Dit onderzoek wordt vaak aangeduid als het keukentafelgesprek.

Hoewel het keukentafelgesprek als instrument tot volle wasdom lijkt te zijn gekomen bij de decentralisatie in het sociale domein, is het verschijnsel als instrument reeds eerder bekend. Gemeenten experimenteerden al met dit instrument in het kader van ‘de kanteling’ van de ‘oude’ Wmo. Hierbij werd ook geprobeerd meer maatwerk te bieden en burgers op de eigen verantwoordelijkheid te wijzen. De wetgever verwees voor het eerst naar het keukentafelgesprek in het voortraject van de Wmo 2015.²⁷ Later drong dit instrument door in de andere wetten in het sociale domein; eerst in de Participatiewet en vervolgens de Jeugdwet.²⁸ Tegelijkertijd verschoof het doel van het keukentafelgesprek van ‘het bieden van maatwerk door zorgvuldig onderzoek te doen’, naar ‘het mogelijk maken van een integrale gevalsbehandeling’ en ‘het vergroten van de kwaliteit en effectiviteit van gemeentelijke dienstverlening’.²⁹

Overigens is van belang om op te merken dat de wetgever geen keukentafelgesprek voorschrijft. Het wettelijke systeem voorziet slechts in de plicht om bij maatwerkvoorzieningen een onderzoek te doen in samenspraak met degene door of namens wie de melding is gedaan (zie art. 2.3.2 Wmo 2015). De frase ‘in samenspraak’ lijkt te wijzen op een interactie, waarbij de melder zelf in ieder geval niet lijdzaam moet afwachten hoe dat onderzoek eruit komt te zien. In zoverre kan men op zijn hoogst constateren dat de wetgever een dialoog suggereert; of dat nu aan de keukentafel plaatsvindt of niet.

De wetgever beseft dat de positie van de burger aan de keukentafel ronduit zwak is. Het gaat immers om burgers die zich met een hulpvraag tot de overheid wenden. Daaruit kan al worden afgeleid dat het niet om burgers gaat die zich zelfstandig redden. De burger die in het keukentafelgesprek wordt besproken, behoort tot de categorie zwakkeren en hulpbehoevenden. Om de

26. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 25.

27. Om precies te zijn in *Kamerstukken II* 2012/13, 33127, 3, p. 7 (de Memorie van Toelichting bij de Wijziging van de Wet maatschappelijke ondersteuning in verband met de uitbreiding van gemeentelijke taken op het terrein van de begeleiding en een gewijzigde verdeling van de bestuurlijke verantwoordelijkheid). Dit wetsvoorstel is ingetrokken tegelijk met de aankondiging van de Wmo 2015 (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 69).

28. *Kamerstukken II* 2012/13, 29817, 102, p.4 en *Kamerstukken II* 2014/15, 31839, 419, p. 8.

29. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 108.

verhoudingen aan de keukentafel enigszins te herstellen heeft de wetgever voorzien in ‘cliëntondersteuning’. Deze cliëntondersteuning vormt onderdeel van de Wmo 2015 en wordt in artikel 2.2.4 Wmo 2015 voorgeschreven: het gemeentebestuur moet ervoor zorgdragen dat cliëntondersteuning beschikbaar is. Van de cliëntondersteuning wordt verwacht dat deze een belangrijke rol speelt gedurende het onderzoek, doordat de ondersteuning de cliënt helpt in het gesprek zijn hulpvraag te verwoorden en keuzes te maken.³⁰ De wetgever achtte het van belang dat degene die ondersteuning biedt daadwerkelijk het belang van de cliënt dient en dat de cliënt het gevoel heeft dat deze persoon naast hem staat en in de positie is om zijn belang te dienen.³¹

De wetgever heeft de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur dus op twee manieren gewijzigd voor wat betreft de fase van onderzoek. Enerzijds door de opdracht aan het gemeentebestuur om ‘samspraak’ te organiseren en anderzijds door de plicht om daarbij cliëntondersteuning te bieden. Deze twee ingrepen moeten het onderzoek mogelijk maken om de ondersteuning van overheidswege (indien noodzakelijk) af te stemmen op de eigen mogelijkheden, de eigen verantwoordelijkheid en het eigen netwerk.

Realisering: wijkteams en private hulpverleners

De uiteindelijke ondersteuning vindt plaats in een institutionele context die met de decentralisaties eveneens is gewijzigd. De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis veel aandacht voor de ruimte van de professional.³² De professional wordt op twee manieren ingeschakeld. Enerzijds springen de zogenaamde wijkteams als voorportaal van gemeentelijke zorg in het oog.³³ Anderzijds heeft de wetgever ook veel aandacht voor de private zorgverleners (‘aanbieder’ in de Wmo 2015) die in de praktijk de ondersteuning realiseren. Beide ingrepen zijn van hetzelfde laken een pak: de professional moet de ondersteuning bieden die noodzakelijk wordt geacht.

Sociale wijkteams zijn geen nieuw verschijnsel. De Boer & Van der Lans leggen de kiem van de integrale wijkteams bij de wijkenaanpak in het kabinet Balkenende-Bos in 2007.³⁴ De wijkenaanpak vergde samenwerking tussen corporaties, welzijnsinstellingen, gemeenten en rijksoverheid, waarbij onorthodoxe werkvormen pasten. De wijkteams waren geboren. Onder deze noemer vallen tal van verschillende soorten samenwerkingsverbanden, met een grote variatie wat betreft de typen organisaties die aan het samenwerkingsverband deelnemen en wat betreft het soort taken dat deze samenwerkingsverbanden uitvoeren. Deze taken liepen uiteen van het verdelen van subsidie-

30. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 34, p. 190.

31. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 34, p. 190.

32. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 24.

33. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 23.

34. De Boer & Van der Lans 2013, p. 28.

gelden om leefbaarheid te vergroten tot het organiseren van hulp- en zorgverlening.

Met de decentralisaties heeft de wetgever de wijkteams omarmd. De wijkteams passen in de ambitie om integrale, lokale ondersteuning te bieden. Wijkteams zouden moeten bijdragen aan de ‘brede ondersteuning van de ingezetene’. Dat zou ook een doelmatigheidswinst met zich meebrengen, omdat de belanghebbende niet meer van het ene loket naar het andere loket wordt gestuurd.³⁵ Er zouden bovendien meer huishoudens in beeld komen en door vroegtijdige interventie zouden duurdere interventies (bijvoorbeeld uithuisplaatsingen, speciale scholingstrajecten, ondertoezichtstelling e.d.) ten gevolge van escalerende problematiek kunnen worden voorkomen.³⁶

Weliswaar schrijft de wetgeving niet voor dat een wijkteam wordt ingericht, maar in tal van beleidsstukken en rapporten, van onder meer Divosa en de VNG, wordt dit instrument wel genoemd als een wenselijke institutionele vormgeving. De samenstelling van het wijkteam hangt af van de behoeftes van de buurt en de door de gemeente gestelde doelen. Een sociaal wijkteam kan bestaan uit een generalist samenlevingsopbouw, een generalist individuele ondersteuning en hulpverlening en een generalist zorg.³⁷ Concreet genomen kan worden gedacht aan een buurtwerker (die de buurt kent, initiatieven neemt en buurtbewoners met elkaar verbindt), een maatschappelijk werker (die breed kan kijken en materiële en psychosociale problemen kan aanpakken) en een wijkverpleegkundige (die kennis heeft van de fysieke zorg).

De wenselijkheid van het wijkteam is ook te vinden in de parlementaire geschiedenis van de Jeugdwet.³⁸ Voor de Participatiewet blijkt samenwerking in een wijkteam echter minder van belang. In zoverre is er dus een schot tussen het zorgdeel (Wmo 2015, Jeugdwet) en het inkomensdeel van de lokale verzorgingsstaat.

Analyse: de verandering van de rechtsbetrekking

De rechtsbetrekking tussen burger en overheid verandert met de decentralisatie. De wetgever heeft met nieuwe instrumenten de totstandkoming van de rechtsbetrekking, het onderzoek dat binnen de rechtsbetrekking plaatsvindt en de realisering van de rechten en plichten die dan ontstaan, gereguleerd. Sommige van deze instrumenten zijn in de wet geregeld (de melding, cliënt-ondersteuning), andere worden door de wetgever als wenselijke invulling van de rechtsbetrekking gezien (keukentafelgesprek, wijkteams).

De meest ‘harde’ wijziging die op de wet is gebaseerd, betreft de melding als entreevoorwaarde voor de uiteindelijke aanvraag. Hoewel de melding een informele handeling suggereert, is de keerzijde van de introductie van dit

35. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 24.

36. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 24.

37. Sok e.a. 2013, p. 10-12.

38. *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, 3, p. 27-28.

verschijnsel dat de aanvraag zelf aan extra voorwaarden moet voldoen. In zoverre is de herijking van de rechtsbetrekking in ieder geval voor wat betreft de totstandkoming van de aanvraag eerder verder gejuridiseerd in plaats van gedejuridiseerd.

De andere sporen in de wetgeving zijn beperkt tot de voorwaarde dat het onderzoek ‘in samenspraak’ plaatsvindt en dat het gemeentebestuur moet voorzien in cliëntondersteuning. De wetgever lijkt daarmee het oog te hebben op het compenseren van de inherente ongelijkheid die tussen overheid en burger bestaat. Tegelijkertijd gaan deze interventies in de rechtsbetrekking niet zo ver dat het resulteert in afdwingbare rechten en plichten. Een onderzoek dat niet ‘in samenspraak’ tot stand is gekomen, zal immers niet reeds om die reden niet voldoen aan elementaire eisen die aan deugdelijk onderzoek zijn verbonden (bijvoorbeeld voortvloeiend uit artikel 3:2 Awb). Bovendien blijkt uit die norm niet hoeveel samenspraak voldoende is. De meest banale vorm is dat de voorlopige conclusies uit het keukentafelgesprek met de betrokkene worden gedeeld voor diens visie, waarna die visie ook in het rapport terecht komt, maar feitelijk geen rol spelen bij de totstandkoming van het voornemen omtrent de ondersteuning.³⁹

Waar de wetgeving zelf niet voorziet in een wijziging, wordt volstaan met financiële prikkels. Als voorbeeld kan worden gewezen op het extra budget voor het opzetten van wijkteams.⁴⁰ Dit laatste is illustratief voor de normering van de gewijzigde rechtsbetrekking: de wetgever geeft niet veel richting en geeft gemeentelijke bestuursorganen in beginsel alle ruimte. Het gevolg is dat elke gemeente kiest voor een eigen invulling van de wijkteams, zowel voor wat betreft samenstelling als voor wat betreft taken en bevoegdheden. Of de rechtsbetrekking daardoor humaner wordt, is maar zeer de vraag en hangt af van de beleidskeuzes die op gemeentelijk niveau zijn gemaakt.

Meer in het algemeen heeft de wetgever wel wat aandacht voor de dejuridisering van de rechtsbetrekking in het sociale domein, maar het is nog niet erg overtuigend. De wetgever noemt de dejuridisering alleen in de Memorie van Toelichting van de Wmo 2015 en brengt deze in verband met het zoeken naar vormen van alternatieve geschillenbeslechting, zoals mediation of een ombudsfunctie.⁴¹ Het lijkt erop dat de wetgever de herijking van de rechtsbetrekking vooral overlaat aan het bestuur en de uitvoering. In de uitvoering moeten nieuwe modaliteiten worden gezocht die tot humanisering van de rechtsbetrekking leiden.

39. Dit is een praktijk die in een aantal gemeenten is aangetroffen. Bij het keukentafelgesprek wordt dan een formulier ingevuld. Op dat formulier is voorzien in een kopje ‘reactie cliënt’ waar dan geregeld staat ‘cliënt zou willen dat alles bij het oude bleef’.

40. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 85.

41. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 10.

2.2.4 Tussenconclusie

De wetgever beoogt met de decentralisatie van het sociale domein de verhouding tussen burger en overheid te herijken. Deze herijking heeft primair betrekking op de materiële aanspraak die de burger heeft op overheidsondersteuning. Daarvan afgeleid is ook enige aandacht voor de wijze waarop deze aanspraak wordt gerealiseerd.

De wetgever kiest voor een rechtsbetrekking tussen overheid en burger die, in vergelijking met de fase voor de decentralisatie, kenmerken vertoont van dejuridisering in de zin dat minder expliciete rechten en plichten worden toegekend die bovendien minder eenvoudig in rechte kunnen worden afgedwongen. Het wettelijk kader biedt de ruimte aan een andere werkwijze die zich meer richt op eigen verantwoordelijkheid van de hulpvrager ('participatie') en daarnaast bij moet dragen aan een integrale oplossing ('één gezin, één plan, één regisseur'). Voor de burger zou dat moeten leiden tot een klantvriendelijkere en efficiëntere bejegening (niet meermalen dezelfde informatie verstrekken).

De wetgever beoogt daarnaast de burger mondiger te maken en een stem te geven bij de vormgeving van de te verkrijgen ondersteuning. Het keukentafelgesprek is daar een voorbeeld van: de wetgever eist immers 'samenpraak'. Anderzijds is die samenpraak soms ook gericht op het afhouden van overheidszorg. Het voorbeeld daarvan is de melding die uitmondt in een 'verleenbare' aanvraag. Mondt deze melding uit in een onderzoek waarin wordt geconcludeerd dat geen zorg wordt verleend, dan komt de burger in een mistige situatie terecht.

Voor wat betreft de wijkteams is het beeld nog onduidelijker. De wetgever noemt in de parlementaire stukken wel het wensbeeld dat gemeenten wijkteams oprichten, maar geeft geen richting aan de samenstelling of bevoegdheden van deze wijkteams. De totstandkoming wordt overgelaten aan de gemeenten zelf - daartoe aangespoord of geadviseerd door de VNG.

Al met al is het beeld dat uit de analyse van de beleidstheorie opdoemt gemengd. De wetgever wil de rechtsbetrekking met de burger informaliseren, dejuridiseren en laagdrempeliger maken. Daarbij moet deze rechtsbetrekking de mogelijkheid bieden om de (onplezierige) boodschap van eigen verantwoordelijkheid op een zodanige wijze over te brengen dat daar geen (juridische) geschillen over ontstaan. Dat gebeurt in sommige gevallen door de burger af te houden van het doen van een formele aanvraag (met de melding als voorportaal), en in andere gevallen door een institutionele context (keukentafelgesprek, wijkteams) te creëren die daaraan bijdraagt. Of de burger daadwerkelijk in een humane rechtsbetrekking terecht is gekomen, zal daarom sterk afhangen van hoe gemeenten (de uitvoerders van dit beleid) met deze beleidstheorie omgaan. De vraag blijft dus of gemeenten erin slagen de burger centraal te stellen, of zich blijven oriënteren op de regels.

2.3 Humane rechtstbetrekking en administrative justice

2.3.1 Inleiding

De vraag hoe burgers aan hun recht komen, raakt aan het concept van administratieve justice. Administrative justice wordt wel gezien als een set van evaluatiecriteria waarmee de rechtvaardigheid (justice) van bestuurlijke besluitvorming kan worden vastgesteld.⁴² Deze criteria zijn kenmerken van de besluitvormingsprocedure die argumenten geven voor de aanvaarding van de uitkomsten (de concrete besluiten).⁴³

Er is geen eenduidig beeld van de criteria of argumenten die daarbij een rol spelen. In de bijdragen die over administrative justice zijn geschreven, wordt steeds opnieuw benadrukt dat administrative justice een keuze inhoudt tussen twee of meer conflicterende criteria. Er is sprake van een ‘trade-off’ en de heilige graal of het ultieme model bestaat niet.⁴⁴ Dat betekent dat administrative justice vooral bruikbaar is als concept om keuzes ten aanzien van de besluitvormingsprocedure kritisch te beschouwen en te spiegelen aan andere modellen of eerdere keuzes.⁴⁵

In het vervolg van deze paragraaf wordt de spanning tussen verschillende perspectieven op het overheidsbestuur bestudeerd aan de hand van drie bronnen: Roosenbloom, Mashaw en Adler. Tezamen geven deze bronnen een antwoord op de vraag wat de consequenties van de herijking van de rechtstbetrekking in de lokale verzorgingsstaat zijn voor de mate van administrative justice.

2.3.2 Roosenbloom: drie mechanismen in het bestuur

Administrative justice draait om het besef dat er buiten het recht ook andere mechanismen werken die het handelen van het bestuur beïnvloeden en soms onderling tot conflicterende eisen leiden.⁴⁶ Roosenbloom onderscheidt drie mechanismen (‘approaches’) die betrekking hebben op de werking van het bestuur. Deze mechanismen vallen uiteen in ‘managerial’, ‘political’ en ‘legal’. Roosenbloom laat zien dat deze drie mechanismen drie schillen vormen om het bestuurshandelen, die bovendien in een zekere sequentie in de bestuurskundige wetenschap centraal stonden.

42. Adler 2003.

43. Mashaw 1983, p. 24-25; Adler 2010, p. 148

44. Adler 2010, p. 152

45. Adler 2010, p. 154 en Herweijer 2005, p. 33-49, ihb. p. 42 e.v.

46. Roosenbloom 1983, p. 219.

Besturen als managementprobleem

De benadering dat besturen vooral te maken heeft met het managen van een organisatie, leunt sterk op de bureaucratiegedachte van Weber en Wilson.⁴⁷ Max Weber onderscheidde de ideaaltypische bureaucratie als sociaal construct dat - in zijn analyse - welvaart bracht. Bureaucratie bracht een zakelijke, efficiënte en eerlijke manier van bestuur, waarbij nepotisme en willekeur zijn uitgesloten. Juist het uitroeien van nepotisme en willekeur vormen aantoonbare factoren voor economische investeringen en - daarmee - welvaart.

Een belangrijk kenmerk van de bureaucratie is de hiërarchische structuur, waarbij degenen die overheidsgezag uitoefenen in een hiërarchische relatie staan tot een machthebber. De machthebber (de Herrscher) ontleent het gezag aan een legitieme bron.⁴⁸ De belangrijkste vondst van Weber is echter niet eens zozeer de constatering dat machthebbers gezag hebben, maar vooral de hiërarchie die onder dat gezag van de machthebber ontstaat en waarin de beslissingen tot stand komen. Concrete besluitvorming is daardoor onttrokken aan de luimen van de gezagsdrager.⁴⁹ In de hiërarchie domineren standaardisering en formalisering.⁵⁰ Het resultaat is een organisatie die in staat is om zonder aanzien des persoons ('sine ira et studio') vastgestelde regels op een juiste manier toe te passen en daarmee het publieke belang te dienen.

Wilson kwam tot een vergelijkbare analyse toen hij de vraag beantwoordde waarom in de Verenigde Staten van begin 20^e eeuw de economische groei achterbleef. In zijn perceptie vergt de bestudering van het overheidsbestuur het zoeken naar een organisatievorm die correct, succesvol en op een zo efficiënt mogelijke manier kan doen wat tot de overheidstaak wordt gerekend.⁵¹ Met deze opgave in het achterhoofd constateerde Wilson - net als Weber - dat een weerbare ambtelijke organisatie (civil service) de beste garantie vormt tegen willekeur en voor economische groei.

Welke consequenties kan men nu verbinden aan het werk van Weber en Wilson voor wat betreft de vraag wat rechtvaardig is en wat niet? Allereerst is er de empirische constatering van bijvoorbeeld Weber, en later herhaald door Merton, dat overheidsorganisaties een intrinsieke neiging hebben tot overmatig regelgeleid gedrag.⁵² Dit gedrag impliceert dat zelfs wanneer het bestuur beleidsvrijheid wordt geboden, bijvoorbeeld omdat veel vertrouwen bestaat in het inschattingsvermogen van de professionele bureaucraat, deze ruimte

47. Hoewel tussen Weber (Duitsler) en Woodrow Wilson (Amerikaan) een oceaan zat, komen beiden tot een vergelijkbare analyse van het overheidsbestuur. Zie hierover: Sager & Rosser 2009, p. 1136.

48. Vroom 1980, p. 12.

49. Vroom 1980, p. 27, p. 34.

50. Vroom 1980, p. 27, p. 14, 38.

51. Wilson 1941.

52. Merton 1957.

vanzelf dichtslibt met nadere regels en procedures die een invulling geven van de wil van de machthebber.

Een consequentie daarvan is dat de persoon met alle bijzondere kenmerken niet als zodanig wordt gezien, maar als ‘case’ waarvan alleen de voor de toepassing van de regel en procedure relevante kenmerken worden meegevoerd.⁵³ Merton laat zien dat deze ritualisering leidt tot vervreemding van degenen die door de bureaucratische organisatie worden bediend.⁵⁴ Het vertrouwen in de professionele capaciteiten van de bureaucraat vervaagt langzaam door steeds verder normerende routineregels. Dit mechanisme is in latere studies keer op keer bevestigd.⁵⁵ Veel pogingen om bureaucratieën aan te zetten tot ‘maatwerk’ stranden op een onverzettelijke neiging tot regulering.

Bestuur als uitvoerder van de politieke wil

De realisering van de politieke wil vormt het tweede perspectief op het overheidsbestuur. Het voornaamste kenmerk van het bestuur als uitvoerder van de politieke wil betreft de neiging om het politieke belang een rol te geven in de besluitvorming.⁵⁶ Het politieke belang draait om macht: het verkrijgen en behouden van de macht om beleid vorm te geven. Dit spel om de macht draait om het overbruggen van tegengestelde (deel)belangen. Deze belangen worden vertegenwoordigd door verschillende groeperingen in het politieke debat. Men kan het bestuur zien als de resultante van de uitkomsten van dat politieke debat. Indien de regeltoepassing door het bestuur een uitkomst kent die in het politieke domein als ongewenst wordt gezien, ontstaat het mechanisme om regels terzijde te schuiven of juist regels aan te passen zodat een andere uitkomst mogelijk wordt.⁵⁷

Het bestuur als speelbal van de politieke wilsuitoefening levert uiteraard spanning op met het eerder gepresenteerde beeld van het bestuur als managementprobleem. Juist waar het politieke debat zich mengt in de fabrieksmatige besluitvorming van de bureaucratie, blijkt de beperking van de politieke wilsvorming. Recente voorbeelden van politieke inmenging in grote beschikkingenfabrieken,⁵⁸ zoals de IND of Belastingdienst, illustreren dat. De politieke wilsvorming kan wel een koerswijziging nastreven, maar de op procedures en regels gebaseerde bureaucratie verandert niet in een handomdraai.

53. Roosenbloom 198, p. 220.

54. Merton 1957.

55. Vergelijk Sainsbury 2008, p. 323-338.

56. Tollenaar & De Ridder 2010, p. 309 e.v.

57. Er zijn vele voorbeelden van deze politieke inmenging op beschikkingenfabrieken. Het meest zichtbaar is het wisselende beleid met betrekking tot het op afstand zetten van uitvoerende diensten. Zo is de IB-groep weer teruggenomen in de moederschoot van het ministerie van Onderwijs, en heeft het ministerie van Infrastructuur en Milieu zijn greep op Prorail versterkt.

58. Houweling 1996; Schuiling 1996.

Een fraai voorbeeld van waar de politieke wilsvorming op grenzen stuitte, vormt de beslissing om af te zien van de samenvoeging van alle toeslagen tot één huishoudtoeslag (een lang gekoesterde politieke wens), omdat dit niet realiseerbaar zou zijn door de uitvoerende Belastingdienst.⁵⁹ Andersom vormt het PGB-debacle een voorbeeld van politieke wilsvorming die soms onmogelijke eisen stelt aan de bureaucratische uitvoering.⁶⁰

Het mensbeeld dat past bij de realisering van de politieke wil, is dat van het individu als lid van een (pressie)groep die een deelbelang vertegenwoordigt. Met dit deelbelang vertegenwoordigt het individu - al naargelang de omstandigheden - een (electorale) macht.⁶¹ De macht van deze deelgroepen werkt door in de besluitvorming en kan de regeltoepassing beïnvloeden. De zichtbare elementen van politieke beïnvloeding houden verband met de beïnvloeding van de regulering. Verschijnselen als inspraak en cliëntenraden zijn daarvan de overblijfselen.⁶²

Wat betekent de politieke dimensie voor de rechtvaardigheid van bestuurlijke besluitvorming? Bezien vanuit het politieke domein draait besturen niet om efficiënte en regelgeleide besluitvorming, maar om representativiteit en responsiviteit. De besluitvorming moet zich oriënteren op de belangen van de belangengroepen die erdoor geraakt worden. De variatie aan belangen vormt een reden om afwijkingen van regels mogelijk te maken en deelbelangen zoveel mogelijk te dienen.

Bestuur als juridisch instrument

Het derde perspectief op het overheidsbestuur is het bestuur als juridisch instrument om de algemene regels die de wetgever formuleert in concrete gevallen toe te passen. Het juridische perspectief draait om checks and balances: controle op de regeltoepassing door een externe derde: de onafhankelijke rechter. Het juridische perspectief op het overheidsbestuur komt tot volle wasdom bij de ontwikkeling van het bestuursrecht,⁶³ met de bijbehorende juridisering van het overheidsbestuur. Juridisering vormt het verschijnsel waarmee onder de druk van een externe beoordeling door de rechter, interne besluitvormingsprocedures steeds verder formaliseren met interne ‘checks and balances’.⁶⁴

59. ‘Voorlopig geen huishoudtoeslag’, *Telegraaf* 14 april 2014. Telegraaf.nl (zoek op *huishoudtoeslag*).

60. Nationale ombudsman 2015.

61. Roosenbloom 1983, p. 222. Roosenbloom noemt daarbij als voorbeelden de ‘black vote’ en de ‘farm vote’ etc.

62. Dat deze niet altijd werken zoals bedoeld: Bröring & Tollenaar 2015.

63. In Nederland met Struycken die lange tijd obstructie bood voor een rechterlijke inmenging in de beoordeling van het bestuurshandelen. Zie Tollenaar & De Ridder, p. 309. In de Verenigde Staten vormt het werk van Goodwin een aangrijpingspunt: Goodwin 1905.

64. Vergelijk Dimock 1980, p. 31; dezelfde tendens is ook in Nederland te zien onder de druk van toezichthouders en rechters.

Het resultaat is de ontwikkeling van een constitutionele context met daarin algemene normen voor het bestuurshandelen. In de constitutionele context draait het uiteindelijk om de kernvraag naar de afbakening van het bestuurlijke domein: waar houdt de ruimte of vrijheid van het bestuur op en waar begint de rechterlijke controle? Deze vraag kent de spanning tussen enerzijds de erkenning van de bijzondere positie van het bestuur, dat terughoudendheid van de rechter verlangt, zeker waar de wetgever het bestuur ruimte heeft geboden in de vorm van een discretionaire bevoegdheid, en anderzijds de gevoelde noodzaak van rechterlijke controle. Dit probleem heeft recent opnieuw aandacht gekregen, bijvoorbeeld in het preadvies van Hirsch Ballin, waar hij schrijft dat een legitimiteitstekort dreigt te ontstaan waar de wetgever te veel ruimte laat die niet door de rechter wordt getoetst.⁶⁵ Aan de andere kant van de oceaan schrijft Klee iets vergelijkbaars. Zij bekritiseert het klasieke leerstuk van de Chevron deference - genoemd naar de Chevron zaak, waarin de Supreme Court het leerstuk construeert van de marginale toets voor (technische) regulering van een agency⁶⁶ - omdat voor bestuursorganen (agencies) een bijna oncontroleerbaar domein ontstaat. Klee verwijst daarbij naar een uitspraak van een medewerker van de Environmental Protection Agency (EPA) die in een publieke bijeenkomst reageerde op de vraag of hij bang was dat de beslissing zou worden aangevochten: ‘no, because we will win as long as our decision is not clearly wrong.’⁶⁷

Wat levert dit gezichtspunt op? Zeker waar de wetgever daartoe expliciet heeft gekozen, heeft het bestuursorgaan de vrijheid om nadere (beleids)regels te maken en beleidsvrijheid in te vullen. Dit dwingt de rechter tot een marginale beoordeling. In concrete geschillen is de rechterlijke bescherming beperkt tot het procedurele zorgvuldigheidsbeginsel: heeft het bestuur wel een juist beeld van alle relevante feiten?⁶⁸ De zorgvuldigheidsnorm mondt uit in bijzondere aandacht voor de vormgeving van de procedure, waarin feiten worden vastgesteld en het individu wordt beschermd tegen de willekeurige uitoefening van de overheidsmacht.

Met de beschermende functie komt ook de tweede set aan waarden aan de oppervlakte: de bescherming van de persoonlijke rechten en vrijheden van burgers. Beginselen als legaliteit, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid vormen daarvan de praktische uitwerkingen.

De kritiek op de door bestuursorganen gevoelde (vergelijk de quote van de EPA-official) - en door omstanders soms ook ervaren⁶⁹ - rechtsvrije sfeer

65. Hirsch Ballin 2015, p. 43.

66. U.S. Supreme Court 25 Juni 1984 (*Chevron USA v Natural Resources Defense Council*), 467 US 837 (1984).

67. Klee 2014

68. Roosenbloom 1983, p. 223.

69. Tollenaar 2015, p. 203. Het betrof hier een quote van een rechtshulpverlener gespecialiseerd in het vreemdelingenrecht.

voor bestuursorganen, leidt tot een betoog dat de ‘administrative state’ een actievere rechter verlangt. In de praktijk blijkt de rechter zo nu en dan die ruimte ook te nemen. Recente voorbeelden waarin de Afdeling bestuursrecht-spraak het alcoholslotprogramma diskwalificeert,⁷⁰ het beleid omtrent de beboeting op grond van de WAV terzijde schuift⁷¹ en de Centrale Raad van Beroep die de Wet aanscherping handhaving SZW-wetgeving nader invult,⁷² vormen voorbeelden waarin de rechter die ruimte ook neemt. Dit zijn echter uitzonderingen: in de meeste gevallen blijkt de rechter niet in staat of geneigd om de bestuurlijke invulling van discretionaire ruimte indringend te toetsen.⁷³

Het mechanisme van de rechterlijke toets heeft dus niet altijd als consequentie dat beleid wordt herzien. De consequentie die echter wel aannemelijk is - en ook veelvuldig is vastgesteld⁷⁴ - is dát er beleid ontstaat. Waar de wetgever ruimte laat, soms met het oogmerk om maatwerk te leveren, ontstaan vanwege het eerder genoemde verschijnsel van juridisering, regels en procedures die deze ruimte invullen.

Dat laatste leidt tot een interessant spanningsveld dat juist in het juridische perspectief op het bestuur naar boven komt. Enerzijds is er de gevoelde noodzaak tot regulering en protocollisering gezien vanuit beginselen als rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en consistentie.⁷⁵ Dat is op zichzelf een verschijnsel dat goed past in de bureaucratische omgeving van het bestuur. Anderzijds is er de opdracht van de wetgever om maatwerk toe te passen en de burger, als drager van individuele rechten en plichten, zoveel mogelijk zijn rechten toe te kennen.⁷⁶ Dat is immers de oorspronkelijke reden om een bestuursorgaan met een ruime bestuursbevoegdheid te geven.

Vanuit een juridisch perspectief lost dit probleem zich op in de dogmatiek dat het bestuursorgaan zijn regels moet toepassen en moet afwijken indien de toepassing van de regel wegens bijzondere omstandigheden onevenredige gevolgen heeft.⁷⁷ De uitdaging zit hem echter vooral in de bureaucratische omgeving die een afwijking van vaststaande praktijk vaak tegenwerkt. Niet zelden sneeft een maatwerkambitie in de bureaucratische uitvoeringspraktijk.⁷⁸

70. ABRvS 4 maart 2015, *AB* 2015/160 in coördinatie met de HR 3 maart 2015, *NJB* 2015/558.

71. ABRvS 7 oktober 2015, *ECLI:NL:RVS:2015:3138*.; ABRvS 21 oktober 2015, *ECLI:NL:RVS:2015:3251*.

72. CRvB 24 november 2014, *USZ* 2014/413 m.nt. Tollenaar. En de recente uitspraak CRvB 11 januari 2016, *NJB* 2016/217.

73. Schuurmans 2015.

74. Vergelijk Tollenaar 2006.

75. Nicolaï 1990, p. 415.

76. In de Awb is dat neergelegd in art. 3:4 lid 2 Awb en 4:84 Awb voor wat betreft de mogelijkheid om af te wijken van een beleidsregel.

77. Zie art. 4:84 Awb en het onderliggende evenredigheidsbeginsel zoals gecodificeerd in art. 3:4 lid 2 Awb.

78. Tollenaar 2006.

2.3.3 Mashaw: conflicterende besluitvormingsmodellen

In het werk van Mashaw verschuift het perspectief naar de vormgeving van de besluitvormingsprocedure, inclusief de persoon van de beslisser. Mashaw onderzoekt de spanning tussen de bureaucratische werkelijkheid en maatwerkambities van de wetgever in de Amerikaanse context.⁷⁹ Op basis van een casestudy naar de uitvoering van de disability benefits op grond van de social security act laat hij zien dat verschillende reguleringsstijlen leiden tot verschillende manieren van besluitvorming. In de discretionaire ruimte die in deze wetgeving ontstaat, ziet Mashaw drie modellen waarmee beslissingen worden gerechtvaardigd. De eerste is de bureaucratische rationaliteit, die gedreven is door efficiëntie en sterk leunt op de hiërarchische context. Een beslissing is goed indien het de doelen van het reguleringsprogramma maximaal verwezenlijkt.

De tweede betreft de ‘professional treatment’. In dit model staat de persoon van degene die de besluiten neemt centraler; deze heeft specifieke kennis en informatie en kan op basis van bijzondere expertise beslissen wat het beste is in dit geval. Het drijvende doel is niet het implementeren van de reguleringsdoelen, maar vooral het tevreden stellen van de cliënt. Vaak is cliënttevredenheid een tussendoel voor het verwezenlijken van die overstijgende doelen. Als voorbeeld van regulering die een ‘professional treatment’ vergde, kan worden gewezen op de studie van Sainsbury.⁸⁰ Het ging in deze studie feitelijk om een re-integratieproject, waarbij de ‘personal advisor’ de dienstverlening zou moeten aansluiten op de behoeften van de burger. Dat zou de burger kunnen activeren en uiteindelijk naar een betaalde baan kunnen leiden. Tegelijkertijd bleek in de praktijk het programma te zijn gereguleerd in de vorm van een voorgeschreven keuzemodel. De ‘personal advisors’ ervoeren daarop een spanning tussen enerzijds de professional treatment die gericht was op cliënttevredenheid en anderzijds de outputdruk van de bureaucratische organisatie. Dit ging goed totdat de personal advisor moest gaan handhaven en daarmee de cliënttevredenheid wel heel direct op het spel zette.

Het derde model dat Mashaw onderscheidt, is dat van de moral judgement.⁸¹ In dit model is de besluitvormingsprocedure erop gericht conflicten te beslechten: conflicten tussen twee partijen die iets anders willen, of het abstracte conflict tussen degene die iets wil en het publieke belang. Het ‘moral judgement’ model draait om het overbruggen van intrinsiek tegengestelde belangen. In dit model is besluitvorming waarden-georiënteerd: degene die

79. Mashaw 1983, p. 1.

80. Sainsbury 2008.

81. Mashaw 1983, p. 29. Adler noemt dit model ‘legal’; zie Adler 2010, p. 149.

besluiten neemt, moet de ruimte hebben om ‘gegeven de omstandigheden’ de feiten te kwalificeren en daaraan juridische consequenties te verbinden.⁸²

Mashaw laat in zijn studie zien dat in de ontwerpfase vaak een keuze wordt gemaakt met elementen uit alle drie de modellen. Een veelvoorkomende configuratie is die van het bureaucratische model (met maximale controle) tezamen met de ruimte voor de professional, die tegelijkertijd wel het publieke belang in de gaten moet houden (moral judgement) en dus niet te gemakkelijk moet toegeven. Mashaw concludeert dat deze ‘blend’ van modellen de beoordeling van besluitvorming lastig maakt.⁸³ Met andere woorden: bij het ontbreken van een duidelijke ontwerpkeuze gaat de besluitvorming hoe dan ook niet zoals verwacht, omdat in het ontwerp keuzes zijn gemaakt die de professionele of moral judgement onmogelijk maken.

2.3.4 Adler: procedure centraal

De tegenstrijdige verwachtingen van besluitvorming vormen de kern van het werk van Adler. Adler stelt de procedure centraal: ‘hoe komt de burger aan zijn recht?’⁸⁴ De beantwoording van deze vraag draait om formele aspecten van de besluitvormingsprocedure. Daarbij kan men een onderscheid maken tussen een organisatie-intern en een organisatie-extern perspectief.⁸⁵

Bij het organisatie-interne perspectief kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de invloed van digitalisering in de besluitvorming.⁸⁶ Digitalisering leidt tot een bijzondere bejegening van burgers en een bijzondere besluitvormingsmodus die enerzijds zeer uniform en snel is, maar zich anderzijds afsluit voor bijzondere kenmerken van de burger. In beide aspecten zitten argumenten waarom de uitkomst van de besluitvorming wordt aanvaard, of juist niet wordt aanvaard. Procedurele aanpassingen die bij de organisatie-interne benadering passen, vergen vaak geen grote structuurwijziging. Het zijn vaak managementkeuzes en een ‘andere manier van werken’.⁸⁷ Hoewel deze keuzes klein kunnen zijn, kunnen de uitkomsten op de ervaren administratieve justice groot zijn.

82. Mashaw 1983, p. 29. Mashaw stelt daarbij dat het niet gaat om het vaststellen van de feiten, maar om het juridisch kwalificeren ervan. Geluid is objectief vast te stellen, maar overlast is de juridische kwalificatie. Het draait in de ‘moral judgement’ om het laatste: het vertalen van feiten in juridische feiten.

83. Mashaw 1983, p. 40.

84. Adler verklaart dat uit het feit dat de inhoud van een besluit zich moeilijk laat beoordelen: er is niet één juist besluit. Adler 2010, p. 133.

85. Adler 2010, p. 141.

86. Tollenaar 2014.

87. Men kan bijvoorbeeld ook denken aan het gebruik van instrumenten als ‘auditing’, of ‘benchmarking’. Het zijn allemaal instrumenten bedoeld om een organisatie ‘beter’ te laten functioneren.

Bij een organisatie-extern perspectief passen de grote structuurkeuzes, zoals de vormgeving van rechterlijke controle, de instelling van een ombudsman. In dit externe perspectief draait het om het verdelen van bevoegdheden om beslissingen te vernietigen of te herzien. Het dragende idee bij dit externe perspectief is dat de burger toegang moet krijgen tot deze externe beoordelaar om aan zijn recht te kunnen komen. In het Verenigd Koninkrijk lag dat besef bijvoorbeeld ten grondslag aan de ontwikkeling van tribunals: het besef dat de rechter praktisch gezien niet toegankelijk is, leidt tot de noodzaak van een andere, laagdrempelige externe procedure.

2.3.5 Administrative justice in de lokale verzorgingsstaat

Welke conclusies dringen zich op ten aanzien van de mate van administrative justice in de lokale verzorgingsstaat? We hebben gezien dat de wetgever enigszins ambigu is ten aanzien van de rechtsbetrekking die moet ontstaan. Aan de hand van de literatuur over administrative justice vallen de inconsistenties in de ambitie van een humane rechtsbetrekking eenvoudig te herkennen. Allereerst is er de sterk op bezuinigingsdrift georiënteerde politieke wilsvorming. Gemeentebesturen worden geacht - en hebben zich gecommitteerd - om een bezuinigingsdoelstelling te realiseren ten opzichte van de situatie voorafgaand aan de decentralisatie. Dit krijgt vorm in de opdracht aan de gemeenteraad om de keuze te maken eventueel uit andere middelen dekking te zoeken voor de uitgaven die gepaard gaan met de lokale verzorgingsstaat. Het ligt voor de hand dat veel gemeenten daarvoor terugdeinzen, met als gevolg dat voorzieningen worden versoberd en - logischerwijs - in sobere regels worden neergelegd. Het gevolg is dat niet meer de burger met al zijn noden centraal staat, maar de realisering van de bezuinigingsdoelstelling: in plaats van de noden van de burger te inventariseren, kan worden volstaan met een verwijzing naar de algemene regel waaruit voortvloeit dat geen recht meer wordt verschaft op de gevraagde voorziening.

De volgende trade-off houdt verband met de complicering van de mogelijkheid om een geschil over de ondersteuning te adresseren bij een externe rechter. Met een stelsel van meldingen wordt weliswaar de mogelijkheid geboden om de rechtsbetrekking te informaliseren, maar de consequentie is (ook) dat een negatieve mededeling (dus de conclusie na de melding dat geen ondersteuning wordt geboden) niet aan een rechter kan worden voorgelegd. Bezien vanuit een perspectief van administrative justice zou men verwachten dat met het wegvallen van een organisatie-extern controle-instrument, er in ieder geval een organisatie-interne voorziening is om administrative justice te realiseren.

De zoektocht naar controlemechanismen past echter weer niet goed bij de keuze van de wetgever voor een model waarbij veel ruimte wordt toegekend aan de professional. In termen van Mashaw lijkt de gedecentraliseerde verzorgingsstaat een keuze voor 'professional treatment'. De reductie van het

belang van de juridische procedures waarbij de melding de intake vormt en de keukentafel het cruciale beslismoment, zijn daarvan symptomen. Maar ook de veronderstelde ‘samenspraak’ met de burger suggereert ‘client satisfaction’ als voornaam doel. Deze elementen passen volledig in het model van ‘professional treatment’ van Mashaw.

De betekenis van het professional treatment model is overigens beperkt tot die aspecten die inderdaad een professionele inschatting vergen. Gedacht kan worden aan situaties waarin medische informatie moet worden verzameld en geïnterpreteerd. Voor zover de feiten echter vaststaan, is de besluitvorming in het sociale domein niet meer of niet anders dan de afweging van het persoonlijke belang (de wens van de burger) tegen het algemene belang (de aanslag op de publieke middelen die de hulpvraag teweeg brengt). Juist waar het aankomt op die belangenafweging, voorziet de beleidstheorie in een ruime beleidsvrijheid voor gemeenten, waarbij het mantra van ‘maatwerk’ wordt aangehaald. Dit maatwerk betreft niet alleen de afstemming op specifieke kenmerken van de gemeente, maar ook - en vooral - de afstemming op de specifieke kenmerken van de cliënt.⁸⁸ Bezien vanuit het perspectief van administrative justice is voorspelbaar hoe deze ruimte zal worden ingevuld. De bureaucratische mechanismen leiden tot vormen van regulering.⁸⁹ Dit verschijnsel wordt nog eens versterkt door de juridische controle op de uitvoering. Ook al wordt een poging ondernomen om de rechter buiten de deur te houden: in de praktijk is deze er nog wel. Besluiten moeten dus ‘judge proof’ zijn.⁹⁰ Voor de rechterlijke controle vormt de verwijzing naar een algemene regel een aanwijzing dat de bestuurlijke besluitvorming tegemoetkomt aan normen van rechtsgelijkheid, maar met name ook zorgvuldigheid en evenredigheid.

2.3.6 Tussenconclusie

De herijking van de rechtsbetrekking in het sociale domein geeft aanleiding om mechanismen toe te passen die met het concept van administrative justice zijn ontwikkeld. De vertroebeling van de rechtsgang met de melding, de ruimte voor de professional die tegelijkertijd wordt beteugeld door de bezuinigingsdrift waarin de politieke context is geraakt, illustreren de inconsistenties ten aanzien van de humane rechtsbetrekking. Binnen deze inconsistenties moet het bestuur de besluitvormingsprocedure vormgeven. De vraag is welke keuzes daarbij worden gemaakt: hoe wordt de humane rechtsbetrekking vormgegeven? Om deze vraag te beantwoorden wordt in de volgende paragraaf verslag gedaan van een casestudy over de bestuurspraktijk na ruim een jaar lokale verzorgingsstaat.

