

Verschuiving van rechterlijke taken

Een verkennend onderzoek op civiel- en bestuursrechtelijk terrein

A. Böcker

L. de Groot-van Leeuwen

M. Laemers

Mei 2016

Radboud Universiteit

Faculteit Rechtsgeleerdheid

Onderzoekcentrum Staat en Recht (SteR)/Instituut voor Rechtssociologie

© 2016; Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum. Auteursrechten voorbehouden. Niets uit dit rapport mag warden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm, digitale verwerking of anderszins, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het WODC.

Inhoud

Voorwoord	3
Afkortingen.....	4
Samenvatting.....	5
Summary	11
1 Inleiding.....	17
1.1 Doelstelling en probleemstelling.....	17
1.2 Enkele centrale begrippen en achtergronden.....	18
1.3 Onderzoeksvragen.....	22
1.4 Onderzoeksopzet.....	22
1.5 Beperkingen van het onderzoek	23
1.6 Leeswijzer	23
2 Inventarisatie van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak	25
2.1 Overzicht	25
2.2 Wetgeving en voorstellen op het gebied van het familierecht.....	27
2.3 Wetgeving op het gebied van het ontslagrecht	30
2.4 Wijziging Wsnp en maatregelen tegen wanbetalers en onverzekerden zorgverzekering....	32
2.5 Wetgeving op het gebied van zorg en welzijn.....	35
2.6 Wetgeving en voorstellen op het gebied van het onderwijsrecht.....	40
2.7 Wetsvoorstellen ter bevordering van mediation	42
2.8 Overige wetgeving en wetgevingsvoorstellen	43
2.9 Conclusie	46
3 Overheveling of verschuiving naar bestuursorganen	51
3.1 Bestuurlijke boetes.....	51
3.2 Geschilbeslechting door bestuursorganen.....	54
3.3 Casus: Wet structurele maatregelen wanbetalers zorgverzekering	60
3.4 Conclusie	65
4 Verschuiving van civiele rechter en bestuursrechter naar geschillencommissies	67
4.1 Ontwikkeling geschillencommissies	67
4.2 Geschillencommissie in strijd met artikel 17 Grondwet?.....	71
4.3 Gevolgen verschuiving naar geschillencommissies.....	72
4.4 Geschillencommissies in het onderwijs.....	75

4.5	Casus: Landelijke Commissie voor Geschillen Wet medezeggenschap op scholen	77
4.6	Conclusie	82
5	Overheveling naar de wetgever	85
5.1	Overhevelen van rechter naar wetgever in het algemeen	85
5.2	Casus: initiatiefwetsvoorstel herziening kinderalimentatie.....	87
5.3	Casus: Wet werk en zekerheid (WWZ).....	88
5.4	Conclusie	91
6	Conclusies.....	93
	Geraadpleegde literatuur.....	97
	Bijlage 1: Samenstelling begeleidingscommissie	107
	Bijlage 2: Geraadpleegde experts.....	108
	Bijlage 3: Expertmeeting bestuursrecht.....	109
	Bijlage 4: Gevallen van verschuiving	112

Voorwoord

In dit rapport doen wij verslag van een verkennend onderzoek naar de verschuiving van rechterlijke taken naar andere organen en wel op civielrechtelijk en bestuursrechtelijk terrein. Het onderzoek werd in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het ministerie van Veiligheid en Justitie verricht. Het werd uitgevoerd binnen het onderzoekcentrum Staat en Recht (SteR)/Instituut voor Rechtssociologie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit. De materiaalverzameling vond plaats in de periode september 2015 tot maart 2016.

Verschillende personen hebben meegewerkt aan het onderzoek. In de eerste plaats willen we de geraadpleegde experts hartelijk danken (zie bijlage 2). Voorts zijn wij veel dank verschuldigd aan de voorzitter en leden van de begeleidingscommissie (zie bijlage 1) voor hun zorgvuldige en constructieve commentaren op de onderzoeksopzet en conceptteksten. De studentassistenten Tess Bens en Tom Kanis zijn wij zeer erkentelijk voor hun inzet bij de verschillende werkzaamheden die zij voor het onderzoek hebben verricht.

Nijmegen, mei 2016

Anita Böcker
Leny de Groot-van Leeuwen
Miek Laemers

Afkortingen

ACM	Autoriteit Consument en Markt
ADR	alternative dispute resolution
AFM	Autoriteit Financiële Markten
Awb	Algemene wet bestuursrecht
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBHO	College van Beroep voor het hoger onderwijs
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CTW	Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten
CWI	Centrale organisatie werk en inkomen
DNB	De Nederlandsche Bank
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
GPO	Geschillencommissie passend onderwijs
ISBO	Islamitische Schoolbesturen organisatie
Kifid	Klachteninstituut Financiële Dienstverlening
LBIO	Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen
LCG WMS	Landelijke Commissie voor Geschillen WMS
LKC	Landelijke klachtencommissie
LMZ	Landelijk Meldpunt Zorg
MKB	midden- en kleinbedrijf
NCW	Nederlands Christelijk Werkgeversverbond
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
NZa	Nederlandse Zorgautoriteit
OPTA	Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
RSJ	Raad voor de strafrechtstoepassing en jeugdbescherming
SGB	Stichting Geschillencommissies voor Beroep en Bedrijf
SGC	Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken
SKGZ	Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen
Stb.	Staatsblad
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VNO-NCW	Verbond van Nederlandse Ondernemingen
WHW	Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek
Wkkgz	Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg
Wlz	Wet langdurige zorg
Wmg	Wet marktordening gezondheidszorg
Wmo	Wet maatschappelijke ondersteuning
WMO	Wet medezeggenschap onderwijs
WMS	Wet medezeggenschap op scholen
Wsnp	Wet schuldsanering natuurlijke personen
WW	Werkloosheidswet

Samenvatting

Achtergrond en probleemstelling

De rol van de strafrechter bij het opleggen van sancties is de afgelopen decennia verminderd doordat in steeds meer wetten bestuurlijke sancties zijn geïntroduceerd. Onduidelijk is in hoeverre ook de civiele rechter en de bestuursrechter taken zien verschuiven naar bestuursorganen of andere niet-rechterlijke instanties. Doel van dit verkennende onderzoek was hierin inzicht te verschaffen. De dataverzameling vond plaats in de periode september 2015 tot maart 2016.

De probleemstelling van het onderzoek luidde:

In welke wetsvoorstellen op het terrein van het civiele en het bestuursrecht in de periode 2004-2014 is een rechterlijke taak toegekend aan een bestuursorgaan of ander niet-rechterlijk orgaan, in welke vorm vindt dat plaats en wat zijn de gevolgen voor burgers en bedrijven?

Het begrip ‘rechterlijke taken’ is in dit verkennende onderzoek ruim uitgelegd. Rechters vervullen naast het beslechten van geschillen tussen burgers en het toetsen van overheidshandelen ook andere, al dan niet bij wet of andere regeling aan hen opdragen taken. Het onderzoek was gericht op verschuivingen in al deze taken en activiteiten die de civiele rechter en de bestuursrechter vervullen. Het onderzoek was beperkt tot verschuivingen als gevolg van nieuwe wetgeving, maar in de verkenning werden niet alleen gevallen van directe, doelbewuste overheveling, maar ook meer indirecte vormen van verschuiving meegenomen.

Om de probleemstelling te beantwoorden, zijn de volgende onderzoeksvragen geformuleerd:

1. Welke gevallen van ‘overheveling’ (in brede zin) van rechterlijke taken zijn te vinden in wetsvoorstellen waarover de Raad voor de rechtspraak in de periode 2004-2014 advies uitbracht?
2. Welke organen kregen rechterlijke taken toebedeeld die tot dan toe door bestuursrechters of civiele rechters werden vervuld?
3. Wat was de doelstelling van de overheveling en hoe werd deze gemotiveerd?
4. Welke vormen en varianten van overheveling kunnen worden onderscheiden?
5. Wat zijn de gevolgen van de overheveling voor burgers, bedrijven en de samenleving?
6. In hoeverre worden maatregelen genomen om de rechtsbescherming van burgers te waarborgen en hoe werken deze maatregelen in de praktijk?
7. Hoe ervaren betrokkenen de uitoefening van rechterlijke taken door niet-rechterlijke organen?

Opzet van het onderzoek

Het onderzoek is in twee fasen uitgevoerd. Om zoveel mogelijk relevante wetsvoorstellen op te sporen, zijn alle wetgevingsadviezen bestudeerd die de Raad voor de rechtspraak in de periode 2004-2014 uitbracht. Bij de adviezen waarin sprake was van overheveling of verschuiving van taken van de civiele rechter of de bestuursrechter naar niet-rechterlijke instanties, is nagegaan of het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer is ingediend en indien dat het geval was, zijn de memorie van toelichting en

andere parlementaire documenten doorzocht op informatie over de doelstelling en de verwachte gevolgen van de overheveling of verschuiving. Aanvullende gegevens zijn verzameld in een expertmeeting en enkele interviews met experts.

In de tweede fase is ingezoomd op vormen van overheveling of verschuiving naar bestuursorganen, naar geschillencommissies en naar de wetgever. Hierbij zijn vier cases uitgediept: de Wet structurele maatregelen wanbetalers zorgverzekering (overheveling naar een bestuursorgaan); het wetsvoorstel Versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen (overheveling naar een geschillencommissie); het initiatiefwetsvoorstel herziening kinderalimentatie (overheveling naar de wetgever); de Wet werk en zekerheid (overheveling naar de wetgever). Voor deze cases is nagegaan wat er bekend is over de gevolgen voor burgers en bedrijven, de rechtsbescherming en de ervaringen van betrokkenen. Gegevens zijn verzameld door middel van literatuuronderzoek en bestudering van jaarverslagen, evaluatierapporten en parlementaire documenten. Aanvullende gegevens zijn verzameld in interviews met enkele deskundigen. Binnen het bestek van dit onderzoek was het niet mogelijk om zelf zinvol empirisch onderzoek te verrichten bij justitiabelen, bedrijven of instanties.

Uitkomsten van het onderzoek

In de eerste fase van het onderzoek zijn 356 adviezen bestudeerd die de Raad voor de rechtspraak in de periode 2004-2014 uitbracht over (concept)wetsvoorstellen. In 49 wetsvoorstellen bleek sprake van overheveling of verschuiving van rechterlijke taken. In 28 gevallen ging het om taken van de civiele rechter of de bestuursrechter. Het betrof wetgeving en voorstellen op het gebied van onder meer het familierecht, ontslagrecht, zorg en welzijn en het onderwijsrecht.

Welke organen kregen (welke) rechterlijke taken toebedeeld?

Naast bestuursorganen kregen onder meer geschillencommissies, mediators, gespecialiseerde rechterlijke instanties en de wetgever taken of activiteiten toebedeeld die tot dan toe door de civiele rechter of bestuursrechter werden vervuld. De betreffende taken hadden veelal te maken met het beslechten van geschillen. Zo zag de civiele rechter een deel van zijn geschilbeslechtende taken verschuiven naar geschillencommissies en mediators, waardoor hij minder van de betreffende zaken te behandelen kreeg en/of zijn rol werd teruggebracht tot een marginaal toetsende rol. In de gevallen waarin de wetgever een taak of activiteit naar zichzelf toe trok, werd de beoordelingsvrijheid van rechters ingeperkt of werden door rechters gezamenlijk ontwikkelde richtlijnen (zoals voor het vaststellen van de hoogte van alimentatie) vervangen door gedetailleerde wettelijke regels.

Wat was de doelstelling van de overheveling en hoe werd deze gemotiveerd?

De aanleidingen voor het overhevelen van rechterlijke taken en de effecten die ermee beoogd werden, bleken tamelijk divers en soms heel specifiek. De 'overheveling' vormt meestal niet het hoofdonderdeel van het wetsvoorstel en er wordt niet altijd een expliciete motivering voor dit onderdeel van het voorstel gegeven. De meest genoemde doelen zijn het bieden van een laagdrempelig alternatief voor geschilbeslechting door de rechter, een effectievere oplossing van geschillen of andere problemen, het ontlasten van de rechterlijke macht en kostenbesparingen voor de overheid en/of partijen. Een ander vaker genoemd doel – met name bij voorstellen voor 'overheveling' naar de wetgever zelf – is het neerleggen van een bevoegdheid of verantwoordelijkheid daar waar deze thuis-

hoort. Bij voorstellen voor gedetailleerde wettelijke regels wordt ook het bevorderen van rechtszekerheid en/of rechtsgelijkheid als doel genoemd.

Welke vormen en varianten van overheveling kunnen worden onderscheiden?