88. Fleurke & Polhuis 2015, p. 12-14.

89. Vergelijk Tollenaar 2008.

90. Vergelijk Sainsbury 2008.

2.4 Praktijk van de humane rechtsbetrekking

De vraag die in deze paragraaf aan de orde komt, is in hoeverre de veronderstellingen in de praktijk kunnen worden herkend: wat blijft over van de administrative justice in de lokale verzorgingsstaat? Oftewel: wat zijn de zichtbare consequenties van de bestuurlijke keuzes? Om deze vraag te beantwoorden is een casestudy verricht. Volstaan wordt met drie cases. De drie cases zijn geselecteerd aan de hand van interviews met geïnterviewde sleutelfiguren en de verslaggeving erover in de media.⁹¹ Omdat de meeste veranderingen in het eerste jaar van de decentralisatie betrekking hebben op de Wmo 2015, zijn de drie cases aan die wet gerelateerd. De cases zijn bestudeerd aan de hand van (beleids)documenten en onderzoeksrapporten en interviews met enkele respondenten.

De eerste case betreft de vormgeving van het keukentafelgesprek. De tweede case gaat over de overheid die ‘nee’ verkoopt en de burger op zijn eigen verantwoordelijkheid wijst. Dit wordt nog het sterkst geïllustreerd met de uitbreiding van de definitie van wat wordt beschouwd als algemeen gebruikelijke voorzieningen in de zin van de Wmo 2015. De derde ontwikkeling betreft de verdeling van risico’s door marktpartijen in te schakelen bij de concretisering van de aanspraak. Dit betreft het zogenaamde taakindiceren. In het vervolg van deze paragraaf worden de drie cases beschreven. Daartoe wordt eerst beschreven welke praktijk is aangetroffen. Vervolgens wordt nagegaan hoe vanuit een juridisch perspectief op deze praktijk wordt gereageerd. Dat leidt tot enkele opmerkingen over de gevolgen voor administrative justice: waarom zijn de ontwikkelingen die zich worden beschreven zo teurstellend gelet op de ambities van de wetgever?

2.4.1 Het keukentafelgesprek

Beleidspraktijk

Zoals eerder opgemerkt, is het keukentafelgesprek de aangewezen methode om na de melding te onderzoeken wat de individuele problemen zijn en welke ondersteuning daarbij past. Onder meer in kamerbrieven wordt geconsta-

91. De voornaamste bron die is geraadpleegd is de site van Binnenlands Bestuur (www.binnenlandsbestuur.nl). Deze site heeft een dossier over het sociale domein waarin vrij adequaat problemen in het sociale domein worden beschreven. Gesproken is met een tweetal raadsleden, een juridisch beleidsmedewerker, een consultant werkzaam bij een indiceringsbureau en een keukentafelambtenaar. Deze respondenten hadden niet betrekking op dezelfde gemeente of regio. De interviews zijn semigestructureerd afgenomen (er was een itemlijst, maar de vraagstelling beperkte zich daar niet toe) en dienden vooral om inzicht te krijgen in de dilemma’s en mechanismen die de keuzes in de praktijk domineren.

teerd dat de bejegening tijdens dat gesprek nog niet goed loopt.⁹² In zijn brief schrijft de staatssecretaris te hebben vastgesteld dat mensen nog niet goed geïnformeerd zijn over de spelregels.

De onduidelijkheid heeft onder meer betrekking op de status van het gesprek. Het keukentafelgesprek heeft geen juridische vorm of status. Het kan het gesprek zijn dat plaatsvindt na de melding en dat plaatsvindt in het kader van het onderzoek naar de beperkingen. Het kan echter ook het gesprek zijn dat plaatsvindt nadat een voorziening is toegekend, in de vorm van een overleg over de wijze waarop de voorziening wordt georganiseerd.

Bovendien is er variatie ten aanzien van de partijen die het keukentafelgesprek namens het gemeentebestuur voeren. Dat kunnen de beslissingsbevoegde ambtenaren zijn die een beslissing kunnen nemen ten aanzien van de hulpvraag, maar ook private aanbieders die belast zijn met de realisering van de hulpvraag en in mandaat van het gemeentebestuur het onderzoek verrichten.

Juridische beoordeling

De praktijk laat zien dat er verschillende keukentafelgesprekken naast elkaar bestaan, met een verschillend karakter en een verschillend (rechts)gevolg. De aard en functie van het keukentafelgesprek is in uitzonderlijke gevallen onderwerp van een juridisch geschil. Zo'n situatie deed zich voor in de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Oost-Brabant van 20 juli 2015.⁹³ In deze uitspraak oordeelde de rechter over een besluit van het gemeentebestuur van Veghel, waarin aan een belanghebbende een voorziening is verstrekt op grond van de Wmo 2015, waarna de zorgaanbieder BrabantZorgSchoon een keukentafelgesprek voert met de belanghebbende om de zorg vast te stellen. Dit keukentafelgesprek werd uiteindelijk verrekend met een zorguur, omdat de gemeente daar geen geld voor beschikbaar zou stellen. Onder de streep ontvangt de belanghebbende dus netto minder ondersteuning dan waaraan zij - gelet op hetgeen is afgesproken bij het keukentafelgesprek - behoefte heeft. De voorzieningenrechter kwalificeert deze praktijk als 'rond-uit schaafteloos' en stelt dat de belanghebbende het 'verdient (...) dat verweerder [dat is: de gemeente Veghel] haar tegen dergelijke praktijken in bescherming neemt.' Oftewel: de voorzieningenrechter wijst het gemeentebestuur aan als de hoofdverantwoordelijke voor het keukentafelgesprek waarin de individuele omstandigheden en de vorm en inhoud van de geboden ondersteuning worden vastgesteld.

92. *Kamerstukken II* 2015/16, 29538, 191 (brief van de staatssecretaris) zie ook ter illustratie de Kamervragen en de beantwoording daarvan in *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 1499. Let wel: de beschrijving van de beleidspraktijk suggereert niet dat in alle situaties de genoemde problemen zich voordoen. Er zijn ook gemeenten die voor een andere vormgeving kiezen en waarbij deze problemen niet kunnen worden herkend.

93. Rb. Oost Brabant (vzr.) 20 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4313, *RSV* 2015/113.

Administrative justice?

Het keukentafelgesprek is gepresenteerd als een instrument waarmee maatwerk wordt gerealiseerd. De praktijk laat iets anders zien. Dit houdt voor een belangrijk deel verband met een fundamenteel capaciteitsprobleem aan de zijde van de overheid: het is ondoenlijk om alle burgers die voorheen een voorziening ontvingen opnieuw te beoordelen en in te springen op de individuele omstandigheden van het geval. Een deel van deze taak wordt noodgedwongen doorgeschoven naar marktpartijen. In het geval alleen het onderzoek (het keukentafelgesprek) wordt uitbesteed, doet zich het probleem voor dat het bevoegde gemeentebestuur wel gedwongen is van tevoren de kaders aan te geven waarbinnen dat gesprek plaatsvindt, bijvoorbeeld welke uitkomsten het gesprek kan hebben. Deze normering staat haaks op het doel van het keukentafelgesprek dat immers juist zou moeten aansluiten op de individuele omstandigheden die van geval tot geval kunnen verschillen.

Het gegeven dat het verantwoordelijke gemeentebestuur op afstand staat, is pas echt problematisch indien het keukentafelgesprek al dan niet in fasen wordt opgedragen aan degene die ook verantwoordelijk is voor het realiseren van de zorg. In dat geval ontstaat een mogelijke vermenging van belangen. De zorgaanbieder wordt immers vaak op resultaat gefinancierd (aantallen cliënten die worden geholpen) en heeft er dus belang bij die taak zo laag mogelijk in te schalen (dus: zo min mogelijk uren toe te kennen), waarbij dan tevens het aanbod wordt gedaan om vrijwillig extra uren af te nemen bij dezelfde aanbieder.⁹⁴ De staatssecretaris heeft hierop weliswaar gereageerd door te benadrukken dat alle handelingen - ook die door zorgverleners - plaatsvinden onder verantwoordelijkheid van het gemeentebestuur.⁹⁵ De reactie zal dus zijn: een actieve monitoring,⁹⁶ uitmondend in meer normering en minder gevalbenadering.

In beide gevallen zien we hetzelfde: de politiek gemotiveerde besparingsdoelstelling in combinatie met de bureaucratische neiging om te normeren - versterkt door marktrelaties en de noodzaak tot contractmonitoring - vertroebelen de doelstelling die met het keukentafelgesprek was beoogd, namelijk: de burger centraal en niet de regel. Van een humane rechtsbetrekking komt dan niets terecht.

2.4.2 Uitbreiding algemeen gebruikelijke voorzieningen

Beleidspraktijk

In een groot aantal gemeenten wordt de politieke keuze gemaakt om de publieke verantwoordelijkheid zoals die bestond onder de eerdere wetgeving, terug te brengen en af te stemmen op wat men heden ten dage als eigen ver-

94. Zie hierover: *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 1499.

95. *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 1499.

96. Vergelijk Corrà 2014.

antwoordelijkheid kwalificeert. De meest geëigende methode daartoe is een aantal voorzieningen die in het verleden nog golden als voorzieningen waarvoor men een beroep kon doen op ondersteuning van overheidswege, in de nieuwe situatie te definiëren als algemeen gebruikelijke voorzieningen. Een algemeen gebruikelijke voorziening is een voorziening die in principe voor iedereen beschikbaar is, of mensen nu wel of geen beperking hebben. Wat in de concrete situatie algemeen gebruikelijk is, hangt vaak af van de geldende maatschappelijke normen op het moment van de aanvraag. Een voorziening is algemeen gebruikelijk als deze:

- niet speciaal bedoeld is voor mensen met een beperking, én;
- in de reguliere handel verkrijgbaar is, én;
- in prijs vergelijkbaar is met soortgelijke producten.⁹⁷

Voor de rechtsbetrekking betekent dit dat er - in ieder geval vanuit het perspectief van het gemeentebestuur - geen recht op overheidssteuning bestaat.

Met de decentralisatie is in een aantal gemeenten de reikwijdte van het begrip algemeen gebruikelijk opgerekt tot huishoudelijke ondersteuning. De redenering daarbij is dat eenieder in principe in staat wordt geacht om voor een aantal uren in de week een hulp in de huishouding in te schakelen; of men nu gehandicapt is of niet. In het beleid wordt dan voorzien in een verkapte inkomenstoets, door de hulpbehoevenden met een smalle beurs (vaak gerelateerd aan de toepasselijke bijstandsnorm) een financiële tegemoetkoming te verstrekken omdat voor deze categorie burgers zou gelden dat de inschakeling van een huishoudelijke hulp niet algemeen gebruikelijk is. Een variant vormt de situatie waarin de huishoudelijke hulp voor een beperkt aantal uren per week als algemeen gebruikelijke voorziening wordt gekwalificeerd. Is meer hulp nodig dan algemeen gebruikelijk is, dan kan er weer recht bestaan op ondersteuning van overheidswege.

Juridische beoordeling

Over deze beleidskeuzes is veelvuldig geprocedeerd, resulterend in twee rechtbankuitspraken met een diametraal tegenovergestelde uitkomst. Enerzijds is er de uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 17 december 2015 waarin de rechtbank tot een oordeel werd geroepen over het beleid van de gemeente Lochem, waarin huishoudelijke ondersteuning als algemeen gebruikelijk werd gekwalificeerd.⁹⁸ Met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, waarin huishoudelijke ondersteuning wél werd aangemerkt als ondersteuningsvorm die onder de reikwijdte van de Wmo 2015 zou moeten vallen, kwam de rechtbank tot het oordeel dat

97. Deze definitie is ontleend aan de VNG modelverordening.

98. Rb. Gelderland 17 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7856.

‘(...) van cruciale betekenis [is] of hulp bij het huishouden naar geldende maatschappelijke opvattingen tot het gangbare gebruiks- dan wel bestedingspatroon van een persoon als eiseres behoort. De rechtbank acht van belang dat de hulp bij het huishouden, met de indicatie zoals deze voor eiseres is vastgesteld, het enige middel is om haar beperkingen bij het schoonmaken van haar huis op te heffen en dat dit feit enkel en alleen de reden voor eiseres vormt om van de hulp bij het huishouden gebruik te maken.’

Conclusie: in zijn algemeenheid valt niet vol te houden dat huishoudelijke hulp een algemeen gebruikelijke voorziening is.

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant dacht daar echter heel anders over. In een uitspraak van 7 januari 2016,⁹⁹ oordeelde de rechtbank over het Wmo-beleid van de gemeente Oosterhout waarin het gemeentebestuur van deze gemeente huishoudelijke hulp die verkrijgbaar is op de particuliere markt ziet als een aan de Wmo 2015 voorliggende voorziening. Alleen voor degenen die op het sociaal minimum leven, bestond de mogelijkheid om via bijzondere bijstand hulp gefinancierd te krijgen. Voor alle anderen geldt in deze gemeente huishoudelijke hulp als algemeen gebruikelijk.

Bij de beoordeling van dit beleid stelt de rechtbank vast dat de gemeente hiermee gevolg geeft aan de bedoeling van de wetgever zoals die blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wmo 2015. De rechtbank vindt voor dit oordeel onder meer steun in de memorie van toelichting bij de Wmo 2015.¹⁰⁰ Op pagina 26 is over het aspect ‘voeren van een gestructureerd huishouden’ vermeld: ‘Ondersteuning met het oog op het voeren van een gestructureerd huishouden omvat bijvoorbeeld hulp bij contacten met officiële instanties, hulp bij het aanbrengen van structuur in het huishouden, hulp bij het leren om zelfstandig te wonen, hulp bij het omgaan met onverwachte gebeurtenissen die de dagelijkse structuur doorbreken of hulp bij het omgaan met geld.’

Conclusie: het gemeentebestuur is naar het oordeel van de rechtbank met het uitsluiten van hulp bij het huishouden voor het uitvoeren van schoonmaakwerkzaamheden binnen de wettelijke kaders van de Wmo 2015 gebleven.

Opmerkelijk is nog dat de rechtbank uitdrukkelijk nadere brieven van de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 20 november 2014 (693238 129889-BPZ, pagina 17-18) en van 22 juni 2015 (784460-138262-DMO) negeert. In deze brieven stelt de staatssecretaris zich, samengevat, op het standpunt dat hulp bij het huishouden niet op voorhand mag worden uitgesloten als vorm van maatschappelijke ondersteuning. De rechtbank gaat hieraan voorbij omdat bij vragen over de uitleg van wetgeving de tekst en de parlementaire geschiedenis betekenis toekomt. Uitlatingen gedaan nadat de wettekst was vastgesteld en naar aanleiding van commotie in de

99. Rb. Zeeland-West-Brabant 7 januari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:9.

100. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3.

samenleving en politiek over de mogelijke gevolgen van de Wmo 2015 voor de huishoudelijke hulp voor schoonmaakwerkzaamheden komen minder betekenis toe.

Administrative justice?

Beide uitspraken laten een bestaande praktijk zien waarin gemeentebesturen de grenzen verkennen van wat tot de gemeentelijke zorgplicht wordt gerekend. Dit is een inhoudelijke, politieke keuze, ingegeven door bezuinigingsdoelstellingen,¹⁰¹ die op zichzelf nog niets zegt over de procedure of de vormgeving van de rechtsbetrekking met de burger. Wat wél betrekking heeft op de procedure, is het automatisme waarmee de burger de deur wordt gewezen. Er vindt nauwelijks onderzoek plaats naar de individuele hulpvraag of bijzondere omstandigheden. Voor zover dat onderzoek al wel plaatsvindt, beperkt dat zich tot de financiële capaciteiten van de burger: aspecten die er eigenlijk niet toedoen bezien vanuit het perspectief van de Wmo 2015.

Beide uitspraken laten nog iets anders zien. Zoals eerder opgemerkt had de wetgever mede het oog op het informaliseren van de rechtsbetrekking tussen burger en overheid. Door in samenspraak na te gaan welke voorzieningen passend zouden zijn na de melding, zouden geschillen in een informeel traject kunnen worden opgelost - zonder bezwaar of beroep. De keuze voor een verruiming van de algemene voorziening - waarover ook niet veel samenspraak mogelijk is - resulteert juist in het omgekeerde: een hausse aan bezwaarschriften.¹⁰² De gedachte dat het informele karakter van een rechtsbetrekking ertoe leidt dat geschillen over de reductie van de voorziening niet escaleren in een bezwaar- en beroepsprocedure, is in zoverre naïef gebleken.

Dat zou echter weer anders kunnen zijn zodra de materiële regels over de reikwijdte van de ondersteuning door de overheid helder worden gemaakt. Beide uitspraken laten zien dat die helderheid allerminst gevonden is. De lagere rechters vinden in de parlementaire geschiedenis aangrijpingspunten waarmee de tegenovergestelde conclusie kan worden onderbouwd. Dat illustreert dat de wetgever op zijn minst ambigu is voor wat betreft de beleidsdoelstellingen. Het gevolg is onzekerheid die juridische procedures uitlokt. Een snelle rechtsvormende uitspraak van de hoogste rechter kan hieraan een eind maken. De vraag is of de rechtsbeschermingsprocedures zoals die nu bestaan daarop zijn voorbereid, nu op zijn vroegst anderhalf jaar na inwerkingtreding van de wet een uitspraak van de CRvB is voorzien en het bovendien niet eenvoudig is voor een rechter om een algemene uitspraak te doen op basis van een voorliggend geschil.¹⁰³

101. Dit is ook bevestigd in de interviews; soms werden daaraan nog communautaire doelstellingen toegevoegd ('gemeenschapszin', 'noaberschap' e.d.), maar dat waren vaak doelstellingen die de bezuiniging aanvaardbaar zouden moeten maken.

102. Zie: Y. de Koster, 'Bezwaarschriften leiden tot overuren', *Binnenlands Bestuur* 19 juni 2015.

103. Tollenaar 2015.

2.4.3 Rechtszekerheid: taakindicering

Beleidspraktijk

Een derde case betreft de praktijk waarin gemeenten risico's in de markt proberen 'weg te zetten', door de materiële invulling van de voorziening over te laten aan de aanvrager en de zorgverlener. Het gemeentebestuur volstaat dan met de toekenning van een 'schoon en leefbaar huis', waarna burger en zorgverlener onderling maar moeten afspreken welke werkzaamheden daaronder vallen.

De zorgverlener krijgt intussen een 'lump sum' bedrag van het gemeentebestuur, gebaseerd op een forfaitair aantal zorguren per cliënt. Of en hoe deze uren worden besteed, is aan de zorgverlener die daartoe samen met de burger een plan moet maken. Doorgaans heeft de zorgverlener zich jegens het gemeentebestuur verplicht om de afspraken met de burger vast te leggen in een werkplan of ondersteuningsplan en een klachtenprocedure vast te stellen voor het geval de burger niet tevreden is over de naleving van dat werkplan.

Juridische beoordeling

Bij het taakindiceren krijgt de burger te maken met twee partijen en (mogelijk) twee procedures. Enerzijds is er de beschikking met de algemene aanspraak op een schoon en leefbaar huis. Deze beschikking is appellabel als elke Awb-beschikking. Anderzijds heeft de burger te maken met de (private) zorgverlener bij wie hij terecht kan indien hij het niet eens is met de manier waarop invulling wordt gegeven aan de toegekende voorziening. Eventuele grieven jegens de zorgverlener hebben betrekking op feitelijke handelingen (of het ontbreken daarvan). Deze uiten zich dus in ieder gevallen in de vorm van klachten en onttrekken zich daarbij bovendien aan het zicht van het bestuursorgaan, omdat deze immers geadresseerd zijn aan de zorgverlener.

De juridische complicatie kan zich dan voordoen dat de klacht over de invulling van de toegekende voorziening zich pas manifesteert indien de bezwaartermijn van de beschikking waarmee de voorziening is toegekend, is verstreken. Het gevolg: bezwaar is niet meer mogelijk.

Over deze praktijk is ook geprocedeerd in eerste aanleg. De rechtbanken achten de toekenning van een voorziening als 'schoon en leefbaar huis' onvoldoende concreet om rechten aan te kunnen ontleen. Zeker waar in nadere regels, of in een nader ondersteuningsplan niet wordt geconcretiseerd wat onder die voorziening moet worden verstaan. Voor zover de invulling van de voorziening in de vorm van een ondersteuningsplan pas plaatsvindt nadat de bezwaartermijn tegen de beschikking is verlopen, wordt aangenomen dat die nadere invulling moet worden gezien als verlengde besluitvorming, zodat de bezwaartermijn pas begint te lopen nadat de voorziening is uitgewerkt in de vorm van een bekendgemaakt ondersteuningsplan.

Administrative justice?

De versnippering van procedures door het taakindiceren heeft als aantrekkelijk perspectief dat maatwerk wordt geleverd in overleg met de burger. Het indiceren in 'taken' geeft de zorgverlener een prikkel om huishoudelijke hulp slimmer vorm te geven en zo mogelijk besparingen te realiseren.¹⁰⁴

Procedureel is echter de voornaamste consequentie dat de burger met twee procedures wordt opgescheept indien dat maatwerk niet wordt geleverd. De burger komt dan tussen twee vuren terecht: de zorgverlener die bij klachten verwijst naar de gemeente die 'te krap heeft aanbesteed' en de gemeente die verwijst naar de zorgverlener die 'maar moet zorgen voor een schoon huis'.

Daar komt dan bij dat in beide geschillen verschillende procedureregels van toepassing zijn. Het bestuursrecht kent immers vaste termijnen, terwijl het bij de realisatie van de toegekende voorziening gaat om steeds terugkerende feitelijke handelingen waarover steeds opnieuw klachten kunnen ontstaan. Bovendien is op voorhand niet duidelijk wat de consequentie van de uitkomst van de procedure is: kan de zorgverlener worden gedwongen meer inspanningen te verrichten om het huis schoon te houden?

2.5 Conclusie en aanbevelingen

In deze studie werd de vraag gesteld in hoeverre de lokale verzorgingsstaat een humane rechtsbetrekking realiseert en hoe deze humane rechtsbetrekking kan worden gewaarborgd. Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat de wetgever inderdaad een andere rechtsbetrekking op het oog heeft gehad: minder gejuridiseerd en met meer aandacht voor de burger in al zijn omstandigheden. In het ideale geval vindt via keukentafelgesprekken en maatwerkvoorziening ondersteuning plaats die aansluit bij wat de burger nodig heeft. Tegelijkertijd - en dat moet ook worden geconstateerd - heeft de wetgever dit oogmerk verbonden aan een besparingsdoelstelling, waarbij de burger een hoge mate van eigen verantwoordelijkheid wordt toegedicht.

De besparingsdoelstelling kan op zichzelf argumenten verschaffen voor de rechtvaardigheid van de concrete besluitvorming in de lokale verzorgingsstaat. Juist ook omdat dit in de lokale context leidt tot een politieke afweging waarbij middelen die worden gereserveerd voor de verzorgingsstaat worden afgewogen tegen andere beleidsdoelstellingen. Tegelijkertijd leidt dit tot een praktijk - bijvoorbeeld door oprekken van het begrip algemeen gebruikelijk - die juist tot uniformering van de besluitvorming leidt. De oorspronkelijke doelstelling van de humane rechtsbetrekking verdwijnt daarmee uit beeld. De burger wordt het in de lokale verzorgingsstaat moeilijk(er) gemaakt om zijn

104. In economische termen is de prikkel verschoven van input (aantal zorguren) naar output (resultaat). De zorgverlener heeft dan een prikkel om te streven naar een lagere input.

recht te halen, wordt vermalen tussen verschillende procedures die geen integraal antwoord geven op de vraag welke rechten de lokale verzorgingsstaat verschafft.

De leemte die aldus ontstaat, vergt actie van de wetgever die in wetgeving geschilbeslechtsprocedures kan vormgeven, van het bestuur dat het gebruik van de bevoegdheden kan normeren en instanties kan instellen die toezicht houden op de menselijke maat en ten slotte van de rechterlijke macht die in staat moet zijn om daadwerkelijk recht te doen. In het vervolg van deze paragraaf worden voor elk van de drie fora aanbevelingen geformuleerd met het oog op de versterking van de humane rechtsbetrekking.

2.5.1 Wetgever: integrale geschilbeslechting

Eén van de problemen die in de decentrale verzorgingsstaat opdoemt, is de versnippering van geschilbeslechting over private en publieke instellingen. De grondslag is echter steeds een bestuursrechtelijk besluit waarin een recht wordt toegekend. Het ligt daarom voor de hand om de klachten over de gevolgen van dat besluit, in de zin van de feitelijke handelingen die daarna plaatsvinden, te behandelen in een integrale procedure. Het Wetsvoorstel integrale aanpak klachtafhandeling in het sociale domein kan worden gezien als een poging om dit doel te bereiken.¹⁰⁵ Dit wetsvoorstel kent drie belangrijke aanpassingen ten opzichte van het reguliere bestuursprocesrecht. Allereerst wordt de beroepstermijn verlengd van zes weken tot een half jaar na het bestreden besluit. In de tweede plaats zijn de partijen die deelnemen aan het proces niet beperkt tot het bestuursorgaan en de belanghebbende, maar kan ook de zorgaanbieder als procespartij bij de procedure worden betrokken. In de derde plaats is het onderwerp van geschil niet beperkt tot het besluit waarin rechten of plichten worden toegekend, maar kan de rechter ook tot een oordeel worden geroepen over uitvoeringshandelingen door de zorgaanbieder.

De ambitie van dit wetsvoorstel is helder: voorkomen dat de burger in parallelle procedures belandt. Toch kunnen twee kanttekeningen bij dit wetsvoorstel worden geplaatst. Allereerst beperkt de wetgever de integrale aanpak tot de wetten die tot de lokale verzorgingsstaat gerekend worden. Andere wetten worden daarbuiten gehouden. De wetgever opent een doos van Pandora door het besluitbegrip te relativiseren en procedurele beperkingen te verlichten voor deze geschillen. De motiveringslast waarom niet ook besluitvorming op grond van andere wetten, waarin zich een vergelijkbare problematiek voordoet, in een integrale aanpak kan worden beoordeeld, wordt immers navenant groter.¹⁰⁶ Als oplossing zou men kunnen denken aan een nog verde-

105. *Kamerstukken I 2015/16*, 32 402, S.

106. Vergelijk CRvB 7 april 2010, *AB 2010/173* m.nt. Tollenaar over het besluitkarakter van een inkomensoverzicht.

re verruiming, waardoor alle ‘tweepartijengeschillen’, waarbij geen derdebelanghebbende belang heeft bij een andere afdoening van het geschil (dus: sneller en beperkt tot het besluit), een ruimere toegang tot de rechter wordt verschaft.¹⁰⁷

Een tweede kanttekening is de vraag of het bezwaar en beroep zoals we dat nu kennen in het bestuursrecht, de juiste modaliteiten zijn om deze geschillen op te lossen. In het (recente) verleden is regelmatig gewezen op het formele karakter van deze procedures.¹⁰⁸ Pogingen om deze procedures te informaliseren stuiten niet alleen op organisatorische problemen, maar ook op het probleem dat de juiste vaardigheden ontbreken. Dat geldt dan zowel in bezwaar als beroep.¹⁰⁹ Kortom: wil men serieus werk maken van een integrale geschilbeslechting in het sociale domein, dan vergt dat ook aandacht voor de vaardigheden van degenen die deze geschillen moeten beslechten.

2.5.2 Bestuur: governance en toezicht

Of de humane rechtsbetrekking tot stand komt, is vooral afhankelijk van de keuzes die het bestuur maakt bij de uitvoering van de lokale verzorgingsstaat. Nu de wetgever onzekerheid creëert door ruimte te laten, is het aan het bestuur om deze leemte op te vullen. Dat is uiteindelijk een kwestie van governance en toezicht.

Met governance wordt bedoeld op instituties die bijdragen aan een procedureel voorspelbare en controleerbare besluitvorming en ondersteuning. Niet om de burger (materieel) te geven waar hij om vraagt, maar om duidelijkheid te verschaffen over bevoegdheden en verantwoordelijkheden. Daarbij kan men denken aan nieuwe procedurele regels die het bestuur binden, maar ook aan spelregels waaraan zorgaanbieders zich moeten houden.

Aan nieuwe procedurele regels bestaat behoefte, zo blijkt uit de ‘spelregels Wmo’ die door de ANBO (een belangenorganisatie voor senioren) is ontwikkeld.¹¹⁰ Dit document bevat dertig spelregels die volgens de ANBO als kwaliteitsstandaard dienen voor het proces van melding tot maatwerkvoorziening. De spelregels hebben bijvoorbeeld betrekking op de inhoud van de brief die de burger ontvangt na de melding (spelregel 2). Deze zou de uitnodiging voor een gesprek moeten bevatten, waarbij de melder meteen wordt ingelicht over wat tijdens het gesprek aan de orde zal komen en wordt gewezen op de mogelijkheid voor een onafhankelijke cliëntondersteuning.

De uniformering strekt zich ook uit over het onderzoek na de melding. Het gemeentebestuur dient een persoonlijk gesprek te organiseren en het

107. De Graaf 2013; en het betoog over het bestuurs(proces)recht van twee gestrengheden van Damen, zie bijvoorbeeld CRvB 10 juni 2015, AB 2015/343, m.nt. Damen.

108. Brenninkmeijer & Marseille 2011.

109. Marseille e.a. 2015, p. 46 en 58.

110. ANBO 2015.

onderzoek ‘dient objectief plaats te vinden en mag niet tot een impliciet of expliciet vooropgezette uitkomst leiden.’ (spelregel 9). Ook interessant is spelregel 16: ‘Degene die het gesprek voert mag niet de cliënt dringend een procedure, voorziening of dienst adviseren, wetende dat - de motieven en beweegredenen van de cliënt kennende - dit advies niet strookt met diens belang.’

Dit soort spelregels zouden zich ook kunnen uitstrekken over de aard van de verschillende handelingen van zorgaanbieders. Voor de zorgbranche gelden al verschillende gedragscodes; soms ontwikkeld door de zorgaanbieder zelf en in andere gevallen door brancheverenigingen.¹¹¹ Gemeenten hanteren deze codes niet zelden als een selectiecriteria bij de gunning van opdrachten, of schrijven het ontwikkelen van een gedragscode voor in de convenanten die ontstaan met zorgaanbieders.¹¹² Voor de humane rechtsbetrekking is van belang dat deze codes qua inhoud en strekking zoveel mogelijk vergelijkbaar zijn en dat bovendien is voorzien in een daadwerkelijk sanctie-instrumentarium indien de codes niet worden gevolgd.

De noodzaak van een sanctie-instrument duidt op de noodzaak van toezicht. Geconstateerd wordt dat het bestuur nauwelijks in staat is informatie te verzamelen over de wijze waarop voorzieningen worden gerealiseerd. Waar het bestuur wel informatie heeft opgevraagd, is het niet in staat deze te beoordelen en laat het ten slotte na te interveniëren. Dat duidt op een toezichtstekort.¹¹³ Om dit tekort te vereffenen kan gedacht worden aan nieuwe vormen van toezicht. Als voorbeeld kunnen de sociaal ombudsmannen worden genoemd.¹¹⁴ Deze hebben als taak klachten en problemen te onderzoeken die te maken hebben met het sociale domein. De ombudsman heeft de mogelijkheid om stelselkeuzes ambtshalve te onderzoeken en daarover rapport uit te brengen. Deze functie wordt vervuld naast de meer praktische ondersteuning van burgers in de vorm van het verwijzen naar juiste procedures.

Het ontwikkelen van procedurele spelregels en de instelling van nieuwe functionarissen die toezicht houden op de uitvoering van het sociale domein, zijn beiden voorbeelden van governancestructuren waarmee de ruimte die de wetgever het bestuur biedt, wordt ingevuld en die bijdragen aan een voorstelbare procedurele structuur.

111. Bijvoorbeeld de BTN Gedragscode (een branchevereniging). Maar ook de Code verantwoordelijk marktgedrag Thuisondersteuning van de Transitiecommissie Sociaal Domein (www.transitiecommissiesociaaldomein.nl) valt daaronder.

112. Zo is in het Convenant tussen de gemeenten Delfzijl, Appingedam, Loppersum, Bedum, De Marne, Winsum en Eemsmond en de aanbieders TSN Thuiszorg, Zonnehuisgroep Noord, Beter Thuis Wonen Thuis en 't Gerack afgesproken dat de aanbieders kwaliteit moeten borgen en dat kunnen bewijzen door - bijvoorbeeld - een HKZ certificaat te overleggen.

113. De Ridder 1988.

114. Verschillende gemeenten hebben een sociaal ombudsman. Zie bijvoorbeeld de Sociaal ombudsvrouw De Wolden 2015, p. 9-10.

2.5.3 Rechter: adequate rechtsvorming

De wetgever heeft gekozen voor een tamelijk ruime zorgplicht voor het bestuur. Dat leidt als vanzelf tot een rechtsonzekere situatie waarbij steeds de vraag is of de keuzes die het bestuur maakt, nog recht doen aan de oorspronkelijke doelstellingen van de wetgever. Dat vergt rechtsvorming. De uitspraken die hiervoor zijn besproken, laten zien dat de rechter - zeker in eerste aanleg - bij die rechtsvormende taak tot uiteenlopende antwoorden kan komen.¹¹⁵

Het toenemend belang van de rechtsvormende taak van de rechter leidt tot nieuwe vragen. Legt de rechter wel voldoende rekenschap af van zijn rechtsvormende taak? Heeft hij wel de expertise om in relevante zaken een beslissing te nemen? Wordt hij wel tijdig bereikt in de relevante zaken? En is zijn uitspraak wel richtinggevend genoeg? En vooral: hoe past een rechtspraak die richting geeft en actief bijdraagt aan de rechtsvorming bij de rol die de rechter overigens in bestuursrechtelijke geschillen heeft?

Los van deze algemene bedenkingen ten aanzien van rechtsontwikkeling door de rechter zijn er ten minste drie aspecten in de rechterlijke controle die aandacht behoeven. In de eerste plaats betreft dat de toegang tot het recht. De toegang tot het recht wordt bepaald door formele belemmeringen over ontvankelijkheid. Het eerder besproken wetsvoorstel integrale geschilbeslechting in het sociale domein geeft daar een antwoord op. Daarnaast zijn er echter praktische belemmeringen, waaronder het griffierecht dat wordt geheven voor toegang tot de rechter. Het griffierecht moet niet zodanig hoog zijn dat de rechter praktisch niet kan worden bereikt. In zoverre is het een gunstige ontwikkeling dat de voorgenomen verhoging (en complicering) van de griffierechten van de baan is.¹¹⁶

Een tweede aspect betreft de (gefinancierde) rechtsbijstand. Bij een stelsel dat materieel complex is door ontbrekende normering, kan nauwelijks worden verwacht dat de burger zelf de juiste argumenten aandraagt die bijdragen aan de rechtsvorming. Waar de doelgroep niet kapitaalkrchtig genoeg is om zelf in rechtsbijstand te voorzien, ligt het op de weg van de overheid om rechtsbijstand (deels) te bekostigen. Het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand kan zich op onverminderde aandacht van regering en kabinet verheugen. Voorstellen om de financiering te beperken stuiten op verzet van - met name - de Eerste Kamer. Inmiddels is er in de vorm van een onderzoeksrapport van de commissie Wolfsen inzicht verschaft in de gevolgen van een verdere bezuiniging op de rechtsbijstand.¹¹⁷ Het rapport van deze commissie opent de mogelijkheid om te differentiëren in rechtsbijstand en - bijvoorbeeld

115. Tollenaar 2015, p. 203

116. *Kamerstukken II* 2015/16, 34300 VI, 23.

117. *Kamerstukken II* 2015/16, 31753, 110.

- voor geschillen in het sociale domein ruimhartiger te subsidiëren.¹¹⁸ Het wachten is op een kabinetsreactie.

Indien de burger eenmaal zijn geschil aan de rechter heeft voorgelegd, komt het aan op de toetsingsintensiteit waarmee de rechter het geschil beoordeelt. Met Hirsch Ballin kan worden geconcludeerd dat de ruimte die de wetgever laat geen ‘judicial restraint’ moet opleveren.¹¹⁹ Het is aan de rechter om het legitimiteitstekort op te lossen. De hoogste rechter in het sociale domein - de CRvB - heeft wat dit aangaat een traditie opgebouwd die iets afwijkt van de andere hogere bestuursrechters.¹²⁰ De vraag is wat van die bijzondere rechtspraak overblijft na een herverdeling van de rechtsmacht, waarbij de rechtsmacht van de CRvB wordt verspreid over vier hoven en is voorzien in een cassatiemogelijkheid bij de Hoge Raad. Hoewel dat laatste de rechtseenheid waarborgt, valt in ieder geval op dat de rechtsvorming door de rechter in het sociale domein in een onzekere situatie terechtkomt. De onzekerheid wordt bepaald door het feit dat meerdere hoven bevoegd zijn, maar vooral ook door het gegeven dat het finale oordeel door de Hoge Raad langer op zich laat wachten.¹²¹

Hier staat tegenover dat de herverdeling wel de mogelijkheid biedt om de ‘eigenheid’ van het sociale domein verder vorm te geven - net zoals dat in het fiscale bestuursrecht het geval is.¹²²

De aanbeveling die uit het voorgaande voortvloeit voor de rechter is: kies waar mogelijk voor een indringende toets en houd daarbij oog voor het bijzondere van het sociale domein. Voor zover de wetgever inderdaad kiest voor een herverdeling van rechtsmacht, kan daarin een aangrijpingspunt worden gezien om die bijzondere lijn te versterken.

118. Zie *Kamerstukken II 2015/16*, 31753, 110, p. 110 en 176.

119. Hirsch Ballin 2015, p. 43

120. Zie: Ortlep 2015, p. 106 e.v. Zie ook: Vermeer 2006.

121. Tenzij de Hoven en de Hoge Raad tezamen sneller werken dan de CRvB.

122. Die ruimte voor afwijking biedt dan tevens de mogelijkheid om de CRvB-eigen jurisprudentielijnen voort te zetten. Het zal niet het oogmerk zijn van de wetgever maar wel een mogelijk gevolg.

Maatwerk, gelijkheid, zeggenschap

Solke Munneke

3.1 Inleiding

3.1.1 Aard en afbakening van het onderwerp; probleemstelling

‘De ambtenaar die nu over mij beslist, kent mij niet. En dat is heel fijn. Er zijn nu objectieve maatstaven waarmee bepaald wordt hoe veel zorg ik nodig heb. Straks niet meer. Op een bijeenkomst waar de bedenker van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning uitleg kwam geven, een ambtenaar van het Ministerie van VWS, vroeg ik of een calculerende gehandicapte zich voordat hij verhuist moet afvragen hoe de financiële staat is van de gemeente waar hij zich wil vestigen. Is er achterstallig onderhoud en zijn er veel andere gehandicapten? Die ambtenaar zei: ja. Hij zei ook: en dan kunt u het beste in het oosten van het land gaan wonen.’

Uit: NRC Handelsblad, 19/20 november 2005 (‘De regie kwijtraken - dat is lijden’)¹

Een van de grote discussiepunten in de aanloop naar en in de beginfase van de decentralisaties in het sociaal domein was de vraag naar de ongelijkheid die zou kunnen optreden bij de gedecentraliseerde uitvoering van de wetgeving in het sociaal domein. Door velen werd, zij het vaak vragenderwijs, naar het gelijkheidsbeginsel gewezen en werd gesuggereerd dat deze decentralisaties de toets van de rechterlijke kritiek op dit punt niet zouden kunnen doorstaan. Het door de regering met enige regelmaat genoemde argument van ‘maatwerk’ overtuigde weinigen; betrokken burgers vreesden vooral willekeur en ongelijkheid, en misschien meer nog dan dat een achteruitgang in het hun vertrouwde voorzieningenniveau.

Het is niet zo gemakkelijk om bij deze decentralisatieoperatie het doel, de middelen en de uitgangspunten uit elkaar te houden. Het *doel* van de hele operatie was om te komen tot een efficiëntere uitvoering van de wetgeving in

1. Aangehaald in: Raad voor het openbaar bestuur 2006, p. 36.

het sociaal domein. Daarmee zouden vooral kosten kunnen worden bespaard, enerzijds door een afbouw van bestaande voorzieningen, anderzijds door een sterk op de concrete situatie toegespitste inzet van de nog resterende voorzieningen ('maatwerk'). Uiteraard was aan dat maatwerk ook het voordeel verbonden dat burgers niet nodeloos werden opgezaald met voorzieningen waaraan zij niet echt behoefte hadden en met de administratieve rompslomp die daar bij hoorde: hun persoonlijke situatie zou voortaan centraal komen te staan, wat met name bij multiprobleem-situaties tot een van overheidswege geregisseerd, afgestemd pakket aan hulp en voorzieningen zou moeten leiden. De *uitgangspunten* waarop deze stelselwijziging gebaseerd werd, waren enerzijds het principiële voorop stellen van particuliere oplossingen boven oplossingen en voorzieningen van overheidswege ('eigen verantwoordelijkheid') en anderzijds het voorop stellen van het concrete geval in plaats van de algemene regel ('maatwerk'). Beide uitgangspunten zijn niet uniek voor het sociale domein; zij vormen als het ware de context waarin een groot deel van het tegenwoordige wetgevingsbeleid vorm krijgt.² De gehanteerde *middelen* sluiten nauw bij deze uitgangspunten aan: een afbouw van het voorzieningenniveau van overheidswege, het voorop stellen van hulp door familie of burens, het vervallen van rechten en aanspraken op voorzieningen, het verhogen van eigen bijdragen, et cetera. De rol van de overheid veranderde primair van *leverancier* naar *regisseur*.

Het ging, zo mag duidelijk zijn, om een ingrijpende en principiële stelselwijziging. Daarbij moet bedacht worden dat de wetgeving in het sociaal domein betrekking heeft op de zwakste groepen in de samenleving: groepen burgers die voor hun levensonderhoud en levenskwaliteit vaak in grote mate van de tot dan toe bestaande voorzieningen afhankelijk waren. Bij een dergelijke wetgevingsoperatie mag dan ook nog meer dan gewoonlijk grote zorgvuldigheid van de wetgever worden geëist. Helaas gaf de praktijk in de aanloop naar 1 januari 2015, en ook nog daarna, in een aantal gevallen een ander beeld te zien.

Het is tegen deze achtergrond dat ook de discussie over de dreigende verschillen tussen kwetsbare burgers moet worden gezien. De discussie over de rol van het gelijkheidsbeginsel bij deze decentralisaties is tegelijkertijd veelomvattend en eenzijdig. *Veelomvattend*, omdat vele verschillende vormen van ongelijkheid in het debat aan de orde worden gesteld: enerzijds ongelijke behandeling van burgers binnen één gemeente, ingegeven door de wens maatwerk te leveren, anderzijds ongelijke behandeling tussen verschillende gemeenten van burgers die zich overigens in een vergelijkbare situatie lijken te bevinden. Maar ook bijvoorbeeld ongelijkheid tussen de situaties vóór en na de decentralisaties, of ongelijkheid bij de toepassing van grondrechten, zoals het recht op privacy. *Eenzijdig*, omdat het accent sterk wordt gelegd op

2. Zie voor een overzicht: Van Ommeren 2012.

de uiteindelijke uitvoeringspraktijk en op de werking van het gelijkheidsbeginsel in het concrete geval, waardoor achterliggende doelen en principiële uitgangspunten buiten beeld blijven. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat verdedigers van de decentralisaties in het sociaal domein en de critici daarvan elk hun eigen debat lijken te voeren, zonder met elkaar werkelijk in gesprek te gaan.

In deze bijdrage richt ik mij met name op één type ongelijkheid, namelijk de ongelijkheid die *tussen* gemeenten kan bestaan bij de uitvoering van de sociale wetgeving. Over de ongelijkheid binnen één bepaalde gemeente maak ik wel enkele opmerkingen. Ik plaats de bespreking van de verschillen die tussen gemeenten kunnen bestaan nadrukkelijk in een breder kader: zij worden niet alleen vanuit het gelijkheidsbeginsel beschouwd, maar ook vanuit het decentralisatiebeginsel. Dit beginsel van democratie is hier aan de orde, omdat gemeenten ‘als eerste overheid’ bij de uitvoering van deze wetgeving zijn betrokken en daarin een belangrijke plaats hebben gekregen. Het gelijkheidsbeginsel en het democratiebeginsel staan met elkaar op gespannen voet en de discussie over de differentiatie tussen gemeenten is alleen zinvol als beide beginselen in de analyse worden betrokken.

Daarbij doet zich echter in dit dossier iets bijzonders voor. Hierboven bleek al dat de wetgever tegenover het ‘gelijkheidsargument’ het argument van ‘maatwerk’ heeft geplaatst. Dit maatwerk zou in de ogen van de regering het beste door gemeenten en hun besturen kunnen worden geleverd. Daarmee krijgt het democratiebeginsel een andere inhoud dan gebruikelijk. Het is dan ook zaak afzonderlijk dit argument van maatwerk te analyseren. De differentiatie tussen gemeenten bevindt zich als het ware in een driehoek die gevormd wordt door de uitgangspunten van ‘maatwerk’, ‘gelijkheid’ en ‘zeggenschap’. Elk van deze beginselen werkt in op de beide andere en bepaalt de uiteindelijke plaats van de differentiatie tussen gemeenten.

Hiermee is op hoofdlijnen ook de opbouw van dit stuk gegeven. Begonnen wordt met een beschrijving van het gelijkheidsbeginsel (paragraaf 3.2) en het democratiebeginsel (paragraaf 3.3). Vervolgens beschrijf ik hoe het argument van ‘maatwerk’ zich tot deze beide beginselen verhoudt (paragraaf 3.4). Na een tussenconclusie ga ik vervolgens in paragraaf 3.5 in op de vraag met welke ‘softe’ governance-instrumenten gestuurd kan worden op het speelveld van de driehoek maatwerk - gelijkheid - zeggenschap. Ik sluit af met een conclusie (paragraaf 3.6). Voordat ik echter in de volgende paragrafen het gelijkheidsbeginsel en het democratiebeginsel bespreek, lijkt het zinvol eerst nog enkele algemene uitgangspunten nader toe te lichten.

3.1.2 Eisen van de democratische rechtsstaat

Nederland is een democratische rechtsstaat.³ De essentie van de rechtsstaat is dat ook de overheid zelf aan het recht gebonden is en langs die weg machtsconcentratie bij de overheid en willekeur in de behandeling van burgers worden voorkomen. De essentie van democratie is dat burgers zelf meebeslissen hoe het recht luidt dat hen bindt. Hoewel conceptueel te scheiden zijn democratie en rechtsstaat, in de woorden van Hirsch Ballin, ‘niet los verkrijgbaar’.⁴

Het is in de staatsrechtelijke literatuur gebruikelijk de rechtsstaat aan de hand van een viertal kenmerken te definiëren: a) de legaliteitseis, die inhoudt dat overheidsoptreden op een voldoende wettelijke grondslag moet berusten en in overeenstemming met de wet moet zijn; b) machtenscheiding en evenwicht van machten (*checks and balances*), met daarbij in het bijzonder c) onafhankelijke rechtspraak, en d) de erkenning van grondrechten. Hoewel dit zeker belangrijke kenmerken zijn, doen zij nauwelijks recht aan de achterliggende idee van de (democratische) rechtsstaat. In dat opzicht biedt een indeling van de hand van Zijlstra meer inzicht en bruikbaarheid. Volgens Zijlstra⁵ kan in de democratische rechtsstaat een drietal ‘dimensies’ worden onderscheiden die elk worden gekenmerkt door een of meer centrale beginselen. Het centrale beginsel van de dimensie ‘*democratie*’ is *zeggenschap*. De dimensie van de ‘*liberale rechtsstaat*’ wordt gekenmerkt door de centrale beginselen van *vrijheid*, *rechtszekerheid* en *rechtsgelijkheid*. De dimensie van de ‘*sociale rechtsstaat*’, ten slotte, heeft als centraal beginsel het beginsel van de *sociale rechtvaardigheid*.

Het kenmerk van beginselen is dat zij geen alles-of-niets-karakter hebben, zoals harde regels, maar in meer dan wel mindere mate kunnen worden verwezenlijkt. Zij kunnen bovendien onderling botsen, wat meebrengt dat dan naar een evenwicht tussen deze conflicterende beginselen gezocht moet worden.

Zijlstra onderscheidt voor elk van de drie genoemde dimensies vervolgens nadere beginselen die de centrale beginselen, zoals de naam al aangeeft, nader uitwerken.

Nadere beginselen in de ‘dimensie van de democratie’ zijn: het beslissen door algemeen vertegenwoordigende organen; het kiesrecht; politieke verantwoordelijkheid; decentralisatie; inspraak; politieke burgerschapsrechten, en openbaarheid.

Nadere beginselen in de ‘dimensie van de liberale rechtsstaat’ zijn: wetmatig-

3. Er zijn concrete plannen woorden van die strekking in de Nederlandse Grondwet vast te leggen, en wel in de vorm van een algemene, ongenummerde, bepaling die vooraf zal gaan aan artikel 1 Gw.

4. Hirsch Ballin 2011, p. 71-73.

5. Zie Zijlstra 2012, p. 75.

heid van bestuur; machtsverdeling; grondrechten; rechterlijke controle en voorlichting.

Nadere beginselen in de ‘dimensie van de sociale rechtsstaat’ zijn: effectiviteit; doelmatigheid.

We zien dat de problematiek van de decentralisaties in het sociale domein die hier aan de orde is - de vraag naar de rechtmatigheid van de verschillen die tussen gemeenten kunnen optreden - elk van de dimensies van de democratische rechtsstaat raakt: *decentralisatie* als nader beginsel van het centrale beginsel zeggenschap; grondrechten, meer in het bijzonder *gelijkheid*, als beginsel van de liberale rechtsstaat en *effectiviteit* als nader beginsel in de dimensie van de sociale rechtsstaat. Als gezegd kunnen dergelijke beginselen onderling botsen, omdat zij geen alles-of-niets-karakter hebben. In de volgende twee paragrafen zal ik daarom eerst de beginselen van gelijkheid en van decentralisatie nader uitwerken.

3.2 Het gelijkheidsbeginsel

3.2.1 Gelijkheid als beginsel van de liberale rechtsstaat

We zagen hiervoor dat ‘rechtsgelijkheid’ als een centraal beginsel van de liberale rechtsstaat kan worden beschouwd, evenals vrijheid en rechtszekerheid.⁶ Als rechtsstatelijke norm geldt zij voor zowel de wetgever als het bestuur. Voor het bestuur betekent dit dat het concrete gelijke gevallen naar de mate van hun gelijkheid gelijk behoort te behandelen. Voor de wetgever betekent dit dat ook de algemene regels geen verboden onderscheid mogen maken en evenmin tot ongelijkheid bij de toepassing in concrete gevallen mogen leiden. Van dat laatste kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer het bestuur bij de uitvoering van de wet geen beleidsvrijheid heeft en de wet zelf een verboden onderscheid maakt, of wanneer de rechtsgevolgen rechtstreeks uit de wet voortvloeien. De mogelijkheid van ongelijke behandeling door het *bestuur* als gevolg van de toekenning van beleidsvrijheid is als zodanig niet iets dat met succes aan de *wetgever* kan worden tegengeworpen. Wel is denkbaar dat een dergelijk onrechtmatig handelen aan de *staat* wordt toegerekend.

De in het gelijkheidsbeginsel besloten liggende plicht om gelijke gevallen gelijk te behandelen is een in de praktijk lastig toepasbare regel. Zij veronderstelt in heel algemene bewoordingen dat voor zover A en B voor de toepassing van rechtsregel X als gelijke gevallen zijn te beschouwen, de rechtsgevolgen van regel X voor zowel A als B zullen intreden, tenzij er legitieme redenen zijn om, ondanks de gelijkheid van de gevallen A en B, toch tot een verschillend rechtsgevolg te komen.

6. Zie ook Raad voor het openbaar bestuur 2006, p. 15.

Bovenstaand algemeen model laat zien dat er op zijn minst drie ‘hobbels’ te nemen zijn, willen A en B ook daadwerkelijk op dezelfde wijze (moeten) worden behandeld. In de eerste plaats moeten A en B als gelijke gevallen worden gekwalificeerd. Is van gelijke gevallen geen sprake, dan biedt de gelijkheidsnorm geen soelaas. In de tweede plaats moet het rechtsgevolg van rechtsregel X voldoende nauwkeurig zijn omschreven. Een norm die in heel algemene bewoordingen een rechtsgevolg beschrijft (‘passende zorg’, ‘adequate voorziening’) kan in de praktijk tot een grote mate van variëteit aan middelen of voorzieningen leiden, zonder dat in dat geval van ongelijkheid kan worden gesproken. In de derde plaats moet er geen legitieme grond zijn voor een afwijkende behandeling van A en B. Deze grond zou kunnen liggen in de werking van een ander, botsend rechtsbeginsel. Naast deze drie bestaat nog een vierde ‘hobbel’. Deze vierde hindernis kan zijn gelegen in het feit dat niet steeds alle vormen van ongelijkheid door een specifieke wettelijke bepaling worden verboden. Bij het invoeren van een specifieke gelijkheidsnorm zal dus steeds eerst naar de reikwijdte van die bepaling moeten worden gekeken. Logischerwijs gaat deze vierde stap aan de eerstgenoemde drie vooraf; ik zal dan ook met een bespreking daarvan beginnen.

3.2.2 Gelijkheidsnormen naar positief recht

Zowel in het nationale recht als in mensenrechtenverdragen die door Nederland zijn geratificeerd en goedgekeurd, is gelijkheid als rechtsnorm vastgelegd. Daarvan wordt hier allereerst een beknopt overzicht gegeven.

Nationaal

Naar nationaal recht is in de eerste plaats te wijzen op artikel 1 van de Nederlandse Grondwet.

‘Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politiek gezindheid, ras geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.’

De eerste volzin verplicht tot het gelijk behandelen van gelijke gevallen. De tweede volzin bevat een discriminatieverbod dat weliswaar een aantal gronden specifiek noemt, maar door de woorden ‘of op welke grond dan ook’ toch niet-limitatief is. ‘Discriminatie’ heeft in de Nederlandse Grondwet een specifiekere betekenis dan in veel buitenlandse regelingen of in verdragen. Het ziet op het maken van een niet-gerechvaardigd onderscheid, waarbij gewoonlijk een verband wordt gelegd met ‘volstrekt ontoelaatbare motieven’⁷ of met ontoelaatbaar onderscheid vanwege wezenlijke, met het menszijn als zodanig nauw verbonden persoonskenmerken. Beide zinnen van

7. Gerards 2013, p. 3.

artikel 1 moeten in hun onderlinge verband worden gelezen; meestal wordt ook geen duidelijk onderscheid tussen de beide zinnen gemaakt.⁸

Ondanks de niet-limitatieve opsomming van gronden is de Nederlandse rechtspraak geneigd aan het al dan niet genoemd staan van een bepaalde grond voor onderscheid wel betekenis toe te kennen. De jurisprudentie laat zien dat een onderscheid op een van de in artikel 1 Gw expliciet genoemde gronden zelden gerechtvaardigd wordt geacht en aan een strenge rechterlijke toets wordt onderworpen, terwijl onderscheid op een andere grond aan een minder strikte toets wordt onderworpen en dus eerder de toets der kritiek kan doorstaan.⁹ Bij die praktijk zijn overigens, in het licht van de EHRM-jurisprudentie over de hierna te bespreken verdragsbepalingen, wel wat vraagtekens te plaatsen.¹⁰ Op te merken is op dit moment dat woonplaats niet als grond in artikel 1 Gw staat genoemd.

De algemeen geformuleerde gelijkheidsnorm van artikel 1 Gw is voor specifieke terreinen nader uitgewerkt in onder meer de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Daarin staat niet het begrip discriminatie, maar het begrippenpaar ‘direct en indirect onderscheid’ centraal, zij het toegespitst op een aantal maatschappelijke terreinen en uitsluitend met betrekking tot de in die wet opgesomde gronden. De AWGB is met name van betekenis omdat zij, anders dan artikel 1 Gw, ook rechtstreeks werkt in horizontale verhoudingen.

Artikel 120 Gw brengt mee dat het de rechter niet is toegestaan wetten in formele zin te toetsen aan bepalingen uit de Grondwet. Uit het Harmonisatiewet-arrest blijkt dat toetsing van de wet in formele zin aan het Statuut en aan fundamentele ongeschreven rechtsbeginselen evenmin is toegestaan. Voor dit onderzoek betekent het dat rechterlijke toetsing van de Participatiewet, de Jeugdwet en de Wmo 2015 aan artikel 1 Gw niet mogelijk is. Het toetsingsverbod geldt evenwel niet voor lagere wetgeving. Decentrale regelgeving kan dus wel aan artikel 1 Gw worden getoetst, tenzij die toetsing van de lagere regelgeving de facto neer zou komen op toetsing van de normen uit de wet in formele zin zelf. Nu bij de wetgeving in het sociale domein de wet in formele zin zelf niet heel veel concrete materiële normen bevat en die normen vaak pas op decentraal niveau zijn vastgesteld, zal die situatie zich vermoedelijk niet zo snel voordoen.

Op nationaal niveau valt in de tweede plaats te wijzen op het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Hoewel niet gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht, brengt dit ongeschreven beginsel mee dat bestuursorganen bij de toepassing van bestuursbevoegdheden gelijke

8. Gerards 2013, p. 3.

9. Zie bijvoorbeeld CRvB 4 november 1993, AB 1994/213 (*Van Maarseveen*).

10. Zie Gerards 2013, p. 13.

gevallen gelijk hebben te behandelen. Ongelijke gevallen daarentegen mogen ongelijk worden behandeld.

Bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel wordt een met artikel 1 Gw overeenkomend denkschema gevolgd: allereerst moet worden nagegaan of het gelijkheidsbeginsel op een bepaald onderscheid ziet. Vanwege het ontbreken van limitatief omschreven gronden is dat zelden tot nooit een probleem. Vervolgens moet - als gezegd - worden nagegaan of sprake is van op juridisch relevante punten vergelijkbare gevallen. Is dat niet het geval, dan zal een beroep op het gelijkheidsbeginsel niet slagen, al kan nog wel sprake zijn van bijvoorbeeld willekeur of een motiveringsgebrek. Is dat wel het geval, dan zal moeten worden nagegaan of voor de ongelijke behandeling van juridisch gelijke gevallen een rechtvaardiging bestaat. Zo ja, dan is geen sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel: het onderscheid is dan gerechtvaardigd.

Een beroep op het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur slaagt in de praktijk zelden, al wordt het vaak ingeroepen, zo blijkt uit de bestuursrechtelijke jurisprudentie en literatuur. Twee zaken zijn zelden juridisch gelijk en de verschillen vaak relevant voor de uitkomst van de zaak. Daarop wordt hieronder in paragraaf 3.4 nader ingegaan.

Europees en internationaal

Artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) bevat een eenieder verbindende gelijkheidsbepaling.

‘Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status.’

Artikel 26 IVBPR verplicht ook de Nederlandse wetgever bij het opstellen van algemeen verbindende voorschriften te voorkomen dat toepassing van die wetgeving tot ongerechtvaardigd onderscheid leidt. In het verleden zijn dan ook enige opzienbarende zaken bij de rechter langsgekomen waarin Nederlandse wetgeving in strijd met artikel 26 IVBPR werd geacht, al blijft zoiets tamelijk zeldzaam en uitzonderlijk. Bij de uitleg van artikel 26 wordt de bepaling zo gelezen dat wetten allereerst consistent moeten worden toegepast op alle gevallen die onder hun reikwijdte vallen (gelijkheid *voor* de wet). Daarnaast geldt ‘dat classificaties in wetgeving alleen zijn toegestaan als de gevallen waartussen wordt onderscheiden relevante verschillen vertonen, of

als voor het verschil in behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat'¹¹ (gelijkheid *door* de wet).

De bepaling is voorts ruim geformuleerd en bevat een niet-limitatieve opsomming ('van welke aard ook', 'op welke grond ook', 'of andere status') van gronden. Het is niet zonder meer juist om aan te nemen dat de expliciet genoemde gronden aan een strengere toets worden onderworpen dan andere niet-genoemde gronden.¹²

Artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) kent een wat anders opgezette gelijkheidsnorm.

'Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.'

Het artikel koppelt de gelijkheidsnorm aan de verzekering van de overige grondrechten die in het EVRM worden vermeld. In de rechtspraak is uitgemakkt dat het artikel eenieder verbindend is en dus voor de nationale rechter kan worden ingeroepen. Evenals bij artikel 26 IVBPR staat het toetsingsverband niet aan toetsing aan artikel 14 EVRM in de weg. Vanwege het accessoire karakter van dit grondrecht is voor de toetsing van wetgeving in formele zin niettemin van beperktere betekenis dan artikel 26 IVBPR.¹³

Naast het accessoire artikel 14, kent het EVRM een specifiek protocol met betrekking tot gelijkheid: het Twaalfde Protocol bij het EVRM, dat ook door Nederland is goedgekeurd.¹⁴ Het eerste artikel van dit Twaalfde Protocol EVRM luidt:

'1. Het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijk afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

2. Niemand mag worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag op met name een van de in het eerste lid vermelde gronden.'

Bij de beoordeling van de vraag of een onderscheid discriminerend is in de zin van artikel 14 EVRM hanteert het EHRM een min of meer vast toetsingsmodel:

11. Gerards 2013, p. 17.

12. Gerards 2013, p. 17-18.

13. In die zin dat het accessoire karakter meebrengt dat ook altijd over schending van een ander EVRM-recht zal worden geklaagd, iets wat het EHRM gewoonlijk als eerste toetst.

14. In werking getreden voor Nederland op 1 april 2005.

‘a distinction is discriminatory, for the purposes of Article 14, if it has ‘no objective and reasonable justification’, that is if it does not pursue a ‘legitimate aim’ or if there is not a ‘reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized’. Moreover the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment.’¹⁵

Nadat is vastgesteld dat van vergelijkbare gevallen sprake is zal het Hof dus, bij de vraag of voor de ongelijke behandeling van die vergelijkbare gevallen een rechtvaardiging bestaat, nagaan: a) of een legitieme doelstelling wordt nagestreefd en b) of het gemaakte onderscheid tot dit doel in een redelijke verhouding staat. Ook beoordeelt het Hof c) de proportionaliteit van de aantasting van belangen in het licht van de nagestreefde belangen. De Nederlandse rechter volgt dezelfde toetsingssystematiek bij toetsing aan deze verdragsbepalingen.¹⁶

Ten aanzien van sommige gronden van onderscheid is het Hof extra streng in zijn toetsing: het gaat dan nauwkeuriger dan anders na of de aangevoerde argumenten voor onderscheid dit onderscheid wel kunnen dragen.¹⁷ In dergelijke situaties wordt gesproken van de zogeheten ‘*very weighty reasons-test*’. Haalt het Hof deze ‘test’ van stal, dan betekent dat in de praktijk gewoonlijk dat het gemaakte onderscheid niet geaccepteerd wordt door het Hof. Het Hof hanteert de *very weighty reasons-test* bij een aantal zogeheten ‘verdachte gronden van onderscheid’, zoals geslacht, seksuele gerichtheid, ras, geestelijke handicap en godsdienst. De lijst met verdachte gronden loopt niet helemaal parallel met de lijst van gronden die uitdrukkelijk in de tekst van het artikel staan genoemd. Onderscheid op grond van woonplaats valt niet onder het bereik van deze strengere toets.

Ten slotte valt nog te wijzen op artikel 2 van het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR) en Part V, Artikel E van het Europees Sociaal Handvest (ESH). Beide blijven hier buiten verdere bespreking, nu het in beide gevallen niet gaat om eenieder verbindende verdragsbepalingen die voor de nationale rechter inroepbaar zijn. Ook het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie blijft hier buiten beschouwing, evenals diverse verdragen die op specifieke vormen van discriminatie zien.

15. EHRM 30 september 2003, 40892/98 (*Koua Poirrez/Frankrijk*), par. 46, ook aangehaald bij Gerards 2013, p. 4. Zie ook EHRM 29 april 2008, 13378/05 (*Burden/Verenigd Koninkrijk*), par. 60.

16. Bijvoorbeeld HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1206, r.o. 3.3.1.

17. Gerards 2013, p. 5.

3.2.3 Is sprake van vergelijkbare gevallen?

Algemeen

Uit bovenstaande schets van gelijkheidsnormen blijkt dat de reikwijdte van het gelijkheidsbeginsel zelden een probleem is en dat bovendien de wijze van toetsing bij de verschillende normen grotendeels dezelfde is. Een van de meest wezenlijke vervolgvragen is dan de vraag of van gelijke gevallen sprake is. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt in de praktijk zeer zelden, met name vanwege deze hierboven als eerste genoemde ‘hobbel’: twee gevallen worden zelden als gelijk aangemerkt. Ieder mens is uniek; in die zin zijn twee gevallen nooit gelijk. Het gaat er dus om vast te stellen wanneer twee gevallen ‘juridisch’ als gelijk zijn te beschouwen: sommige verschillen zijn wel, andere niet relevant. In veel jurisprudentie over het gelijkheidsbeginsel gaat het dan ook om de vraag of een onderscheid tussen A en B dat tot een verschil in behandeling heeft geleid (d.w.z. een ander rechtsgevolg), terecht in de beslissing is betrokken, dan wel door het bestuur als irrelevant terzijde had moet worden geschoven.

Om vast te stellen of verschillen wel of niet relevant zijn, hanteert de rechter gewoonlijk een zogeheten ‘vergelijkingsmaatstaf’: een achterliggende schaal of verzameling waarvan de te vergelijken objecten beide deel uitmaken.¹⁸ Schending van het gelijkheidsbeginsel is dan aan de orde als tegen de achtergrond van die maatstaf sprake is van ongelijke behandeling zonder dat daarvoor een rechtvaardiging bestaat.¹⁹ De vergelijkingsmaatstaf wordt ontleend aan het doel van de regeling in kwestie. Zo zal bijvoorbeeld de hoogte van iemands inkomen wel relevant zijn voor een regeling over huursubsidie of bijstand, maar niet voor een regeling over toekenning van het kiesrecht. Het veronderstelt overigens wel dat het doel van de regeling zelf niet discriminatoir van karakter is.

Kijken we naar de decentralisaties in het sociaal domein, dan is het nodig onderscheid te maken tussen ongelijke behandeling *binnen* een gemeente en ongelijke behandeling *tussen* verschillende gemeenten. Ik behandel beide gevallen hier eerst afzonderlijk, en ga daarna nog dieper in op de situatie van verschillen tussen gemeenten.

Ongelijke behandeling binnen een gemeente

Door het uitgangspunt van ‘maatwerk’ te benadrukken wordt de indruk gewekt dat geen twee gevallen dezelfde zijn en het gelijkheidsbeginsel in de praktijk geen rol van betekenis zal spelen. Hoewel daarover in algemene zin moeilijk concrete uitspraken gedaan kunnen worden, kan wel worden vastgesteld dat een dergelijke benadering te kort door de bocht is. Bedacht moet worden dat ongelijke behandeling alleen toegestaan is als van ongelijke ge-

18. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 420. Gerards 2002, p. 58 e.v.

19. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 420-421.

vallen sprake is, dat wil zeggen van *in het licht van de regeling* relevante verschillen. Het feit dat de wetgever op centraal niveau aan het gemeentebestuur veel ruimte heeft gelaten voor het invullen van een eigen beleid, ontslaat het bestuur er in het concrete geval niet van om dat beleid consistent toe te passen. Dat geldt in de eerste plaats voor de regels uit de verordeningen die op basis van de wet verplicht zijn vastgesteld, het geldt bovendien voor het beleidsplan als dat door de wetgever verplicht is voorgeschreven, en het geldt in de derde plaats voor de wijze waarop door het bestuur van de toegekende beleidsvrijheid gebruik wordt gemaakt. Met andere woorden: het gelijkheidsbeginsel dwingt niet alleen tot gelijke toepassing van de reeds vastgestelde normen ter uitwerking van de wet, het gelijkheidsbeginsel dwingt ook tot het opstellen van nadere normen om ongelijke behandeling als gevolg van toegekende beleidsvrijheid te voorkomen. Nu het veelal gaat om kwetsbare groepen die voor hun levensonderhoud en -kwaliteit van deze voorzieningen vaak zeer afhankelijk zijn, kan van de rechter op dit punt een kritische houding worden verwacht.

Gaat het bijvoorbeeld om verschillen in de hoogte van de eigen bijdrage voor een bepaalde voorziening, dan zijn inkomens- en vermogensverschillen en kosten voor andere voorzieningen uiteraard relevant. Wordt echter van verschillende zorgaanbieders gebruikgemaakt, die elk een eigen tarief hantieren, dan zijn dat geen voor het maken van onderscheid relevante verschillen. Het gelijkheidsbeginsel zal daaraan dus in de weg staan.²⁰

Ongelijke behandeling tussen gemeenten

Een typerend kenmerk van de decentralisaties in het sociaal domein is dat een voorziening die voorheen centraal en dus uniform was geregeld, als gevolg van de decentralisatie door de verschillende gemeenten verschillend wordt uitgevoerd. Er zijn dus verschillen tussen gemeenten ontstaan. De consequentie daarvan is dat twee personen die zich in dezelfde feitelijke situatie bevinden en die voorheen dezelfde voorzieningen kregen, nu een verschillende voorziening kunnen krijgen als zij in verschillende gemeenten wonen. Een van tweeën zal dan wel beter af zijn dan de ander. Nu de wet bovendien een grote mate van vrijheid aan de gemeentebesturen toekent voor het voeren van een eigen beleid, kunnen die verschillen groot worden. De kernvraag hier is dus deze: is het feit dat burgers in verschillende gemeenten woonachtig zijn wel of niet aan te merken als relevant verschil voor de werking van het gelijkheidsbeginsel?

De vraag is met name bekend uit de bestuursrechtelijke literatuur. Een bestuursorgaan is in beginsel zelf verantwoordelijk voor de wijze waarop het beleid voert en de wijze waarop het de wet uitlegt en toepast. Het is, zonder daartoe strekkende wettelijke norm, niet verplicht zijn beleid af te stemmen

20. Zie bijvoorbeeld Y. de Koster, 'Kwart mijdt dure zorg', *Binnenlands Bestuur* 12 februari 2016, p.10.

of in overeenstemming te brengen met het beleid van een ander bestuursorgaan, dat immers zelf ook de verantwoordelijkheid voor het voeren van een eigen beleid draagt. Die plicht bestaat ook niet als het om de uitoefening van een zelfde of vergelijkbare bevoegdheid bij beide gemeenten gaat. In de woorden van Van Wijk - Konijnenbelt & Van Male:

‘Het gelijkheidsbeginsel betekent dus dat ‘binnen één beleid’ gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld.’²¹

Schlössels en Zijlstra schrijven in hun bestuursrechtelijke handboek:

‘Een toetsing op gelijkheid is vaak een beoordeling op consistentie van beleid. Anders gezegd: het voeren en bewaken van een consistent, doordacht en verdedigbaar beleid is een belangrijke indicatie voor het feit dat het gelijkheidsbeginsel wordt gerespecteerd.’²²

Ook dat standpunt gaat met nadere woorden uit van één bestuursorgaan dat een consistent beleid voert ten aanzien van het eigen werkterrein, niet van twee bestuursorganen die de plicht zouden hebben hun beleid op elkaar af te stemmen, of gelijk te trekken. Het is vaste jurisprudentie dat geen plicht voor het ene bestuursorgaan bestaat om op grond van het gelijkheidsbeginsel overeenkomstig aan een ander bestuursorgaan te besluiten.²³ In het licht van de met de decentralisatie verbonden notie van een eigen democratische legitimatie voor de afzonderlijke gemeentebesturen (daarover meer in de volgende paragraaf), is dat ook begrijpelijk. Van Wijk - Konijnenbelt & Van Male daarover:

‘Een beroep op het gelijkheidsbeginsel pleegt in elk geval te falen: (...) als het beweerdelijk gelijke geval is beslist door een ander bestuursorgaan.’²⁴

Het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is met andere woorden alleen inroepbaar als het gaat om handelingen van hetzelfde bestuursorgaan en dus om de (on)gelijke behandeling van gevallen binnen een gemeente. Het beginsel is niet inroepbaar tussen gemeenten: zijn meerdere bestuursorganen betrokken, dan vormen hun besluiten geen vergelijkbare gevallen en zal geen sprake zijn van schending van het gelijkheidsbeginsel.

In de literatuur is wel gesuggereerd dat deze regel enigszins zou moeten worden genuanceerd. Zo schreef Vonk in 2012 in het *Nederlands Juristenblad*:

‘Het moge voor de bijstandsgerechtigde misschien vreemd overkomen dat hij bij een verhuizing plotseling te maken krijgt met een ander set van regels, of

21. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 324.

22. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 425.

23. Zie de in de genoemde bestuursrechtelijke handboeken genoemde jurisprudentie.

24. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 324.

misschien wel met een lagere uitkering, staatsrechtelijk is daar niets op tegen, zolang maar is voldaan aan de opdracht van artikel 20 lid 3 GW (recht op bijstand van overheidswege). Toch zou ik hier wel een zeker voorbehoud willen maken. Gemeentelijke verschillen moeten wel kunnen worden herleid tot een expliciete en bewuste afweging van gemeentelijke organen ten aanzien van de eigen koers die men wil varen. Waar feitelijk sprake is van landelijk beleid dat door allerlei instrumenten wordt afgedwongen (beleidsaanwijzingen van de Minister van SZW, centrale financieringsvoorschriften, afspraken met de VNG, enz.) en onderlinge verschillen bij de uitvoering van dit beleid hooguit toevallig of door arbitraire interpretatieverschillen (van dat landelijke beleid) tot stand komen, dan is er wel degelijk aanleiding om afwijkingen kritisch te toetsen. Anders ontstaat er een heel merkwaardig contrast met de eisen die worden gesteld aan de uitvoering van nationale wettelijke regelingen.²⁵

Met Vonk kan worden ingestemd dat de beleidsvrijheid van decentrale overheden alleen dan een legitimatie voor verschil in behandeling kan zijn, als ook daadwerkelijk beleid kan worden gevoerd. Is de beleidsvrijheid van bovenaf feitelijk of juridisch ‘dichtgetimmerd’, dan mag een grotere consistentie van gemeentebesturen worden verwacht. Dit is met name van belang voor de hierna in paragraaf 3.5 te bespreken governance-instrumenten.

3.2.4 Formele en materiële gelijkheid

De tweede hiervoor genoemde hobbel voor daadwerkelijk gelijke behandeling schuilt in de mate van openheid van het te verwachten rechtsgevolg. Hier gaat het niet zozeer om de vraag wanneer sprake is van gelijke gevallen, maar om de vraag wanneer sprake is van gelijke behandeling.

In de literatuur wordt wel onderscheid gemaakt tussen twee vormen van gelijkheid: formele gelijkheid en materiële gelijkheid.²⁶ Bij formele gelijkheid worden twee personen die zich in juridisch gelijke gevallen bevinden op dezelfde wijze behandeld, zij krijgen bijvoorbeeld dezelfde voorziening. Bij materiële gelijkheid gaat het erom personen vanuit een verschillende uitgangspositie op een zelfde resultaat uit te laten komen; niet het middel, maar het doel, de uitkomst, moet gelijk zijn. Het materieel gelijkheidsbeginsel wordt wel eens kernachtig weergegeven als de plicht ongelijke gevallen ongelijk te behandelen zodat zij uiteindelijk hetzelfde resultaat bereiken, terwijl het bij formele gelijkheid gaat om het gelijk behandelen van gelijke gevallen, ongeacht het resultaat. Positieve actie (voorkeursbehandeling) past bij een materiële invulling van het gelijkheidsbeginsel, niet bij een formele invulling daarvan.

25. Vonk 2012.

26. Uitgebreid Loenen 2009, p.19-34.

Het materiële gelijkheidsbeginsel kijkt dus niet naar het te hanteren middel, maar naar het na te streven doel. Het maakt onderscheid in middelen mogelijk, als de uitkomst maar voor eenieder gelijk is. Juist in dat onderscheid in middelen schuilt zowel de ruimte als het gevaar.

In het licht van de voorzieningen in het sociaal domein is het onderscheid ook van betekenis. Als de wet immers niet langer de specifieke aanspraken omschrijft waarop burgers precies recht hebben, maar in veel algemenere termen een voorziening aanduidt die op verschillende manieren vorm kan krijgen, duidt dat op een benadering die beter bij het materiële dan het formele gelijkheidsbeginsel past. Uit het voorbeeld van positieve actie blijkt wel dat een bijzonder, legitiem doel gediend moet worden met het ongelijk behandelen van burgers teneinde een gelijk resultaat te bereiken. Het enkele feit dat gemeenten verschillende instrumenten kiezen om vorm te geven aan het door de wet als uitkomst omschreven beleid, brengt dus niet zonder meer mee dat van (materieel) gelijke behandeling geen sprake kan zijn.

3.2.5 Woonplaats en gelijkheid

Het derde element van gelijkheid betreft de vraag of sprake is van een rechtvaardiging voor het ongelijk behandelen van gelijke gevallen. Bovenstaande materiële vorm van gelijkheid is daarvan in feite ook een voorbeeld, maar hier gaat de aandacht in het bijzonder uit naar de vraag of bijvoorbeeld het decentralisatiebeginsel als een rechtvaardiging zou kunnen gelden. Omdat dit echter beschrijving van dit beginsel vooronderstelt, komt deze vraag aan het einde van de volgende paragraaf aan de orde. Op deze plaats wordt eerst nader ingegaan op de vraag hoe vanuit het gelijkheidsperspectief in de jurisprudentie tegen een verschil in woonplaats wordt aangekeken.

Wanneer gemeenten elk hun eigen beleid voeren, is het denkbaar dat twee burgers die in exact dezelfde situatie verkeren, verschillend worden behandeld vanwege hun verschil in woonplaats. Dat roept de vraag op of in een dergelijk geval sprake is van een verboden of verdacht onderscheid. Daarbij blijft de problematiek dat door twee verschillende bestuursorganen wordt beslist vooraleerst even buiten beschouwing.

Het eerste wat moet worden geconstateerd, is dat woonplaats in geen enkele non-discriminatiebepaling expliciet staat genoemd. Aangezien de meeste van deze normen echter niet-limitatief zijn, is daarmee nog niet uitgesloten dat zij binnen de reikwijdte van de betreffende bepaling vallen. De (EHRM-) jurisprudentie biedt geen eenduidig beeld op dit punt. Enerzijds valt te wijzen op een aantal zaken waaruit, vanwege een verwijzing naar het niet-limitatieve karakter van de opgesomde gronden, kan worden afgeleid dat ook een onderscheid op basis van woonplaats onder de werking van het artikel kan vallen. Daartegenover staan echter zaken waarin het Hof in Straatsburg heeft benadrukt dat het bij het maken van onderscheid steeds moet gaan om met de persoon nauw verbonden eigenschappen en status ('personal characte-

ristics’).²⁷ Omdat woonplaats niet als zodanig is te kwalificeren, zou een enkel onderscheid op grond van woonplaats niet onder de werking van de gelijkheidsbepalingen vallen. In de zaak *Magee* uit 2000 herhaalt het Hof de redenering dat het bij onderscheid vanwege woonplaats niet gaat om een ‘personal characteristic’:

‘For the court, in so far as there exists a difference in treatment of detained suspects under the 1988 Order and the legislation of England and Wales on the matters referred to by the applicant, that difference is not to be explained in terms of personal characteristics, such as national origin or association with a national minority, but on the geographical location where the individual is arrested and detained. This permits legislation to take account of regional differences and characteristics of an objective and reasonable nature. In the present case, such a difference does not amount to discriminatory treatment within the meaning of Article 14 of the Convention.’²⁸

Op te merken is wel dat het Hof de mogelijkheid benoemt dat een onderscheid op grond van het accessoire artikel 14 wel in direct verband staat met een ander recht dat wél een persoonseigenschap betreft. In de tweede plaats valt op dat het Hof stelt dat op deze wijze rekening kan worden gehouden met regionale verschillen en kenmerken ‘of an objective and reasonable nature’. Aan de mogelijkheid van lokale verschillen wordt dus wel de voorwaarde verbonden dat deze verschillen een redelijk en objectief doel dienen.

In verschillende latere arresten, waaronder de zaak-*Carson* uit 2010, werd de ‘place of residence’ daarentegen wel aangemerkt als een door artikel 14 beschermde discriminatiegrond.²⁹ Het betrof echter steeds zaken waarin iemand in het buitenland woonachtig was en op grond daarvan anders werd behandeld dan iemand woonachtig in het binnenland. Het Hof maakt op dit punt zelf een onderscheid met de hierboven aangehaalde zaak-*Magee*. Het Hof stelt zelf vast dat het bij *regionale* verschillen in behandeling die voortvloeien uit een verschil in geldende regelgeving niet gaat om een ‘personal characteristic’, maar dat in het geval waarin het gaat om een woonplaats in het buitenland wel sprake is van zo’n persoonskenmerk, te meer omdat de staat zich ook met degenen die in het buitenland woonachtig zijn bemoeit.

Kortom, er is geen duidelijke lijn in de EHRM-jurisprudentie, maar de situaties rond de decentralisaties in het sociale domein lijken eerder op de casus van de regionale verschillen in de zaak-*Magee*, dan op het al dan niet wonen in het buitenland uit de zaak-*Carson*. Dat pleit derhalve tegen toepassing van het gelijkheidsbeginsel op het woonplaatsvereiste. Daar staat echter tegenover dat de eis van een ‘personal characteristic’ niet uit de tekst van het

27. Bijvoorbeeld EHRM 7 december 1976, 5095/71, 5920/72, 5926/72 (*Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen/Denemarken*), par. 56.

28. EHRM 6 juni 2000, 28135/95 (*Magee/Verenigd Koninkrijk*), par. 50.

29. EHRM 16 maart 2010, 42184/05 (*Carson/Verenigd Koninkrijk*), par. 70-71.

verdrag volgt en ook niet zonder meer van toepassing is op de uitleg van bijvoorbeeld artikel 26 IVBPR en artikel 1 Gw. Bovendien is er in zoverre niets tegen een ruime uitleg dat het nog steeds de mogelijkheid openhoudt dat een verschil in woonplaats ertoe leidt dat sprake is van ongelijke gevallen. Dat blijkt ook uit de zaak-*Magee* die immers de mogelijkheid openhoudt van regionale verschillen gebaseerd op een objectief en redelijk onderscheidend criterium.

Een tweede aspect dat in dit verband de aandacht verdient, is de vraag *wie* eventueel een gelijkheidsnorm schendt. We zagen hierboven al dat het in de Nederlandse situatie steeds gaat om twee verschillende bestuursorganen die, binnen de grenzen van de wet, hun eigen beleid vormgeven en toepassen. Dat brengt mee dat niet alleen de woonplaats verschilt maar ook het beslissende bestuursorgaan. Daarin verschilt de Nederlandse casus van de hierboven beschreven EHRM-jurisprudentie. Ook om die reden ligt het niet voor de hand een decentraal bestuursorgaan aan te rekenen dat het zijn eigen beleid weliswaar consequent heeft toegepast, maar anders dan een bestuursorgaan uit een andere gemeente, dat *mutatis mutandis* hetzelfde heeft gedaan. Het ligt met andere woorden niet erg voor de hand het gemeentebestuur strijd met het gelijkheidsbeginsel te verwijten.

De interessante vraag is echter of dit de Nederlandse wetgever te verwijten is. Nederland is immers zelf verdragspartij en derhalve gehouden ervoor te zorgen dat geen verboden onderscheid wordt gemaakt in gelijke gevallen. Heeft de Nederlandse wetgever nu, door in zo ruime mate te decentraliseren en daarbij zo weinig inhoudelijke normen te stellen, een te grote mate van vrijheid aan decentrale bestuursorganen toegekend en daarmee zonder redelijk en objectief doel voor de mogelijkheid van ongelijkheid gezorgd?

In het licht van wat hierna nog over het decentralisatiebeginsel wordt geschreven, in combinatie met de leer van de *margin of appreciation*, het feit dat woonplaats als zodanig geen ‘personal characteristic’ is, en het feit dat de bestuursorganen ieder voor zich niets te verwijten valt, valt mijns inziens af te leiden dat ook de Nederlandse staat in een dergelijke situatie niet snel wegens schending van het gelijkheidsbeginsel veroordeeld zal worden. Dat zou anders kunnen zijn als de gegeven ruimte zo groot zou zijn dat materiële verdragsgrondrechten van andere aard (minimumrechten op het terrein van de sociale zekerheid) zelf in het gedrang zouden komen in bepaalde gemeenten. Dan zou echter niet het verschil tussen gemeenten, maar het niet naleven van die andere rechten een logische eerste grondslag voor een veroordeling opleveren.

3.3 Democratie: het decentralisatiebeginsel

3.3.1 Democratie, decentralisatie, zeggenschap

Eerder werd democratie als een van de drie dimensies van de democratische rechtsstaat omschreven, met als centraal beginsel ‘zeggenschap’ en als nader beginsel ‘decentralisatie’. Decentralisatie kan overigens ook als ‘verticaal machtscheidingsinstrument’ worden beschouwd en draagt in die zin ook elementen van de liberale rechtsstaat in zich, maar ik zal het verschijnsel hier enkel in de context van democratie en zeggenschap bespreken.

Decentralisatie kan worden omschreven als het verschijnsel dat ‘regeling en bestuur niet uitsluitend vanuit het centrum plaatsvinden, maar worden uitgevoerd door het rijk én door een veelheid van andere publieke lichamen of organen, die binnen bepaalde grenzen in vrijheid en eigen verantwoordelijkheid de hun toevertrouwde taken en bevoegdheden kunnen uitoefenen.’³⁰ De bekendste vormen van decentralisatie zijn territoriaal: de toekenning en het overlaten van taken en bevoegdheden aan (de besturen van) *provincies* en *gemeenten*.