Overheveling in de strikte zin van het woord houdt in dat een taak of bevoegdheid die tot dan toe bij de civiele rechter of de bestuursrechter berustte, daar wordt weggehaald om bij een niet-rechterlijk orgaan te worden belegd. Deze vorm van overheveling komt weinig voor. Vaker is sprake van het creëren van een extra route naast of voorafgaand aan de gerechtelijke procedure, waardoor rechters minder zaken te behandelen krijgen en/of hun rol wordt teruggebracht tot een marginaal toetsende rol. Het komt ook voor dat een bestuursorgaan voor een nieuwe categorie zaken een taak of bevoegdheid krijgt die doorgaans aan rechters is voorbehouden. Daarnaast komt het voor dat de wetgever een einde maakt aan een 'regelgevende' activiteit van rechters door zelf gedetailleerde regels in de wet vast te leggen, die in de plaats komen van door rechters ontwikkelde normen of formules.

In de tweede fase van het onderzoek is gebruik gemaakt van een andere indeling, gebaseerd op het type orgaan waarnaar taken, zaken of activiteiten worden overgeheveld of verschuiven: bestuursorganen, geschillencommissies (en andere buitengerechtelijke geschilbeslechters) en de wetgever.

Overheveling of verschuiving van de rechter naar bestuursorganen

Bij overheveling of verschuiving van rechterlijke taken naar bestuursorganen kunnen verschillende varianten worden onderscheiden. Het komt voor dat een bestuursorgaan een typisch rechterlijke taak of een bevoegdheid krijgt. Toen rond de eeuwwisseling het toezicht op een aantal geliberaliseerde markten werd geregeld, kregen enkele van de daartoe ingestelde marktautoriteiten in het kader van hun toezichthoudende taak ook de bevoegdheid om bepaalde geschillen tussen private (markt)partijen te beslechten. Het komt ook voor dat een bestuursorgaan een specifiek op de oplossing van een bepaalde problematiek toegesneden bevoegdheid krijgt. Een voorbeeld daarvan is de Wet structurele maatregelen wanbetalers zorgverzekering, die het Zorginstituut Nederland de bevoegdheid geeft om zonder tussenkomst van een rechter een 'bestuursrechtelijke premie' te innen van wanbetalers van de zorgverzekeringspremie. Vóór de invoering van deze wet moesten zorgverzekeraars een incassoprocedure bij de kantonrechter aanspannen; nu melden ze wanbetalers aan bij het Zorginstituut.

De argumenten voor het toekennen van geschilbeslechtende bevoegdheden aan marktautoriteiten kwamen deels overeen met die voor het introduceren van bestuurlijke boetes: geschilbeslechting door de toezichthouder zou sneller en effectiever zijn dan geschilbeslechting door de rechter en de toezichthouder beschikt over expertise die rechters niet hebben. Een ander argument was dat geschilbeslechting een instrument kan vormen bij het toezicht op de naleving van Europese en nationale regels door marktpartijen. Het belangrijkste argument voor de bijzondere bevoegdheid voor het Zorginstituut was het gebrek aan effectiviteit van de bestaande incassopraktijk.

In de juridische literatuur zijn veel kanttekeningen gemaakt bij de geschilbeslechtende bevoegdheden van markttoezichthouders, maar over de werking in de praktijk en de voor- en nadelen voor de betrokken marktpartijen is weinig bekend. De verwachting dat geschilbeslechting door toezichthouders een snel en effectief alternatief voor rechtspraak zou bieden, werd in ieder geval de eerste jaren niet waargemaakt. De uitkomsten van evaluaties van de 'wanbetalerswet' wijzen eveneens op een gebrekkige effectiviteit. Die gebrekkige effectiviteit lijkt echter weinig te maken te hebben met het

‘overhevelingsaspect’ van de wanbetalerswet. Eenzelfde conclusie kan worden getrokken met betrekking tot de gevolgen en de voor- en nadelen voor betrokken burgers en bedrijven.

De kanttekeningen in de juridische literatuur bij de geschilbeslechtende bevoegdheden van marktautoriteiten betreffen onder meer de (waarborgen voor de) onafhankelijkheid van deze bestuursorganen – met name ten opzichte van de overheid – en daarmee de rechtsbescherming van partijen. Om de onafhankelijkheid van de tot geschilbeslechting bevoegde autoriteit te waarborgen, koos de wetgever er nu eens voor om geschilbeslechting, regulering en toezicht niet aan dezelfde instantie op te dragen en dan weer om deze taken aan één instantie op te dragen en een personele scheiding binnen deze instantie voor te schrijven. De marktautoriteiten hebben zelf procedureregelingen opgesteld om de transparantie voor partijen te vergroten. Niet bekend is hoe deze regelingen door partijen worden gewaardeerd. In de wanbetalerswet heeft de wetgever ervoor gekozen om een beroep op de bestuursrechter uit te sluiten. Bij die keuze zijn destijds kritische vragen gesteld. Uit de beschikbare onderzoekgegevens blijkt dat de in de wet voorziene – civielrechtelijke – mogelijkheden tot rechtsbescherming onvoldoende zijn toegesneden op een groot deel van de doelgroep. Ook ontbreken enkele waarborgen die de incassoprocedure bij de kantonrechter wel biedt.

Verschuiving van de rechter naar geschillencommissies

Bij verschuiving of overheveling naar geschillencommissies kunnen verschillende, meer en minder vergaande varianten worden onderscheiden.

In het wetsvoorstel Versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen is voor een vergaande variant gekozen. Het wetsvoorstel regelt dat voor alle medezeggenschapsgeschillen op scholen de Landelijke Geschillencommissie medezeggenschap onderwijs (LCG WMS) in eerste aanleg bevoegd wordt om uitspraak te doen. De Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam zal alleen nog als beroepsinstantie fungeren. Het doel van de voorgestelde wijziging is het wegnemen van onnodige drempels voor geschilbeslechting in medezeggenschapsaangelegenheden en daarmee het versterken van de positie van medezeggenschapsraden. Gestreefd wordt naar een uniforme en eenvoudige procedure via één loket die is voorzien van waarborgen, die overigens steeds meer gelijkenis vertonen met waarborgen die voor de rechtspraak gelden. Dat is des te belangrijker omdat de gang naar de rechter in dit geval is afgesloten. De gevolgen voor betrokkenen van de verschuiving naar de LCG WMS zijn op basis van de beschikbare informatie als positief te kwalificeren omdat er een eind komt aan de grote versnipperdheid van behandeling door civiele rechters en bestuursrechters en de afzonderlijke commissies.