In het *Europees Handvest inzake lokale autonomie* (EHLA), een verdrag in het kader van de Raad van Europa dat ook door Nederland is goedgekeurd, wordt de lokale autonomie, een term die in het verdrag een wat ruimere betekenis heeft dan naar Nederlands recht gebruikelijk is, omschreven als het recht en het vermogen van lokale autoriteiten, binnen de grenzen van de wet, een belangrijk deel van de openbare aangelegenheden krachtens hun eigen verantwoordelijkheid en in het belang van de plaatselijke bevolking te regelen en beheren (art. 3 lid 1 EHLA). In de preambule bij het EHLA wordt onder meer overwogen dat het recht van burgers deel te nemen aan het openbaar bestuur een van de democratische beginselen is die alle lidstaten van de Raad van Europa gemeen hebben, waarbij de ondertekende lidstaten ervan overtuigd zijn dat dit recht op lokaal niveau op de meest rechtstreekse wijze kan worden uitgeoefend. De preambule vervolgt dan: ‘Ervan overtuigd dat het bestaan van lokale autoriteiten met werkelijke verantwoordelijkheden een vorm van bestuur mogelijk maakt die zowel doeltreffend als ook dicht bij de burgers staat; zich ervan bewust dat de bescherming en versterking van lokale autonomie in de verschillende Europese landen een belangrijke bijdrage levert tot een ontstaan van een Europa gebaseerd op de beginselen van democratie en decentralisatie van de macht; (...) zijn als volgt overeengekomen (...).’

Nederland valt te kwalificeren als een gedecentraliseerde eenheidsstaat bestaande uit een drietal bestuurslagen: rijk - provincie - gemeente. Tussen deze

30. Elzinga, De Lange & Hoogers 2014, p. 855.

bestuurslagen bestaat geen hiërarchie, behoudens waar deze door de (Grond)wetgever specifiek is gecreëerd. Vandaar dat de definitie van decentralisatie spreekt over vrijheid ‘binnen bepaalde grenzen’. Die inkadering van de vrijheid van decentrale overheden is in juridische zin in hoofdzaak van tweeërlei aard: a) op basis van de normenhiërarchie dienen provincie- en gemeentebestuur hogere regels in acht te nemen, waaronder alle regels van het rijk; b) ‘hogere’ bestuurslagen beschikken over interbestuurlijke toezicht-instrumenten waarmee in de vrijheid en zelfstandigheid van de onder toezicht vallende bestuurslaag kan worden ingegrepen. Dit laatste vormt uitdrukking van de eenheidsstaatsgedachte.

De relatieve zelfstandigheid en vrijheid van decentrale overheden wordt gelegitimeerd door hun *eigen democratische legitimatie*: provinciale staten en de gemeenteraden worden rechtstreeks voor vier jaar gekozen door de ingezetenen van respectievelijk ‘hun’ provincie en gemeente. Daarin komt decentralisatie als nader beginsel van het beginsel van zeggenschap naar voren. Op deze wijze is het mogelijk dat burgers meebeslissen over de ter plaatse geldende regels en het gevoerde beleid.

Decentralisatie kent in Nederland een tweetal verschijningsvormen die traditiegetrouw worden aangeduid als *autonomie* en *medebewind*, ook al hanteert de Grondwet deze begrippen zelf niet. Autonomie kan worden aangeduid als het naar eigen inzicht en op eigen initiatief regelen en besturen van de eigen aangelegenheden, de eigen *huishouding*. Medebewind kan worden omschreven als de (gewoonlijk verplichte) medewerking aan de uitvoering van specifiek overheidsbeleid die in regelingen en besluiten van provinciebestuur en rijksbestuur van gemeentebesturen wordt gevorderd. Hoewel de Grondwet de beide begrippen niet hanteert, komt autonomie grofweg overeen met hetgeen in artikel 124 lid 1 Gw staat omschreven en medebewind grofweg met hetgeen in artikel 124 lid 2 Gw wordt aangeduid.³¹

Decentralisatie onderscheidt zich van *deconcentratie* door de zelfstandigheid van het decentrale bestuur. Bij *decentralisatie* worden bevoegdheden verplaatst naar een andere, in beginsel zelfstandig opererende bestuurslaag, met een eigen democratische legitimatie en een eigen bestuur. Bij *deconcentratie* is er sprake van territoriaal gespreide uitvoering van rijksbeleid door rijksambtenaren. Voorbeelden zijn de buitendiensten en inspecties van veel ministeries, de belastingdienst, het Openbaar Ministerie. Omdat we bij deconcentratie te maken hebben met de *Rijksoverheid* brengt de territoriale spreiding daar geen territoriaal verschillend beleid of regelstelling mee.

De gemeentelijke *autonomie* (art. 124 lid 1 Gw) wordt vaak als het meest typerende element van de gedecentraliseerde besturen aangeduid. De ‘open huishouding’ die typerend is voor het gemeente- en provinciebestuur brengt

31. De verschillen tussen de hier gegeven omschrijvingen en de tekst van de Grondwet zijn op zichzelf van betekenis, maar kunnen hier buiten beschouwing blijven.

mee dat deze besturen bevoegd zijn om nieuwe aangelegenheden die het gemeentelijk of provinciaal belang betreffen aan zich te trekken en te reguleren, binnen zekere grenzen. Dat initiatiefrecht gaat zo ver, dat niet is uitgesloten dat deze besturen in autonomie regels die van het rijk afkomstig zijn met eigen algemeen verbindende voorschriften kunnen aanvullen, mits zij daarmee niet het stelsel van de hogere wet doorkruisen.

Daarnaast is er de figuur van het zogeheten *medebewind*: de lokale of provinciale medewerking aan de uitvoering van beleid dat in beginsel op centraal niveau is vastgesteld (art. 124 lid 2 Gw). Een van de inzichten uit de tweede helft van de twintigste eeuw is dat het ook bij medebewind gaat om *lokale, decentrale* democratie en om de vormgeving van zaken die primair de lokale of provinciale situatie betreffen, en niet om de nadere uitwerking van *rijksbeleid*, zoals aanvankelijk was gesteld. Dat heeft de zelfstandigheid van decentrale overheden verder vergroot: om vorm te geven aan de lokale democratie mag worden verwacht dat ook medebewindstaken met een zo groot mogelijke mate van beleidsvrijheid aan decentrale overheden worden toegekend (staatsrechtelijke subsidiariteit) en dat tot overheidsregeling op een hoger niveau dan het gemeentelijke slechts wordt overgegaan als vaststaat dat het gemeentelijke niveau zich daarvoor door zijn omvang niet leent.

Hoewel autonomie nog steeds van grote - ook principiële - betekenis is, hebben gemeentebesturen in de praktijk bij het overgrote deel van hun taken te maken met de uitvoering van medebewindswetgeving. Zo ook bij de decentralisaties in het sociale domein. Het gaat om de verplichte medewerking aan de uitvoering van rijksbeleid op het terrein van de sociale voorzieningen, de arbeidsparticipatie, de jeugdzorg door het vaststellen van nadere regelgeving (verordeningen), het nemen van uitvoeringsbesluiten en verrichten van tal van andere handelingen.

3.3.2 Decentralisatiebeleid

De Nederlandse gedecentraliseerde eenheidsstaat kent geen grondwettelijke bevoegdheidsverdeling tussen de bestuurslagen. De huishouding van de decentrale overheden is naar twee kanten open: decentrale overheden kunnen nieuwe onderwerpen aantrekken, maar het Rijk kan aan die decentrale huishoudingen ook steeds zaken onttrekken. De vraag rijst dus hoe bepaald moet worden welke onderwerpen het beste op welk niveau belegd kunnen worden: welke onderwerpen lenen zich wel en welke niet voor decentralisatie en op welke gronden?

Het antwoord op die vraag wordt bepaald door het zogeheten ‘staatsrechtelijk subsidiariteitsbeginsel’.³² Dit uitgangspunt houdt in dat zaken in principe op een zo ‘laag’ mogelijk niveau, dat wil zeggen zo dicht mogelijk bij

32. De term is van Konijnenbelt: Konijnenbelt 1995.

burgers, moeten worden geregeld en georganiseerd. Dat wat op gemeentelijk niveau kan worden gerealiseerd, behoort niet op provinciaal of rijksniveau te worden belegd, en dat wat niet op gemeentelijk maar wel op provinciaal niveau kan worden gerealiseerd, behoort niet op rijksniveau te worden belegd. Regeling op een hoger niveau is dus slechts aangewezen als de zaak niet adequaat op een lager niveau geregeld kan worden. Een afwijking van de hoofdregel dient expliciet te worden gemotiveerd, het volgen van de hoofdregel zelf dus niet.

Hoewel niet wettelijk vastgelegd, komen we deze subsidiariteitsnotie in diverse decentralisatienota's tegen. 'Decentraal wat kan, centraal wat moet', heet het dan. Ook de Aanwijzingen voor de regelgeving hanteren deze notie van staatsrechtelijke subsidiariteit als uitgangspunt. Zie Aanwijzing 16: 'Taken en bevoegdheden worden op decentraal niveau gelegd, tenzij het onderwerp van zorg niet op doelmatige en doeltreffende wijze door decentrale overheden kan worden behartigd.'

De notie gaat uit van de gedachte dat de gemeentelijke bestuurslaag zich het dichtst bij burgers bevindt en daarmee de sterkste democratische legitimatie kent, terwijl bovendien dat bestuur het beste in staat is de wensen van de ingezetenen te kennen, op waarde te schatten en om te zetten in lokaal beleid. De gemeente wordt om deze reden wel aangeduid als 'de eerste overheid'.³³

3.3.3 Decentralisatie en differentiatie

Decentralisatie veronderstelt beleidsvrijheid, zo bleek uit het bovenstaande, en beleidsvrijheid leidt tot differentiatie tussen gemeenten. In hoofdzaak zijn twee motieven te onderscheiden die rechtvaardigen dat per gemeente eigen beleid wordt gevoerd: a) geografische of culturele verschillen brengen mee dat beleid op de eigen 'gemeenschap' of de eigen leefomgeving wordt afgestemd; b) politisering van het beleid brengt mee dat gemeenten in staat moeten zijn die eigen politieke wensen voor de eigen omgeving vorm te geven.

Het mag duidelijk zijn dat decentralisatie, versterkt door de eigen democratische legitimatie, de mogelijkheid vooronderstelt dat er wel wat valt te kiezen en dat er eigen beleid kan worden gevoerd. Dit betekent ook dat, met een beroep op het democratie-argument, decentralisatie per definitie aanleiding geeft tot verschillen tussen gemeenten. Omgekeerd geldt daarom ook dat wie geen ongelijkheid tussen gemeenten wenst, niet moet decentraliseren. Gemeenten zijn niet bedoeld als lokale uitvoeringskantoren van Haags beleid.

Aanhangers van het decentralisatiebeginsel leggen in de discussies over de decentralisaties in het sociale domein gewoonlijk niet het accent op vervelende uitvoeringsperikelen, maar op de mogelijkheden die decentralisatie

33. VNG-commissie 2007.

biedt voor innovatie, eigen initiatief, draagvlak etc. Zie bijvoorbeeld Wim van de Donk in zijn Rob-lezing uit 2014:

‘Het gaat inderdaad ook om veel meer dan de overheveling van de (jeugd)zorg, de maatschappelijke ondersteuning en de participatie. Het gaat eigenlijk veel meer om de nieuwe vormgeving daarvan in een sterk veranderende samenleving die bovendien steeds kritischer is gaan kijken naar de besturing van zorgsystemen. Het gaat om de vraag hoe de institutionele inrichting en ordening van dat domein zo kan worden vormgegeven, dat die optimaal recht doet aan het bijzondere karakter van zorg, hulpverlening en verzorging.’³⁴

Wat daar ook van zij, het is duidelijk dat het gelijkheidsbeginsel en het decentralisatiebeginsel hier als botsende beginselen tegenover elkaar staan. Nog even afgezien van de complicatie dat we bij decentralisatie te maken hebben met meerdere bestuursorganen en daarom niet met gelijke gevallen, kunnen we, gelet op hun beginselkarakter, niet zonder meer zeggen dat het ene beginsel voorgaat op het andere.³⁵ Zij moeten dus tegen elkaar worden afgewogen (hobbel 3). De vormgeving van eigen beleid naar eigen inzicht vormt dan een legitieme grond om een inbreuk te maken op de notie van gelijke behandeling, waarbij nog wel als eis geldt dat die inbreuk een zekere proportionaliteit in zich draagt. Omgekeerd zal de vormgeving van dat eigen democratische beleid daar zijn grenzen vinden waar het gelijkheidsbeginsel aan de hand van andere verdragsrechtelijke en wettelijke (minimum)bepalingen wordt versterkt. Op deze wijze zijn beide beginselen met elkaar in overeenstemming te brengen.

Uiteraard kan de wetgever invloed uitoefenen op het vinden van de juiste balans tussen beide beginselen. Door meer materiële normen in de medebewindsvorderende wet op te nemen, en zo de beleidsvrijheid van gemeentebesturen te verkleinen, wordt een grotere mate van gelijkheid gerealiseerd. We zagen echter hiervoor dat staatsrechtelijke subsidiariteit meebrengt dat een zo groot mogelijke beleidsvrijheid wordt toegekend, dus ook hier geldt dat vanuit het decentralisatiebeginsel bezien, een dergelijk dichtreguleren moet worden gelegitimeerd en proportioneel moet zijn.

3.3.4 Problemen met het decentralisatiebeginsel

In een bijdrage aan het *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* heeft Nehmelman op een aantal mogelijke problemen rond het decentralisatiebeginsel bij de transities in het sociaal domein gewezen.³⁶ Hij wijst in de eerste plaats op

34. Van de Donk 2014.

35. Het feit dat het niet om gelijke gevallen gaat, verschuift de balans echter in de richting van het democratiebeginsel.

36. Nehmelman 2014.

mogelijke problemen rond de democratische legitimatie van gemeenten en in de tweede plaats op de gebrekkige zelfstandigheid ten opzichte van het Rijk.³⁷

Ten aanzien van dit eerste punt wijst Nehmelman er terecht op dat de omvang van de gedecentraliseerde taken gemeenten welhaast dwingt tot samenwerking. Dat gebeurt dan primair op grond van de regels uit de Wet gemeenschappelijke regelingen (WGR), die bekend staan om hun problemen met de democratische legitimatie.³⁸ Afgevaardigden besluiten in een samenwerkingsverband gewoonlijk namens en voor hun gemeente, waardoor die gemeente juridisch gebonden wordt, terwijl de democratische invloed van de eigen gemeenteraad aanzienlijk op de achtergrond is geplaatst. Als legitimatie voor differentiatie is deze achteruitgang in democratische legitimatie niet erg overtuigend, al kan daartegenover worden gesteld dat juist de intergemeentelijke samenwerking leidt tot een grotere mate van gelijkheid tussen de deelnemende gemeenten.

Het tweede probleem, de relatie tot het Rijk, is met het eerste vergelijkbaar. De vraag is of het Rijk inderdaad bij machte is gemeentebesturen de ruimte te geven om eigen beleid vorm te geven en uit te voeren. Loslaten is niet de sterkste kant van de Rijksoverheid en enkele jaren geleden is dan ook het instrumentarium van het interbestuurlijk toezicht gerevitaliseerd, zodat eenvoudiger met algemene toezichtinstrumenten kan worden ingegrepen in het beleid van decentrale overheden. Het is de vraag in hoeverre al te grote verschillen tussen gemeenten door het Rijk op deze wijze zullen worden tegengegaan. Ik kom daar in paragraaf 3.5 op terug.

Ook deze problemen laten goed het beginselkarakter van het decentralisatiebeginsel zien: decentralisatie kan in meer dan wel mindere mate worden gerealiseerd: voor zover dat in mindere mate gebeurt, zal daarvoor een legitieme reden moeten bestaan. Die kan in dit geval gelegen zijn in het verkleinen van de verschillen tussen gemeenten. Daarmee is echter nog niet gezegd dat ook steeds alle instrumenten die de Rijksoverheid ten dienste staan zonder meer voor dat achterliggende doel mogen worden ingezet. Ook deze instrumenten hebben hun eigen toepassingsvoorwaarden.

3.4 ‘Maatwerk’ als motief

3.4.1 Inleiding

In de voorgaande paragrafen bleek dat de decentralisaties in het sociaal domein, zowel in concreto als op het niveau van de wetgeving, niet zonder meer

37. Een derde probleem blijft hier buiten beschouwing.

38. De Greef 2011.

in strijd komen met het juridische gelijkheidsbeginsel.³⁹ Dat wil niet zeggen dat vanuit het idee van gelijkheid bezien de decentralisaties in het sociaal domein ook een goede keuze waren. Dat geen sprake is van onrechtmatigheid, wil nog niet zeggen dat het best mogelijke besluit is genomen. De kritiek die er is op de toenemende verschillen tussen gemeenten, doet vermoeden dat dit inderdaad niet het geval is. Daarom is het zinvol allereerst na te gaan welke motieven de wetgever bij deze grote decentralisatieoperaties had. Een sleutelrol is daarbij weggelegd voor het ‘toverwoord’ maatwerk.

De drie decentralisaties in het sociaal domein, die op 1 januari 2015 hun beslag hebben gekregen, hebben een aantal uitgangspunten gemeenschappelijk. De twee sleutelbegrippen zijn ‘maatwerk’ en ‘eigen verantwoordelijkheid’. De gehele wettelijke systematiek is rondom deze begrippen opgetrokken. Op zichzelf is het te prijzen als een wettelijke systematiek vanuit duidelijke kernbegrippen is opgebouwd: het versterkt de interne structuur, helpt bij de toepassing van de wet in het concrete geval en bij de uitleg van de wet. De onaangename consequenties van een bepaalde uitwerking kunnen dan met een beroep op de kracht van de uitgangspunten worden geredresseerd. Een en ander veronderstelt wel dat de genoemde uitgangspunten de opgebouwde constructie kunnen dragen. Is dat niet het geval, dan bezwijkt het fundament en stort het hele bouwwerk in.

In de literatuur en in diverse media-uitingen is gewezen op tal van onaangename consequenties van de decentralisaties in het sociale domein.⁴⁰ De druk op de sociale omgeving, bezuinigingen als gevolg van een lager budget, verlies van privacy en nog andere gevolgen zijn genoemd. Ook vaak genoemd is het feit dat in verschillende gemeenten verschillende voorzieningen beschikbaar zijn, waardoor burgers die niet ver van elkaar wonen in een vergelijkbare feitelijke of medische situatie nu verschillend behandeld worden, terwijl dat vóór 1 januari 2015 niet het geval was. Deze recente verschillen worden als onrechtvaardig en onrechtmatig ervaren. Voorheen gelijke gevallen zouden, ondanks het feit dat in hun medische situatie niets is veranderd, nu opeens onvergelykbare gevallen zijn? Dat is natuurlijk een moeilijk aan burgers uit te leggen en door burgers te accepteren verhaal. Het komt over als een willekeurige bezuiniging, waarvan de een toevallig het slachtoffer is geworden en de ander niet.

39. Dezelfde conclusie ook bij een aantal andere auteurs: Cohen 2014; Heringa 2016; T.T. van Zwieten de Blom, *Gelijke monniken, gelijke kappen? Onderzoek naar de spanning tussen het gelijkheidsbeginsel en de decentralisaties in het sociaal domein* (in opdracht van het ministerie van BZK, 2015; niet gepubliceerd).

40. Bijvoorbeeld recent: D.J. Elzinga, ‘Recht weer in plaats van voorziening’, *Binnenlands bestuur* 15 januari 2016.

3.4.2 Maatwerk als problematisch sleutelbegrip

De decentralisaties in het sociale domein zijn opgebouwd vanuit een zowel principieel als praktisch vertrekpunt dat de overheidstaak in het sociale domein te groot en kostbaar is geworden. Te groot, omdat de topdown-benadering van een zorgende overheid de horizontale banden tussen burgers onvoldoende vooropstelt en daarmee in te grote mate ingrijpt in de vrijheid van burgers. Het gaat om een principiële herijking van de staatstaak en de eigen verantwoordelijkheid van burgers. Bovendien te kostbaar, omdat de zorgvraag zo groot is geworden dat de kosten niet langer te dragen vielen en het grote beroep op de sociale voorzieningen mogelijk ook tot een te algemene en daarmee minder kostenefficiënte inzet van middelen leidde.

Het door de regering gelegde accent op ‘maatwerk’ moet in het perspectief van deze ‘kanteling’ van overheid naar burger worden gezien. Met de term maatwerk wordt benadrukt dat de hulpbehoevende burger precies krijgt wat hij nodig heeft. Dit positief geformuleerde mantra dient echter vooral om te benadrukken wat de burger niet krijgt: hij krijgt niet datgene dat hij ook bij zijn directe eigen omgeving kan verkrijgen en hij krijgt ook niet nodeloos allerlei voorzieningen die hij niet per se nodig heeft. De burger krijgt vooral minder, maar als het goed is wel datgene dat hij nodig heeft en niet elders kan krijgen.

Teneinde ‘maatwerk’ aan burgers te kunnen bieden moet aan een aantal voorwaarden worden voldaan:

- 1) Een instantie moet in voldoende mate in staat zijn iemands behoeften en de noodzaak daartoe te kunnen vaststellen. Dat betekent allereerst a) dat het de capaciteit daarvoor moet hebben en b) voor zover nodig een goede kennis moet hebben van de situatie waarin de burger in kwestie zich bevindt. Het betekent daarnaast c) dat de beoordelende instantie over voldoende gegevens betreffende de burger in kwestie moet kunnen beschikken om een passende beoordeling te geven.
- 2) De instantie moet voldoende ruimte hebben om naar eigen inzicht voorzieningen niet of wel en in meer of mindere mate toe te kennen, afgestemd op en bepaald door het concrete geval. Die beoordelings- en beleidsvrijheid wordt groter naarmate de wet a) minder strikt voorschrijft wanneer een bepaalde aanspraak bestaat en in welke mate, en b) het mogelijk is voorzieningen uit verschillende wetten aan elkaar te koppelen.
- 3) Er moet voldoende budget zijn om de noodzakelijke voorzieningen te kunnen verstrekken.

De term ‘maatwerk’ suggereert dat met alle bijzonderheden van een individueel geval rekening kan en zal worden gehouden. In het gebruik van een dergelijke term schuilt een retorisch en juridisch gevaar. Geen twee gevallen zijn ooit precies gelijk, het is al gezegd. Toch vormt de algemeenheid het

uitgangspunt in het recht: de wetgever die de algemene regel vaststelt, waarna in het concrete geval wordt gekeken of aan de bevoegdheidsvoorwaarden van die algemene regels is voldaan. Dat biedt rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Het scheiden van de algemene regel en de toepassing in het concrete geval voorkomt bovendien machtsconcentratie en de vaststelling van de algemene regel door de volksvertegenwoordiging biedt democratische legitimatie en draagvlak. De algemene regel is in essentie exact het tegenovergestelde van maatwerk.

De algemene regel vooronderstelt dat steeds een selectie wordt gemaakt tussen relevante en irrelevante feiten. De relevante feiten vormen de bevoegdheidsvoorwaarden voor toepassing van de regel. Natuurlijk is het mogelijk een waaier van zeer gedetailleerde algemene regels te maken, maar vaker wordt er dan voor gekozen om dat niet te doen en die subcategorieën door het bestuur zelf te laten vastleggen in bijvoorbeeld beleidsregels. Dat heeft weliswaar niet alle voordelen van de vastlegging in algemeen verbindende voorschriften maar het voorkomt nog steeds willekeur en het biedt ook nog steeds een bepaalde mate van rechtszekerheid.

Met andere woorden, de term maatwerk is in het recht niet onprobleematisch; ons recht is er niet op ingesteld. Ons rechtssysteem neemt juist algemeenheid als uitgangspunt. Dit brengt mee dat een keuze voor maatwerk als fundament voor een wettelijk systeem onmiddellijk in de problemen raakt met betrekking tot de democratisch-rechtsstatelijke verworvenheden die in de ‘algemeenheid van de wet’ besloten liggen: maatwerk leidt tot willekeur en ongelijkheid, tot rechtsonzekerheid, tot machtsophoping bij het bestuur en tot een gebrek aan democratische legitimatie.

Uit een nummer van Burgerperspectieven⁴¹ van het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) blijkt dat betrokken burgers niet tegen maatwerk zijn, integendeel. Zij juichen maatwerk toe. De interpretatie die daaraan gegeven wordt, is echter een andere dan bovenstaande. Maatwerk wordt door burgers gezien als het hen in staat stellen naar eigen inzicht op een optimale manier te voorzien in hun hulpbehoefte. Zij willen met andere woorden in staat gesteld worden *hun eigen* maatwerk te realiseren. Dat lijkt een benadering te zijn die bovendien veel beter past bij de hierboven omschreven ‘kanteling’ van overheid naar eigen verantwoordelijkheid.

We kunnen concluderen dat het motief van maatwerk al snel leidt tot willekeur en ongelijkheid en in die zin problematisch is vanuit het licht van het gelijkheidsbeginsel. De vraag is dan vervolgens of het maatwerkmotief vanuit het decentralisatiebeginsel valt te legitimeren.

41. SCP 2014.

3.4.3 Maatwerk en decentralisatie

Maatwerk is een ‘klassieker’ in de discussies over de motieven voor decentralisatie, maar wordt in dit debat op een andere wijze gebruikt, zo schreef ik al eerder:

‘Met maatwerk als motief voor decentralisatie wordt dan bedoeld dat het lokale bestuur de vrijheid van handelen moet hebben om het eigen beleid aan de plaatselijke omstandigheden en opvattingen aan te passen. Maatwerk door *differentiatie* dus. Bij de decentralisaties in het sociale domein gaat het echter om een andere vorm van maatwerk. Bedoeld is hier vooral dat gemeentebesturen in staat moeten worden gesteld voor iedere individuele burger een op maat gemaakt pakket aan maatregelen en voorzieningen te leveren door de uitvoering van de verschillende wetten op elkaar af stemmen en in dezelfde hand te leggen. De burger staat centraal en voor hem is er straks één loket, één regisseur bij wie hij terecht kan zonder van het kastje naar de muur te worden gestuurd en van instantie naar instantie te worden verwezen. Hier gaat het dus om maatwerk door *integraliteit*.’⁴²

Het interessante is dat voor deze vorm van maatwerk weliswaar een loket dicht bij burgers nodig is, evenals beleidsvrijheid om in het concrete geval de juiste beslissingen te kunnen nemen, maar dat daarvoor in veel mindere mate lokaal beleid ertoe doet. Met andere woorden, voor zover al behoefte bestaat aan decentralisatie, lijkt die decentralisatie veeleer *functioneel* dan *territoriaal* te moeten worden vormgegeven.

Ergo, ook vanuit het klassieke decentralisatiemotief bezien van zeggenschap en eigen democratisch beleid, heeft het gepropageerde ‘maatwerk’ in deze variant geen heel goede papieren.

3.4.4 Tussenconclusie

Uit het voorgaande bleek dat het optreden van verschillen tussen gemeenten bij de uitvoering van de wetgeving in het sociale domein op basis van het geldende recht en de huidige jurisprudentie niet snel tot de conclusie zal leiden dat in juridische zin sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Van strijd met het gelijkheidsbeginsel zou sprake kunnen zijn wanneer minimumnormen worden geschonden in een bepaalde gemeente, zij het dat dan gewoonlijk de strijd met het gelijkheidsbeginsel parallel loopt met de eenvoudiger te redresseren schending van die andere minimumnorm. Van strijd met het gelijkheidsbeginsel zou, theoretisch, ook sprake kunnen zijn wanneer voor het maken van geografische verschillen geen objectieve en redelijke grond bestaat, of geen evenredigheid bestaat in de verhouding tussen het

42. Munneke 2013a, p. 285-286.

nagestreefde belang en de inbreuk die op het gelijkheidsbeginsel wordt gemaakt. In het licht van het decentralisatiebeleid lijkt het vinden van deze grond echter niet heel moeilijk, al zal wel steeds het gemaakte onderscheid moeten worden gerelateerd aan het doel van de regeling. Het is niet erg aanmerkelijk dat een wetgever veroordeeld zal worden voor schending van een gelijkheidsnorm, omdat hij teveel bevoegdheden heeft gedelegeerd en geatribueerd aan decentrale bestuursorganen met een eigen democratische legitimatie.

In het nationale bestuursrecht slaagt, naar vaste jurisprudentie, een beroep op het gelijkheidsbeginsel niet, wanneer het gaat om een vergelijking van het beleid van twee verschillende bestuursorganen. Dat hangt samen met een kenmerk van decentralisatie: decentralisatie houdt in dat door lokale organen, die over een zo groot mogelijke mate van vrijheid beschikken en bovendien voorzien zijn van een democratische legitimatie, eigen beleid wordt gevoerd. En eigen beleid betekent noodzakelijkerwijs de mogelijkheid tot differentiëren. Van gelijke gevallen is dan geen sprake.

Hoewel dus van formele strijd met het gelijkheidsbeginsel niet snel sprake is, bestaat er veel maatschappelijke kritiek op de verschillen die zich nu tussen gemeenten kunnen voordoen. De regering is tot nu toe niet overtuigend in staat geweest uit te leggen wat de voordelen van de decentralisaties in het sociale domein zijn. Daarbij valt een aantal zaken op: De regering heeft de decentralisaties met name onderbouwd met een verwijzing naar de mogelijkheid maatwerk te bieden. Met maatwerk is dan bedoeld dat burgers in het concrete geval de juiste hulp krijgen. Dat vereist een grote mate van beleidsvrijheid aldus de regering, en een overheid die zich dicht bij burgers bevindt. Het mag duidelijk zijn dat maatwerk in deze betekenis in het geheel niet uitsluit dat daaraan landelijk in plaats van decentraal beleid ten grondslag ligt. De lokale nabijheid bij burgers zou evengoed bereikt kunnen worden door middel van deconcentratie in plaats van decentralisatie, met als voordeel dat dan niet per gemeente verschillend uitvoeringsbeleid wordt vastgesteld. Het motief van maatwerk is in deze betekenis niet voldoende dragend.

Maatwerk betekent in de context van decentralisatie dan ook gewoonlijk iets anders: het gaat om het rekening kunnen houden met plaatselijke (geografische) omstandigheden en politieke voorkeuren. De door de regering bij de overdracht opgelegde efficiëncykorting en de afhankelijkheid van plaatselijke en regionale private partijen die nodig zijn voor de uitvoering lijken mee te brengen dat de keuzes bij het voeren van politiek beleid ernstig zijn beperkt. De materie is bovendien dermate complex dat van werkelijke politisering van het gemeentelijk sociaal beleid nauwelijks sprake is geweest. Met andere woorden, noch geografische verschillen, noch politieke keuzes vormen een sterke onderbouwing van de thans aan de orde zijnde differentiatie.

Daar komt bij dat het gaat om kwetsbare groepen personen, in een minderheidspositie, met een hulpvraag waarvan zij geen afstand kunnen doen. Kwetsbare groepen lijken nu afhankelijk te worden van de toevalligheid of in

hun gemeenten vermogende dan wel minder vermogende inwoners woonachtig zijn en of zij bereid zijn de gemeentelijke middelen voor deze hulp in te zetten. Anders dan in Scandinavische landen, waaraan het model ontleend is, zijn in Nederland de afstanden tussen gemeenten dermate klein dat de verschillen extra in het oog springen. De gedachte van een min of meer afgesloten gemeenschap die naar eigen inzicht de financiële middelen inzet om adequate hulp te geven past wellicht wel in de Scandinavische setting, maar oogt in Nederland eerder als willekeur.

Hoewel met andere woorden het decentralisatiebeginsel een sterke rechtvaardiging kan zijn voor differentiatie tussen gemeenten, lijken de decentralisaties in het sociaal domein niet in alle opzichten bij de uitgangspunten van dat beginsel aan te sluiten. Dat maakt ook helder waarom de decentralisaties in het sociaal domein zo weinig overtuigen: de verschillen tussen gemeenten zijn duidelijk en er is alle ruimte voor die verschillen gecreëerd, de legitimatie daarvoor is echter veel minder duidelijk. Wanneer daarbij wordt genomen dat voorheen die verschillen niet bestonden, dat het gaat om zwakkeren in de samenleving, dat aanzienlijk op de budgetten is gekort en dat de insteek van de operatie grotendeels die van kostenbeheersing was, mag duidelijk zijn dat het verwijt van rechtsongelijkheid - ook al is dit juridisch niet hard te maken - voorlopig zal blijven klinken.

Dat roept een nieuwe vraag op, namelijk of het mogelijk is in deze setting van afzonderlijk bevoegde gemeenten toch naar meer afstemming, overleg en gelijkheid te streven, en zo ja met welke (*governance*) middelen. Hieronder zal een viertal van deze instrumenten worden besproken. Het gaat achtereenvolgens om a) handreikingen, *best practices* en kennisuitwisseling, b) modelverordeningen en beleidsplannen, c) intergemeentelijke samenwerking en d) interbestuurlijk toezicht en stelselverantwoordelijkheid.

3.5 Naar een betere ‘governance’ van gelijkheid en differentiatie

3.5.1 Kennisuitwisseling, handreikingen, best practices, dialoog

Wie de jammerklachten over de decentralisaties op zich in laat werken kan wel eens verbaasd staan dat er nog zoveel is goed gegaan. Ernstige fouten zijn vooralsnog uitgebleven en de huidige tijd wordt met name gekenmerkt door een zoektocht naar de juiste vormen. Daarvoor is kennisuitwisseling van eminent belang en we zien die kennisuitwisseling dan ook op alle fronten: tussen gemeenten onderling, al dan niet via de VNG, tussen gemeenten en de wetgever, en tussen de rechter en de gemeenten en het rijk.

Zo heeft de VNG op haar website en voor haar leden tal van handreikingen modelovereenkomsten, et cetera gepubliceerd, ondersteunende teams in het leven geroepen om te assisteren bij de juiste vormgeving van dit enorme takenpakket, studiemiddagen belegd over zowel de juridische als de uitvoeringskant, zo zijn trainingen georganiseerd voor het voeren van (keukenta-

fel)gesprekken, zijn expertmeetings gehouden et cetera. Al deze middelen beogen in de eerste plaats een kwalitatief zo hoogwaardig mogelijke uitvoering van de nieuwe taken, maar er gaat ook een uniformerende werking van uit. Het is zaak die middelen te blijven inzetten, juist nu de invoeringsfase voorbij is. Als 390 gemeenten allemaal hun eigen beleid ontwikkelen, of in wisselende samenstellingen samenwerken, dan valt daar veel van te leren.

We zien ook dialoog tussen de gemeentelijke praktijk en de wetgever: daar waar verschillen te groot dreigen te worden, of zeer in het oog springen, of budgetten aan een goede uitvoering in de weg staan, gaat de Tweede Kamer bij amendement of motie desgewenst tot actie over. Hier zien we een rol van politieke partijen en dus ook van de lokale democratie.⁴³ Een dergelijke - organische - wijze van werken kan aan de rechtsstatelijke kwaliteit een hoop goed doen, zonder dat daarvoor al te zeer bijzondere instrumenten nodig zijn.

Hetzelfde kan worden gezegd over de dialoog tussen rechter, wetgever en gemeente. Ook daar zien we dat gemeentebesturen en rijksoverheid in spanning wachten op de oordelen van de Centrale Raad van Beroep nadat in eerste aanleg diverse punten door rechtbanken kritisch aan de orde zijn gesteld. Voor het concrete geval kan zoiets wellicht negatief worden uitgelegd (de burger is in het concrete geval de dupe, of in ieder geval proefkonijn), als geheel draagt het bij aan een betere werking van het systeem op de langere termijn. Ook dat bevordert de rechtsstatelijkheid van de decentralisaties in het sociaal domein.

3.5.2 Modelverordeningen

Een stap concreter dan het voorgaande zijn de modelverordeningen die de VNG publiceert voor de aangesloten leden (alle gemeenten). Met name de kleinere gemeenten kunnen er, wegens capaciteitsgebrek op het terrein van wetgeving, veel baat bij hebben.

Modelverordeningen hebben, in het licht van het decentralisatiebeginsel, voor- en nadelen. Op het eerste gezicht staan zij haaks op de klassieke motieven voor decentralisatie: het vormgeven van het eigen lokale beleid, naar plaatselijke omstandigheden en naar eigen politieke voorkeuren en inzichten. Toch doen zij meer kwaad dan goed: bedacht moet worden dat grote delen van de verordening los staan van die plaatselijke omstandigheden en voorkeuren. Naarmate de wet minder regelt, zal de normstelling op hoofdlijnen bovendien meer in de verordening moeten plaatsvinden en dan is het extra van belang dat die verordeningen kwalitatief goed in elkaar zitten. Gebundelde kennis bij de VNG is op dit punt zonder meer te prefereren boven 390 gemeenten die elk met meer of minder succes het wiel uitvinden, zeker daar

43. Voorbeelden te over: bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2015/16, 30169, 47 (motie m.b.t. mantelzorg); *Kamerstukken II* 2015/16, 2 538, 211 (motie over vaststellen fictieve maximale bedragen in de zorg).

waar de materie technisch ingewikkeld is. Bedacht moet bovendien worden dat het elke gemeente vrij staat op elk punt desgewenst van de modelverordening af te wijken, als hij daartoe aanleiding ziet. Ook kennisuitwisseling met bijvoorbeeld buurgemeenten zou zo'n reden kunnen zijn.

Het alternatief is een centrale normstelling op rijksniveau, in de wet dan wel in lagere centrale regelingen. Daarmee worden de voordelen van decentralisatie teniet gedaan, en wordt bovendien de lokale politiek en democratie veelal nodeloos beperkt. Het lichtere instrument van de modelverordening voorkomt dat.

3.5.3 Intergemeentelijke samenwerking

Hierboven bleek al dat veel gemeenten op samenwerking zijn aangewezen teneinde het takenpakket in het sociaal domein goed te kunnen uitvoeren. Die samenwerking kent vanuit democratisch oogpunt problemen, zo bleek hierboven, maar vergroot wel het gebied waarin gelijke normen gelden. In die zin wordt op het eerste gezicht de gelijkheid door deze vorm van samenwerking bevorderd.

3.5.4 Interbestuurlijk toezicht en stelselverantwoordelijkheid

Ten slotte enkele opmerkingen over de verhouding tussen het Rijk en de gemeenten. Hierboven werd al opgemerkt dat in de gedecentraliseerde eenheidsstaat Nederland in beginsel een grote mate van vrijheid en zelfstandigheid toekomt aan gemeenten en provincies. De open huishouding van gemeenten en provincie en de notie van staatsrechtelijke subsidiariteit wijzen in die richting. Een zo groot mogelijke mate van beleidsvrijheid in medebewind maakt het decentrale overheden mogelijk hun eigen beleid in overeenstemming met de wil van hun lokale bevolking vorm te geven: de gemeente als eerste overheid, het dichtsbij burgers.

Tegelijkertijd geldt dat in de eenheidsstaat Nederland die decentrale vrijheid altijd en per definitie een relatieve vrijheid is: daar waar strijd met hogere belangen zou kunnen ontstaan, trekt de eenheidsstaat aan het langste eind. Om aan die 'hogere' positie vorm te kunnen geven kent Nederland een stelsel van zogeheten 'interbestuurlijk toezicht': het toezicht dat (organen van) bestuurslagen op elkaar uitoefenen, ter bescherming van belangen die het niveau van de bestuurslaag ontstijgen.⁴⁴

In deze paragraaf staat de vraag centraal in hoeverre de instrumenten van het interbestuurlijk toezicht ingezet kunnen worden om verschillen tussen gemeenten te verkleinen. Daartoe wordt eerst een korte schets gegeven van de instrumenten van het interbestuurlijk toezicht en van de uitgangspunten

44. Zie daarover: Munneke 2013b.

die aan (de inzet van) die instrumenten ten grondslag liggen. Vervolgens vindt toepassing op de voorliggende casus plaats.

In 2012 is het interbestuurlijk toezicht ingrijpend herzien en gemoderniseerd.⁴⁵ Een van de redenen daarvoor was om aan de wildgroei aan bijzondere vormen van (specifiek) interbestuurlijk toezicht in tal van medebewindswetten een einde te maken. In plaats daarvan zou voortaan in beginsel volstaan moeten worden met de zogeheten generieke instrumenten van interbestuurlijk toezicht: het vernietigingsrecht (en het daaraan gekoppelde schorsingsrecht) en de regeling omtrent het indeplaatstreden bij taakverwaarlozing. Uit tal van wetten werden dan ook de specifieke instrumenten van interbestuurlijk toezicht geschrapt.⁴⁶

Vanwege het schrappen van al dit specifieke toezicht kwam bij de behandeling van het generieke toezichtinstrumentarium sterk het accent te liggen op de gemakkelijke inzetbaarheid van deze generieke instrumenten. Waar voorheen terughoudendheid bij de toepassing van het instrumentarium de norm was geweest (gesproken werd bijvoorbeeld over het vernietigingsrecht als ‘ultimum remedium’, terwijl de taakverwaarlozingsregeling in de praktijk niet of nauwelijks werd toegepast), kwam na het vervallen van het specifieke toezichtinstrumentarium sterk het accent te liggen op de bruikbaarheid ervan. Het vernietigingsrecht zou niet langer als ‘ultimum remedium’ worden beschouwd en de toepassingsvoorwaarden voor de mogelijkheid van indeplaatstreden werd sterk verruimd. Het wetsvoorstel ontleende er in 2012 zelfs zijn naam aan: de wet revitalisering generiek toezicht.

Aan het schrappen van vrijwel al het specifieke toezicht lagen twee overwegingen ten grondslag: in de eerste plaats de principiële gedachte dat de zelfstandigheid van bestuurslagen in de kern betekent dat er het vertrouwen moet zijn dat die bestuurslaag de eigen taken ook naar behoren kan en zal vervullen. Het specifieke toezicht was met name in de wet gekomen omdat bij elke gedelegeerde of geattribueerde medebewindstaak de neiging bestond een controle-instrument van de hogere overheid in te bouwen, in de vorm van overlegverplichtingen, mededelingsplichten, verklaringen van geen bezwaar, goedkeuring, de mogelijkheid vooraf aanwijzingen van hogerhand te geven, etc. Loslaten in vertrouwen, was aldus het eerste motief. Het mag duidelijk zijn dat de revitalisering van het generieke toezicht niet beoogde dit motief vervolgens te ondermijnen. Dat betekent dat ook bij de toepassing van het generieke toezicht nog steeds geldt dat dit moet worden toegepast in een sfeer van ‘loslaten’ en ‘vertrouwen’. In zoverre is het generieke instrumentarium naar mijn mening nog steeds te beschouwen als een verzameling bevoegdheden die als *ultimum remedium* hebben te gelden, ook al lijkt de regering dat

45. Wet van 24 mei 2012 tot wijziging van de Provinciewet, de Gemeentewet en enige andere wetten in verband met de revitalisering van het generiek interbestuurlijk toezicht (Wet revitalisering generiek toezicht), *Stb.* 2012, 233.

46. Zie daarover Munneke 2011.

zelf niet zo te zien. Het tweede motief voor het terugdringen van het specifieke toezicht betrof de aanzienlijke administratieve lasten die het gevoel waren van de voorafgaande inzet van steeds weer een ander toezichtinstrument. Hier is de winst duidelijker: het generieke instrumentarium betreft in beginsel steeds een instrumentarium achteraf: het komt pas in beeld nadat het oorspronkelijke bestuursorgaan iets niet of niet goed heeft gedaan.