Ook bij de wijziging van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten heeft de wetgever voor een vergaande variant gekozen: de gang naar de geschillencommissie auteursrechten is voor partijen niet verplicht, maar de rechter is wel verplicht om deze commissie om advies te vragen alvorens een beslissing te nemen. In de Zorgverzekeringswet en in de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg is gekozen voor een minder vergaande variant: zorgverzekeraars respectievelijk zorgaanbieders zijn verplicht om zich aan te sluiten bij de in deze wetten geregelde geschillencommissies; de gang naar deze commissies is niet verplicht, maar hun uitspraken zijn wel bindend; de rechter mag alleen nog marginaal toetsen.

Naast deze in de onderzochte periode geregelde geschillencommissies zijn er al veel langer bestaande commissies voor consumentengeschillen, waaronder de commissies die onder de paraplu van de stichting De Geschillencommissie werken. De Europese richtlijn betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen schrijft minimale waarborgen voor waaraan een buitengerechtelijke geschillenprocedure moet voldoen. Het doel van de richtlijn is het versterken van de consumenten-

rechten en de goede werking van de interne markt te bevorderen. Nederland heeft de kwaliteitseisen genoemd in de richtlijn ADR consumentengeschillen omgezet naar nationale wetgeving en daarmee voldaan aan de implementatieverplichting van de richtlijn.

Uit ander onderzoek van het Wetenschappelijk Documentatie Centrum van het Ministerie van Veiligheid en Justitie blijkt dat de kosten, snelheid en eenvoud van de procedure door consumenten vaak als reden worden genoemd om naar De Geschillencommissie te stappen en niet naar de rechter. Over het geheel genomen krijgen eenvoud en kosten van consumenten en ondernemers een (ruime) voldoende, maar ligt de waardering van de snelheid lager. Met betrekking tot de onpartijdigheid en onafhankelijkheid is vastgesteld dat die in de regels gewaarborgd zijn, maar hoe ze gewaardeerd worden door consumenten blijkt sterk afhankelijk van de vraag of de consument de zaak gewonnen dan wel verloren heeft. Slechts zelden worden zaken na behandeling door een geschillencommissie ter toetsing aan de rechter voorgelegd.

Ondanks de vaak verplichte route langs een geschillencommissie hebben burgers en bedrijven het recht om een geschil voor te leggen aan de rechter. Dit volgt uit artikel 17 van de Grondwet, waarin is bepaald dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter. Buitengerechtelijke geschilbeslechting kan daarom niet bindend opgelegd worden, tegen de wil van partijen. Er wordt veel gedaan om waarborgen te scheppen voor het volwaardig en voor betrokken partijen aantrekkelijk functioneren van geschillencommissies. Tegelijkertijd is er weinig bekend over de eventuele gevolgen van de *ultimum remedium* opvatting die door de overheid wordt uitgedragen evenals over de gevolgen van de druk en aanbevelingen om van de rechter weg te blijven.

Overheveling van de rechter naar de wetgever

Bij overheveling of verschuiving naar de wetgever kan onderscheid worden gemaakt tussen een variant die erop gericht is om de beoordelingsvrijheid van individuele rechters in te perken door de introductie van gedetailleerde en/of imperatieve wettelijke criteria en een variant die erop gericht is om door middel van een gedetailleerde wettelijke regeling een einde te maken aan 'regelgevende' activiteiten van rechters. Twee recente voorbeelden van de laatste variant zijn het initiatiefwetsvoorstel Herziening kinderalimentatie en de Wet werk en zekerheid.

Deze vormen van overheveling raken de klassiek-rechtsstatelijke opvattingen over de verhouding rechter-wetgever waarin de wetgever de algemene regels opstelt die gelden voor alle rechtssubjecten in de staat, terwijl de rechter beslist in het individuele geval. Ofwel, de wetgever bepaalt de algemene kaders waarbinnen de rechter zijn beslissingsruimte heeft. Maar hoever de invulling van de normen door de wetgever zou moeten gaan en wanneer de inperking van de beslissingsruimte van de rechter te ingrijpend is, daarover wordt nauwelijks debat gevoerd.

De inperking van de beslissingsruimte van de rechter door nadere regelgeving van de wetgever is principieel, rechtsstatelijk niet problematisch, maar heeft voor justitiabelen als nadeel dat maatwerk dat door de rechter kon worden geleverd niet meer in dezelfde mate mogelijk is. Zowel voor de kinderalimentatieberekeningen, conform het wetsvoorstel Herziening kinderalimentatie, als voor de berekening van de transitievergoeding, zoals in de Wet werk en zekerheid is vastgelegd, is de ruimte voor de rechter om de hoogte ervan te bepalen in het individuele geval aanzienlijk verkleind. De mogelijkheid om maatwerk te leveren is ingeruild voor het voordeel van meer rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

De voorbeelden bevestigen het beeld dat uit de juridische en sociaalwetenschappelijke literatuur over de rechtersregelingen naar voren kwam. Inperking van het domein van de rechter door nadere

regelgeving van de wetgever resulteert in: meer inbreng van het algemeen maatschappelijk belang, meer rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en transparantie en minder maatwerk en flexibiliteit.

Summary

Background and problem statement

The role played by the criminal courts in the Netherlands in the imposition of sanctions has diminished in recent years as administrative sanctions have become more widely available under numerous acts. It is not clear whether the civil courts and the administrative courts have also seen some of their tasks transferred to government bodies or other non-judicial institutions. The goal of this exploratory investigation was to gain an insight into such issues. Data were collected between September 2015 and March 2016.

The problem statement is as follows:

Which legislative proposals in the areas of civil and administrative law, proposed between 2004 and 2014, assign a judicial task to a government body or other non-judicial institution? How does this transfer of tasks take place? And what are the consequences for the public and businesses?

This exploratory investigation adopts a broad approach to the concept of ‘judicial tasks’. Besides resolving disputes between citizens and adjudicating on government actions, the courts also fulfil other tasks, as assigned by law or other types of regulation. The investigation was concerned with all such tasks and activities as come before the civil and administrative courts. The concept of ‘transfer’ is also understood in broad terms.

The following questions were formulated in response to the problem statement:

1. Can instances of the ‘transfer’ of judicial tasks be found in legislative proposals on which the Judiciary Council¹ offered its advice between 2004 and 2014?
2. Which bodies were assigned judicial tasks that had previously been performed by administrative or civil courts?
3. What was the idea underlying the transfer, and how was it motivated?
4. Which forms and variants of such transfers can be distinguished?
5. What are the consequences of the transfer for citizens, businesses, and society at large?
6. What, if any, measures are taken to safeguard the citizens’ protection under the law, and how do such measures work in practice?
7. How do those involved experience the exercise of judicial tasks by non-judicial bodies?