Kijken we naar de toepassingsvoorwaarden voor inzet van het generieke instrumentarium dan geldt met betrekking tot het vernietigingsrecht, dat dit door de regering kan worden ingezet wanneer een gemeentebestuur in strijd met het recht of in strijd met het algemeen belang handelt. In een inmiddels vervallen, maar nog steeds inhoudelijk relevant, beleidskader uit 2006 werden deze gronden nader ingevuld.⁴⁷ Daarbij is met name de grond ‘strijd met het algemeen belang interessant’. Daaronder schaarde de regering in 2006 onder andere de situatie dat een ‘bevoegdheid door een bestuursorgaan van een decentrale overheid wordt uitgeoefend op een wijze die indruist tegen het belang van de burger(s)’. Ook de grond dat ‘een bestuursorgaan van een decentrale overheid weliswaar een bevoegdheid heeft maar deze op een zodanige wijze uitoefent dat een aan een hoger orgaan toevertrouwd belang wordt doorkruist’, is in deze context relevant. Het ‘algemeen belang’ waarvan bij het vernietigingsrecht sprake is kan dus andere belangen dan het gemeentelijke belang betreffen. Ongelijkheid tussen gemeenten komt dan dus nadrukkelijk in beeld. Zaken die in 2006 al onder deze vernietigingsgrond vielen, zullen daar, sedert de revitalisering van het generieke toezicht, naar valt aan te nemen, nog steeds onder vallen. Het vernietigingsrecht is toepasbaar op alle besluiten die het gemeentebestuur neemt, dus niet alleen op beschikkingen voor het concrete geval, maar ook op besluiten inhoudende algemene verbindende voorschriften.

Daarnaast is er de regeling van taakverwaarlozing die het voor het toezichthoudende bestuursorgaan mogelijk maakt in de plaats te treden en namens het gemeentebestuur die besluiten te nemen en handelingen te verrichten die dat gemeentebestuur heeft verzaakt te nemen. De regeling ziet op besluiten en handelingen die in medebewind worden gevorderd. Ook hier is het toepassingsbereik ruim, zo blijkt uit de wettekst, telkens als een handeling niet of niet naar behoren wordt verricht of een besluit niet of niet naar behoren wordt genomen, is er de mogelijkheid in te grijpen.⁴⁸

Samenvattend lijken zowel het vernietigingsinstrument als de regeling van indeplaatstreden naar hun reikwijdte inzetbaar om recht te doen aan een grotere mate van rechtsgelijkheid, mochten de verschillen tussen gemeenten ‘uit de hand’ lopen. Toch ligt toepassing van deze instrumenten om die reden niet voor de hand. Instrumenten van interbestuurlijk toezicht zijn geen gewone reguleringsinstrumenten, maar noodmaatregelen voor bijzondere gevallen,

47. *Kamerstukken II 2005/06, 30300 VII, 75.*

48. Art. 124 Gemeentewet.

die met terughoudendheid behoren te worden toegepast. Meent de wetgever in algemene zin nadere normen te moeten stellen om een ontstane ongelijkheid te verkleinen, dan dient hij die normen in de wet op te nemen.

In dit verband valt ten slotte ook nog het verschijnsel van de ‘stelselverantwoordelijkheid’ te noemen. Daarmee is bedoeld uit te drukken dat ook in het geval taken en bevoegdheden gedecentraliseerd zijn, de minister toch een verantwoordelijkheid blijft dragen voor de werking van het stelsel als geheel. Hij kan bijvoorbeeld wetswijzigingen entameren, als hij meent dat de huidige wetgeving niet voldoet. In de praktijk lijkt de ministeriële stelselverantwoordelijkheid een ruime strekking te krijgen; zij verschaft de minister een voet tussen de deur bij alle gedecentraliseerde taken, ook al beschikt hij verder niet over concrete bevoegdheden om in te grijpen, behalve zijn (mede)wetgevende en zijn eventuele toezichthoudende bevoegdheden. Natuurlijk is het in het kader van de eerdergenoemde dialoog een goede zaak als wordt samengewerkt tussen Rijk en gemeenten, maar ook hier geldt datgene wat bij het interbestuurlijk toezicht ook al bleek: er ontstaat al snel een hiërarchische verhouding die geen recht doet aan de decentrale zelfstandigheid: voor ingrijpen is er de klassieke weg van het wetgevingsinitiatief, niet die van de bemoeizucht met afzonderlijke beslissingen. Daarbij is de rechtsstatelijkheid van de gedecentraliseerde eenheidsstaat niet gebaat.

3.6 Afsluitende opmerkingen

Twee vragen moeten worden onderscheiden: de vraag of de verschillen die bij de decentralisaties in het sociale domein tussen gemeenten optreden in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel, en de vraag in hoeverre die verschillen, ook als zij niet onrechtmatig zijn, gewenst zijn. Decentralisaties bevinden zich naar hun aard in een spanningsveld tussen twee beginselen: gelijkheid en zeggenschap (democratie). Waar het eerstgenoemde beginsel leidt in de richting van (meer) gelijkheid tussen gemeenten, benadrukt het tweede beginsel juist het bestaan van lokale verschillen en beleidsvrijheid. Geen van beide beginselen geldt absoluut, en het komt er dan ook vooral op aan, de afgrenzingen en inperkingen van elk van beide beginselen goed te motiveren, en in de afweging tussen beide een balans te vinden. Op voorhand kan dus niet worden gezegd dat de decentralisaties zoals hier aan de orde in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel. Het door de regering ingeroepen ‘maatwerk’ als rechtvaardiging voor die inbreuk overtuigt echter niet of nauwelijks. Het is dan ook niet gek dat de tweede hierboven genoemde vraag - zijn de ontstane verschillen gewenst? - door velen ontkennend wordt beantwoord. Daarmee rijst de vraag of er middelen zijn om die verschillen, binnen het spanningsveld van beide beginselen, te verkleinen.

Uitgaande van het decentralisatiebeginsel zou ook hier de ontwikkeling van onderop moeten komen. Dat betekent dat allereerst de betrokken ge-

meenten zelf, door overleg en op basis van vrijwilligheid, streven naar kleinere verschillen tussen (naburige) gemeenten. Daarbij hebben die gemeenten ook zelf belang. Het vergroot vermoedelijk het draagvlak voor het eigen beleid. De ontwikkeling kan bovendien parallel lopen aan de wens van elkaar te leren en *best practices* van elkaar over te nemen. De Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) kan hier een coördinerende rol spelen, en zij doet dat in de praktijk ook. De modelverordeningen van de VNG, bij de totstandkoming waarvan eveneens de gemeenten zelf zijn betrokken, kunnen ook in dit perspectief worden beschouwd.

Uiteraard ligt er voor de kwaliteit van deze decentralisatieoperatie ook een verantwoordelijkheid bij de wetgever en bij de regering en de verantwoordelijke minister. De praktijk laat zien dat kamerleden, gevoed door input uit de gemeenten en de betrokken instanties, hun rol als medewetgever vorm geven. Het gaat daarbij om diverse kwaliteitsaspecten van de onderhavige wetgeving, waaronder ook het opnemen van uniformerende normen in de wet, daar waar de verschillen tussen gemeenten in de praktijk in de ogen van de wetgever te groot zijn geworden. Uiteraard kan een dergelijke rol ook door de regering worden opgepakt, en kan de aanleiding ook gelegen zijn in rechterlijke uitspraken. Op deze wijze vindt een dialoog tussen gemeenten, het rijk en de rechterlijke macht plaats die bijdraagt aan de kwaliteit van de decentralisaties in het sociaal domein, ook daar waar het de verschillen tussen gemeenten betreft.

Dat een grotere mate van gelijkheid als neveneffect kan optreden van handelingen die primair op kwaliteitsverbetering in het algemeen zijn gericht (*best practices*, modelverordeningen) zien we ook terug bij de intergemeentelijke samenwerking. Hoewel het doel van die samenwerking veelal niet zozeer is om de verschillen tussen de deelnemers te verkleinen (maar veelal efficiency en kostenbesparing), is een grotere mate van uniformiteit wel een gevolg van deze samenwerking. Zij gaat in dit geval echter wel ten koste van de zeggenschap van de deelnemende gemeenteraden. Het is dus zaak dat aspect niet uit het oog te verliezen. Ook hier ligt voor alle betrokken partijen een rol. Het is met andere woorden een verantwoordelijkheid van alle betrokken partijen om de komende jaren de kwaliteit van de decentralisaties scherp in het oog blijven houden. Alleen dan kan aan zowel het gelijkheidsbeginsel als het beginsel van zeggenschap recht worden gedaan, en het gewenste maatwerk worden geboden.

Gegevensbescherming in het gemeentelijke sociale domein

Aline Klingenberg

4.1 Inleiding

De decentralisaties die per 1 januari 2015 hun beslag hebben gekregen, zijn gebaseerd op de gedachte dat de gemeente de sociale diensten op het gebied van de participatie en zorg efficiënter kan verlenen. Daarvoor moeten deze diensten integraal worden verleend. Beleid en uitvoering mogen niet gebaseerd zijn op verschillende wetten, maar moeten worden gecentreerd rondom de behoeften van het individu en zijn huishouden.

Deze integrale dienstverlening vooronderstelt het gebruik en de uitwisseling van verschillende categorieën persoonsgegevens, waaronder gevoelige gegevens als medische gegevens, gegevens over schuldhulpverlening, huise-lijk geweld, et cetera. Ambtenaren, zorgverleners en bestuurders die betrokken zijn bij de dienstverlening, moeten toegang krijgen tot deze gegevens. Dit staat op gespannen voet met de bescherming van de privacy van de betrokkenen.

De hoofdvraag die in dit artikel beantwoord wordt, is de vraag of de huidige wettelijke waarborgen, zoals die voortvloeien uit de privacywetgeving, geschikt zijn om de privacybelangen van burgers in het sociale domein werkelijk te beschermen. Deze vraag richt zich op drie aspecten:

- De veronderstelling van autonomie van de burger die ten grondslag ligt aan de Wbp. In hoeverre sluit deze veronderstelling aan bij de situatie van kwetsbare burgers die afhankelijk zijn van diensten in het sociale domein? Zijn zij ‘in control’ over hun eigen persoonsgegevens en in hoeverre zijn zij vrij om toestemming te geven voor de verwerking van hun gegevens?
- Het gebruik van wetgeving als grondslag voor het doorbreken van geheimhoudingsplichten. In het gegevensbeschermingsrecht stelt de overheid haar eigen regels.
- Het regievraagstuk. In het informatienetwerk van verknoopte stelsels en ICT-infrastructuur lijkt niemand de regie te hebben over de omgang met de persoonsgegevens.

Op 14 april 2016 is de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) aangenomen door het Europees Parlement.¹ In deze bijdrage wordt tevens mede op deze nieuwe verordening acht geslagen.

De bijdrage is als volgt vorm gegeven. In paragraaf 4.2 wordt bij wijze van opmaat een korte schets gegeven van de wijzingen in het sociale domein en de vragen rondom gegevensbescherming die deze oproepen. Paragraaf 4.3 bevat een kritische bespreking van de staat van de gegevensuitwisseling in het sociale domein en de beheersstructuur die hierop van toepassing is. Paragraaf 4.4 gaat vervolgens in op de geschiktheid van de huidige rechtswaarborgen op het gebied van de privacybescherming: hoe werken deze uit in het sociale domein waar het gaat om kwetsbare burgers die in hoge mate afhankelijk zijn van de dienstverlening van de overheid? Paragraaf 4.5 bevat een overzicht van bestaande en in te voeren aanvullende *governance*-instrumenten die ingezet kunnen worden om de gegevensbescherming in het sociale domein te verbeteren. Het stuk sluit af met een résumé.

4.2 Decentralisaties in het sociale domein en vragen over gegevensbescherming

De trend om bevoegdheden in het sociale domein over te dragen naar lokale overheden is al enkele decennia aan de gang. In hun vergelijkend paper over deze internationale trend benoemen Andreotti, Mingione en Polizzi drie argumenten die gebruikt worden bij het decentralisatieproces: effectiviteit, participatie en financiële houdbaarheid.² Volgens de auteurs is het argument dat de lokale verzorgingsstaat effectiever is, erop gebaseerd dat op lokaal niveau beter kan worden ingespeeld op de behoeften van de burger en zijn individuele omstandigheden. Het participatie-argument is erop gebaseerd dat het lokale niveau meer geschikt om de burger te activeren en hem of haar te laten deelnemen aan de totstandkoming van beslissingen. Het argument van de financiële houdbaarheid houdt verband met de noodzaak om de kosten van de verzorgingsstaat te beheersen: door het lokale niveau meer taken en verantwoordelijkheid te geven kunnen kosten worden bespaard. Als we de motieven bekijken die ten grondslag hebben gelegen aan onze eigen decentralisaties in het sociale domein,³ dan blijkt dat deze inderdaad nauw verwant zijn met de drie hierboven genoemde argumenten.

-
1. Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (algemene verordening gegevensbescherming), COM (2012) 11 final, 25 januari 2012.
 2. Cf. Andreotti, Mingione & Polizzi 2012.
 3. Cf. G.J. Vonk, 'Decentralisaties in het sociale domein en de rechtsstaat: syntheserapport', in deze bundel, paragraaf 1.3.1 en de daarin opgenomen verwijzingen.

Één van de kenmerken van de decentralisaties is de zogenoemde ‘integrale zaaksbehandeling’. Van het lokale bestuur wordt verwacht dat verschillende wettelijke regelingen in onderlinge samenhang worden toegepast. De dienstverlening mag niet worden opgesplitst in afzonderlijke wettelijke kolommen, maar moet integraal worden aangeboden. Multidisciplinaire teams van professionals en bestuurders moeten deze integrale werkmethode faciliteren. Van deze integrale benadering wordt verwacht dat deze zowel goedkoper is als beter voor het betrokken individu.

De gedachte van integrale zaaksbehandeling is problematisch vanuit het oogpunt van gegevensbescherming. Om de gemeentelijke overheid in staat te stellen een volledige beoordeling te kunnen maken van wat nodig is in een huishouden, is een grootschalige overdracht van gegevens binnen de sociale infrastructuur vereist. Deze gegevens zijn afkomstig van medische professionals, zorgverzekeraars, zorgverleners en andere gespecialiseerde publieke en private instituties. Het is niets voor niets dat het College bescherming persoonsgegevens (vanaf 1 januari 2016 aangeduid als Autoriteit Persoonsgegevens, AP) de regering waarschuwde tegen het risico van een excessieve uitwisseling van persoonsgegevens en het gebruik van dergelijke gegevens voor ongerechtvaardigde doeleinden. Een belangrijk aandachtspunt daarbij vormt het risico op datalekken.⁴

De regering reageerde op deze kritiek met een beleidsdocument *Zorgvuldig en bewust; gegevensbescherming en privacy in een gedecentraliseerd sociaal domein*.⁵ Volgens dit document bieden de bestaande grondslagen, neergelegd in verschillende sociale zekerheidswetten, het lokale bestuur voldoende grondslag om gegevens uit te wisselen zonder de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen aan te tasten. De regering vond verdere wettelijke regulering niet nodig. De gemeenten worden juist vrijgelaten om te experimenteren met het vaststellen van hun eigen regels en praktijken waardoor waarborgen kunnen worden ontwikkeld waarmee de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen beschermd zou kunnen worden. In een later stadium zouden deze waarborgen vergeleken worden en zo leiden tot ‘best practices’, die gebruikt kunnen worden om uniforme richtlijnen te ontwikkelen.

De regering en het Cbp zijn sedertdien verwickeld geraakt in langdurige discussie over verschillende dossiers. Een van de discussiepunten betreft de uitwisseling van persoonsgegevens door jeugdzorgprofessionals met de gemeenten voor het vergoeden van de kosten voor de verleende zorg. Volgens het Cbp is deze uitwisseling niet zonder meer toegestaan. Zorgverleners achten doorgifte van gegevens een niet toelaatbare doorbreking van hun beroepsgeheim. De minister reageerde met een veegwet, een tijdelijke ministeriële regeling, waarmee met terugwerkende kracht een wettelijke basis werd

4. Cf. de officiële adviezen van het CBP aan de regering: *CBP-Jeugdwet 2015* en *CBP-WMO 2015*.

5. *Kamerstukken II 2013/14, 32761, 62*.

gecreëerd voor de verplichting voor zorgverleners om gegevens aan de gemeenten door te geven.⁶ Een wetsvoorstel om van deze tijdelijke ministeriële regeling een definitieve te maken, is op dit moment in behandeling bij de Tweede Kamer.⁷

Niet alleen het Cbp uit zorgen over de gegevensbescherming, ook de inspectie SZW, die toezicht houdt op de gegevensstromen op grond van de Wet Suwi, is kritisch. Wat betreft deze gegevensstromen is het oordeel van de inspectie SZW hard: uit een rapport van de Inspectie volgt dat van het aantal onderzochte gemeenten slechts 17% voldoet aan 7 getoetste essentiële normen op het gebied van vertrouwelijkheid en beveiliging van binnen Suwinet uitgewisselde gegevens.⁸

Uit de jaarrapportage 2015 van de Monitor Transitie Jeugd, waarin meldingen van ouders en jongeren over de transitie van de jeugdhulp verzameld worden, volgt dat er klachten zijn over de wijze waarop door gemeenten met privacygevoelige informatie wordt omgegaan.⁹ Ouders klagen dat het niet duidelijk is hoe zorgvuldig gemeenten met (medische) informatie omgaan, hoe gegevens worden opgeslagen, wie toegang heeft en welke informatie met wie gedeeld wordt. Er wordt geklaagd over het bovenmatig opvragen van niet ter zake doende gegevens. Ten slotte wordt geklaagd over het afdwingen van toestemming -zonder ondertekening van het formulier wordt de aanvraag niet in behandeling genomen- en het zonder toestemming van de ouders met anderen bespreken van het dossier.

Schermsutselingen en klachten zoals deze geven aanleiding tot de vraag of de bestaande normen, neergelegd in de Wbp en in andere bijzondere wetten, geschikt zijn om de persoonlijke levenssfeer van individuen in het sociale domein te beschermen.

4.3 De staat van de gegevensuitwisseling in het sociale domein

Gemeenten die door de decentralisaties bevoegdheden hebben gekregen met de opdracht tot integrale beleidsuitoefening, hebben te maken met verschillende wetgeving en informatiestromen. De Wbp bestrijkt als algemene wet slechts een deel van de informatiestromen; voor een deel zijn deze gereguleerd in bijzondere wetten. Daarbij geldt wel dat deze normen getoetst kunnen worden aan de privacyrichtlijn, als in een bijzondere wet regels zijn opgenomen over de wijze waarop met persoonsgegevens moet worden omge-

6. Regeling van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 3 augustus 2015, houdende wijziging van de Regeling Jeugdwet ter vaststelling van enige regels die aanbieders van jeugdhulp of preventie alsmede gecertificeerde instellingen bij het verstrekken van persoonsgegevens aan gemeenten in acht dienen te nemen, *Stcrt.* 2015, 24278, 6 augustus 2015.

7. *Kamerstukken II* 2014/15, 34191, 2.

8. Inspectie SZW 2015.

9. Monitor Transitie Jeugd 2015, p. 6.

gaan.¹⁰ Om een goed beeld te krijgen van de vraagstukken waar gemeenten en burgers in de decentralisaties mee te maken hebben, geef ik in deze paragraaf een omschrijving van de gegevensstromen in het sociale domein aan de hand van de bijzondere wetten die hier van toepassing zijn.

4.3.1 Verschillende wetten

In willekeurige volgorde noemen we als eerste de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (Wet Suwi). Deze wet ligt ten grondslag aan het elektronisch klantdossier, de Gezamenlijke elektronische Voorzieningen SUWI (GeVS, voorheen Suwinet). In dit digitale klantendossier wisselen de gemeentelijke sociale diensten, de Sociale Verzekeringsbank (SVB) en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) gegevens met elkaar uit. Deze gegevensuitwisseling heeft een verplicht karakter. Dit verplichte karakter uit zich bijvoorbeeld in de eenmalige gegevensvraag. Dit houdt in dat gegevens die uit bepaalde administraties verkregen kunnen worden, niet van de uitkeringsgerechtigde gevraagd worden. Het doel hiervan is het verlagen van de administratieve lasten. De eenmalige gegevensvraag volgt voor het UWV uit artikel 33a, tweede lid, Wet Suwi en voor het SVB uit artikel 35 Wet Suwi. Een andere wet die het uitwisselen van gegevens in het sociale domein reguleert, is de Wet basisregistratie personen (Wet brp), waarin uitwisselen van gegevens vanuit de basisregistratie personen geregeld is. Daarnaast zijn er de informatiebepalingen uit de Jeugdwet, de Participatiewet en de Wmo 2015.

4.3.2 Een diversiteit van betrokken instanties

Op grond van deze verschillende wetten zijn meerdere instanties betrokken bij deze gegevensuitwisseling. Soms zijn deze instanties gegrondvest in een van de hierboven genoemde wetten, maar vaak heeft een instantie een meer zelfstandige positie. We noemen hier het Inlichtingenbureau (IB), het Bureau Keteninformatisering Werk en Inkomen (BKWI), Logius en Rinis. Het BKWI is een onderdeel van het UWV en werkt in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Het IB wordt in artikel 1, eerste lid, onder m, Wet Suwi, als volgt gedefinieerd: ‘de als zodanig door onze Minister aangewezen instelling die is belast met de coördinatie en dienstverlening ten behoeve van gemeenten, bij de verwerking van gegevens, voor zover dit noodzakelijk is voor de uitvoering van taken op het gebied van de sociale zekerheid.’¹¹ Rinis is een knooppunt voor het elektronisch uitwisselen van gegevens in het publieke domein. Deelnemers aan Rinis zijn o.a. de Be-

10. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 7 mei 2009, C-553/07 (*Rijkeboer/Rotterdam*).

11. Voor een overzicht van de gegevensstromen en de rol van deze beide instellingen zie Bergfeld 2015.

lastingsdienst, de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO), het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties/Logius, het Ministerie van Justitie, de Stichting Inlichtingenbureau, het sectorloket van gemeentelijke sociale diensten, de SVB, en het UWV. Ten slotte Logius, een onderdeel van het Ministerie van BZK, dat als taak heeft een centrale en leidende rol te vervullen met oog op de samenhang in de infrastructuur van de e-overheid. Logius beheert onder meer de DigiD, de eHerkenning, Digikoppeling en de berichtenbox Mijn Overheid. Uitwisselen van gegevens uit de basisregistraties gaat via Digikoppeling, en dus via Logius.

4.3.3 Onoverzichtelijke beheersstructuur

Naast de verschillende wetten en instanties is er ook een informatiearchitectuur. Het inzagepunt van Suwinet heet de GeVs en dit krijgt vorm door middel van informatiearchitectuur. Voor het Suwinetwerk is deze vastgelegd in de Ketenarchitectuur Werk en Inkomen (KarWei) waarin is bepaald dat iedere organisatie zelf verantwoordelijk is voor de implementatie, de beveiliging, het beheer en de ontsluiting van de eigen ketenregistratie.¹² De Inspectie Werk en Inkomen houdt hier toezicht op. Dit zijn deels ook de gegevens die door gemeenten gebruikt worden om hun taken op het gebied van de decentralisaties uit te oefenen.

Dit diffuse beeld leidt tot onduidelijkheden. De gemeenten, het UWV en de SVB zijn verantwoordelijk in de zin van de Wbp. Uit dien hoofde bepalen zij het doel en de middelen van een verwerking van persoonsgegevens. De bewerker is degene die in opdracht van de verantwoordelijke handelt. Het verantwoordelijke bestuursorgaan is gehouden om door middel van bewerkersovereenkomsten te waarborgen dat de bewerker zich houdt aan de normen van de Wbp. Dit bestuursorgaan blijft echter zelf normadressaat. De Wet Suwi bepaalt bijvoorbeeld dat in het kader van SyRI het IB als bewerker optreedt. Om invulling te geven aan hun rol als verantwoordelijke moeten gemeenten dus bewerkersovereenkomsten sluiten met deze Stichting. Gemeenten hebben echter geen zeggenschap over de inhoud van deze bewerkersovereenkomsten aangezien deze wettelijk zijn vastgelegd.¹³ Een gevolg is dat de gemeentelijke bestuursorganen ingevolge artikel 14 Wbp verantwoordelijk zijn voor een overeenkomst zonder over de inhoud hiervan enige zeggenschap te hebben. Hiermee trekt het IB of de Minister van SZW (een deel van) de verantwoordelijkheid voor de verwerking van de gegevens naar zich toe. Ook het BKWI geeft met een grote mate van zelfstandigheid invulling aan centrale ketenvoorzieningen.¹⁴

12. KarWei 2010, p. 79.

13. Bergfeld 2015, p. 89.

14. Bergfeld 2015, p. 88.

Uit een advies van de gezamenlijke privacytoezichhouders van de EU-lidstaten (de Artikel 29 Werkgroep¹⁵) volgt dat een bewerker die, los van de contractuele relatie, bepaalde verantwoordelijkheden op zich neemt die verder gaan dan de normale opdrachten en taken van een verwerker niet meer als verwerker aangeduid kan worden.¹⁶ Het gaat dan om autonoom optreden dat verder gaat dan wat van een verantwoordelijke verwacht kan worden. De Artikel 29 Werkgroep noemt als voorbeelden hiervan: de bewerker beslist autonoom hoe ver de informatie gaat die met betrekking tot de verwerking aan de instellingen wordt verstrekt, de bewerker is bij machte om de doeleinden van de verwerking en de gevolgde werkwijze te bepalen, de bewerker kan zonder toestemming van de instellingen standaarden vaststellen die voor betrokkenen gelden, de bewerker levert toegevoegde waarde bij het verwerken van persoonsgegevens als opslag, validatie en een hoog niveau van bescherming, de bewerker kan kritieke beslissingen nemen wat betreft de beveiligingsstandaard en de locatie van de verwerkingscentra en de bewerker is autonoom om dienstverleningscontracten aan te gaan en te beëindigen, om contractbeleid te voeren. Of en in hoeverre deze voorbeelden ook op het IB, het BKWI en Logius van toepassing zijn, is moeilijk te beoordelen. In ieder geval kan uit het voorbeeld van de contracten, waarbij het IB als bewerker de inhoud bepaalt en niet de verantwoordelijke gemeenten, de conclusie getrokken worden dat het IB op dit punt als verantwoordelijke aangemerkt kan worden.

Dit geheel levert het beeld van een organisch gegroeide structuur, waaraan op verschillende momenten door verschillende actoren met verschillende motieven steeds verder gebouwd is en waar verantwoordelijkheden niet vastliggen. De WRR waarschuwde hiervoor in haar advies over de iOverheid: ‘Als de iOverheid zodanig dominant wordt dat organisaties op het niveau van informatiestromen verknoopt raken, zal het ontbreken van de daarmee samenhangende ‘verknoping’ op organisatorisch en institutioneel niveau in toenemende mate problematisch worden.’¹⁷ Daarbij concludeerde de WRR dat de eOverheid op uitvoeringsniveau niet bestaat: ‘gaat het op uitvoeringsniveau lang niet altijd om organisaties met een uitgekristalliseerde structuur en een rationele ordening van mensen en middelen.’¹⁸ Rinis, het Routerings-Instituut voor Informatiestromen in de Sociale Zekerheid, wordt door de WRR als voorbeeld genoemd van een informatiemakelaar door wie steeds meer domeinen worden ontsloten, waardoor de grenzen tussen de domeinen vervagen.

15. Groep gegevensbescherming artikel 29-advies SWIFT 2006.

16. Groep gegevensbescherming artikel 29-advies SWIFT 2006, p. 12-13.

17. WRR 2011, p. 203.

18. WRR 2011, p. 113.

4.3.4 Tegenstrijdige opdrachten aan gemeenten

Hierboven is al gewezen op de beleidsvisie van het Ministerie van BZK genaamd *Zorgvuldig en bewust; Gegevensverwerking en Privacy in een gedecentraliseerd sociaal domein*.¹⁹ Deze visie gaat ervan uit dat de door de burger gevraagde voorziening leidend is voor de daarbij behorende gegevensverwerking.²⁰ Het op voorhand vaststellen van een juridisch kader waarbinnen de gegevensverwerking zou moeten plaats vinden is volgens de visie ongewenst. Dit zou ‘kunnen leiden tot een sterke centrale invulling vooraf van de beleidsvrijheid van gemeenten om hun taken en werkzaamheden binnen het sociaal domein vorm te geven.’²¹ Gemeenten moeten vormgeven aan hun informatiebeleid door ‘een lerende praktijk’.

Tegelijkertijd bestaan er voor onderdelen van de gegevensuitwisseling strikt genormeerde kaders. Een voorbeeld daarvan is het Suwinet. De inspectie SZW en de AP houden toezicht op de wijze waarop gemeenten omgaan met de gegevens waartoe zij via Suwinet toegang hebben. De bevindingen van dit toezicht zijn niet positief. Slechts 17% van de onderzochte gemeenten voldoet aan zeven getoetste essentiële normen op het gebied van vertrouwelijkheid en beveiliging van binnen Suwinet uitgewisselde gegevens.²² Gemeenten die de beveiliging niet op orde krijgen, kunnen verplicht worden een externe deskundige aan te stellen die de beveiliging van Suwinet op orde moet brengen. Als ultieme sanctie voor gemeenten die zich niet aan deze normen houden, wordt gedacht aan het afsluiten van de toegang tot Suwinet.²³ De gegevens die uitgewisseld worden via Suwinet, vormen een deel van de gegevens die in het sociale domein uitgewisseld worden. De belangstelling voor Suwi staat in contrast met de weigering van het Ministerie van BZK om een juridisch kader te stellen voor de gegevensuitwisseling in het gehele sociale domein.

Al met al vormen de gegevensstromen in het sociale domein een diffuus geheel. Gemeenten hebben te maken met meerdere wetten, instanties en informatiestromen. Deze geven verschillende boodschappen aan gemeenten. Enerzijds worden de gemeenten geacht zelf beleid te ontwikkelen over het gebruik van persoonsgegevens, anderzijds worden zij geconfronteerd met streng toezicht en wordt de ruimte voor eigen keuzes en beleid sterk ingeperkt. Ook voor de burger zal niet duidelijk zijn welke instantie voor welk doel en in welke hoedanigheid (verantwoordelijke, bewerker) gegevens verwerkt. Dat alles draagt uiteraard niet bij aan de transparantie van het stelsel.

19. Bijlage bij *Kamerstukken II 2013/14*, 32761, 62.

20. *Kamerstukken II 2013/14*, 32761, 62, p. 22-23.

21. *Kamerstukken II 2013/14*, 32761, 62, p. 23.

22. Inspectie SZW 2015.

23. *Aanhangsel Handelingen II 2015/16*, 1613: antwoord op Kamervragen over het bericht dat veel gemeenten de beveiliging van persoonsgegevens in Suwinet niet op orde hebben.

4.4 De uitwerking van privacywaarborgen in het sociale domein

In deze paragraaf gaan we in op de bestaande wettelijke bescherming in de Wbp en de uitgangspunten waar deze wet op gebaseerd is. De Wbp is een typisch voorbeeld van een algemene wet die een raamwerk biedt voor het opslaan en verwerken van persoonsgegevens. De normen in de wet zijn gebaseerd op Richtlijn 95/46/EG en zijn open geformuleerd. De wet zelf bevat geen sluitend stelsel van concrete materiele normen over welke verwerking van persoonsgegevens wel en niet is toegestaan.²⁴ De algemene wet Wbp is op alle maatschappelijke sectoren van toepassing. Door de open normen in de wet kunnen de verschillende sectoren door zelfregulering nader invulling geven aan gegevensbescherming, toegespitst op de specifieke kenmerken en noden van de sector. Een voorbeeld is het vaststellen van gedragscodes als bedoeld in artikel 25 Wbp, of het benoemen van een functionaris voor de gegevensbescherming, als bedoeld in artikel 62 Wbp. Naast de mogelijkheid van zelfregulering voor de verschillende sectoren lag de reden om gebruik te maken van open normen in de snelle technologische ontwikkeling. De wetgever streefde naar zo technologieonafhankelijk mogelijke regelgeving.²⁵ Het is dan ook onjuist ervan uit te gaan dat de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen gewaarborgd is wanneer alleen maar voldaan wordt aan de normen uit de Wbp. Door de open normen, met een nadruk op zelfregulering, is hiervoor meer vereist.

Daarbij komt dat een aantal uitgangspunten waar de Wbp op gebaseerd is, moeilijk toepasbaar is in de sociale zekerheid. In combinatie met de open normen in de wet leidt dit tot de bevinding dat de persoonlijke levenssfeer van personen in de sociale zekerheid onder het huidige wettelijke regime slecht gewaarborgd is. Hieronder wordt deze stelling nader uitgewerkt.

4.4.1 De aanname dat de burger ‘in control’ is

Het gegevensbeschermingsrecht is gebaseerd op het uitgangspunt dat de burger ‘in control’ moet zijn over zijn of haar gegevens. Dit uitgangspunt van informationele zelfbeschikking betekent dat ‘individuen, groepen, of instellingen zelf kunnen bepalen wanneer, hoe en in welke mate informatie over hen wordt gecommuniceerd naar anderen’.²⁶ De mogelijkheid om toestemming te geven voor de verwerking van persoonsgegevens maakt hier onderdeel van uit. In enge zin uit dit recht zich in de specifieke rechten van betrokkenen tot inzage, verwijdering en correctie van persoonsgegevens die in hoofdstukken vijf en zes van de Wbp zijn vastgelegd.

24. *Kamerstukken II 1997/98*, 25892, 3, p. 37.

25. *Kamerstukken II 1997/98*, 25892, 3, p. 41.

26. Westin 1970, p. 7.

Meerdere auteurs hebben de aanname kritisch benaderd dat de burger controle over zijn persoonsgegevens kan uitoefenen. Het behoort vaak niet tot de mogelijkheden van een individuele burger om te begrijpen hoe hem betreffende informatie wordt opgeslagen, gebruikt, verkocht, gemanipuleerd, enzovoort.²⁷ Als dit al geldt voor de gemiddelde burger, geldt dit nog meer voor degenen die de ondersteuning nodig hebben uit het sociale domein. De mentale, fysieke of sociale situatie van burgers maakt het soms onmogelijk om een autonoom leven te leiden. Dit heeft de Alzheimerpatiënt gemeen met het slachtoffer van misbruik of met de jeugdige met gedragsproblemen. De controle over de persoonsgegevens gaat vaak over van de betrokkene naar de zorgverlener, of dit nu een familielid is of een professional. Hij moet hierover dan wel adequaat worden geïnformeerd. Niet op een algemene manier maar door middel van specifieke aanwijzingen over hoe om te gaan met persoonsgegevens. Dergelijke informatie pleegt echter niet aan zorgverleners te worden verstrekt. In 2015 heeft het Cbp een quickscan uitgevoerd op de websites van vijftig gemeenten met als doel uit te vinden of hier informatie werd verstrekt over de wijze waarop persoonsgegevens werden verwerkt in het sociale domein. Dergelijke informatie is niet aangetroffen.

Waar dit al geldt voor de gegevens die zich onder de gemeenten bevinden, geldt deze conclusie des te meer voor de gegevensverwerkingen binnen het gehele sociale domein. Hierboven hebben we immers gezien dat de gegevensverwerking diffuus is en via verschillende instanties, informatiemake-lars of knooppunten kan verlopen. Voor burgers die grip willen hebben op de verwerking van hun persoonsgegevens, is dit een belangrijk aspect. Een burger moet bijvoorbeeld weten wie de verantwoordelijke is van een gegevensverwerking. Het is immers de verantwoordelijke tot wie de burger een verzoek om inzage, correctie of verwijdering van persoonsgegevens ingevolge artikel 35 of 36 Wbp richt. Een betrokkene moet weten bij wie een dergelijk verzoek gedaan kan worden. Een blik op de website van het IB leert dat bij deze instelling ook inzageverzoeken gedaan kunnen worden. Een klant-vriendelijke benadering, maar wat als een betrokkene het niet eens is met het resultaat van dit verzoek? Het IB is een stichting en geen bestuursorgaan. Merken we het IB aan als verantwoordelijke, dan zal de betrokkene zich ingevolge artikel 46 Wbp moeten wenden tot de civiele rechter, voor een rechterlijk oordeel over gegevensverwerking op publiekrechtelijke grondslag. Dient een betrokkene een gelijkluidend verzoek om inzage in bij een college van B&W, dan volgt de betrokkene ingevolge artikel 45 Wbp de bestuursrechtelijke rechtsgang, met voorafgaand bezwaar bij het bestuursorgaan. Deze onduidelijke situatie draagt niet bij aan de controle van de burger over zijn persoonsgegevens.

27. Cf. Solove 2003; Schwarz 1999 en Hoofnagle & Urban 2014.

4.4.2 Toestemming als grond voor verwerking

In het gegevensbeschermingsrecht vormt de individuele toestemming van de burger een van de grondslagen om rechtmatig gegevens te kunnen verwerken. Niet voor niets staat in artikel 8, tweede lid, van het Handvest voor de Grondrechten van de EU toestemming als eerste grondslag genoemd. In zaken waar toestemming niet een grondslag vormt, moet de verantwoordelijke de verwerking van gegevens op een van de andere grondslagen uit artikel 8 Wbp baseren.²⁸

In artikel 1, aanhef en onder i, Wbp staat de definitie van toestemming: ‘elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt. ‘Uit deze definitie volgt dat er drie elementen zijn die de geldigheid van de toestemming bepalen: (i) de betrokkene moet niet onder druk hebben gestaan om toestemming te geven, (ii) de betrokkene moet goed geïnformeerd zijn over het doel en de consequenties van toestemming en (iii) het doel waarvoor toestemming gegeven wordt, moet concreet zijn.²⁹ Het vereiste dat het individu niet onder druk moet hebben gestaan om toestemming te geven, suggereert dat hij of zij een vrije keuze heeft en dat er geen risico is op misleiding, intimidatie, dwang of aanmerkelijke negatieve gevolgen als de betrokkene niet instemt.³⁰

Het is de vraag of toestemming van de burger in het sociale domein in alle gevallen vrij gegeven wordt. Vanwege hun kwetsbare positie zijn burgers sterk afhankelijk van de zorg en uitkeringen die door de overheid worden verstrekt. Bovendien verstrekt de overheid de sociale diensten als een de facto monopolist, aangezien betrokkenen zonder voldoende middelen het zich niet kunnen veroorloven deze diensten zelf in te kopen. Weigeren om toestemming te verlenen, kan de zorg en bijstand in gevaar brengen. Wat is dan nog de betekenis van het toestemmingsvereiste?

In dit verband kan worden gewezen op het arrest van het HvJ EU in de zaak van Schwarz tegen Stadt Bochum.³¹ In deze zaak werd de geldigheid van toestemming als gerechtvaardigde grondslag voor het opslaan van vingerafdrukken in paspoorten in twijfel getrokken. Het Hof beantwoordt in r.o. 32 de vraag of de toestemming vrij gegeven is: ‘Wat allereerst de voorwaarde betreft inzake de toestemming van de paspoortaanvragers voor het afnemen van hun vingerafdrukken, zij opgemerkt dat het bezit van een paspoort doorgaans onmisbaar is voor burgers van de Unie, met name wanneer zij naar een derde land reizen, en dat dit document ingevolge artikel 1, lid 2, van verorde-

28. Zie voor een kritische beschouwing over het gebruik van toestemming bij gegevensverwerking door de overheid, Klingenberg 2011, p. 137 en Klingenberg & Lindeboom 2013.

29. European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe 2014, p. 57.

30. Article 29 WP 2011, p. 12.

31. HvJ EU 17 oktober 2013, C-291/12 (*Schwarz/ Stadt Bochum*).

ning nr. 2252/2004 vingerafdrukken dient te bevatten. Burgers van de Unie die naar een derde land reizen, kunnen zich derhalve niet verzetten tegen de verwerking van hun vingerafdrukken. In deze omstandigheden kunnen de paspoortaanvragers niet worden geacht met een dergelijke verwerking te hebben ingestemd.⁷ Een gelijklopende redenering gaat op voor ontvangers van sociale zekerheid. De ontvanger is immers voor zijn of haar levensonderhoud afhankelijk van de staat en hier is dan ook geen sprake van een gelijke relatie. Toekomstige regelgeving gaat ook uit van vrij gegeven toestemming. De nrs. 32 en 34 uit de preambule bij de AVG gaan over toestemming. Hier wordt herhaald dat toestemming niet vrij gegeven is wanneer de betrokkene geen echte keuze heeft en het niet mogelijk is de toestemming in te trekken zonder nadeel. In nr. 34 wordt opgemerkt dat toestemming geen geldige grondslag kan bieden wanneer er een onbalans is tussen de verantwoordelijke en de betrokkene, *in het bijzonder* als de verantwoordelijke een bestuursorgaan is en het onwaarschijnlijk is dat de toestemming vrijelijk gegeven is, gezien de omstandigheden in het specifieke geval.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid sprak zichzelf tegen toen hij tijdens de parlementaire behandeling van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 de vraag moest beantwoorden of een weigering om toestemming te geven nu zou leiden tot afwijzing van de aanvraag. De ene keer antwoordde de minister dat een afwijzing niet aannemelijk was, de andere keer noemde hij dit een realistische mogelijkheid.³² Veel sociale zekerheidsinstellingen hebben een standaardclausule in hun aanvraagformulier waarbij de aanvrager automatisch toestemming geeft voor het verwerken en uitwisselen van zijn data. De door de burger verleende toestemming voldoet hier niet aan de eis dat de toestemming vrij gegeven moet zijn en dat de burger niet onder druk heeft gestaan om de toestemming te verlenen. Ook bij de uitvoering van de Jeugdwet wordt toestemming door gemeentelijke bestuursorganen afgedwongen. Zonder toestemming wordt in veel gevallen een aanvraag niet in behandeling genomen.³³

Het weigeren van zorg of bijstand op grond van het achterwege blijven van toestemming is onder het huidige recht reeds zeer discutabel. Onder het toekomstig recht is het niet langer mogelijk. Standaardclausules in aanvraagformulieren waarin om toestemming van de aanvrager wordt gevraagd voor het verwerken en uitwisselen van zijn gegevens, zijn dan ook in strijd met de bestaande en toekomstige privacyregelgeving.

4.4.3 Wettelijke verplichting en doelbinding

Nu toestemming niet kan gelden als absolute grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens, moet er toevlucht worden gezocht bij een andere

32. Boor & Van de Laar 2015, p. 437.

33. Monitor Transitie Jeugd 2015, p. 6.

grondslag. Uit artikel 8 Wbp volgt dat gegevens ook kunnen worden verwerkt als sprake is van nakoming van een wettelijke verplichting waaraan de verantwoordelijke onderworpen is, artikel 8, aanhef en onder c, of indien gegevensverwerking noodzakelijk is voor de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak door het desbetreffende bestuursorgaan dan wel het bestuursorgaan waaraan de gegevens worden verstrekt, artikel 8, aanhef en onder e Wbp. Een bestuursorgaan kan dus wetgeving gebruiken als gerechtvaardigde grondslag voor gegevensverwerking. Het is echter de vraag welke bescherming van deze grondslag uitgaat nu het vaak de bevoegde minister zelf is die in het kader van delegatiebepalingen de regels naar zijn eigen hand kan zetten.

Een voorbeeld is de gang van zaken rondom de Jeugdwet. Gemeenten moeten, om hun taak goed uit te kunnen voeren, de beschikking hebben over verschillende persoonsgegevens. Deze gegevens bevatten, naast algemene gegevens, ook gevoelige gegevens als medische gegevens of gegevens over de psychische situatie van de jeugdige. Deze gegevens vallen onder het beroepsgeheim van de zorgverlener. De voorwaarden waaronder persoonsgegevens verwerkt mogen worden, waren omschreven in artikel 7.1.4.1 Jeugdwet. Deze bepaling bood echter geen grondslag voor het doorbreken van het beroepsgeheim voor beleidsdoeleinden of voor het maken van financiële afrekeningen. Het bleek echter dat gemeenten de gegevens wel voor dit doeleinde wilden ontvangen. Het Cbp wees erop dat er geen grondslag is voor de doorgifte van gegevens van zorgverleners naar de gemeenten. De minister reageerde hier vervolgens op door via een veegwet de Jeugdwet in die zin aan te passen dat door middel van een tijdelijke regeling kan worden aangewezen welke gegevens door zorgverleners naar gemeenten moeten worden doorgegeven. Volgens het Cbp voldoet deze nieuwe wetgeving nog steeds niet aan de eisen inzake explicitering en specificering die gelet op het grondrechtelijk en internationaalrechtelijk kader aan een wettelijke verplichting tot doorbreking van de geheimhoudingsplicht worden gesteld.³⁴

Een ander voorbeeld van het gebruik van gedelegeerde bevoegdheden ‘voor eigen gebruik’ treffen we aan op het gebied van de bestrijding van fraude. De Minister van SZW heeft in het besluit SUWI zijn op basis van artikel 65, achtste lid, Wet Suwi gedelegeerde, wetgevende bevoegdheden gebruikt om een uitgebreide bevoegdheid te creëren voor het preventief uitwisselen en analyseren met het oog op de fraudebestrijding. Het gaat hierbij om zeventien ruim geformuleerde categorieën van persoonsgegevens. De Raad van State gaf in zijn advies harde kritiek op deze wetgeving, omdat deze niet bedoeld is om het verwerken van persoonsgegevens te beperken, maar dit juist te maximaliseren.³⁵ Ook merkte de Raad van State op dat volgens de toelichting bij het besluit weliswaar bij elk afzonderlijk project nader

34. CBP-*Veegwet* 2015.

35. Raad van State-*advies Besluit SyRI* 2014.

zal worden bepaald welke gegevens voor dat project noodzakelijk zijn, maar dat zo'n toetsing in concrete gevallen de wetgever niet ontslaat van de plicht om de toekenning van bestuursbevoegdheden en de daarmee gepaard gaande beperking van grondrechten zo concreet mogelijk te omschrijven. De Raad van State kon de Minister van SZW echter niet op andere gedachten brengen.

Deze voorbeelden maken duidelijk dat, bij de afwezigheid van 'checks and balances', de uitvoerende overheid in de positie is om voor zichzelf de ideale omstandigheden te creëren voor het verwerken van persoonsgegevens die de overheid zelf nodig vindt. Door gebruik te maken van gedelegeerde bevoegdheden heeft de minister grote vrijheid bij het vormgeven van de regelgeving en het definiëren van de omvang van de publieke taak. Dit resulteert in ruimhartige bevoegdheden die grootschalige uitwisseling van vaak gevoelige persoonsgegevens mogelijk maken, ook voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Dit probleem doet zich bij uitstek voor in gebieden waarin het algemene belang zwaarder weegt dan het individuele belang. Dit strookt niet met de oorspronkelijke doelstelling van de Wbp en overigens ook niet met die van Privacyrichtlijn 95/46/EG. Het doel van de richtlijn is immers het bieden van bescherming van het recht op een persoonlijke levenssfeer, niet het beperken daarvan.³⁶

4.5 De noodzaak tot wettelijke normen en aanvullende maatregelen

De aanname van persoonlijke autonomie waarop de privacywaarborgen mede zijn gebaseerd, is dus vaak niet realistisch voor burgers in het sociale domein. Verder kan de uitvoerende overheid via delegatiebepalingen eigen beleidswensen wel heel makkelijk omzetten in uitwisselingsbevoegdheden. Ten slotte ontbreekt bij de gegevensuitwisseling in het sociale domein een duidelijke regie, terwijl er veel organisaties bij betrokken zijn. Hoewel beleidsvrijheid voor gemeenten om zelf een informatiebeleid vast te stellen uitgangspunt is van de decentralisatieoperatie, zien we de facto een sterke, maar gefragmenteerde aansturing door het Rijk.

Om de effectiviteit van de gegevensbescherming te versterken zijn mijns inziens aanvullende maatregelen nodig. Daarbij denk ik zowel aan aanvullende wettelijke voorschriften als aan *governance*-instrumenten. Hoewel dergelijke governancemaatregelen bij voorkeur gebaseerd zijn op een wettelijke grondslag, is hun succes niet alleen afhankelijk van een juridische benadering. Het succes hiervan hangt af van administratief/bestuurlijke, technische en voorlichtingsmaatregelen.

36. HvJ EU 16 december 2008, C-524/06 (*Huber*).

4.5.1 Wettelijke normen

Als eerste stellen wij voor dat het Rijk uitdrukkelijk een centrale verantwoordelijkheid neemt voor het stelsel van informatievoorziening in het sociale domein. De fragmentatie die nu in de wetgeving naar voren komt, en de verschillende organisaties die zich bezig houden met gegevensverwerking in het sociale domein, vormen een obstakel voor een goede privacybescherming. Idealiter wordt voor het gehele sociale domein precies en nauwkeurig in wetgeving vastgelegd wie voor welk doel welke gegevens mag verwerken. We doelen hierbij niet op wetgeving zoals de voorgestelde Kaderwet gegevensuitwisseling, waarop de kritiek van het Cbp was dat deze wet, die de wettelijke basis zou moeten vormen voor een brede grondslag voor het uitwisselen persoonsgegevens door samenwerkingsverbanden, op gespannen voet lijkt te staan met de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit, subsidiariteit en voorzienbaarheid.³⁷ We doelen dan op een wet waarin precies en nauwkeurig staat omschreven wie, wanneer en voor welk doel gegevens mag uitwisselen. Een wet naar het voorbeeld van het Duitse Sozialgesetzbuch X (SGBX), een sectorspecifieke wet, die gebaseerd is op het uitgangspunt van vertrouwelijkheid van sociale zekerheidsgegevens, dat is neergelegd in artikel 35 SGB. Deze speciale Duitse wet bevat bepalingen die de verschillende typen verwerkingen reguleren, de technologische maatregelen die hiervoor getroffen moeten worden en de rechten van de betrokkenen.³⁸ SGBX zal niet één op één te kopiëren zijn naar de Nederlandse situatie, maar dient wel als een voorbeeld van hoe bijzondere wetgeving kan dienen om de persoonsgegevens van betrokkenen beter te beschermen. De komende Europese Verordening Gegevensbescherming geeft ruimte voor dergelijke sector specifieke wetgeving waarin de normen van gegevensbescherming nader worden ingevuld.

Een dergelijke wet kan echter niet goed werken zonder aanpassing van de huidige informatie-infrastructuur. In de jaren negentig van de vorige eeuw ontstond de gedachte dat de opbouw en de structuur van het internet even regulerend is als de wet- en regelgeving zelf.³⁹ Dit geldt evengoed voor softwareprogramma's waarmee gewerkt wordt, of de wijze waarop informatica wordt toegepast.⁴⁰ Deze infrastructuur is daarom bepalend voor de wijze waarop met gegevens omgegaan wordt. Hierboven hebben we gezien dat de informatie-infrastructuur in het sociale domein het beeld oplevert van een organisch gegroeide structuur, waaraan op verschillende momenten door verschillende actoren met verschillende motieven steeds verder gebouwd is en waar verantwoordelijkheden niet vastliggen. Er ontbreekt een samenhan-

37. CBP-Kaderwet gegevensuitwisseling 2015.

38. Gantchev 2015.

39. Lessig 1999.

40. Mommers 2014.

gende ‘verknoping’ op organisatorisch en institutioneel niveau. Op uitvoeringsniveau wordt dit problematisch. Deze infrastructuur moet daarom ook op heldere wijze in een wet vastgelegd worden. Deze wet moet zorgen voor, zoals de WRR het noemt, verknoping van informatie op institutioneel en organisatorisch niveau. In deze wet wordt duidelijk langs welke knooppunten gegevens worden verwerkt en wat de status is van deze organisaties. Duidelijk moet zijn wie optreedt als verantwoordelijke en wie als bewerker van gegevens, zodat daar in de toekomst geen onduidelijkheid over komt te bestaan. Een voorbeeld zou de voorgestelde Wet generieke digitale infrastructuur (Wet gdi) kunnen zijn die op het moment wordt voorbereid door de Ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Economische Zaken.⁴¹ De tekst van het voorstel is nog niet bekend, maar in de toelichting bij het voorstel tot modernisering van afdeling 2.3 Awb staat dat de Wet gdi beoogt digitale werkprocessen binnen de overheid te harmoniseren en bestuursorganen te verplichten om aan te sluiten op de aangewezen voorzieningen en deze ook daadwerkelijk te gebruiken. De wet zou zien op de elektronische bedrijfsvoering van de overheid. Niet duidelijk is of deze wet ook voor het sociale domein komt te gelden. Een dergelijke wet, waarin de informatie-infrastructuur komt vast te liggen, kan via een explicitering van de gegevensstromen de bescherming van de persoonsgegevens van betrokkenen in het sociale domein verbeteren.

4.5.2 Functionaris gegevensbescherming

Naast het versterken van de wettelijke basis is zou ik willen pleiten voor het figuur van de functionaris voor de gegevensbescherming. De Wbp biedt de mogelijkheid om een functionaris voor de gegevensbescherming aan te stellen. Deze functionaris fungeert als interne toezichthouder en vervult zijn taken in onafhankelijkheid, in die zin dat hij wat betreft de uitoefening van zijn functie geen aanwijzingen kan ontvangen van de organisatie die hem heeft benoemd. Hij mag geen nadeel ondervinden van de uitoefening van zijn taak en ondervindt in die zin dezelfde bescherming als leden van een Ondernemingsraad. Een functionaris kan benoemd worden door een verantwoordelijke, maar ook door een organisatie waarbij meerdere verantwoordelijken zijn aangesloten.

Op dit moment zijn lokale overheden niet verplicht om over een functionaris gegevensbescherming te beschikken. Er zijn echter duidelijke voordelen aan een dergelijke functionaris verbonden. Een functionaris opereert als een interne toezichthouder. Het is de taak van de functionaris om bewustzijn te creëren over gegevensbescherming, om toezicht te houden op de verwerking,

41. Consultatieversie van het voorstel van wet tot Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht in verband met de herziening van afdeling 2.3 van die wet (Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer), p. 24.

de organisatie voor te lichten en beschikbaar te zijn voor vragen. In artikel 64, derde lid, Wbp is bepaald dat de functionaris over bevoegdheden beschikt die gelijkwaardig zijn aan die zoals geregeld in titel 5.2 van de Awb. Uit de evaluatie van de Wet bescherming persoonsgegevens, uitgevoerd in 2008, volgde dat toen slechts 0,3 % van de organisaties over een dergelijke functionaris beschikten, terwijl deze functionaris duidelijk voordelen heeft.⁴² Tegelijkertijd bleek uit die evaluatie dat de benoemde functionarissen in hun taakuitoefening vooral de nadruk legden op hun (informele) rol van interne deskundige en adviseur. Bij het houden van toezicht werd de nadruk gelegd op de zachtere handhavingmiddelen, als voorlichting geven, overleggen, personen aanspreken of het uitoefenen van informele druk.⁴³

Artikel 35, eerste lid, onder a, AVG bevat een *verplichting* voor overheidsorganisaties om een functionaris gegevensbescherming aan te stellen. Organisaties kunnen ook groepsgewijs een dergelijke functionaris aanstellen. Dat wil zeggen dat gemeentes niet ieder voor zich een dergelijke functionaris hoeven aan te stellen, maar dat zij dit gezamenlijk kunnen doen. Betrokkenen hebben het recht, ingevolge artikel 38, lid 4, AVG, om de functionaris benaderen over alle zaken die te maken hebben met het verwerken van gegevens en de uitoefening van hun rechten ingevolge de AVG. Dit levert een flinke stap vooruit op in de gegevensbescherming van betrokkenen in de sociale zekerheid. Gemeenten zullen, apart of gezamenlijk, een dergelijke functionaris aanstellen die aanspreekpunt is voor burgers en die het tot zijn taak zal rekenen om een voorlichtende rol te spelen. De wettelijke taken van deze functionaris staan opgesomd in artikel 39 AVG:

- het informeren en adviseren van de (medewerkers van de) verantwoordelijke over hun verplichtingen ingevolge gegevensbeschermingsregelgeving,
- het houden van toezicht op de uitvoering van de verordening, daarbij inbegrepen het (assignment of responsibilities), bewustwording en training van de medewerkers en daarbij behorende audits,
- advies geven wat betreft de uitvoering van de Privacy Impact Assessment,
- samenwerken met de toezichthouder,
- contactpunt zijn voor de toezichthouder.

De verplichting om een functionaris aan te stellen levert veel voordelen op voor de gegevensbescherming in het sociale domein. Gemeenten moeten niet wachten tot de AVG in werking treedt, maar nu al een functionaris benoemen.

42. Winter e.a. 2009, p. 203.

43. Winter e.a. 2009, p. 82-83.

4.5.3 Technische maatregelen

De toenemende technologische mogelijkheden om gegevens te verwerken vormen niet alleen een risico, maar zijn ook een deel van de oplossing. Deze technologische standaarden die als doel hebben de persoonlijke levenssfeer juist te beschermen, worden ook wel ‘privacy by design’ en ‘privacy by default’ genoemd. Deze begrippen bedoelen dat de verantwoordelijke, in dit geval de colleges van B en W, de nodige technische en organisatorische maatregelen en procedures moeten treffen zodat de verwerking voldoet aan de gegevensbeschermingsregelgeving. Deze verplichting geldt al ingevolge artikel 13 Wbp, op grond waarvan de verantwoordelijke gehouden is passende technische en organisatorische maatregelen ten uitvoer te leggen om persoonsgegevens te beveiligen tegen verlies of andere onrechtmatige verwerking. In de AVG krijgt deze verplichting echter meer handen en voeten in artikel 25. Het gebruik van ICT ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer staat bekend als ‘Privacy Enhancing Technologies’ (PET).⁴⁴ Borking onderscheidt (naar Koorn, 2004) een PET-trap, waarbij de oplopende maatregelen steeds effectiever worden.⁴⁵

Als eerste *de algemene PET-maatregelen*, als versleuteling, toegangsbeveiliging, autorisatie op basis van functionele bevoegdheden of rollen, biometrie en quality enhancing technologies. Daarna komt *het scheiden van gegevens*, wat in kan houden het toekennen van een pseudoniem, of het scheiden van identificerende gegevens van overige gegevens. Als derde noemt hij de *privacymanagementsystemen*. Deze programma’s zorgen voor een geautomatiseerde toepassing van het privacybeleid en toetsen automatisch of het verwerkingsproces plaatsvindt conform het geldende privacybeleid voor de betreffende database of informatiesysteem.⁴⁶ De vierde ten slotte is *anonimiseren*, dat wil zeggen dat geen persoonsgegevens worden vastgelegd of dat deze direct na de noodzakelijke verwerking vernietigd worden.

Deze maatregelen worden idealiter voordat tot gegevensverwerking wordt overgegaan, geïmplementeerd in de verwerking. Gaan we uit van beleidsvrijheid en gemeentelijke autonomie, dan zijn gemeenten verantwoordelijk voor de implementatie. We hebben echter voorgesteld dat het Rijk zijn stelselverantwoordelijkheid neemt. Dan is het implementeren ook een taak van het Rijk.

Ten slotte mag niet onvermeld blijven dat ICT-vernieuwingen die gegevensuitwisseling mogelijk maken, blijven innoveren. Het is belangrijk dat privacybescherming steeds een integraal onderdeel uitmaakt van het innovatieproces. Het is mijn overtuiging dat op deze wijze uiteindelijk de grootste winst kan worden geboekt. Bijvoorbeeld, de ICT-infrastructuur kan zo wor-

44. Borking 2010, p. 187-188.

45. Borking 2010, p. 196.

46. Borking 2010, p. 218.

den ingericht dat ongeautoriseerde inzagen eenvoudig niet kunnen plaatsvinden en dat burgers daadwerkelijk de volledige zeggenschap krijgen over datgene dat zij voor welk doel willen prijsgeven en aan wie.

4.5.4 Autorisatiebesluiten

Een instrument om tot meer transparantie te komen is het gebruik van zogenaamde autorisatiebesluiten, die openbaar gemaakt worden. Hierbij denken we aan een besluit dat lijkt op een mandaatbesluit. Alleen wordt in een autorisatiebesluit niet de bevoegdheid gemandateerd om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen, maar worden medewerkers op basis van hun functie gemachtigd om tot een bepaald niveau toegang te krijgen tot de persoonsgegevens van betrokkenen. Een dergelijk register verplicht de gemeenten om een overzicht te ontwikkelen en te publiceren dat duidelijk maakt wie toegang heeft tot welke gegevens en voor welk doel.

Het register kan gebruikt worden als input voor de technische architectuur die het mogelijk maakt medewerkers toegang te verlenen tot de verschillende categorieën persoonsgegevens, maar moet ook duidelijk maken aan burgers wie toegang heeft tot hun persoonlijke gegevens en hen helpen controle te hebben over deze gegevens. Om de burgers te helpen deze controle te verkrijgen is het van cruciaal belang dat het register openbaar wordt gemaakt met duidelijke instructies voor de betrokkenen en eventueel hun gemachtigden hoe deze informatie te gebruiken. Als het goed is, worden medewerkers van gemeentelijke organisaties geautoriseerd tot een bepaalde toegang tot gegevensverwerkende systemen. Het is daarom een kleine stap om deze autorisaties, net als een mandaatbesluit, openbaar te maken. Helaas bevat noch richtlijn 95/46/EG, noch de AVG, noch de Nederlandse Wet Bescherming Persoonsgegevens een dergelijke verplichting.

4.5.5 Voorlichting

Transparantie vormt het hart van het gegevensbeschermingsrecht. Voor het krijgen van controle over de verwerkte persoonsgegevens en dus het versterken van de positie van de burger, is het noodzakelijk dat een betrokkene weet dat er persoonsgegevens verwerkt worden, op welke wijze deze verkregen worden, met welk doel de gegevens gebruikt worden en met wie ze gedeeld worden. Een betrokkene die deze kennis heeft, kan vervolgens zijn rechten tot inzage, correctie en eventueel verwijdering van gegevens uitoefenen en zo echt ‘in control’ zijn over zijn gegevens.

Hiervoor staan in de Wbp een aantal bepalingen: transparantiebepalingen in hoofdstuk 5, die als doel hebben de informatieverstrekking aan betrokkenen, en de rechten van de betrokkene uit hoofdstuk 6 Wbp te regelen. Ingevolge artikel 33 Wbp verstrekt de verantwoordelijke aan de betrokkene, voordat het de gegevens van de betrokkene verkrijgt, de benodigde informa-

tie. Verkrijgt de verantwoordelijke de gegevens niet van de betrokkene, dan moet de betrokkene hier ook van op de hoogte worden gesteld op grond van artikel 34 Wbp. Dit geldt echter niet indien de vastlegging of verstrekking bij of krachtens de wet is voorgeschreven, ingevolge het vijfde lid van artikel 34 Wbp. Dit laatste is vaak het geval bij gegevensverwerking in het sociale domein. In de Jeugdwet, de Wmo 2015, maar ook gelet op de eenmalige gegevensuitvraag in de Wet Suwi, is een groot aantal verwerkingen voorgeschreven.

Dat informatieverstrekking op basis van deze uitzondering niet voorgeschreven is, wil niet zeggen dat de gemeenten dit dan maar achterwege kunnen laten. Gelet op het uitgangspunt ‘de burger in control’ is dit een belangrijk aspect waar vanuit governance oogpunt veel belang aan gehecht moet worden.

In hoofdstuk 3 van de AVG wordt veel aandacht aan besteed aan voorlichting. De bepalingen gaan verder dan die uit de Wbp. Onder andere wordt bepaald dat ook informatie moet worden verstrekt over de rechten die de betrokkene heeft om inzage, correctie of verwijdering te verzoeken of een klacht in te dienen.

4.6 Conclusie

In deze bijdrage is een antwoord gezocht op de vraag of de persoonsgegevens van burgers in het sociale domein voldoende beschermd zijn. Specifiek is dit onderzoek toegespitst op de gegevensuitwisseling in het gemeentelijke sociale domein, met name gezien het uitgangspunt van de integrale zaaksbehandeling. De gegevensuitwisseling in het sociale domein is gebaseerd op een organisch gegroeide structuur, waarbij verschillende instanties op basis van meerdere wetten en in allerlei rollen gegevens uitwisselen. De normering hiervan is strikt in het geval van het Ministerie van SZW (de Wet Suwi), maar het Ministerie van BZK wil het beleid zoveel mogelijk overlaten aan de gemeenten zelf. Verschillende instanties spelen een rol in de gegevensuitwisseling, waardoor de te onderscheiden rollen niet duidelijk zijn. Dit leidt tot een stelsel waarbij het handelen van de betrokken bestuursorganen (ministeries, uitvoeringsinstanties, gemeenten) niet op elkaar afgestemd is. Gemeenten krijgen op grond van dit gefragmenteerde stelsel de opdracht integraal beleid te voeren. Daarbij worden ze hard afgerekend op aspecten waarbij zij niet aan de (wettelijke) normen voor gegevensbescherming voldoen, zoals het geval bij Suwinet. Tegelijkertijd krijgen gemeenten een open opdracht van het Ministerie van BZK om een eigen informatiebeleid vast te stellen en uit te zoeken hoe te voldoen aan de wettelijke normen voor gegevensbescherming.

Kijkende naar het algemene stelsel, de Wbp, dan valt een drietal punten op. Ten eerste het gebruik van de grondslag toestemming om gegevens van burgers te verwerken. Deze toestemming van een burger die een voorziening aanvraagt, is niet vrij gegeven. Het bestuursorgaan zal een andere gerecht-

vaardigde grondslag moeten vinden om gegevens te verwerken. Vervolgens het uitgangspunt dat de burger in control is. Een kenmerk van veel burgers die een beroep doen op sociale voorzieningen is dat zij nu juist (tijdelijk) niet in control zijn over hun leven. De aanname dat zij wel in control zijn over hun persoonsgegevens is dan ook niet redelijk. Daarbij concluderen wij dat het hen ook aan de middelen ontbreekt om deze controle uit te oefenen, omdat voorlichting over de gegevensverwerking en over rechten als inzage, correctie en verwijdering van gegevens weinig tot niet plaats vindt. Ten slotte het gebruik van vage, ruime wettelijke bevoegdheden. De Nederlandse wetgever lijkt de open normen uit de Wbp, waarvan het de bedoeling is dat zij ingevuld worden met duidelijke en precieze regels, op te rekken zodat zoveel mogelijk gegevensverwerkingen hieronder vallen. Daarbij wordt veelvuldig gebruik gemaakt van delegatiebepalingen, zodat bestuursorganen zelf hun regels kunnen stellen over de gegevensverwerkingen die zij moeten verrichten. Checks and balances ontbreken hier.

Als oplossing stellen wij een wet voor over de informatiehuishouding in het sociale domein. In de wet wordt niet alleen nauwkeurig omschreven welke gegevens voor welk doel verwerkt mogen worden, tevens worden de opbouw en de structuur van de informatiesystemen gereguleerd. Dit zorgt voor duidelijkheid bij de burger, waarborgt democratische legitimatie en draagt bij aan de bescherming van persoonsgegevens. De benodigde informatiearchitectuur is gebaseerd op deze wet en waarborgt de mogelijkheden van de burger om inzage te krijgen in zijn gegevens en de verstrekking hiervan aan derden. Tevens maakt de wet de correctie van gegevens mogelijk en de verwijdering van onjuiste gegevens.

Tegelijkertijd stellen wij een aantal governance-maatregelen voor die bijdragen aan de mogelijkheden voor de burger om controle te hebben over zijn gegevens. Één daarvan is voorlichting. Burgers moeten weten welke gegevens verwerkt worden en wat hun rechten zijn. Een Functionaris Gegevensbescherming kan hierin een belangrijke rol spelen, want deze interne toezichthouder zorgt in het algemeen voor een hoger niveau van gegevensbescherming in een organisatie. Op grond van de AVG is een dergelijke functionaris aanspreekpunt voor burgers. De AVG stelt het hebben van een Functionaris Gegevensbescherming verplicht voor overheidsorganen. Gemeenten hoeven echter niet te wachten met het aanstellen van een dergelijke functionaris. Het stelsel van autorisaties moet ook openbaar zijn voor de burger, vergelijkbaar met de mandaatbesluiten die bestuursorganen nemen en publiceren. Een dergelijke maatregel moet leiden tot inzicht van de burger in wie toegang heeft tot zijn persoonsgegevens. Samen met de voorgestelde wet over de informatiehuishouding in het sociale domein, zullen deze maatregelen de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van burgers verbeteren

en tegelijkertijd de betrokken overheidsorganen helpen bij het uitvoeren van hun publieke taak.⁴⁷

47. Vlak na het afronden van het manuscript van dit hoofdstuk verscheen het rapport van de Autoriteit Persoonsgegevens *Verwerking van persoonsgegevens in het sociaal domein: de rol van toestemming*, Den Haag 2016. De AP constateert in dit rapport dat geen van de 41 onderzochte gemeenten volledig voldoet aan de Wbp en pleit voor een algemeen juridisch kader voor de verwerking van persoonsgegevens in het sociaal domein.

Decentralisaties in het sociale domein en grondrechtelijke zorgplichten

Gijsbert Vonk

5.1 Inleiding

De relatie tussen de decentralisaties in het sociale domein en de grondrechten staat in de belangstelling. Het College voor de Rechten van de Mens maakte er een folder over,¹ het Ministerie van BZK organiseerde een expertmeeting,² de Tweede Kamer een hoorzitting,³ de Vereniging voor Sociale Advocatuur Nederland een symposium⁴ en het was het thema van de Ab Harrewijnrede op het jaarcongres van 2016 van de Landelijke Cliëntenraad. De decentralisaties en het achterliggende perspectief van de participatiesamenleving roepen vragen op over de wijze waarop grondrechtelijke zorgplichten worden vormgegeven. In hoeverre kunnen dergelijke plichten worden gerealiseerd door de relaties tussen burgers en maatschappelijke verbanden aan te spreken? Welke systeemverantwoordelijkheid behoudt de overheid? Hoe kan worden voorkomen dat de minst weerbaren in de samenleving door de decentralisaties worden verdrukt, dat bepaalde groepen worden uitgesloten of dat taken worden verwaarloosd? Welke verantwoordelijkheden komt het Rijk in dit verband toe in termen van regulering, toezicht en financiering?

In deze bijdrage worden deze vragen aan de orde gesteld. De behandeling ervan wordt in het teken gesteld van een paradox: in hoeverre zijn de decentralisaties de vijand van de grondrechtelijke zorgplichten, doordat essentiële verantwoordelijkheden naar een lagere organisatorische laag of partijen buiten de overheid worden verplaatst met als gevolg dat de staat het basisniveau van de voorzieningen niet langer kan garanderen? Of is het zo dat grondrechtelijke zorgplichten de vijand zijn van de decentralisaties, doordat ze de centrale overheid voortdurend dwingen regulerend en kaderstellend op te treden,

-
1. Dit is de zogenoemde BAAT-folder: College voor de Rechten van de Mens, 'BAAT bij mensenrechten in het sociale domein', 8 oktober 2014, <www.mensenrechten.nl/publicaties/detail/34852>.
 2. 17 juni 2014, expertmeeting 'maatwerk en burgerkracht in het sociale domein'.
 3. 26 januari 2015, hoorzitting in het kader van de mensenrechtendialoog 'de betekenis van mensenrechten voor gemeenten in het kader van de decentralisaties'.
 4. 17 april 2015, symposium OSR/VSAN, 'bezuinigingen versus mensenrechten'.

waardoor de decentrale verantwoordelijkheid en maatschappelijke vrijheid worden ondermijnd? Zoals we zullen zien, sluiten beide perspectieven, voor zover ze al kloppen, elkaar niet uit, waarmee eer wordt gedaan aan de betekenis van het begrip paradox als een *schijnbare* tegenstelling. Maar bovenal kom ik tot de conclusie dat dit soort vijandsbeelden niet bevorderlijk is en dat grondrechtelijke zorgplichten beter kunnen worden gezien als vrienden van de lokale verzorgingsstaat die de decentralisaties in goede banen leiden. Hier toe worden in deze bijdrage enkele aanbevelingen gedaan.

In deze bijdrage worden de decentralisaties in verband gebracht met het achterliggende ideaal van de participatiesamenleving. Er bestaat een verband tussen deze begrippen. Kunnen de decentralisaties worden gedefinieerd als een overdracht van bevoegdheden van het centrale naar het decentrale niveau, bij de participatiesamenleving gaat het erom de zorgrelaties tussen private actoren te activeren, met de gemeente - dicht bij de burger, zoals men zegt - als regisseur. Het is nuttig om beide perspectieven van de overdracht van centrale verantwoordelijkheden naar gemeenten en naar de burger gelijktijdig in ogenschouw te nemen, daarbij de participatiesamenleving als een eindstreven te beschouwen en de decentralisaties als middel. Zo wordt de overdracht ook vaak benaderd in nationale beleidsstukken en in internationale literatuur over de lokaliseringstrend.⁵ Technisch zijn de drie d's van 1 januari 2015 niet eens zo spannend, aangezien ze slechts een beperkte aanpassing meebrengen van de bestaande nationale regelingen. Het is juist in samenhang met het achterliggende normatieve perspectief van een participatiesamenleving dat de decentraliseringsoperatie kleur en betekenis krijgt.

Hieronder geef ik eerst een kort overzicht van de aard en werking van de grondrechtelijke zorgplichten in het sociale domein (paragraaf 5.2). Vervolgens behandel ik achtereenvolgens het perspectief van de grondrechtelijke zorgplichten als vijand van het decentralisatiestreven (paragraaf 5.3) en andersom, het perspectief van het decentralisatiestreven als vijand van de grondrechtelijke zorgplichten (paragraaf 5.4). De bespreking van het eerste 'vijandbeeld' staat in het teken van een kritiek op een rapport van de Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling uit 2013, getiteld *Terugtrekken is vooruitzien. Maatschappelijke veerkracht in het publiek domein*.⁶ Volgens dit advies staat het normatieve fundament van de hedendaagse verzorgingsstaat een bloeiend maatschappelijk middenveld in de weg, maar klopt deze analyse wel? Het tweede, omgekeerde vijandbeeld bouwt voort op inzichten die eerder zijn gepubliceerd in mijn NJB-bijdrage, getiteld 'Kwetsbare verzorgingsstaat', uit 2015.⁷ Ik vervolg mijn reis met een bespreking van enkele handelingsperspectieven die de overheid heeft om grondrechtelijke zorgplichten op

5. Zie de vergelijkende bevindingen van Andreotti, Mingione & Polizzi 2012.

6. RMO 2013.

7. Vonk 2015.

decentraal niveau te borgen (paragraaf 5.5) en sluit af met een korte samenvatting (paragraaf 5.6).

5.2 Aard en werking van grondrechtelijke zorgplichten in het sociale domein

In deze bijdrage versta ik onder zorgplichten de inspanningsverplichtingen voor de overheid ter realisering van sociale grondrechten. Ze hebben betrekking op een waaier van positieve inspanningen van de staat variërend van het formuleren van een bepaald beleid, het inrichten van een wettelijk stelsel, tot het leveren van concrete prestaties aan burgers.

Klassieke grondrechten kennen ook zorgplichten. We hebben het hier over de positieve verplichtingen die uit vrijheidsrechten voortvloeien.⁸ Zo wordt in bijzondere gevallen uit artikel 8 EVRM een verplichting afgeleid om in individuele situaties opvang te bieden aan personen die geen beroep kunnen doen op bijstand of daklozenopvang.⁹ Bij de kwaliteit van dit laatste type, de van artikel 8 EVRM afgeleide zorgplichten, mogen we ons overigens niet te veel voorstellen.¹⁰ Maar het is altijd nog beter dan de zorgplichten uit sociale grondrechten die in de heersende nationale rechtsleer niet bij de rechter afdwingbaar zijn, aangezien deze grondrechten veelal niet worden gekwalificeerd als een ieder verbindende bepalingen in de zin van artikel 93 Gw. Volgens de internationale *human rights* canon zijn grondrechten *indivisible, interdependent and interrelated*.¹¹ Maar in ons land bestaan nog steeds aanzienlijke verschillen tussen de werking van klassieke en sociale grondrechten.

Uit sociale grondrechten zijn geen concrete normen voor de inrichting van het sociale stelsel af te leiden. Evenmin bevatten ze normen voor een bepaalde bevoegdheidsverdeling tussen de staat, de markt en het individu. De participatiesamenleving die uitgaat van een versterking van de horizontale zorgrelaties tussen burgers, hoeft van sociale de grondrechten dus niets te vrezen. Maar er zijn grenzen. Wat het grondrecht van de sociale zekerheid van artikel 20 Gw aangaat, geldt bijvoorbeeld dat waar het vrije spel van de

8. Zie over de sociale zorgplichten die voortvloeien uit het EVRM: Koch 2009.

9. Zo werden in de rechtspraak eerst opvangverplichtingen aangenomen voor illegalen in medische nood, CRvB 29 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM0956 en vervolgens voor kinderen van uitgeprocedeerde asielzoekers HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5328.

10. Zo werd door de CRvB een beroep op art. 8 EVRM van een vrouw uit Estland met een ernstig gehandicapte dochter die in aanmerking wilde komen voor maatschappelijke opvang afgewezen: het blijf-van-mijn-lijf huis gaf voldoende bescherming. CRvB 26 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:863. Evenzeer beschouwen de ABRvS en CRvB een verblijf in een vrijheidsbepalende locatie (VBL) als een goed alternatief voor de maatschappelijke opvang, ondanks het feit dat het hier een halve gevangenis betreft. ABRvS 26 november 2015 ECLI:NL:RVS:2015:3415 en CRvB 26 november 2015 ECLI:NL:CRVB:2015:3803.

11. *Vienna Declaration and Programme of Action 1993*, aangenomen op de VN-Wereldconferentie voor de mensenrechten op 25 Juni 1993.

maatschappelijke krachten niet succesvol is en er groepen buiten de boot van de bestaanszekerheid vallen, er een plicht is voor de overheid om de sociale zekerheid dwingend voor te schrijven of zelf te organiseren. Met andere woorden: het recht op sociale zekerheid impliceert niet noodzakelijk een directe verantwoordelijkheid voor de overheid, maar wel een eind- of systeemverantwoordelijkheid voor de bestaanszekerheid van haar burgers.¹²

De zorgplicht van de overheid is intenser naarmate het meer gaat om minimale aanspraken voor weerloze personen. Dit volgt niet alleen uit de uitwerking van de overheidsverplichtingen in internationale grondrechtendocumenten zoals ik hieronder nog nader zal toelichten, maar reeds uit de formulering van enkele van de nationale sociale grondrechten zelf. Zo schrijft het tweede lid van artikel 20 GW enkel voor dat de wet regels stelt omtrent aanspraken op sociale zekerheid. Het derde lid is echter stilliger en verklaart dat Nederlanders, hier te lande, die niet in het bestaan kunnen voorzien, een bij wet te regelen *recht op bijstand van overheidswege* hebben. Van overheidswege is niet van de burens, van de familie of van de kerk. Bijstand is een overheidstaak en kan niet aan particuliere partijen worden overgelaten. Daar is trouwens niets nieuws of schokkends aan. Het primaat van de overheid in de sociale bijstand ten opzichte van de kerk en de burgerlijke armenzorg is al gevestigd in de tweede helft van de negentiende eeuw.¹³ Een en ander geldt overigens evenzeer voor het bieden van noodzakelijke zorg aan burgers die niet anderszins op hulp kunnen rekenen. Deze zorg, die vanouds onderdeel uitmaakte van de armenzorg en inmiddels afzonderlijk geregeld is in de Wmo 2015, is evenzeer een primaire overheidstaak.

Deze laatste nuanceringsen raken de decentralisaties want deze hebben juist betrekking op regelingen aan de onderkant van het socialezekerheidsgebouw die zijn bestemd voor de minst weerbare personen in de jeugdzorg, de maatschappelijke ondersteuning en de bijstand. Op deze terreinen moet een vergaande zorgplicht worden aangenomen. De overheid moet erop toezien dat een behoorlijk stelsel van jeugdzorg, maatschappelijke ondersteuning en sociale bijstand wordt opgetuigd dat voorziet in de noodzakelijke basisvoorzieningen voor personen die geen beroep kunnen doen op anderen.

Gemeenten vormen de derde bestuurslaag in onze gedecentraliseerde eenheidsstaat en zijn in die hoedanigheid op gelijke wijze drager van grondrechtelijke verplichtingen als de provincies en het Rijk. Dit houdt ook in dat het Rijk de realisering van zorgplichten mag overlaten aan de gemeenten, al blijft het rijk wel eindverantwoordelijk. Dat wil zeggen: hij moet erop toezien dat het systeem in zijn totaliteit ertoe leidt dat gemeenten bijdragen aan de realisering van zorgplichten. Het stelsel van wettelijke regulering, sturing en toezicht, zoals wij dat in Nederland kennen, voorziet in de realisering van een dergelijk systeemverantwoordelijkheid.

12. Zie uitgebreider mijn Groningse oratie, Vonk 2008.

13. Roebroek & Hertogh 1998.

Europese en internationale mensenrechteninstanties schromen niet de staten op hun eindverantwoordelijkheid te wijzen. In dit verband is het leerzaam acht te slaan op de opvattingen van het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) zoals geuit in de zaak van Feantsa tegen Nederland over de opvang van daklozen,¹⁴ bij uitstek een gemeentetaak in het kader van de Wmo.

In deze procedure werd door de Feantsa, een koepel van Europese daklozenorganisaties, geklaagd over de toepassing door gemeenten van de zogenoemde regionale bindingseis. Dit is een vereiste dat door gemeenten wordt gehanteerd in het kader van de opvang van dak- en thuislozen op grond van de Wmo. Het vereiste houdt in dat de betrokkene een band moet hebben met de regio waarin de gemeente is gevestigd, blijkend uit een aantal jaren ingeschreven staan bij het BRP en het hebben van een ‘positief sociaal netwerk’. Omdat de Wmo eist dat een landelijke dekking van de maatschappelijke opvang wordt gerealiseerd, worden gemeenten geacht eenieder die zich meldt op te vangen om hem of haar vervolgens zo spoedig mogelijk door te sturen naar de gemeente waarmee de sterkste binding bestaat. Volgens Feantsa is de regionale bindingseis in strijd met het ESH. Sommige dak- of thuislozen hebben nu juist de rug toegekeerd aan de regio waarmee ze de meeste binding hebben, terwijl het vereiste steevast nadelig uitwerkt voor personen afkomstig uit andere landen. De regering verdedigde zich aanvankelijk met verve totdat tijdens de procedure een onderzoeksrapport verscheen van het Trimbosinstituut over de opvang van daklozen.¹⁵ Het rapport was geschreven in opdracht van het Ministerie van VWS. De onderzoekers hadden zich voorgedaan als zwervers en aangeklopt bij verschillende gemeenten voor hulp. In bijna alle gevallen werd die hulp geweigerd, omdat men niet afkomstig was uit de regio. Van een ‘warme overdracht’ naar een andere plaats waarover de VNG-handleiding *Landelijke toegankelijkheid in de maatschappelijke opvang* repte, was geen sprake.

De onderstaande overwegingen uit het klachtenoordeel van het Comité gaan specifiek over statelijke verplichtingen uit hoofde van het ESH bij decentrale sociale taken.

111. Furthermore, in order for the national situation to be in conformity with Article 31§2, the States Parties must:

- adopt the necessary legal, financial and operational means of ensuring steady progress towards the goals laid down by the Charter;
- maintain meaningful statistics on needs, resources and results;
- undertake regular reviews of the impact of the strategies adopted;
- establish a timetable and not defer indefinitely the deadline for achieving the objectives of each stage; and

14. ECSR 2 juli 2014, No. 86/2012 (*European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. the Netherlands*).

15. Muusse, Tuynman & Planije 2014.

- pay close attention to the impact of the policies adopted on each of the categories of persons concerned, particularly the most vulnerable (*International Movement ATD Fourth World v. France*, cited above, §60).

112. Moreover, even if a particular function has been delegated to local or regional authorities under domestic law, the States Parties remain responsible under their international obligations to ensure that their responsibilities are properly exercised (*European Roma Rights Centre (ERRC) v. Greece*, Complaint No. 15/2003, decision on the merits of 8 December 2004, §29).

113. The Committee accordingly assesses the compliance with the Charter taking into account its application also by local bodies. Although the Charter does not require the same level of protection across the country, it requires a reasonable uniformity of treatment. Even when implementing their strategic priorities, the local entities (regions, provinces and/or municipalities) must comply with the Charter (see, *mutatis mutandis*, *The Central Association of Carers in Finland v. Finland*, Complaint No. 70/2011, decision on the merits of 4 December 2012, §§58-59).

Uit deze overwegingen, die weer terugverwijzen naar eerdere klachtenoordelen, kunnen twee zaken worden afgeleid. In de eerste plaats dat de staat een noodzakelijk juridisch, financieel uitvoeringskader moet scheppen dat ervoor zorgt dat de doelstellingen van het ESH worden gerealiseerd. Dat hadden we hierboven ook al vastgesteld, maar het blijkt dat dit ook daadwerkelijk wat vraagt van de overheid. Want het ECSR stelt vast dat weliswaar sprake is van een landelijk wettelijk/financieel kader voor de opvang van daklozen in de vorm van de Wmo, maar ze constateert tevens dat voor de goede naleving van dit stelsel wordt teruggevallen op niet-bindende regelgeving van de VNG. Dit wordt niet geaccepteerd.

122. The Committee observes that binding rules have not been issued to the responsible municipalities and to other providers of community shelters on the criteria for the granting of shelter. Taking note of the wording of Section 20 of the WMO, the Committee notes in particular that the current legislation in force would permit for such instructions to be issued. Similarly, no binding instructions have been issued on the distribution of responsibilities between the municipalities in cases where shelter is ultimately granted outside the municipality of first application.

Ook het financiële kader schiet tekort, aangezien het geen middelen geeft voor noodopvang voor niet-rechtmatig verblijvende vreemdelingen.

124. According to the submissions of the parties, the governmental funding moreover only covers the provision of the community shelter to the target group.

125. The Committee notes that the municipalities may on their own initiative provide shelter also to those who do not fall within the target group. It ob-

serves, however, that neither party has provided information on a nation-wide practice to this end. The Committee is accordingly unable to establish that alternative shelter accommodation is available in sufficient numbers with regard to the estimated number of the homeless in the Netherlands, who remain outside the community shelter mechanism. It equally observes in this connection that no statistics are maintained on the estimated shelter demand.

126. Pursuant to the above observations, the Committee considers it established that a significant segment of the homeless is provided shelter neither in law, nor in practice. The Committee considers that it follows that the scope of the obligation to provide shelter has been restricted in an excessive manner.

Uiteindelijk komt het ECSR tot het oordeel dat in samenhang bezien, sprake is van schending van de relevante bepalingen van het ESH, aangezien noch het nationale kader, noch de gemeentelijke praktijk in overeenstemming is met de hierin geformuleerde eisen.

129. In view of the foregoing, the Committee considers that the legislation and practice of the Netherlands fail to ensure access to community shelter for the purpose of preventing homelessness.