Research design

The investigation was conducted in two stages. In order to track down as many items of proposed legislation as possible, all the advisory memoranda from the Judiciary Council were consulted, which had been issued between 2004 and 2014. For those advisory memoranda that mentioned a transfer of tasks from the civil or the administrative courts to non-judicial bodies, we investigated whether

¹ Raad voor de rechtspraak.

the proposed legislation had been submitted to Parliament and, if so, we then searched the accompanying explanatory memorandum and other parliamentary papers for information on the objective and the expected consequences of the transfer or shift of tasks. Additional details were collected in an expert meeting and several interviews with experts.

The second stage zoomed in on forms of transfer to administrative bodies, dispute resolution commissions, and the legislator. Four cases were examined in greater detail: the Act relating to Structural Measures against Health Insurance Defaulters² (shift to an administrative body); the legislative proposal to Strengthen the Administrative Power of Educational Institutions³ (shift to a dispute resolution commission); the initiative proposal for the Revision of Child Support⁴ (transfer to the legislator); and the Work and Security Act⁵ (transfer to the legislator). These cases were investigated to see what could be discovered concerning their consequences for citizens and businesses, protection under the law, and the experience of those involved. Data were collected from literature research and consulting annual reports, evaluation reports, and parliamentary papers. Additional information was gathered in interviews with several experts. Given the scope of the present study, it was not possible to conduct empirical research among citizens, businesses or institutions.

Results

The first stage of the research looked at 356 advisory memoranda issued by the Judiciary Council between 2004 and 2014 on (draft) legislative proposals. Of these, 49 turned out to contain proposals for the transfer or shift of judicial tasks. In 28 cases this involved tasks of the civil or administrative courts. The legislation and proposed items of legislation involved, *inter alia*, family law, dismissal law, health care and welfare, and education law.

Which bodies were assigned which judicial tasks?

Besides administrative bodies, tasks or activities previously undertaken by the civil or administrative courts were assigned to other institutions, including administrative bodies, dispute resolution commissions, mediators, specialist judicial bodies, and the legislature. Many of the tasks were concerned with dispute resolution. For example, the civil courts saw some of their dispute resolution tasks shifted to dispute resolution commissions and mediators, meaning that the courts dealt with fewer cases and/or their role was marginalized to one of evaluator. In cases where the legislature drew the task or activity upon itself, the courts' freedom of judgment was restricted, or else guidelines developed jointly by the judges themselves (such as those for fixing the amount of alimony) were replaced by detailed rules, set down in law.

What was the idea underlying the transfer, and how was it motivated?

The reasons for transferring judicial tasks and the envisioned effects turned out to be quite diverse, but sometimes highly specific. The 'transfer' was most often not the principal component of the pro-

² Wet structurele maatregelen wanbetalers zorgverzekering.

³ Versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen.

⁴ Initiatiefwetsvoorstel Herziening kinderalimentatie.

⁵ Wet werk en zekerheid.

posed legislation, nor was an explicit motivation always given for it. The objectives most frequently cited were to offer a low-threshold alternative to dispute resolution through the courts, more effective resolution of disputes or other problems, relieving the judiciary of its case load, and cost savings for the government and/or the parties involved. Another goal that was frequently named – especially in reference to proposals for transfer to the legislature itself – was to bring home a power or authority where it properly belongs. Proposals for detailed rules set down in law also frequently cited the improvement of certainty under the law and/or equality before the law as an objective.

Which forms and variants of transfers can be distinguished?

In the strict sense, transfer means that a task or authority which hitherto had belonged to the civil or administrative court is removed, to be transferred to a non-judicial body. This form of transfer occurs seldom. More often, what happens is the creation of an extra route either alongside or precedent to court proceedings, whereby the courts deal with fewer cases and/or their role is marginalized to that of an evaluator. Often, too, an administrative body receives a task or authority for a new category of cases, which had commonly been reserved to the courts. It may also occur that the legislature puts an end to the courts' activity in 'writing the rules', by itself setting down detailed regulations in legislation; these then replace the standards or formulas developed by the courts.

The second stage of the research adopted a different approach, based on the body to which tasks, cases or activities had been transferred or shifted: administrative bodies, dispute resolution commissions and other non-judicial dispute resolution bodies, and the legislature.

Transfer or shift from the court to administrative bodies

A number of varieties can be distinguished when considering the transfer or shift of judicial tasks to administrative bodies. There are instances when an administrative body receives a task or authority that had typically belonged to the judiciary. Around the turn of the century, when the supervision of a number of liberalized markets was being regulated (including the telecommunications and power industries), several of the newly created authorities received, as part of their supervisory task, the authority to resolve certain disputes between private parties in the market. An administrative body may also be granted the specific authority to resolve a clearly defined issue. An example is the Act relating to Structural Measures against Health Insurance Defaulters, which grants the National Health Care Institute⁶ the authority to demand an 'administrative premium' from those who fail to pay their health insurance premiums, with no judicial intervention. Prior to the Act's introduction, the health insurers had to institute debt recovery proceedings before the district court; now they merely report defaulters to the Institute.

The arguments in favour of granting dispute resolution powers to market supervisory authorities conform in part with those in favour of the introduction of administrative penalties: dispute resolution by the supervisor was said to be faster and more effective than going through the courts, and the supervisor possesses expertise that the courts lack. Another argument was that dispute resolution can form an instrument in assuring the compliance of market parties with European and national regulations. The most important argument for the Health Care Institute's particular authority was the ineffectiveness of the existing debt recovery practice.

⁶ Zorginstituut Nederland

The legal literature contains many observations on the dispute resolution powers granted to market supervisors, but little is known about how it works in practice, nor about the advantages and disadvantages to the parties involved. The expectation was that dispute resolution by supervisory bodies would offer a rapid, effective alternative to judicial pronouncements, but this was not found to be the case, at least in the initial years. Evaluations of the 'defaulters' act' also point to a lack of effectiveness. This, however, appears to have little to do with the 'transfer' aspect of the act. A similar conclusion can be drawn in reference to the advantages and disadvantages to the citizens and businesses involved.

The comments in the legal literature on the dispute resolution powers granted to market supervisory authorities relate inter alia to the independence of these authorities, which is inadequately safeguarded, especially as relating to government, and the associated protection of the parties under the law. In order to safeguard the independence of the authorities granted the power to resolve disputes, the legislature sometimes opted not to allocate the powers to resolve disputes, regulate, and supervise to one and the same body; or else, if a single institution was so tasked, to prescribe that the relevant staff should be separated from the rest. The supervisory authorities themselves have drafted procedural rules to improve transparency for those involved. How the parties themselves appreciate such rules is not known. In the defaulters' act the legislature opted to rule out appeals to the administrative court, and this was the subject of critical comments at the time. Such research data as are available reveal that the possibilities for protection under the law (the civil law) provisioned in the act are inadequate for a large fraction of the defaulters. A number of safeguards offered by debt recovery proceedings before the district court are also absent.

Transfer from the courts to dispute resolution commissions

A number of more or less radical variants can be discerned when considering a shift or transfer to a dispute resolution commission.

The legislative proposal to Strengthen the Administrative Power of Educational Institutions contains a radical variant. The proposed law lays down that in first instance, all school participation disputes shall be placed before the National Commission for Educational Dispute Resolution, as the authority with jurisdiction to pronounce judgment. The Enterprise Division of the Amsterdam Court of Appeal⁷ may only play a part in appeals. The goal of the proposed amendment is to remove unnecessary impediments to the resolution of disputes about participation in schools and thereby to strengthen the position of the participation councils. The idea is to have a one-stop shop, with a uniform, simple procedure, provided with safeguards which, incidentally, show an increasing similarity to those offered by judicial pronouncements. This is all the more important because the route via the courts has been closed off in such cases. As far as we can tell from the information available, the consequences for those involved of the shift to the National Commission for Educational Dispute Resolution may be regarded as beneficial, because it brings to an end the very fragmented treatment by the civil and administrative courts, and the individual commissions.

In the amendment to the Copyright and Neighbouring Rights Law,⁸ the legislature also opted for a radical variant: the parties are not obliged to go before the copyright dispute commission, but the court must request the commission's advice before handing down a decision. A less radical variant

⁷ Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam.

⁸ Wet toezicht collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten.

was opted for in the Health Insurance Act⁹ and the Act regulating Quality, Complaints, and Disputes in Health Care¹⁰: health insurers and health care providers are required to become members of the appropriate dispute resolution commissions, which were set up under the relevant acts; no one is obliged to bring a dispute before these commissions, but their decisions are binding; the courts may only provide a marginal evaluation.

Besides the dispute resolution commissions that were regulated by law during the period investigated, there are many other consumer dispute resolution commissions, which have been in existence far longer, including those that operate under the umbrella of the Consumer Complaints Board.¹¹ The European Directive on alternative dispute resolution for consumer disputes¹² (the ADR directive) prescribes minimal safeguards that must be observed for disputes resolved via a non-judicial procedure. The directive's objective is to strengthen consumer rights while improving the effectiveness of the internal market. In the Netherlands, the quality requirements of the ADR directive have been translated into national legislation to satisfy the directive's implementation requirement.

Research conducted by the Research and Documentation Centre of the ministry of Security and Justice¹³ has shown that consumers frequently refer to the cost, speed, and simplicity of this procedure as a reason for approaching the Consumer Complaints Board, rather than going through the courts. Considered as a whole, the costs to the consumer and businesses, plus the simplicity, are greatly valued, but the speed of the proceedings is less appreciated. In regard to neutrality and independence, it has been established that though they are safeguarded under the law, the way the consumer values them depends closely on whether the consumer has won or lost his/her case. Only occasionally is a case brought before the court for evaluation after a resolution procedure before a commission.

Despite the fact that resolution via a commission is often mandatory, both citizens and businesses have the right to bring a dispute before the courts. This arises from article 17 of the Constitution,¹⁴ which provides that no one may be denied access to the courts against his/her will. Extra-judicial dispute resolution may therefore not be compulsorily imposed, against the will of the parties involved. A great deal is done to create safeguards for the fully fledged operation of dispute resolution commissions, which remain attractive to the parties involved. At the same time, though, little is known about the possible consequences of the government's 'ultimum remedium' approach, nor about the consequences of the pressure to steer clear of the courts.

Transfer from the court to the legislature

When considering a transfer or shift to the legislature, one can distinguish between a variant concerned to restrict the freedom of individual judges to decide on disputes by introducing detailed and/or imperative legal criteria, and one that seeks to put an end to the judges' 'regulatory' activities by introducing detailed legal regulations. Two recent examples of the latter variant are the initiative proposal for the Revision of Child Support, and the Work and Security Act.

⁹ Zorgverzekeringswet.

¹⁰ Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg.

¹¹ Stichting de Geschillencommissie.

¹² Europese richtlijn betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen.

¹³ Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het ministerie van Veiligheid en Justitie.

¹⁴ Grondwet.

These forms of transfer touch on the classical constitutional views on the relationship between the judiciary and the legislature, whereby the legislature sets down general regulations that hold for all those subject to the law in a state, while the courts decide individual cases. Put differently, the legislature sets out the general framework within which the judiciary has the freedom to decide. But there is scarcely any debate on how far the legislature should go in setting standards, and when the restriction of the courts' freedom to decide is excessively radical.

Restricting the courts' freedom to decide by legislative action is not problematic under the constitution, in principle, but the disadvantage to those seeking redress through the courts is that the individual approach open to the courts is no longer possible, or at least not to the same degree. When calculating child support under the proposal for the Revision of Child Support, and when calculating transitional severance pay as set down in the Work and Security Act, the courts have considerably less room to manoeuvre in individual cases. The possibility of handing down a decision in individual cases has been exchanged for the advantage of greater security under the law and improved equality before the law.

These examples confirm the picture that emerges from the legal and sociological literature concerning regulation of the courts. Restricting the domain of the courts by closer regulation by the legislature means greater involvement of the general public's interests, with improved certainty under the law, better equality before the law, and greater transparency, but fewer individually tailored decisions, and reduced flexibility.

1 Inleiding

De rol van de strafrechter bij het opleggen van sancties is de afgelopen decennia verminderd doordat in steeds meer wetten bestuurlijke sancties zijn geïntroduceerd. Onduidelijk is in hoeverre ook taken die voorheen aan de civiele rechter en de bestuursrechter voorbehouden waren, worden overgeheveld naar bestuursorganen of andere niet-rechterlijke instanties. Doel van het onderzoek waarvan dit rapport verslag doet, was hierin inzicht te verschaffen.