Een decentraal sociaal stelsel kan dus geen argument vormen voor het niet nakomen van materiële verplichtingen die uit het ESH voortvloeien. Nederland moet over de gemeentelijke praktijk betrouwbare informatie kunnen aanleveren en waar blijkt dat gaten vallen in de sociale bescherming, moet regulerend worden opgetreden. Aldus dwingt het ESH tot ‘gereguleerde decentralisatie’; een volledige terugtred van het rijk is geen optie.

Het tweede aspect dat uit de overwegingen kan worden afgeleid, in het bijzonder overweging No. 112, is dat een al te grote differentiatie in het voorzieningenniveau tussen gemeenten door het ESCR niet is toegestaan. De logica van het Comité is hier dat de materiële verplichtingen van het ESH ondergrenzen bevatten die moeten worden gerealiseerd. Deze ondergrenzen zijn uniform van toepassing op alle gemeenten. Wat hier vooral opvalt, is dat met één penceelstreek door het ECSR iets gezegd wordt, hetgeen in de nationale constitutionele rechtsleer veelal wordt ontkend of gebagatelliseerd; in ons eigen constitutionele bestel wordt gemeentelijke differentiatie doorgaans niet als problematisch gezien.¹⁶ Het handelen van de gemeente is immers democratisch gelegitimeerd via de gemeenteraad. Deze houding illustreert in mijn ogen vooral de kloof die is ontstaan tussen het gestolde denken over de werking van sociale grondrechten in onze nationale grondwet enerzijds en de dynamiek in de rechtsontwikkeling in het kader van Europese en internationale verdragen anderzijds. Wat onze grondwet betreft, lukt het de rechtsleer maar slecht zich los te maken van de beeldvorming van sociale grondrechten,

16. Zie onder meer Munneke 2013a en uiteraard uitgebreider in deze bundel.

destijds door Burkens op dodelijke wijze gekwalificeerd als ‘vage beleidsdirectieven waarvan de rechtswerking in het schemerduister gehuld blijft’.¹⁷ Het is deze overtuiging die verklaart waarom half juridisch Nederland telkens weer steil van verbazing achterover valt, als ons land weer eens gekapitteld wordt door een of ander buitenlands mensenrechtencomité.

Een laatste opmerking over het sociaal-grondrechtelijk kader ten slotte heeft te maken met het beginsel op *non-retrogression*, oftewel het verbod op regressieve maatregelen. De bezuinigingen die met de decentralisaties gepaard gaan, kunnen een verslechtering van het voorzieningenniveau met zich meebrengen. In een artikel, gepubliceerd in NTM/NJCM-bulletin toetst Janneke Allers deze verslechtingen aan internationale grondrechtenverdragen.¹⁸ Zij wijst erop dat hoewel landen een ruime beleidsvrijheid behouden om allerlei bezuinigingen door te voeren, er niettemin bepaalde voorwaarden worden gesteld door de Verdragscomités van het ESH en het IVESCR. Zij verlangen dat staten laten zien dat alternatieven zijn afgewogen en is onderzocht wat de gevolgen van een maatregel zijn voor de getroffen groep. Ook moet er rekening worden gehouden met kwetsbare groepen. Volgens Allers roept de wijze waarop bezuinigingen zijn doorgevoerd in de huishoudelijke hulp in sommige gemeenten vragen op over de rechtmatigheid. Dit wordt erdoor veroorzaakt dat er hulpbehoevende ouderen kunnen zijn die verstoken blijven van hulp, doordat zij deze niet langer van de gemeente krijgen en zij financieel niet in staat zijn om zelf hulp in te kopen.

5.3 Grondrechtelijke zorgplichten als vijand van de decentralisaties?

In juni 2013 publiceerde de Raad voor Maatschappelijk Ontwikkeling (RMO), een officieel adviesorgaan van de regering, een opmerkelijk advies getiteld *Terugreden is vooruitzien, maatschappelijke veerkracht in het publiek domein*.¹⁹ In het advies gaat de Raad in op de gevolgen voor de overheid als zij haar verzorgingsstatelijke rol loslaat en meer steunt op de zelfredzaamheid van de samenleving en het individu; een verandering die bij de Raad duidelijk warme gevoelens oproept.

Volgens de RMO zijn in de verzorgingsstaat ‘oerkrachten’ actief waardoor ‘loslaten voor de overheid’ lastig is. De eerste is de verstikkende dynamiek tussen democratische samenleving en verzorgingsstaat, die ervoor zorgt dat burgers voortdurend geneigd zijn om meer beroep te doen op overheidsvoorzieningen. De tweede is het politieke ongemak dat ontstaat doordat maatschappelijke initiatieven gerechtigd zijn tot in- en uitsluiten. De derde betreft de voorkeur voor centrale ordening in plaats van spontane ordening op basis

17. Burkens 1976.

18. Allers 2015.

19. RMO 2013.

van een variëteit aan actoren en initiatieven. Het gevolg van deze oerkrachten is dat het sociale vangnet van de verzorgingsstaat is verworpen is tot een ‘gelijkheidsfuik’, meent de RMO. De historisch gegroeide toepassing van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid binnen het domein van de verzorgingsstaat beperkt de mogelijkheid voor maatschappelijke initiatieven om verschil te maken in inhoud, toegang en financiering van publieke voorzieningen. Om hieraan te ontsnappen is het nodig om de zorgplicht van de overheid te veranderen: van een ‘zorgen voor’ naar een ‘zorgen dat’. De organisatie, inhoud en deels ook bekostiging is daarbij aan de samenleving zelf.

Het RMO-rapport wil het ideaal van de participatiesamenleving in bescherming nemen, zoveel is wel duidelijk. Daarbij ziet de RMO een actieve houding van de overheid in de verzorgingsstaat bepaald niet als een bondgenoot. Dit roept de vraag op naar de verhouding met de zorgplichten van de sociale grondrechten. Staan deze de komst van de participatiesamenleving in de weg? Deze laatste verbinding werd gelegd door het Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), dat naar aanleiding van het RMO-rapport een expertmeeting organiseerde, met als doel: de perspectieven van de transformatie van het sociaal domein (maatwerk, terugtrekkende overheid, burgerkracht) en het perspectief van de sociale grondrechten met elkaar te confronteren. In een begeleidende notitie van het ministerie werd de zorg uitgesproken dat de overheid met een beroep op de zorgplichten van de grondrechten via een achterdeur toch weer regulerend gaat optreden, tegen de geest van de aanbevelingen in het RMO-rapport. Op deze wijze is het beeld van de grondrechtelijke zorgplichten als vijand van de decentralisaties (en het achterliggende ideaal van de participatiesamenleving) geboren.

5.3.1 Kanttekeningen bij RMO-rapport Terugtrekken is vooruitzien

Bij het RMO-rapport en het sociaal-grondrechtelijke vijandsbeeld kan een aantal kanttekeningen worden geplaatst. In *de eerste plaats* is onduidelijk op welke onderdelen van de verzorgingsstaat de kritiek van de RMO zich nu precies richt. Zo merkt de RMO op dat ‘Het sociale vangnet van de verzorgingsstaat is verworpen tot een gelijkheidsfuik’,²⁰ maar wat moeten we ons daarbij voorstellen? Op de AOW zal het niet slaan. Ons basispensioen maakt het juist mogelijk om een gevarieerd pensioen in de aanvullende sfeer te realiseren. Anders wordt het wel heel erg duur voor die collectieve fondsen.²¹ Doelt de overweging van de RMO dan misschien op de sociale bijstand, een andere pijler van ons sociale vangnet? Dat lijkt mij evenmin. De bijstand is nu juist tot stand gekomen omdat het vrije maatschappelijke initiatief de spankracht niet had om een landelijk dekkend stelsel van armenzorg te reali-

20. RMO 2013, p. 9.

21. Dit is de theorie die Leijnse ontvouwt in zijn Amsterdamse: Leijnse 2001.

seren. Daarbij valt slecht in te zien wat voor kwaad de begrippen rechtszekerheid en rechtsgelijkheid in de bijstand hebben aangericht. Integendeel. De ‘oerkrachten’ hebben hier tenminste nog enig tegenwicht kunnen bieden aan het proces van voortdurende verslechtering van de rechtspositie van de individuele gerechtigde, waarover meer in de volgende paragraaf van deze bijdrage.

Een tweede kanttekening is dat de RMO de oude tegenstelling tussen de klassieke rechtsstaat en de verzorgingsstaat uit de mottenballen haalt, in plaats van te denken vanuit de historische synthese tussen beide in de vorm van de sociale rechtsstaat. Dat laatste wil de RMO niet, want daar zijn de oerkrachten actief in hun verstikkende dynamiek met de democratie. Maar juist het hedendaagse discours van de sociale grondrechten biedt een mogelijkheid om anders aan te kijken tegen de oude tegenstelling tussen de liberale en sociale staat. Dit kan worden geadstrueerd aan de hand van general comment No. 19 dat in 2008 tot stand is gekomen in de boezem van het *International Committee of economic, social and cultural rights* van de Verenigde Naties (ICESCR). Het ICESCR houdt toezicht op de naleving van dit sociale grondrechtenverdrag. In general comment No. 19 wordt gepoogd de inhoud van het grondrecht van de sociale zekerheid van artikel 9 IVESC te concretiseren.

Het general comment No. 19 hanteert een ruim socialezekerheidsbegrip. Onder de sociale zekerheid vallen niet alleen sociale verzekeringen, niet-contributieve stelsels en de bijstand, maar ook private voorzieningen en zelfs - bij afwezigheid van enige andere bescherming - informele sociale zekerheid, aangeduid als vormen van *self help*. Dat zal de RMO bevallen. Het is ook bepaald niet zo dat het primair de staat is die wordt opgeroepen het stelsel van de sociale zekerheid ter hand te nemen. Integendeel, het document formuleert als eerste verplichting voor de staat een *hands off policy*. De overheid moet bestaande maatschappelijke collectieve voorzieningen respecteren, ze mogen niet worden aangetast door negatieve interventies. Dit is the *duty to respect*.²²

De tweede verplichting voor de overheid die het general comment No. 19 formuleert, ziet toe op bescherming: the *duty to protect*. Waar private en collectieve arrangementen tot stand komen, moeten ze een wettelijke beschermlaag krijgen. Bij aanvullende collectieve pensioenen is het bijvoorbeeld raadzaam ondernemingen te verbieden in de kas te grijpen om zichzelf de middelen te verschaffen voor vreemde doeleinden. Ook heeft de overheid

22. Een mooi voorbeeld daarvan ben ik tegengekomen in de rechtspraak van Canada: Supreme Court of Canada 9 juni 2005, *Chaoulli v. Quebec* [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35. Om wachtlijsten in de zorg te omzeilen gingen burgers ertoe over private verzekeringsspolissen af te sluiten die voorrang geven in de behandeling. Dit werd door de regering van Quebec verboden, omdat deze polissen het publieke stelsel zouden ondermijnen. De hoogste Canadese rechter was echter van oordeel dat dit verbod in strijd was met de nationale Grondwet waarin het recht op leven en persoonlijke integriteit is opgenomen.

een taak in het faciliteren van maatschappelijke arrangementen, bijvoorbeeld via het bieden van bepaalde financiële incentives. Deze beschermingsfunctie vormt de normatieve grondslag voor het ontstaan van de *regulatory welfare state*.²³ Het is een overheid van niet roeien maar sturen of - om in de termen van het RMO-rapport te spreken - niet ‘zorgen voor’ maar ‘zorgen dat’.

Het general comment No. 19 ziet pas een rol weggelegd voor de staat als rechtstreekse leverancier van sociale zekerheid in situaties dat personen niet langer worden beschermd tegen armoede en de klassieke sociale risico's. Verplichtingen die hiermee in verband staan, vallen onder de *duty to fulfil*. Het in stand houden van aanspraken voor eenieder op een minimumniveau is een rechtstreekse verplichting voor de overheid, althans voor zover de samenleving het vangnet niet langer kan garanderen. Voor het meerdere geldt dat de overheid best meer mag doen, maar het hoeft niet, zolang maar een beleidskader voor de totale sociale zekerheid wordt ontwikkeld.

Dit lijkt mij een genuanceerde benadering van de statelijke verplichtingen op het terrein van verzorgingsstaat die voortbouwt op de oude tegenstelling tussen de klassieke rechtsstaat en de verzorgingsstaat. Van het ICESCR mag de verzorgingsstaat ook een rechtsstaat zijn. De opvattingen van de RMO zijn terug te voeren op een, in mijn ogen, eenzijdige en achterhaalde visie over de wijze waarop vrijheid van burgers in de hedendaagse samenleving het best kan worden beschermd. Het RMO-rapport gaat uit van een klassiek liberale opvatting, namelijk dat de vrijheid van de samenleving moet worden gegarandeerd door een waterscheiding aan te brengen tussen de publieke en private sfeer. De overheid moet zelfbeheersing betrachten om daarmee ruimte te geven aan de private sfeer. Zo gauw de overheid zich in de private sfeer gaat nestelen, ontstaat er een verstoring die uiteindelijk ten koste gaat van de vrijheid van de burgers. Mij lijkt echter dat in de moderne verzorgingsstaat een zekere versmelting van de publieke en private sfeer onafwendbaar is, zodat de vrijheid van de burgers meer in handen komt te liggen van de werking van grondrechten die minderheden en persoonlijke rechten in bescherming nemen. Een waterscheiding is dan niet langer realistisch noch noodzakelijk. In deze alternatieve zienswijze vormt het onderscheid publiek-privaat niet langer een geschikte leidraad om onze wereld mee te sturen.²⁴

Een derde kanttekening bij het RMO-rapport, ten slotte, is dat het een rooskleurig toekomstbeeld heeft van de participatiesamenleving. Door het vrije spel der maatschappelijke krachten meer ruimte te geven, ontstaat vanzelf een betere wereld. Hoozo, vraag je je dan als lezer af: de voorstellen die worden gedaan, zijn niet erg concreet en worden niet uitgewerkt. Maar de RMO ziet dat niet als een probleem.

23. Vergelijk Vonk & Tollenaar 2010.

24. Vergelijk Vonk 2010.

Hoe het landschap van publieke voorzieningen eruit zal zien als er meer ruimte ontstaat voor maatschappelijk initiatief, valt in principe niet te voorspellen. Het ordeningsprincipe is immers niet meer dat van controle en ontwerp, maar juist van zelforganisatie en variëteit. Wat we wel kunnen zeggen is dat een gevarieerd aanbod van publieke voorzieningen nieuwe politieke vraagstukken met zich zal brengen rond insluiting en uitsluiting.

Met andere woorden: we weten het ook niet, maar gevarieerd zal het worden. Buiten de hekken van de overheid staan echter niet alleen goedwillende burgers te trappelen om hun maatschappelijke krachten aan te wenden. Er is ook een markt die zoekt naar winst en alles onderwerpt aan zijn eigen logica. Het RMO-rapport heeft maar weinig oog voor de markt als alternatief voor de statelijke sociale zekerheid. Toch is de markt geen betrouwbare bondgenoot als het gaat om het realiseren van sociale doelen. Dit is niet alleen een historisch gegeven, maar speelt ook nu nog parten, zoals de marktexperimenten met de sociale woningbouw en de thuiszorg hebben laten zien, met *Rochdale* (sociale woningbouw) en *Meavita* (thuiszorg) als treurige symbolen.²⁵

De sociale grondrechten vormen een compromis in een strijd tussen kapitaal en arbeid die bijna een eeuw lang in Europa heeft gewoed. Ook roepen ze op tot overheidsinitiatief waar het maatschappelijk initiatief de last van de sociale risico's alleen niet kan dragen, zoals in de loop van de 19^e eeuw zichtbaar werd.²⁶ Als dit vervolgens tot gevolg heeft dat de overheid regulerend of handelend moet optreden, hoeft dit niet worden gezien als een verraderlijke vorm van bemoeienis met het maatschappelijk initiatief, maar als een noodzakelijke bijdrage in het realiseren van de sociale taak.

5.3.2 Balans

Al met al blijkt dat het beeld van de grondrechtelijke zorgplichten als vijand van decentralisaties moeilijk kan worden hard gemaakt. Het is daarom constructiever om de nadruk te leggen op datgene wat het RMO-rapport en internationale grondrechtelijke leer met elkaar verbindt, namelijk dat onnodige overheidsinterventies die ten nadele gaan van het goede functioneren van maatschappelijke zorgarrangementen, moeten worden tegengegaan. Dus als burgers onderling in hun appartementsgebouw eigen zorgfaciliteiten in het leven willen roepen, met gezamenlijke huishoudelijke hulp en inkoop van goederen en een gemeenschappelijke bibliotheekruimte, is het niet de bedoeling dat overheidsinstellingen over elkaar heen buitelen om duidelijk te maken dat dit is omgeven met allerlei vergunningsstelsels, veiligheidsvoorschriften en Arboregels. Ten aanzien van dit soort burgerinitiatieven is een proportionele, niet-bureaucratische toepassing van wettelijke voorschriften

25. Vergelijk Vonk, Hoffard & Vonk 2013.

26. Vergelijk de interessante inzichten van Nentjes & Woerdman 2010.

vereist. Evenzeer moet het mogelijk zijn voor een bejaarde om zijn partner te bezoeken die in een verpleeghuis is opgenomen om in de avonduren gezamenlijk een glaasje port te drinken, zonder te horen te krijgen dat dit verboden is op grond van de Drank- en Horecawet. Dergelijke handelwijzen druisen in tegen de verplichting om private initiatieven te respecteren en beschermen. Misschien is het in de kern vooral deze boodschap die het RMO in het rapport mee wil geven.

5.4 De decentralisaties als vijand van de grondrechtelijke zorgplichten?

In de lokale verzorgingsstaat voltrekken zich een drietal structurele veranderingen: gemeenten krijgen meer beleids- en reguleringsbevoegdheden ten opzichte van het rijk (*decentralisatie: de gemeenten aan zet*), de individuele gevalsbehandeling wordt meer overgelaten aan de omstandigheden van het geval (*discretionariteit: maatwerk*) en de gemeenten worden geroepen tot uitvoering van strenger wordende wettelijke verplichtingen voor de burger, gepaard gaande met een stringenter sanctiestelsel (*disciplineren: fraude en misbruik tegengaan*).²⁷

De laatste trend van disciplineren, of in ruimere zin: de opkomst van de repressieve verzorgingsstaat,²⁸ lijkt tegenstrijdig te zijn met de eerste twee, omdat deze zich kenmerkt door een overdosis aan centrale wettelijke bemoeizucht. Maar disciplineren kan ook worden gezien als een manifestatie van een dieperliggende oorzaak die tevens ten grondslag ligt aan meer decentralisatie en meer discretionariteit. Het zijn als het ware takken aan dezelfde boom van verzwakking van de rechtspositie van burgers in de sociale zekerheid.

In mijn laatste NJB-bijdrage uit 2015, getiteld ‘De kwetsbare verzorgingsstaat’,²⁹ heb ik gewaarschuwd voor het risico dat de drie veranderingen op zodanige wijze op elkaar inwerken dat ze juist ten koste gaan van de bescherming van de meest kwetsbaren. Deze waarneming is voor ons onderwerp van de grondrechtelijke zorgplichten relevant, want zoals we hiervoor al zagen, heeft de overheid juist ten aanzien van de meest kwetsbaren een directe zorgverantwoordelijkheid. Dit vormt aanleiding om voort te bouwen op een drietal elementen uit de analyse van de kwetsbare verzorgingsstaat.

5.4.1 Buiten het recht treden

De meeste fundamentele kwaliteitssprong die het premoderne en hedendaagse denken over de sociale zekerheid markeert, is dat voorzieningen niet lan-

27. Voor een uitgebreide verantwoording en beschrijving van deze trends, zie Vonk 2012.

28. Vonk 2014.

29. Vonk 2015.

ger als gunst worden gezien maar als recht. Deze verandering, die overigens ook ten grondslag lag aan de totstandkoming van de Algemene bijstandswet 1956, komt in het recht vooral tot uitdrukking in de notie van een ‘wettelijk gegarandeerde rechtspositie’. Was verlening van ondersteuning in de vooroorlogse armenzorg nog hoofdzakelijk een zaak van een individuele beoordeling, nadien liggen de rechtsvoorwaarden, de hoogte en de duur van de uitkeringen vast in de wet. Hierdoor is een afdwingbaar, subjectief individueel recht op uitkering ontstaan. Deze subjectieve rechtsaanspraak wordt door het HvJ EU tot op de dag van vandaag als wezenskenmerk beschouwd van het socialezekerheidsbegrip in het kader van de Europese coördinatieverordeningen inzake sociale zekerheid.³⁰ Ook de aanbeveling van de ILO nr. 2002 uit 2012 inzake ‘basic social protection floor’ gaat uit van het afdwingbare rechtskarakter als fundamenteel kenmerk van het socialezekerheidsbegrip, als voortvloeisel van het grondrecht van de sociale zekerheid.

Als gevolg van de decentralisatie-operatie neemt de discretionariteit op individueel gevalsniveau weer toe. Dit is een bewuste keuze van de wetgever die ertoe strekt maatwerk mogelijk te maken en voorzieningen niet langer het voorwerp te laten zijn van juridisch claimedrag, maar van de ‘vraag achter de vraag’. Een voorbeeld vormt de langdurigheidstoeslag. Deze werd ingevoerd in de WWB voor mensen die langere tijd in de bijstand zaten. Dit houdt ermee verband dat men steeds meer op het inkomen gaat interen en uiteindelijk verpaupert. De Participatiewet maakte van deze toeslag een individuele voorziening,³¹ met andere woorden: de toekenning moet het voorwerp vormen van maatwerk, met als gevolg dat de individuele beoordeling weer centraal komt te staan, zij het dat de wijze waarop de gemeente hieraan invulling wenst te geven nader moet worden geregeld in een gemeentelijke verordening.

De wederopkomst van discretionariteit kan leiden tot ongerustheid dat de burger weer wordt overgeleverd aan de willekeur van de zorgverlenende instellingen. Bedacht moet echter worden dat de bijstand, de jeugdzorg en de maatschappelijke ondersteuning landelijke regelingen zijn waarvan kaders nog steeds door de rechter kunnen worden getoetst. Daarbij is de rechtsaanspraak ingekaderd in de normen van de Awb. Zolang integrale toegang tot de rechter effectief geborgd is en burgers hiervan gebruik blijven maken, hoeven we ons niet onmiddellijk zorgen te maken over een terugtred naar de negentiende eeuw.

Echter, een versnippering van de rechtsbescherming, een afkalving van de gesubsidieerde rechtsbijstand, een verhogingen van het griffiegeld en wellicht ook het afschaffen van de CRvB kunnen het vertrouwen ondermijnen. Ook kunnen problemen ontstaan als gemeenten hun beleidsvrije ruimte aan-

30. Voor het eerst zo uitgesproken in HvJ EG 22 juni 1972, C-1/72, *Jur.* 1972, 457 (*Frilli*) en nadien steevast herhaald.

31. Art. 36 Participatiewet.

grijpen als middel om voorzieningen bewust buiten de sfeer van het recht te houden. Zo bleek uit het hierboven aangehaalde Trimbosonderzoek naar de opvang van daklozen afkomstig van buiten de regio, dat cliënten vrijwel nooit een beschikking krijgen uitgereikt waarin staat of men wordt toegelaten of afgewezen voor de maatschappelijke opvang, met als gevolg dat er naderhand ook niet meer door rechtshulpverleners eventuele bezwaar- of beroepsprocedures kunnen worden ingesteld. Kennelijk beschouwen de gemeenten de opvang als iets feitelijks en niet als iets juridisch. Dit standpunt is door hen overigens ook in rechte aangehangen in procedures over de weigering dakloze personen tot de opvang toe te laten, totdat de CRvB hierover in 2010 oordeelde dat de weigering van de opvang gewoon moet worden aangemerkt als een beschikking in de zin van artikel 1:3 van de Awb, ook al is de opvang geen individuele voorziening.³²

De neiging om het recht op afstand te plaatsen is ook zichtbaar in de wijze waarop gemeenten omgaan met geschillen in het sociale domein met bewoners. Sommige gemeenten proberen dergelijke geschillen buiten de laagdrempelige bezwaar- en beroepsprocedures te houden. Uitingen van onvrede worden als ‘klacht’ over de ‘uitvoering’ gelabeld - ook al betreft het eigenlijk een bezwaar tegen een besluit - en vervolgens naar de private instelling weggeschoven. Dergelijke klachten worden door de gemeente beschouwd als een geschil tussen de burger en de instelling, waar de gemeente zelf buiten staat of niet primair voor verantwoordelijk is.³³ In Amsterdam eindigt zo’n geschil hooguit in een vorm van arbitrage waarbij de gemeente een bindend oordeel uitspreekt over de vraag wie er gelijk heeft: de zorginstelling of de burger. Op deze wijze blijft er van de rechtsbescherming bij de rechter weinig over.

De neiging om het recht zoveel mogelijk buiten de deur te houden is overigens ook zichtbaar bij de wetgever zelf. Gewezen kan worden op de voorprocedure die de Wmo 2015 in petto heeft voor mensen die een beroep doen op maatschappelijke ondersteuning (art. 2.3.2 lid 1 Wmo). Deze procedure, die ertoe dient de hulpvraag te identificeren en de ‘kracht van het eigen netwerk’ te onderzoeken, moet leiden tot een eventueel aanbod om een aanvraag voor een maatwerkvoorziening in te dienen. Maar komt een dergelijk aanbod niet, dan is toegang tot de rechter uitgesloten, zo begrijp ik althans de bedoeling van de wetgever. Met andere woorden, het wordt niet op prijs gesteld dat tijdens het gesprek met de cliënt een rechter door het keukenraam staat te gluren. Deze kruij zal wel niet lang te water gaan voordat hij barst, want hoe kan worden volgehouden dat een weigering iemand toe te laten tot het indienen van een aanvraag voor een maatwerkvoorziening, geen beschikking is in de zin van de Awb?³⁴

32. CRvB 29 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM0966.

33. Zie Marseille 2015.

34. Vergelijk Vermaat 2014. Tevens Klein Egelink & Luneburg 2015, p. 64-65.

Buiten het recht treden is een verschijnsel dat verder gaat dan een vorm van dejuridisering in het kader van de ‘humane rechtsbetrekking’.³⁵ Beter kan worden gesproken van een vorm van ex-juridisering. Deze trend krijgt een extra dimensie als we ons realiseren dat deze zich vooral voordoet bij positief optreden, dus als er iets aan de burger moet worden gegeven. Bij negatief overheidsoptreden waarbij rechten van burgers worden beperkt, zien we juist de tegenovergestelde trend van toenemende juridisering. Zo zijn in de participatiewet de verplichtingen waaraan een bijstandsgerechtigde zich moet houden uitdrukkelijk in de wet gearticuleerd, terwijl de hoogte van de sanctie gelijktijdig door de centrale wetgever wordt voorgeschreven, waar deze voorheen nog als een vrije gemeentelijke bevoegdheid werd gedefinieerd.

Het gaat buiten het bestek van deze bijdrage om verklaringen te vinden voor het (ex-)juridiseringseffect bij positief en negatief overheidsoptreden. Hier beperk ik mij tot de constatering dat het effect als zodanig een zwakke schakel vormt in de beschermingsketen. Bij begunstigend handelen laat het recht verstek gaan, maar bij bestraffend handelen is het tot de tanden bewa- pend.

5.4.2 Erosie van voorzieningen

Een ander risico is dat gemeentelijke voorzieningen door de wijze waarop ze zijn georganiseerd en gefinancierd het voorwerp vormen van onderlinge concurrentie, afschuif- en uitsluitingsmechanismen. Zo kan sprake zijn van concurrentie tussen goede doelen binnen de gemeente. Deze wordt in de hand gewerkt door de nieuwe financieringsstructuur van voorzieningen in het sociale domein, die er van uitgaat dat gemeenten vrij zijn hun eigen afwegingen te maken wat betreft de besteding van de middelen uit het gemeentefonds (waartoe ook de sociale middelen gaan behoren). In hoeverre is de gemeente nog bereid geld te investeren in de opvang van de allerarmsten als er zoveel andere aantrekkelijke bestemmingen gloren waaraan het geld kan worden uitgegeven? Dat een dergelijk effect kan optreden, blijkt in het geval van de individuele maatwerkvoorziening van artikel 36 Participatiewet. Het blijkt dat sommige gemeenten dit zo invullen dat ze overgaan tot een categorale verlaging van deze toeslag of zelfs tot afschaffing. Rotterdam heeft besloten de individuele inkomensloeslag alleen nog maar te geven aan jeugdigen zonder startkwalificatie die zich opnieuw willen laten scholen. Op deze manier komt van de maatwerkgedachte uiteraard niets meer terecht. Wat uit dit voorbeeld blijkt, is dat voorzieningen kunnen gaan eroderen als op nationaal niveau onvoldoende organisatorische en financiële garanties worden gegeven voor de continuïteit. Voorzieningen spoelen weg, of omdat er geen geld meer

35. A. Tollenaar, ‘Humane rechtsbetrekking in de lokale verzorgingsstaat’, in deze bundel, paragraaf 2.2.

is of omdat een nieuwe politieke constellatie is ontstaan die niet geporteerd is van het beschermen van ‘drop outs’.

Een ander aspect van het erosieproces is dat lokale overheden die zich geconfronteerd zien met de opvang van kwetsbare groepen (daklozen, zwerwers, illegalen, probleemjongeren, verslaafden, etc.) geneigd zijn, of misschien wel genoodzaakt zijn, om binnen deze groepen weer een onderscheid te maken tussen ‘goede armen’ en ‘slechte armen’, *the deserving poor and the undeserving poor*. De praktijk is zichtbaar bij de gemeentelijke schuldhulpverlening. In 2014 publiceerde de Hogeschool Utrecht het rapport van Nadja Jungmann en anderen met de titel *Onoplosbare schuldsituaties*.³⁶ Uit dit rapport blijkt dat gemeenten allerlei beleidsmatige drempels opwerpen voor de toegang tot schuldhulpverlening, bijvoorbeeld uitsluiting als de echtscheiding nog niet is afgewikkeld, als sprake is van de GGZ-indicatie, bij verslaving, bij achterstanden in de vaste lasten, bij eigen woningbezit, etc. Gemeenten willen hiermee hun inspanningen concentreren op personen die het meeste kans hebben om de schulden gesaneerd te krijgen. Maar gelijktijdig worden degenen die het zwaarst in de moeilijkheden zitten niet langer geholpen. Volgens de staatssecretaris van SZW zijn deze generieke uitsluitingen niet in overeenstemming met de Wet op de gemeentelijke schuldsanering, maar consequenties worden hier verder niet aan verbonden.³⁷ Het eind van het liedje is dat de opvang van de slechtste risico’s op het laagste organisatorische niveau worden gelegd, uiteindelijk tot buiten het niveau van de gemeentelijke overheid zelf, waar slechts particuliere liefdadigheidsinstellingen nog een rol van betekenis spelen, maar dit is uiteraard een travestie van het ideaal van de participatiesamenleving waar de hoop momenteel op gericht is. Het komt neer op een vorm van ‘*local dumping*’

5.4.3 *Down and out in de sociale zekerheid*

De steeds strenger wordende wetgeving op het terrein van de sociale zekerheid vertaalt zich in de verplichting om te veel betaalde uitkeringen volledig terug te vorderen, uitkeringen te korten als niet wordt voldaan aan telkens strenger geformuleerde medewerkingsverplichtingen en boetes op te leggen als de inlichtingenverplichting wordt overtreden. Het wettelijke systeem dwingt deze consequenties mechanisch af, zodat elk verschil van inzicht over wat van een uitkeringsgerechtigde mag worden gevraagd, onmiddellijk uitmond in een ernstige fraudezaak. De situatie heeft zich enigszins verbeterd na de uitspraak van de CRvB van 24 november 2014 waarin het boeteregime

36. Jungmann e.a. 2014.

37. Beantwoording van Kamervragen: *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 782.

werd gematigd voor niet-opzettelijk gepleegde fraude,³⁸ maar ook nu moeten er in dergelijke situaties nog steeds fikse boetes worden betaald.

Het rigide handhavingsbeleid met zijn opgeschroefde verplichtingen, ernstige terugvorderingen en boetes kan mensen in de armoede duwen. Niet mag worden vergeten dat over de schulden die ontstaan ten gevolge van overtredingen van de inlichtingenverplichtingen geen schuldsanering mag worden gegeven. Evenmin bevat de Wet gemeentelijke schuldsanering een uitsluitingclausule voor mensen die fraude hebben gepleegd.³⁹ Dit dwingt mensen langdurig te leven op de beslagvrije voet van 90% van de bijstandsnorm, voor zover deze norm al wordt gerespecteerd, want de Nationale Ombudsman rapporteerde dat gerechtsdeurwaarders dikwijls nalaten de beslagvrije voet te berekenen.⁴⁰ Te ingewikkeld!

Wat ook zorgen baart, is het aantal anekdotes over bijstandsgerechtigden die in conflict komen met hun klantmanager en wier uitkering dan geheel wordt geweigerd in verband met onvoldoende medewerking. De gemeentelijke sociale diensten gaan er dan van uit dat het uitkeringsrecht niet langer behoorlijk kan worden vastgesteld.⁴¹ Hoe vaak het voorkomt dat mensen domweg toegang tot de bijstand wordt ontzegd of van het doorzetten van hun aanvraag worden afgehouden, is onbekend,⁴² maar duidelijk dreigt hier het gevaar voor ernstige armoede en sociale uitsluiting.

5.4.4 Balans

Met de agenda voor decentralisatie en disciplinerend worden door de overheid fundamenteel verschillende boodschappen uitgedragen richting de burger. Aan de ene kant: wij vertrouwen de burger bij het ontwikkelen van zijn eigen mogelijkheden op reis naar de participatiesamenleving. Aan de andere kant: wij wantrouwen de burger als het gaat om het goed gebruik van publieke voorzieningen. Aan anomalie liggen tegenstrijdige noties van burgerschap ten grondslag die verwarrend uitwerken op de verwachtingen die de burger heeft van de overheid (en vice versa). Zo bleek bijvoorbeeld in 2015 dat één derde van de Groningse bijstandsgerechtigden niet bereid was een keukenta-

38. CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754. Zie over deze uitspraak Fluit 2015. Een verdere nuancering van het boeteregime, ditmaal ten aanzien van de wijze van invordering volgde in de uitspraken van 11 januari 2016, onder meer ECLI:NL:CRVB:2016:12.

39. Art. 3, lid 3 Wet gemeentelijke schuldhulpverlening.

40. Nationale ombudsman 2013.

41. Art. 54, vierde lid Participatiewet biedt voor deze handelwijze een grondslag. Ook kan de aanvraag buiten behandeling worden gelaten op grond van art. 4:5 Awb.

42. Het enige onderzoek dat enig licht schijnt op deze problematiek dat ik ken, is het rapport uit 2009 van de Inspectie Werk en Inkomen getiteld *Buiten de bijstand: onderzoek naar mensen die afzien van een WWB-uitkering of deze niet krijgen toegekend* (R09/01). Hieruit bleek dat 30% van de respondenten van de bijstandsaanvraag niet doorzet, vanwege het vinden van werk. Bij andere categorieën was veelal sprake van verslavingsproblematiek of psychische klachten.

felgesprek te voeren met de gemeente, dat louter was voorzien om op vrijblijvende basis een gesprek te voeren over de participatiemogelijkheden. De gesprekken werden door velen met wantrouwen tegemoet gezien. Een lokale actiegroep ‘baas aan eigen keukentafel’, raadde de mensen aan om altijd een tweede persoon bij het gesprek uit te nodigen en het gesprek hoe dan ook op te nemen.⁴³

In onderling verband gezien vormen decentralisatie, discretionariteit en disciplineren een cocktail die de kwaliteit van het gemeentelijke voorzieningenniveau kan aantasten. Dit treft vooral degenen die het minst makkelijk meekomen in de lokale verzorgingsstaat, door omstandigheden die zij aan zichzelf te wijten hebben (fraude, schulden, etc.), door bepaalde sociale kenmerken (gedragsproblemen, verslaving, dakloosheid, etc.) of door een bepaalde juridische status (geen regionale binding, zwakke verblijfsstatus, etc.). Het is niet gezegd of gemeenten een bewust beleid voeren dat is gericht op aantasting de kwaliteit van het sociale vangnet. Misschien zijn ze zich niet eens bewust van de risico's op dit vlak. Misschien zijn ze daarvoor te veel speler en te weinig toeschouwer in het krachtenspel van de lokale verzorgingsstaat. Hier staat tegenover dat er ook talloze signalen zijn die duiden op een sterke lokale betrokkenheid bij het lot van kwetsbare personen. Zo vormen gemeentelijke experimenten en plannen met regelvrije zones en het basisinkomen⁴⁴ bewuste pogingen om zich te onttrekken aan de logica van het huidige systeem. Op dit punt is het beeld dus gemengd. Er is een potentieel risico van aantasting van het grondrechtelijk minimum. Of het zich manifesteert, hangt ervan af of de gemeenten bereid zijn er wat aan te doen.

Feit blijft dat, waar de lokale overheid steken laat vallen in de sociale bescherming van kwetsbare groepen, het (Europees en internationaal) grondrechtelijk beoordelingskader een rol gaat spelen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen. Dit beoordelingskader vormt als het ware een tegengif dat de cocktail moet neutraliseren. Het tegengif moet worden aangeboord via de rechter en onafhankelijke instanties, zoals de Nationale Ombudsman en Europese en internationale toezichthoudende organen.

5.5 Handelperspectieven voor de overheid

Wat kan de overheid doen om het grondrechtelijke gehalte van de lokale verzorgingsstaat te borgen? Het is belangrijk te blijven vertrouwen in de heilzame werking van het systeem van *checks and balances* in de rechtsstaat. Hierbij doel ik op de verhouding tussen de wetgevende en uitvoerende over-

43. M. Jansen, ‘Bijeenkomst voor én actie door Groningse uitkeringsgerechtigden’, *Groninger Gezinsbode* 24 juni 2015, gezinsbode.nl (zoek op *uitkeringsgerechtigden*).

44. Vergelijk R. Bregman, ‘Hoe het basisinkomen Nederland verovert’, *De Correspondent*, 5 augustus 2015. In vier gemeenten zijn al vergevorderde plannen voor dergelijke experimenten. Daarnaast zijn er nog 28 gemeenten ‘met interesse in verschillende stadia’.

heid aan de ene kant en de onafhankelijke rechter (en klachten en toezicht-houdende instanties) aan de andere kant. Om deze verhouding gezond te houden moet onderhoud worden gepleegd aan een goed functionerend stelsel van rechtsbescherming. Het is nuttig om na te gaan waar zo'n onderhouds-beurt zich op kan richten.

5.5.1 Integrale geschillenbeslechting in het sociale domein

Een ambtelijke werkgroep onder leiding van de regeringscommissaris voor algemene regels van bestuursrecht, Michiel Scheltema, werkt aan een voorstel voor een integrale geschillenbeslechting in het sociaal domein.⁴⁵ Volgens deze werkgroep dreigt de geschillenbeslechting te veel te versnipperen, doordat gemeenten besluiten op hoofdlijnen nemen en de invulling daarvan doorschuiven naar een later gelegen moment waarbij vaak ook weer private partijen worden betrokken. Dit zijn de 'u-heeft-recht-op-een-schoon-huis-besluiten', waarvan de verdere invulling wordt overgelaten aan het nadere gesprek tussen de burger en de thuiszorginstelling. De feitelijke uitvoering van besluiten door de gemeente kan niet worden meegenomen in de bezwaaren beroepsprocedure,⁴⁶ maar vergt procedures bij de burgerlijke rechter. Daarnaast staat de weg naar de ombudsman open. Voor beslissingen van een private instelling die voorzieningen uitvoert, bestaat er in beginsel geen toegang tot de bestuursrechter; daarvoor zijn weer andere procedures bij de burgerlijke rechter nodig. Dit is echter anders indien de private instelling in mandaat besluiten namens de gemeente neemt: dan bestaat de toegang tot de bestuursrechter wel. Dat wil zeggen wel voor besluiten, niet voor de uitvoering daarvan. De ombudsman kan weer geen klachten tegen private instellingen in behandeling nemen. Passen we niet op, dan zakt het systeem van rechtsbescherming in het sociale domein weg in dit ontoegankelijk moeras van procedures.

De oplossing die de ambtelijke werkgroep voor ogen staat, is om de gemeente verantwoordelijk te maken voor de beslechting van alle geschillen die ontstaan over een aanspraak op zorg of een uitkering op grond van de Jeugdwet, de Wmo 2015 en de Participatiewet. Ook klachten over de bejegening kunnen daarbij worden meegenomen. Het handelen van instellingen aan wie de gemeente de uitvoering heeft opgedragen, kunnen eveneens bij de procedure worden betrokken. In de gevallen waarin de bezwaarschriftprocedure niet tot een oplossing leidt, staat na afloop daarvan de weg naar de rechter open, waarbij deze ook bevoegd wordt over het gehele geschil te oordelen,

45. *Kamerstukken I 2015/16, 32402, S*, zie: <www.verenigingvoorbestuursrecht.nl>.

46. Althans niet zonder kunstgrepen. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2196 die een ondersteuningsplan van de thuiszorginstelling voor cliënt aanmerkt als een verlengde besluitvorming door de gemeente.

inclusief het handelen van instellingen die door de gemeente met de uitvoering zijn belast.

Dit is een nuttig voorstel, dat niet alleen geschillen stroomlijnt in het sociale domein, maar tevens leidt tot een uitbreiding van de rechtsbescherming voor de burger als tegenwicht voor de grotere discretionaire (of repressieve) macht van de lokale overheid. Een uitbreiding van de rechtsbescherming in het sociale domein lijkt een vloek in de kerk van het hedendaagse sociale beleid dat voortdurend op zoek is naar een verzwakking van de rechtspositie van de individuele burger, maar is belangrijk voor het behoud van *checks and balances* in de sociale rechtsstaat. Ook draagt het een steentje bij aan het voorkomen van het afglijdeffect van recht naar gunst, waarover ik hierboven heb geschreven.

5.5.2 Een collectieve klachtenprocedure bij het College voor de rechten van de mens

Een volgende tekortkoming in ons systeem van rechtsbescherming is te beschouwen als een voortvloeiende van de moeizame ontwikkeling van de rechterlijke toetsing aan sociale grondrechten. In vergelijking met veel andere landen⁴⁷ is de Nederlandse rechtspraak nogal conservatief te noemen. Volgens de rechter zijn sociale grondrechten, zoals het recht op sociale zekerheid, te vaag en te onbepaald. Ze kwalificeren zich daarom niet als een eenieder verbindende bepaling in de zin van artikel 93 Gw. Het gevolg is dat sociale grondrechten in de rechtsleer niet tot bloei komen. Want wat niet rechtstreeks werkt in de rechtszaal, pleegt door de rechter inhoudelijk niet onderzocht te worden. Op deze wijze blijft de betekenis van ons grondrecht in de sterren geschreven. Intussen kenmerkt de Europese en internationale rechtsontwikkeling zich juist door een grote dynamiek, onder invloed van activiteiten van het ECSR en het ICESCR. Houdt de Nederlandse rechter zich op de vlakke, deze instanties laten zich steeds vaker negatief uit over de kwaliteit van het sociale vangnet in Nederland.

Negatieve klachtenoordelen van met name het ECSR vinden hun weg terug in de Nederlandse rechtssfeer doordat de rechter dergelijke oordelen pleegt te laten doorwerken via rechtstreeks werkende bepalingen van internationale verdragen, zoals bijvoorbeeld artikel 8 EVRM (reflexwerking).⁴⁸ Op deze wijze kan in een individuele situatie indirect toch een beroep op de sociale grondrechten worden gedaan. Maar deze wijze van toetsing aan sociale grondrechten ter staving van individuele aanspraken is iets anders dan de meer constitutionele benadering van het ECSR in het kader van de toezichtsprocedure en collectieve klachtenprocedure. Bij deze benadering wordt niet

47. Vergelijk onder meer Coomans 2006.

48. Voor een typisch voorbeeld Rb. Amsterdam 8 mei 2015 over bed, bad en brood, ECLI:NL:RAMS:2015:2651 maar ook HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:5328.

een oordeel geveld over de rechtmatigheid van een individuele claim, maar in brede zin acht geslagen op de structuur en inhoud van de wetgeving en de kwaliteit van de uitvoering, mede in het licht van de concrete informatie en rapportages die de overheid hierover weet te genereren. Dit is in mijn ogen ook de meerwaarde die van de werking van sociale grondrechten moet uitgaan ten opzichte van klassieke grondrechten.

Op zich kunnen we vaststellen dat er voor de Nederlandse rechter op zich geen belemmeringen bestaan om het handelen van gemeenten te toetsen aan sociale grondrechten op een soortgelijke wijze als het ECSR dat doet. Het gemeentelijk handelen, inclusief de gemeentelijke regelgeving betreft in het kader van het sociale domein, onttrekt zich immers aan het grondwettelijk toetsingsverbod. We let de rechter om bij de beoordeling van het lokale sociale beleid een leer inzake de toepassing van sociale grondrechten te ontwikkelen, analoog aan die van de Verdragscomités bij het ECSR? Het is echter tot dusver bepaald niet de traditie en misschien ook wel te ver verwijderd van de individuele rechtmatigheidstoetsing van besluiten waarin de rechter is gecommiteerd. Zou het dan niet heilzaam zijn als Nederland zijn eigen klachtenvoorziening in het leven roept over de naleving van sociale grondrechten zoals die zijn opgenomen in de Grondwet en Europese en internationale verdragen? Dit kan zowel een collectieve klachtenprocedure zijn, naar het voorbeeld van de ESH-procedure van het Protocol van 21 oktober 1991, als een individuele klachtenprocedure naar het voorbeeld van de Facultatieve Protocol bij het IVESCR van 10 december 2008 (dat overigens door Nederland nog niet geratificeerd is). Een collectief klachtenrecht zou hoe dan ook niet misstaan, omdat het achterliggende doelstelling van de decentralisaties van de participatiesamenleving juist uitgaat van een versterking van de rol van maatschappelijke organisaties.

Een klachtenprocedure voor sociale grondrechten kan belegd worden bij het College voor de Rechten van de Mens, dat ook al bevoegd is inzake het discriminatieklachtrecht. Evenals bij dit klachtrecht kan de klachtenprocedure inzake de schending van sociale grondrechten leiden tot niet-bindende (maar hopelijk wel gezaghebbende) oordelen.

Het voordeel van een klachtenprocedure over de schending van sociale grondrechten is dat een bijdrage wordt geleverd aan het creëren van een eigen normatief kader voor het sociaal beleid waar gemeenten zich bij hun groeiende taken op dit terrein naar kunnen richten, zonder dat Nederland hierbij steevast de les moet worden gelezen door Europa. Ook kan een klachtenprocedure functioneren als een geschikt alarmsysteem voor een tekortschietend gemeentelijk sociaal beleid, waar het Rijk wat betreft het (financieel) toezicht controle de teugels wil laten vieren.

Ten slotte zou nog een voordeel van een klachtenprocedure zijn, dat stok achter de deur wordt geplaatst van een grotere invloed van sociale grondrechten bij het centrale en lokale beleidsproces. Want daar komt in de praktijk maar weinig van terecht. In het reeds aangehaalde artikel van Janneke Allers,

constateert schrijfster dat in officiële stukken over de Wmo 2015 en in gemeentelijke beleidsnota's nergens wordt gerefereerd aan sociale grondrechten. Ook in de behandeling in Tweede en Eerste Kamer is hier niet over geïnteresseerd (anders dan het VN Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap).⁴⁹ Dat is toch een merkwaardige constitutionele tekortkoming. Wellicht dat een collectieve klachtenprocedure bij het College van de Rechten van de Mens de beleidsmakers kan bijdragen aan een andere cultuur bij de beleidsmakers.

5.5.3 Een handreiking voor de gemeenten

Als laatste opmerking geldt dat decentralisaties niet uitsluitend een bedreiging hoeven te vormen voor de realisering van de grondrechtelijke zorgplichten, maar ook als kans kunnen worden gezien. Die kans wordt benut als gemeenten zich actief verdiepen in de vraag welke verantwoordelijkheden de zorgplichten met zich meebrengen en op welke wijze hieraan kan worden vormgegeven. Dit is een kwestie van kennis en bewustwording. Een interessante aanzet hiertoe is gegeven door het College voor de Rechten van de Mens die in het kader van de decentralisatie een folder heeft gemaakt over de mensenrechten in het sociale domein. Dit is de zogenoemde BAAT-folder.⁵⁰ BAAT staat voor Beschikbaarheid, Aanvaardbaarheid, Aanpasbaarheid en Toegankelijkheid, alle vier noties waaraan naar het oordeel van het College voor de Rechten van de Mens het lokale sociale stelsel moet voldoen, wil het beantwoorden aan de systeemeisen die voortvloeien uit de sociale grondrechten. De folder besteedt onder meer aandacht aan het beginsel van non-discriminatie en pleit voor de toegankelijkheid van het stelsel voor groepen die extra beschermwaardig zijn, zoals: 'vrouwen en meisjes, migranten, mensen met diverse godsdienstige overtuigingen en levensbeschouwing, mensen met een beperking en chronisch zieken'. Het is maar een klein foldertje, maar toch is de boodschap duidelijk: als de wet zelf niet langer een eenduidig voorzieningenniveau voorschrijft, dan moeten de gemeenten eigen afwegingen maken, waarbij zij zich moeten laten leiden door het mensenrechtelijk denkkader. Het BAAT-initiatief kan worden uitgebouwd tot een meeromvattende handreiking van wenken en richtsnoeren waar de lokale verzorgingsstaat zijn voordeel mee kan doen. Een dergelijke handreiking zou door het Ministerie van BZK kunnen worden ontwikkeld, in samenspraak met de gemeenten en cliëntenorganisaties. De richtsnoeren dienen normen te bevatten waaraan gemeenten zich willen conformeren, op het terrein van bijvoorbeeld het armoedebeleid voor kwetsbare groepen, de toegang tot voorzieningen, non-discriminatie etc. Geheel vrijblijvend is de handreiking niet, want

49. Allers 2015.

50. BAAT-folder: College voor de Rechten van de Mens, 'BAAT bij mensenrechten in het sociale domein', 8 oktober 2014, <www.mensenrechten.nl/publicaties/detail/34852>.

als gemeenten beleidsbeslissingen nemen omdat het programma van eisen hen daartoe dwingt, moet dit consequenties hebben voor de middelen die hen door het Rijk wordt aangeboden. De bed-bad-en-broodproblematiek waarbij gemeenten in afwezigheid van nationale kaders en financieringsbronnen toch een oplossing moeten bieden in verband met stellige oordelen van de ECSR en de nationale rechter, biedt hiervoor een precedent.

5.6 Résumé

In deze bijdrage zijn diverse implicaties besproken van grondrechtelijke zorgplichten voor de decentralisaties in het sociale domein. Het risico dat de overheid te bedilzuchtig is met als gevolg dat eigen initiatieven onvoldoende van de grond kunnen komen is onderkend, maar niet aangemerkt als een gevolg van de werking van sociale grondrechten, aangezien deze rechten juist voorschrijven dat private initiatieven op het terrein van de sociale zekerheid door de overheid in bescherming moeten worden genomen. Andersom hebben we geconstateerd dat de decentralisaties de werking van de grondrechten kunnen frustreren door de combinatie van meer decentrale bevoegdheden, een grotere discretionaire ruimte en de gedwongen disciplinerende van burgers. Deze elementen vormen een cocktail die de kwaliteit van het gemeentelijke voorzieningenniveau kan aantasten. Dit treft vooral degenen die het minst makkelijk meekomen in de lokale verzorgingsstaat door omstandigheden die zij aan zichzelf te wijten hebben (fraude, schulden, etc.), door bepaalde sociale kenmerken (gedragsproblemen, verslaving, dakloosheid, etc.) of door een bepaalde juridische status (geen regionale binding, zwakke verblijfsstatus, etc.). Dit is problematisch vanuit het perspectief van grondrechtelijke zorgplichten die uitgaan van een sterkere directe overheidsbetrokkenheid naarmate de burger minder voor zichzelf kan zorgen. Om die reden zijn de sociale bijstand en de maatschappelijke ondersteuning van kwetsbare groepen primair taken van de overheid. Waar de lokale overheid steken laat vallen in de realisering van deze taak, zal het (Europees en internationaal) mensenrechtelijk beoordelingskader een belangrijkere rol gaan spelen als toets voor de rechtmatigheid van het handelen. Dit beoordelingskader vormt als het ware een tegengif dat de cocktail moet neutraliseren. Om dit nuttige effect te realiseren moet voortdurend onderhoud gepleegd worden aan een goed functionerend stelsel van rechtsbescherming dat toegang garandeert tot de rechter en klachteninstanties. In dit verband heb ik mij voorstander getoond van het ambtelijk initiatief, onder leiding van Michiel Scheltema, om te komen tot een wetsvoorstel inzake een integrale geschillenbeslechting in het sociale domein. Een uitbreiding van de rechtsbescherming in het sociale domein lijkt een vloek in de kerk van het hedendaagse sociale beleid dat voortdurend op zoek is naar een verzwakking van de rechtspositie van de individuele burger, maar draagt juist daarom bij aan het behoud van *checks and balances* in de sociale rechtsstaat. Verder heb ik een voorstel gedaan om

bij het College voor de Rechten de Mens een klachtenprocedure in het leven te roepen over de schending van sociale grondrechten in de Grondwet en Europese en internationale verdragen, naar het voorbeeld van de collectieve klachtenprocedure bij het ECSR of de individuele klachtenprocedure bij het ICESCR. Het voordeel van een dergelijke klachtenprocedure is dat een bijdrage wordt geleverd aan het creëren van een eigen normatief kader voor het sociaal beleid waar gemeenten zich bij hun groeiende taken op dit terrein naar kunnen richten, zonder dat Nederland hierbij steevast de les moet worden gelezen door Europa. Ten slotte heb ik mij voorstander getoond van een meeromvattende handreiking van wenken en richtsnoeren waar de lokale verzorgingsstaat zijn voordeel mee kan doen. Een dergelijke handreiking zou door het Ministerie van BZK kunnen worden ontwikkeld, in samenspraak met de gemeenten en cliëntenorganisaties. Zij dient concrete kaders te bevatten waaraan deze zich willen conformeren wat betreft onder meer het armoedebeleid van kwetsbare groepen, de toegankelijkheid van voorzieningen en non-discriminatie.

Literatuuroverzicht

Adler 2003

M. Adler, 'A socio-legal approach to administrative justice', *Law & Policy* 2003 (4), p. 323-352.

Adler 2010

M. Adler, 'Understanding and analyzing administrative justice', in: M. Adler (ed.), *Administrative justice in context*, Oxford: Hart Publishing 2010.

ANBO 2015

ANBO, 'Spelregels WMO 2015 inzake 'Het onderzoek'', *ANBO* 15 december 2015,

<www.anbo.nl/sites/default/files/uploads/spelregels_wmo_2015.pdf>

Andreotti, Mingione & Polizzi 2012

A. Andreotti, E. Mingione & E. Polizzi, 'Local welfare systems: a challenge for social cohesion', *Urban Studies* 2012, 49/9, p. 1925-1940, http://www.socialpolis.eu/uploads/tx_sp/EF01_Paper.pdf.

Article 29 WP 2011

Article 29 data protection working party, *Opinion 15/2011 on the definition of consent*, 13 juli 2011 (WP187).

Bergfeld 2015

J.P.R. Bergfeld, 'Gemeentelijk berichtenverkeer: van Wet SUWI naar 3D in het perspectief van de Wbp?', *Privacy & Informatie* 2015/3, p. 84-92.

De Boer & van der Lans 2013

N. de Boer & J. van der Lans, *Burgerkracht in de wijk. Sociale wijkteams en de lokalisering van de verzorgingsstaat*, Den Haag: Platform31 2013.

Boor & Van de Laar 2015

W.P. Boor & A.M. van de Laar, 'Toestemming in de Wmo 2015', *Gemeentestem* 2015/80, p. 433-438.

Borking 2010

J.J.F.M. Borking, *Privacyrecht is code: Over het gebruik van Privacy Enhancing Technologies*, Deventer: Kluwer 2010.

Brenninkmeijer & Marseille 2011

A. Brenninkmeijer & B. Marseille, 'Meer succes met de informele aanpak van bezwaarschriften', *NJB* 2011/1586.

Bröring & Tollenaar 2015

H.E. Bröring & A. Tollenaar, 'Vechten tegen windmolens: falende inspraak', in: A.T. Marseille e.a (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht*, Den Haag: BJu 2015, p. 293-311.

Burkens 1976

M.C. Burkens, 'Grondrechten in een nieuwe Grondwet', *NJB* 1976, 701.

CBP- *Jeugdwet* 2015

CBP, 'Brief inzake advies conceptwetsvoorstel Jeugd', 5 maart 2013 (z2013-00048).

CBP- *Kaderwet gegevensuitwisseling* 2015

CBP, 'Brief inzake verkenning kaderwet gegevensuitwisseling', 25 februari 2015 (z2015-00155).

CBP- *Veegwet* 2015

CBP, 'Brief inzake aanpassing Jeugdwet in verband met declaratie jeugdhulpverlening en beroepsgeheim (veegwet 2015, 34191)', 13 mei 2015 (z2014-00976).

CBP- *WMO* 2015

CBP, 'Brief inzake advies inzake conceptwetsvoorstel maatschappelijke ondersteuning', 29 juli 2013 (z2013-00534).

Cohen 2014

J. Cohen, 'De aankomende grootschalige decentralisaties zijn bedenkelijk vanuit het beginsel van decentralisatie', *TvCR* 2014/4.

Coomans 2006

Fons Coomans (ed.), *Justiciability of economic and social rights, experiences from domestic systems*, Antwerpen: Intersentia 2006.

Corrà 2014

A.D.R. Corrà, *Contracting for Public Values: Investigating the Contracting out of Employment Reintegration Services, in the Netherlands* (diss. Groningen), Groningen: 2014.

Dimock 1980

M. Dimock, *Law and Dynamic Administration*, New York: Praeger 1980.

Van de Donk 2014

W.B.H.J. van de Donk, 'De centralisatie in openbaar besturen, Over dunne denkramen, pertinente pragmatiek en ambivalente ambities', 11^o ROB lezing 12 november 2014.

Elferink 2015

W. Elferink, 'Bestuursrechtelijke hobbels bij de uitvoering van de Jeugdwet', *Gemeentestem* 2015/111.

Elzinga, De Lange & Hoogers 2014

D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers (red.), *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht / van der Pot*, Deventer: Kluwer 2014.

Elzinga 2016

D.J. Elzinga, 'Recht weer in plaats van voorziening', *Binnenlands Bestuur* 15 januari 2016.

- European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe 2014
 European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European data protection law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2014.
- Fleurke & Polhuis 2015
 F. Fleurke & P. Polhuis, 'Heeft de nieuwe Jeugdwet de toekomst?', in: H.B. Winter, A. Tollenaar & A.T. Marseille (red.), *Ridderorde*, Oosterwijk: WLP 2015, p. 9-22.
- Fluit 2015
 P.S. Fluit, De 'Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving' gewogen en te streng bevonden, *TRA* 2015/14, p. 14-18.
- Gantchev 2015
 V. Gantchev, 'Purpose Limitation in the German Welfare Sector in EU Law Perspective', paper gepresenteerd tijdens de Amsterdam Privacy Conference 2015.
- Gerards 2002
 J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2002.
- Gerards 2013
 J.H. Gerards, 'Het recht op gelijke behandeling en het verbod van discriminatie', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.
- Gilsing 2009
 R. Gilsing, 'De beleidstheorie van decentralisatie en het belang van democratische zelfsturing', in: S. Keuzenkamp (red.), *Decentralisatie en de bestuurskracht van de gemeente*, Den Haag: SCP 2009, p. 37-49.
- Goodwin 1905
 F.J. Goodwin: *The Principles of the Administrative Law of the United States*, New York: Putnam's Sons 1905.
- De Graaf 2013
 K.J. de Graaf, 'Verzoek naast beroep? Een rechtsvergelijkend perspectief', in: F.J. van Ommeren, G.A. van der Veen & K.J. de Graaf, *Het besluit voorbij* (preadviezen VAR), Den Haag: BJu 2013, p. 217-308.
- De Greef 2011
 R.J.M.H. de Greef, 'Reorganisatie van de bestuurlijke organisatie en democratische legitimatie', *TvCR* 2011/2, p. 265-290.
- Groep gegevensbescherming artikel 29-advies SWIFT 2006
 Groep gegevensbescherming artikel 29, *Advies 10/2006 over de verwerking van persoonsgegevens door de Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT)*, 22 november 2006 (WP128).
- Heringa 2016
 A.W. Heringa, 'Verschillen in zorg: decentralisatie en gelijkheid', *De Hofvijver* 25 januari 2016.

Herweijer 2005

M. Herweijer, 'Onderzoek naar de kwaliteit van bestuursbesluiten', in: M. Herweijer e.a. (red.), *Alles in één keer goed*, Deventer: Kluwer 2005, p. 31-49.

Hirsch Ballin 2011

E. Hirsch Ballin, 'De rechtsstaat: wachten op een nieuwe dageraad?', *NJB* 2011/29, afl. 2, p. 71-73.

Hirsch Ballin 2013

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Participatiesamenleving en overheidsbeleid', in: Instituut Gak, *Jaarverslag 2013*, p. 7-11, <www.instituutgak.nl/jaarverslagen/> (zoek op *Jaarverslag 2013*).

Hirsch Ballin 2015

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (preadviezen VAR), Den Haag: BJu 2015, p. 7-58.

Hoofnagle & Urban 2014

C.J. Hoofnagle & J.M. Urban, 'Alan Westin's privacy homo economicus', *Wake Forest Law Review*, (49) 2014, p.261-321.

Hoogerwerf & Herweijer 2014

A. Hoogerwerf & M. Herweijer, *Overheidsbeleid*, Deventer: Kluwer 2014.

Houweling 1996

P. Houweling, *Beschikkingverlening in de beschikkingenfabriek*, Groningen: Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 1996.

Inspectie SZW 2015

Inspectie SZW, 'Suwinet veilig omgaan met elkaars gegevens', (R1502), mei 2015.

Inspectie Werk en Inkomen 2009

Inspectie Werk en Inkomen, 'Buiten de bijstand. Onderzoek naar mensen die afzien van een WWB-uitkering of deze niet krijgen toegekend', *Ministerie SZW* 30 april 2009, (R09/01), <www.onderzoekwerkeninkomen.nl/rapporten/ul02fyp6>.

Jungmann e.a 2014

Nadja Jungmann e.a., 'Onoplosbare schuldsituaties', *Hogeschool Utrecht & NVVK* 2014, <www.nvbk.eu/schuldhulpverlening/bericht/650>.

KarWei 2010

KarWei, 'Ketenarchitectuur Werk en Inkomen versie 2.0', 1 november 2010, bkwi.nl (zoek op *versie 2.0*).

Klee 2014

A.R. Klee, 'Rebuilding Accountability in the Administrative State', *Regblog* 11 september 2014. regblog.nl (zoek op *rebuilding accountability*).

Klein Egelink & Luneburg 2015

E. Klein Egelink & I.M. Luneburg, 'Biedt de WMO 2015 voldoende rechtsbescherming', *JBplus* 2015, p. 42-70.

Klingenberg 2011

A.M. Klingenberg, *Bestuursrecht, e-mail en internet, Bestuursrechtelijke normen voor elektronische overheidscommunicatie*, Den Haag: Bju 2011.

Klingenberg & Lindeboom 2013

A.M. Klingenberg & J. Lindeboom, 'Lost in e-government: bevat de Algemene verordening gegevensbescherming voldoende waarborgen voor burgers bij gegevensverwerking door de overheid?' *Privacy & Informatie* 2013/6, 273-278.

Koch 2009

I.E. Koch, *Human rights as indivisible rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2009.

Konijnenbelt 1995

W. Konijnenbelt, 'De Grondwet en het openbaar bestuur', uitgebreide versie van de rede uitgesproken op het Thorbecke-symposium op 19 januari 1995 te Den Haag, *Bestuurswetenschappen* 1995/1, p. 24-56.

De Koster 2016

Y. de Koster, 'Enorme verschillen tussen gemeenten, WMO-tarief soms vier keer zo hoog', *Binnenlands Bestuur* 2016/37.

Leijnse 2001

F. Leijnse, *De gevarieerde verzorgingsstaat* (oratie Amsterdam), Amsterdam: Vossius pers 2001.

Lessig 1999

L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, New York: Basic Books 1999.

Loenen 2009

M.L.P. Loenen, *Gelijkheid als juridisch beginsel. Een conceptuele analyse van de norm van gelijke behandeling en non-discriminatie*, Den Haag: BJu 2009.

Marseille 2015

A.T. Marseille, *Bestuurlijke organisatie en geschillenbeslechting in het sociaal domein* (oratie Groningen), Groningen: 2015.

Marseille e.a. 2015

A.T. Marseille e.a., *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Den Haag: Ministerie van BZK 2015.

Mashaw 1983

J.L. Mashaw, *Bureaucratic justice: managing social security disability claims*, New Haven: Yale University Press 1983.

Merton 1957

R.K. Merton, 'Bureaucratic Structure and Personality', in: R.K. Merton, *Social Theory and Structure*, Glencoe: Free Press 1957, p. 195-206.

Mommers 2014

L. Mommers, 'Over regulering tussen Recht en ICT', in: S. van der Hof, A.R. Lodder & G.J. Zwenne (red.), *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2014, p. 47-64.

Monitor Transitie Jeugd 2015

Monitor Transitie Jeugd, 'Jaarrapportage 2015', Monitortransitiejeugd.nl (zoek op *jaarrapportage*).

Munneke 2011

S.A.J. Munneke, 'Het wetsvoorstel revitalisering generiek toezicht', *TvCR* 2011/4, p. 415-424.

Munneke 2013a

S.A.J. Munneke, 'Decentralisatie op grote schaal. Aandachtspunten en uitgangspunten voor de decentralisaties in het sociale domein', *Regelmaat* 2013/5, p. 283-297.

Munneke 2013b

S.A.J. Munneke, 'De staatsrechtelijke rol van de gemeenteraad bij decentralisaties', in: H. Bosselaar & G.J. Vonk (red.), *Bouwplaats lokale verzorgingsstaat: Wetenschappelijke reflecties op de decentralisaties in de sociale zekerheid en zorg*, Den Haag: BJu 2013, p. 75-88.

Muusse, Tuynman & Planije 2014

C. Muusse, M. Tuynman & M. Planije, 'Mysterieuze gasten. Onderzoek naar de maatschappelijke opvang met dak- en thuislozen als medeonderzoekers', *Kwalon* 2014, afl. 1, p. 38-46.

Nationale ombudsman 2007

Nationale ombudsman, *Regel is regel is niet genoeg. Jaarverslag 2006*, Den Haag: Nationale ombudsman 2007.

Nationale ombudsman 2013

Nationale ombudsman, *Met voeten getreden. Schendingen van de beslagvrije voet door gerechtsdeurwaarders*, 2 november 2013, rapport 2013/150.

Nationale Ombudsman 2015

Nationale ombudsman, *PGB-trekkingsrecht en de niet lerende overheid*, 25 augustus 2015, rapport 2015/123.

Nehmelman 2014

R. Nehmelman, 'De aankomende grootschalige decentralisaties zijn bedenkelijk vanuit het beginsel van decentralisatie', *TvCR* 2014/4, p. 324-333.

Nentjes & Woerdman 2010

A. Nentjes & E. Woerdman, 'The public interest in social security: an economic perspective', in: G.J. Vonk, A. Tollenaar (eds.), *Social Security as a Public Interest: A multidisciplinary inquiry into the foundations of the welfare state*, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 21-47.

Nicolaï 1990

P. Nicolaï, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1990.

Van Ommeren 2012

F.J. van Ommeren, 'Deel III: Wetgevingsbeleid' (hoofdstuk 4 en 5), in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven, Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012.

Ortlep 2015

R. Ortlep, 'Optimaliseren rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters', in: E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (preadviezen VAR), Den Haag: BJu 2015, p. 59-160.

Raad van State-advies Besluit SyRI 2014

Advies Raad van State inzake het ontwerpbesluit houdende regels voor fraudeaanpak door gegevensuitwisselingen en het effectief gebruik van binnen de overheid bekend zijnde gegevens (Besluit SyRI), (advies van 15 mei 2014, W12.14.0102/III), *Stcrt.* 2014, 6306.

Raad voor de Rechtspraak-advies Wmo 2013

Wetgevingsadvies inzake concept wetsvoorstel Maatschappelijke Ondersteuning 2015 (advies van 4 september 2013, RvdR 2013/33).

Raad voor het openbaar bestuur 2006

Raad voor het openbaar bestuur, *Verschil moet er zijn. Bestuur tussen discriminatie en differentiatie* (advies van april 2006), Den Haag: Raad voor het openbaar bestuur 2006.

De Ridder 1988

J. de Ridder, 'Beleidsvoering door toezicht', in: A.F. Leemans e.a. (red.), *Handboek beleidsvoering overheid*, Alphen aan den Rijn: Samson 1988.

Roebroek & Hertogh 1998

J.M. Roebroek & M. Hertogh, *'De beschavende invloed des tijds'. Twee eeuwen sociale politiek, verzorgingsstaat en sociale zekerheid in Nederland*, Den Haag: VUGA 1998.

Rosenbloom 1983

D.H. Rosenbloom, 'Public Administrative Theory and the Separation of Powers', *Public Administration Review* 1983, 43 (3), p. 219-227.

RMO 2013

RMO, *Terugtrekken is vooruitzien. Maatschappelijke veerkracht in het publiek domein*, Den Haag: Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling 2013.

Sager & Rosser 2009

F. Sager & C. Rosser, 'Weber, Wilson and Hegel: Theories of Modern Bureaucracy', *Public Administration Review* 2009, 69 (6), p. 1136-1147.

Sainsbury 2008

R. Sainsbury, 'Administrative justice, discretion and the 'welfare to work' project', *Journal of Social Welfare & Family Law* 2008, 30 (4), p. 323-338.

Schlössels & Zijlstra 2010

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.

Schuilting 1996

K.F. Schuilting, 'De Awb-mens in de beschikkingenfabriek', *Bestuurswetenschappen* 1996 (3), p. 218-221.

Schuurmans 2015

Y.E. Schuurmans, *Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie* (oratie Leiden), Leiden 2015.

Schwarz 1999

P.M. Schwarz, 'Privacy and democracy in Cyberspace', *Vanderbilt Law Review* (52) 1999, p. 1609-1701.

SCP 2014

SCP, 'Kwartaalthema: Decentralisaties in het sociale domein', *Burgerperspectieven* 2014/4 (Kwartaalbericht van het Continu Onderzoek Burgerperspectieven).

Sociaal ombudsvrouw De Wolden 2015

Sociaal ombudsvrouw De Wolden, 'Sociale signalen. Inwonersmonitor De Wolden 2015', *Gemeente de Wolden* 21 december 2015, Dewolden.nl (zoek op: inwonersmonitor).

Sok e.a. 2013

K. Sok e.a., *Samenwerken in de wijk. Actuele analyse van sociale wijkteams*, Utrecht: Movisie 2013.

Solove 2003

D.J. Solove, 'Identity theft, privacy and the architecture of vulnerability', *54 Hastings Law Journal* (54) 2003, p. 1227-1273.

Tollenaar 2008

A. Tollenaar, *Gemeentelijk beleid en beleidsregels* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2008.

Tollenaar & De Ridder 2010

A. Tollenaar & J. de Ridder, 'Administrative justice from a Continental European Perspective', in: M. Adler (ed.), *Administrative justice in Context*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 301-320.

Tollenaar 2014

A. Tollenaar, 'ICT en de uitdagingen voor de menselijke maat', in: A.T. Marseille & L. van der Velden, *Verdient vertrouwen, vertrouwen verdient: Visies op geschilbeslechting door de overheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 120-129.

Tollenaar 2015

A. Tollenaar, 'Praktijk van rechtsontwikkeling door de bestuursrechter', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (preadviezen VAR), Den Haag: BJu 2015, p. 161-231.

Vermaat 2014

M.F. Vermaat, 'Maatwerk in het Wetsvoorstel maatschappelijke ondersteuning 2015', *NJB* 2014/1018, p. 1374-1379.

Vermeer 2006

F.R. Vermeer, 'Hete soep en hete brij. Het vertrouwensbeginsel in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep', in: M. Herweijer, G.J. Vonk & W.A. Zondag (red.), *Sociale zekerheid voor het oog van de meester* (Noordam-bundel), Deventer: Kluwer 2006, p. 279-293.

VNG, 13 september 2013

VNG, 'Bekijk filmpje over 'gemeenschappelijke taal' van decentralisaties', *VNG* 13 september 2013, <www.vng.nl> (zoek op *gemeenschappelijke taal*).

VNG-commissie 2007

VNG-commissie Gemeentewet en Grondwet, *De eerste overheid*, Den Haag: VNG 2007.

Vonk 2008

G.J. Vonk, *Recht op zekerheid, van identiteitscrisis naar hernieuwd zelfvertrouwen* (oratie Groningen), Den Haag: Sdu Uitgevers 2008.

Vonk 2010

G.J. Vonk, 'Bestuurscrisis vraagt om een nieuwe oriëntatie', in: O.O. Cherednychenko e.a. (red.), *Publiek/privaat, vervlechten of ontvlechten*, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 3-8.

Vonk 2012

G.J. Vonk, 'Lokale verzorgingsstaat, nieuwe uitdagingen voor de sociale rechtsstaat', *NJB* 2012/2172, p. 2686-2693.

Vonk 2014

G.J. Vonk, 'Repressieve verzorgingsstaat', *NJB* 2014/80, p. 95-105.

Vonk 2015

G.J. Vonk, 'Kwetsbare verzorgingsstaat. Juridische aspecten van ernstige armoede in Nederland', *NJB* 2015/913, p. 1280-1288.

Vonk, Hoffard & Vonk 2013

G.J. Vonk, M. Hoffard & J. Vonk, 'Civil society organisations and contemporary social markets: some lessons from the Dutch experience', *European Journal of Social Law* 2013, vol. 1, p. 49-64.

Vonk & Tollenaar 2010

G.J. Vonk & A. Tollenaar (eds.), *Social security as a public interest: A multidisciplinary inquiry into the foundations of the regulatory welfare state*, Antwerpen: Intersentia 2010.

Vroom 1980

C.W. Vroom, *Bureaucratie: het veelzijdig instrument van de macht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1980.

Van der Werf 2012

A. van der Werf, 'Motieven voor de decentralisatie van de sociale zekerheid' in: G.J. Vonk & A. Tollenaar (red.), *Lokale verzorgingsstaat: nieuwe uitdagingen voor de sociale rechtsstaat*, (Serie Bestuursrecht en Bestuurskunde Groningen), Groningen: Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 2012, p. 35-48.

Westin 1970

A.F. Westin, *Privacy and freedom*, London: The Bodley Head 1970.

Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Wilson 1941

W. Wilson, 'The Study of Administration', *Political Science Quarterly*, 1941, 56 (4), p. 481-506.

Winter e.a. 2009

H.B. Winter e.a., *Wat niet weet, wat niet deert. Een evaluatieonderzoek naar de werking van de Wet bescherming persoonsgegevens in de praktijk*, Den Haag, BJu 2009.

WRR 2011

WRR, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

Zijlstra 2012

S.E. Zijlstra, 'Wetgeven in een democratische rechtsstaat', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven, Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012.

Jurisprudentieoverzicht

Supreme Court of Canada

Supreme Court of Canada 9 juni 2005, *Chaoulli v. Quebec* [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35.

Supreme Court of the United States

U.S. Supreme Court 25 June 1984, *Chevron USA v Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984).

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 7 december 1976, 5095/71, 5920/72, 5926/72 (*Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen/Denemarken*).

EHRM 6 juni 2000, 28135/95 (*Magee/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 30 september 2003, 40892/98 (*Koua Poirrez/Frankrijk*).

EHRM 29 april 2008, 13378/05 (*Burden/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 16 maart 2010, 42184/05 (*Carson/Verenigd Koninkrijk*).

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EG 22 juni 1972, C-1/72, *Jur.* 1972, 457 (*Frilli*).

HvJ EU 16 december 2008, C-524/06 (*Huber*).

HvJ EU 7 mei 2009, C-553/07 (*Rijkeboer/Rotterdam*).

HvJ EU 17 oktober 2013, C-291/12 (*Schwarz/Stadt Bochum*).

Europees Comité voor sociale rechten

ECSR 2 juli 2014, no. 86/2012, (*European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA)/the Netherlands*).

Hoge Raad

HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5328.

HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1206.

HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, *NJB* 2015/558.

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, *AB* 2015/160, m.nt.

R. Stijnen.

ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138.

ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3251.

ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415.

Centrale Raad van Beroep

CRvB 4 november 1993, *AB* 1994/213 (*Van Maarseveen*).

CRvB 7 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM3173, *AB* 2010/173 m.nt.

Tollenaar.

CRvB 29 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM0956.

CRvB 26 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:863.

CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754, *USZ* 2014/413, m.nt.

A. Tollenaar.

CRvB 10 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1837, *AB* 2015/343, m.nt.

Damen.

CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803.

CRvB 11 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:12, *NJB* 2016/217.

Rechtbanken

Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2651.

Rb. Oost Brabant (vzr.) 20 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4313, *RSV* 2015/190.

Rb. Gelderland 17 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7856.

Rb. Rotterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2196.

Rb. Zeeland-West-Brabant 7 januari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:9.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1997/98, 25892, 3.

Kamerstukken II 2002/03, 28870, 3.

Kamerstukken II 2002/03, 28870, 7.

Kamerstukken II 2002/03, 28870, 136.

Kamerstukken II 2002/03, 28870, 137.

Kamerstukken II 2005/06, 30300 VII, 75.

Kamerstukken II 2012/13, 29817, 102.

Kamerstukken II 2012/13, 30597, 296.

Kamerstukken II 2012/13, 33127, 3.

Kamerstukken II 2012/13, 33127, 69.

Kamerstukken II 2012/13, 33410, 15.

Kamerstukken II 2012/13, 33684, 3.

Kamerstukken II 2013/14, 32761, 62.

Kamerstukken II 2013/14, 33161, 107.

Kamerstukken II 2013/14, 33841, 3.

Kamerstukken II 2013/14, 33841, 4.

Kamerstukken II 2013/14, 33841, 34.

Kamerstukken II 2013/14, 32761, 62 (Beleidsdocument Zorgvuldig en bewust; gegevensbescherming en privacy in een gedecentraliseerd sociaal domein).

Aanhangsel Handelingen II 2014/15, 782.

Kamerstukken II 2014/15, 31839, 419.

Kamerstukken II 2014/15, 34191, 2.

Aanhangsel Handelingen II 2015/16, 1499.

Aanhangsel Handelingen II 2015/16, 1613.

Kamerstukken II 2015/16, 29538, 191 (brief van de staatssecretaris).

Kamerstukken II 2015/16, 29538, 211 (motie over vaststellen fictieve maximale bedragen in de zorg).

Kamerstukken II 2015/16, 30169, 47 (motie m.b.t. mantelzorg).

Kamerstukken II 2015/16, 31753, 110.
Kamerstukken I 2015/16, 32402, S.
Kamerstukken II 2015/16, 34300-VI, 23.

English summary

As a result of recent social security reforms, Dutch municipalities have been given more powers in the area of youth care, social support and social assistance. This includes both more local powers for policy development (decentralisation) and more discretion to determine the outcome of individual claims (discretion). This research focuses on the constitutional implications of these changes. It concentrates on four central issues: 1) the changing legal relationship between government and citizens, 2) the possibility of local policy differences between municipalities, 3) the protection of personal data in the municipal social domain, and 4) minimum care obligations arising from fundamental economic rights. The aim of the research is to investigate what problems arise with respect to these four issues and how these can be resolved. To this end, recommendations have been developed for the legislator, local government and the courts.

The following problems were among those identified:

The policy theory with regard to the legal relationship between government and citizens is ambivalent. The legislator wants to informalise and dejuridify the legal relationship with the citizens in order to better address the needs of the individual, (the humanized legal relationship). But these changes are not an end in itself. Financial cuts (efficiency / effectiveness) are one of the leading motives of the decentralisations. The new legal relationship must make it possible to convey the (unpleasant) message of personal responsibility in such a way that no (legal) disputes arise. This is sometimes achieved by deterring citizens from making a formal application (with the message as a portal), in other cases, the institutional context (kitchen table talks, district teams) is used. As a result the humanized legal relationship is in danger of becoming a mere instrument of austerity, which is not an improvement from the perspective of the citizen.

With regard to differences in policy and implementation between municipalities we have argued that the decentralisations in the social domain do not fully fit within the constitutional construct of decentralisation itself. A differentiated local approach may be appropriate for regional-specific situations. For instance an addiction problem in one region may be quite different from that in another region. When there are no such differences, the grounds for local differentiation soon fall away. At the very most, perhaps, such grounds

can be traced back to a conscious democratic decision at the local level. But if such a decision has not been made (which is often the case), a breeding ground for discontent will be created, as people become aware that the levels of protection in their own municipality is significantly different to that in other municipalities. These differences are seen as being unjustified, as indeed they are, quite literally, unjustifiable.

With regard to the protection of privacy, municipalities are instructed to implement an integrated policy based on an organically grown, highly fragmented system. Thereby, they are judged harshly by the Inspectorate of Social Affairs on issues which falls under its domain, for example, Suwinet. At the same time they have an open order from the Ministry of the Interior to establish an information policy for themselves and to find out how to meet the legal standards for data protection. In the meantime, it is apparent that at the local level too little attention is given to privacy protection. Furthermore, the question arises whether the standards of the Dutch Data Protection Act are well suited to achieve a high level of privacy protection in the social domain. For example, citizens in the municipal social domain cannot be expected to have control over their personal data given that people in this target group (often) have no control over their own life in the first place.

Finally, with regard to the minimum care obligations arising from fundamental economic rights, there are concerns about the impact on the social safety net. A by-product of the decentralisations is that the actions of the municipalities are more often placed outside the law (de- and exjuridifying). There is also a risk of erosion of the local social infrastructure, due to increased internal competition between various policy priorities (local dumping). Furthermore, the strong disciplinary character of social assistance, accompanied by intense controls and high penalties, can drive citizens into poverty. These processes affect those most disadvantaged in the local welfare system due to circumstances for which they are themselves held responsible (alleged fraud, debt, etc.), to certain social characteristics (behavioural problems, addiction, homelessness, etc.) or due to a specific legal status (no regional ties, weak residence status, etc.). The undermining of the social safety net is problematic from the perspective of minimum care obligations arising from fundamental economic rights. These minimum care obligations are, after all, based on the assumption that as citizens are less able to look after themselves, the state will become more involved in their care.

To address these problems, a number of recommendations have been made. These focus on the system of checks and balances between the three powers of the constitutional state: the legislator, (local) government and the courts. When the relation between these actors is in balance, problems in the local social domain can be solved in an organic manner: the administration has to respond to court decisions which are critical of local policies and individual decisions.

To maintain healthy relationships in the constitutional state it is important to perform ongoing maintenance on a well-functioning system of judicial protection. In this regard, we support the proposal for an integrated settlement of disputes in the social domain such as that developed under auspices of the government commissioner for general rules of administrative law, Michiel Scheltema. A central aspect of this proposal is that the courts can test the validity of the actions of local government in all its aspects, also when private actors are involved in public social service delivery. Such an improvement in legal protection sends out a strong signal to the contemporary social policy debate that is constantly seeking to weaken the legal position of the individual citizen. It also helps to prevent the sliding effect from right to favour when minimum protection is granted. Furthermore, we have argued in favour of the establishment of a (collective) complaints procedure for fundamental social rights violations at the Netherlands Institute for Human Rights. Such a procedure can function as an early warning system for failing local social policies in times that the state is seeking to relax (financial) control over the municipalities. A complaints procedure for fundamental social rights violations also contributes to an improved awareness of the implications of these rights at the local level, when new policies are prepared. Finally, we have spoken out in favour of a new law on information management at municipalities that contains specific rules on privacy protection at the local level, to be supported by new ICT-infrastructure which offers privacy solutions.

Another recommendation concerns the responsibility of municipalities not to arbitrarily increase differences in local social policy. To this end a number of governance instruments can be used: model regulations and guidelines, best practices and knowledge exchange; inter-municipal cooperation, inter-administrative supervision, and last but not least, more democratic legitimacy for differences between municipalities.

Finally, the courts should actively and critically test local policies and decisions. A differentiated local approach should be based on consciously made democratic decisions at the local level. When such decisions have not been made and differences are merely the result of arbitrary bureaucratic interpretation of centrally determined policy frameworks, the courts should step in. Also the question of whether the local authorities provide customization should be fully assessed by the courts. If statutory provisions require a decision to take all circumstances of the individual into account, the court cannot do otherwise than assess whether all that individual's circumstances have been taken into account. Finally, the courts should critically assess whether local policies and decisions are in line with higher legal norms, including socio-economic fundamental rights, in particular when the quality of the safety net for the most vulnerable is endangered.

Over de auteurs

Mr.dr. Aline Klingenberg is verbonden aan de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht & Bestuurskunde, Rijksuniversiteit Groningen en rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank Noord-Nederland. Zij studeerde publiekrecht in Groningen en werkte als jurist bij de gemeente Leeuwarden. Ze doceert Informatiegrondrechten, Bestuursrecht, Inleiding IT recht en coördineert de Togamaster. In 2010 promoveerde zij bij prof.mr. L.J.A. Damen op het proefschrift Bestuursrecht, e-mail en internet. Bestuursrechtelijke aspecten van elektronische overheidscommunicatie.

Prof.mr. Solke Munneke is als hoogleraar Staatsrecht verbonden aan de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Daarvóór was hij universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, waar hij zich onder meer bezighield met de vraag naar de doorwerking van grondrechten in het organisatierecht. Munneke is onder meer voorzitter van de Adviescommissie Gemeenterecht van de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) en voorzitter van de redacties van het juridisch tijdschrift *de Gemeentestem* en het artikelsgewijs commentaar *De Gemeentewet en haar toepassing*.

Mr.dr. Albertjan Tollenaar is als universitair docent verbonden aan de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Hij is in 2008 gepromoveerd op het proefschrift Gemeentelijk beleid en beleidsregels. Hij is lid van diverse (gemeentelijke) bezwaarcommissies.

Prof.dr. Gijsbert Vonk is hoogleraar socialezekerheidsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hij promoveerde in 1991 aan de Universiteit van Tilburg op een proefschrift over de coördinatie van bestaansminimumuitkeringen in de Europese Gemeenschap. Van 1993 tot 2006 was hij hoofd van de toenmalige Afdeling recht en beleid van de Sociale Verzekeringsbank (SVB). Ook bekleedde hij bijna 15 jaar een bijzonder hoogleraarschap socialezekerheidsrecht aan de Vrije Universiteit.