In dit hoofdstuk wordt de opzet van het onderzoek uiteengezet. Achtereenvolgens worden de doelen en probleemstelling (1.1), enkele centrale begrippen en achtergronden (1.2), de onderzoeksvragen (1.3), de onderzoeksoopzet (1.4) en beperkingen van het onderzoek (1.5) behandeld.

1.1 Doelstelling en probleemstelling

De laatste jaren is enige discussie ontstaan over het verschuiven van taken van de rechter naar het bestuur. Steeds meer taken en bevoegdheden die voorheen aan de rechter voorbehouden waren, zouden naar bestuursorganen worden overgeheveld. De discussie hierover in de media en in de juridisch-wetenschappelijke literatuur wordt steeds gevoerd aan de hand van voorbeelden die afkomstig zijn uit de strafrechtelijke sfeer.¹⁵ De afgelopen decennia is in een groot aantal wetten aan bestuursorganen de bevoegdheid toegekend om boetes op te leggen. De rol van de strafrechter bij de oplegging van sancties is daardoor verminderd. Mogelijk zijn ook taken die voorheen aan de civiele rechter of de bestuursrechter voorbehouden waren, bij bestuursorganen of andere niet-rechterlijke organen neergelegd. Voorbeelden hiervan worden in voornoemde discussie echter zelden of nooit genoemd. In de literatuur is wel enige aandacht besteed aan alternatieve geschilbeslechting die de taaklast van de rechter verlicht.¹⁶ Een overzicht van rechterlijke taken die de wetgever het laatste decennium bij bestuursorganen of andere niet-rechterlijke organen heeft belegd, ontbreekt totnogtoe. Doel van het onderhavige onderzoek is om hierin te voorzien, althans voor zover het de civiele rechter en de bestuursrechter betreft. Het onderzoek is nadrukkelijk niet gericht op (wijzigingen in) het domein van de strafrechter. Het onderzoek moet inzicht verschaffen in de manieren waarop in recente wetgeving taken van de bestuursrechter en de civiele rechter naar niet-rechterlijke instanties zijn overgeheveld en wat de wetgever daarmee beoogde. Daarnaast moet het onderzoek inzicht geven in wat er bekend is over de gevolgen voor met name burgers en bedrijven.

De probleemstelling van het onderzoek luidt:

In welke wetsvoorstellen op het terrein van het civiele en het bestuursrecht in de periode 2004-2014 is een rechterlijke taak toegekend aan een bestuursorgaan of een ander niet-rechterlijk orgaan, in welke vorm vindt dat plaats en wat zijn de gevolgen voor burgers en bedrijven?

¹⁵ Zie bijvoorbeeld Barels 2011; Kas 2014 en Baas e.a. (red.) 2015, p. 3. Over de overheveling van strafrechtelijke bevoegdheden aan het bestuur is veel geschreven, zie o.a. Sackers 2010 en het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 13 juli 2015 over (W03.15.0138/II).

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Marseille & Van der Velden (red.) 2014; Kocken 2011.

1.2 Enkele centrale begrippen en achtergronden

Rechterlijke taken

Het begrip 'rechterlijke taak' wordt in dit verkennende onderzoek ruim uitgelegd. In de juridische literatuur worden onder rechterlijke taken in de eerste plaats het beslechten van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen, de berechting van strafbare feiten en de vaststelling van burgerlijke rechten en plichten verstaan. Deze (kern)taken zijn door de Grondwet (artikelen 112 en 113) en internationale verdragen (artikel 6 EVRM) aan rechters opgedragen. Administratieve rechtspraak kan, in tegenstelling tot burgerlijke rechtspraak en strafrechtspraak, krachtens artikel 112 lid 2 Grondwet ook worden opgedragen aan andere rechterlijke instanties dan de rechterlijke macht. Bestuursrechtelijke geschillen werden lange tijd door de Kroon beslist. Naar aanleiding van het Benthem-arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, waarin werd uitgemaakt dat de Kroon een bestuursinstantie is en niet kan gelden als een 'onafhankelijk en onpartijdig gerecht' als bedoeld in artikel 6 EVRM, kwam er een eind aan deze praktijk.¹⁷ Het beroep op de Kroon is sindsdien met de Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie en de Algemene wet bestuursrecht (Awb) over de hele linie vervangen door een beroep op de bestuursrechter. Afhankelijk van waar een besluit van de overheid over gaat, bestaat er voor een belanghebbende (burger of bedrijf) een mogelijkheid om (hoger) beroep in te stellen bij de rechtbank (bijvoorbeeld bij zaken over uitkeringen, belastingen, vergunningen of arbeidszaken van ambtenaren), het gerechtshof, het College van Beroep voor het bedrijfsleven, de Centrale Raad van Beroep of de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Rechterlijke taken omvatten dus het beslechten van geschillen tussen burgers, het berechten van strafbare feiten en het toetsen van overheidshandelen. Rechters vervullen echter ook andere, al dan niet bij wet of andere regeling aan rechters opgedragen taken. Zo nemen ze deel aan de rechtsvorming en voeren ze toezichhoudende taken uit.

De vraag wat rechtspraak is, wordt in de literatuur op verschillende manieren benaderd.¹⁸ In een formele benadering worden formele criteria onmisbaar geacht om te bepalen of sprake is van rechtspraak. Daarbij wordt vooral gekeken naar het orgaan dat recht spreekt: het moet gaan om een onafhankelijke en onpartijdige instantie. In artikel 6 EVRM en artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM is bepaald dat bij de vaststelling van burgerlijke rechten en plichten de oordelende instantie onafhankelijk en onpartijdig dient te zijn en bij wet moet zijn ingesteld, alsmede dat de behandeling en uitspraak openbaar zijn. Bij een formeel rechtspraakbegrip moet een orgaan aan deze institutionele vereisten voldoen om als rechter te worden gekwalificeerd. De vraag is dan wel of ook instanties die niet tot de rechterlijke macht behoren, als rechter kunnen worden gekwalificeerd, en of alles wat een rechter doet, ook daadwerkelijk rechtspraak is.¹⁹ In de materiële of functionele benadering wordt deze laatste vraag ontkennend beantwoord en wordt geprobeerd om rechtspraak te omschrijven door antwoord te geven op de vraag wat 'typisch' rechterlijk is in de aan rechters opgedragen taak. Daarbij wordt geprobeerd om de staatsfunctie rechtspraak te onderscheiden van de functies bestuur

¹⁷ EHRM 23 oktober 1985, AB 1986,1

¹⁸ Zie bijv. Widdershoven 1989, p. 14 e.v.; Simons 1996, p. 5-6; De Poorter 2003, p. 78 e.v.; Wenders 2010, p. 25 e.v.

¹⁹ De Poorter 2003, p. 79.

en wetgeving. Als essentieel criterium wordt door sommige auteurs gezien dat er een rechtsvraag moet worden beantwoord; rechtspraak gaat over het beslechten van rechtsgeschillen; het gaat om een beoordeling die betrekking heeft op een gestelde schending van een bestaande rechtsnorm. Niet alles wat rechters doen, valt dan onder het begrip rechtspraak. De beslechting van geschillen die niet strikt over een rechtsnorm gaan, wordt door deze auteurs niet tot rechtspraak gerekend. In een uitsluitend formele benadering vallen deze activiteiten van rechters wel onder het begrip rechtspraak.

In dit onderzoek worden onder rechterlijke taken alle werkzaamheden verstaan die rechters feitelijk vervullen en onder rechters alle leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast.²⁰ De taak van de civiele rechter respectievelijk de bestuursrechter bestaat in de kern uit het beslechten van geschillen tussen burgers of tussen burgers en de overheid (bestuursrechter) door middel van een vonnis of uitspraak. Om tot een vonnis of uitspraak te komen dient de rechter de wet te interpreteren, toe te passen op het concrete geval en de door de wetgever min of meer opengelaten normen in te vullen. Aldus vormt hij het recht door zijn jurisprudentie. Naarmate de normen minder open zijn, laat de wetgever minder beslissingsruimte aan de rechter. Naast rechtsgeschillen beslechten rechters ook geschillen over tegenstrijdige belangen waarbij niet direct sprake is van schending van een rechtsnorm. Soms lijkt de rol van een rechter meer op die van een bestuursorgaan, bijvoorbeeld wanneer hij wordt verzocht om een faillissement of adoptie uit te spreken of een curator of een voogd te benoemen. De rechter heeft in dit laatste type zaken vooral een toezichthoudende rol. Dit wordt ook wel niet-contentieuze rechtspraak genoemd, omdat bij deze zaken vaak geen sprake is van tegenover elkaar staande partijen, maar iemand rechtstreeks aan de rechter verzoekt om een bepaalde beslissing te nemen, die overigens wel gevolgen kan hebben voor andere rechtssubjecten.²¹

Overheveling of verschuiving van rechterlijke taken

Het onderzoek is gericht op verschuivingen, als gevolg van nieuwe wetgeving, in de taken van de civiele rechter en de bestuursrechter en in de rol van deze rechters bij de beslechting van geschillen. Het bleek lastig om één term te vinden die de hele lading dekt. Aanvankelijk opteerden we voor de term 'overheveling'. Die term kan echter de suggestie wekken van een doelbewuste keuze van de wetgever om een taak die tot dan toe bij de civiele rechter of de bestuursrechter berustte, daar weg te halen en bij een niet-rechterlijk orgaan te beleggen. Lopende het onderzoek bleek dat vaker sprake is van het creëren van een extra route – bijvoorbeeld in de vorm van een geschillencommissie – naast of voorafgaand aan de gerechtelijke route, waardoor rechters minder zaken of geschillen te behandelen krijgen en/of waardoor hun rol wordt teruggebracht tot die van (marginaal toetsende) beroepsinstantie. Het komt ook voor dat in een wetsvoorstel een nieuw onderwerp wordt geregeld waarbij een bestuursorgaan een taak of bevoegdheid krijgt toebedeeld die doorgaans bij rechters berust. Toen rond de eeuwwisseling het toezicht op een aantal geliberaliseerde markten werd geregeld, kregen enkele van de daartoe ingestelde marktautoriteiten in het kader van hun toezichthoudende taak onder meer ook de bevoegdheid om geschillen tussen marktpartijen te beslechten.²² Verder komt het voor dat de wetgever gedetailleerde regels in de wet vastlegt ter vervanging van door rechters ontwikkelde richtlijnen. Een recent voorbeeld daarvan zijn de in de Wet werk en zekerheid neergelegde regels voor transitievergoedingen, die in de plaats komen van de zogeheten kantonrechtersformule voor de berekening van de vergoeding bij ontslag.

²⁰ Art. 117 Gw.

²¹ Vgl. Simons 1996, p. 5-6; Wenders 2010, p. 25. Zie ook Croes e.a. 2005.

²² Mak 2007, p. 170.

In al deze gevallen worden – op meer of minder directe wijze – taken of zaken overgeheveld van de bestuurs- of civiele rechter naar niet-rechterlijke instanties. Al deze vormen van overheveling worden in het onderzoek meegenomen. Als de overheveling van taken of zaken een indirect effect of een neveneffect is of als het gaat om een extra route naast of voorafgaand aan de gerechtelijke route, is de term ‘verschuiving’ wellicht meer toepasselijk: er verschuiven taken of zaken naar niet-rechterlijke instanties of de rol van de rechter verschuift naar een marginaal toetsende rol. In dit onderzoeksverslag worden beide aanduidingen gebruikt. Waar het gaat om een doelbewuste keuze van de wetgever om een taak die tot dan toe door de rechter werd vervuld, bij bestuursorganen of geschillencommissies te beleggen dan wel zelf invulling te geven aan normen die voorheen door de rechter werden ingevuld, spreken we van overheveling. In andere gevallen spreken we van ‘verschuiving’ of van ‘overheveling in brede zin’.

Het domein van de rechter

In de literatuur wordt ook wel gesproken over verschuivingen in het ‘rechterlijk domein’.²³ In een kwantitatieve benadering gaat het dan om de omvang van de rechterlijke werkzaamheden, het aantal beroepen op de rechtspraak en/of het samenstel van rechtsgebieden binnen de rechtspraak. In een kwalitatieve benadering gaat het bijvoorbeeld ook om de beslissingsvrijheid van de rechter of om de rol, functie of invloed die de rechtspraak in de samenleving vervult of uitoefent.²⁴ Het domein van de rechter wordt beïnvloed door allerlei factoren. Van den Broeke kwam in 2004 op basis van gesprekken met rechtswetenschappers en rechters tot de volgende bonte lijst: ‘de introductie of opheffing van een rechtsgang, strategisch gedrag van justitiabelen, politieke prioriteitsstelling, de houding van de rechter, al dan niet verplichte procesvertegenwoordiging, de grotere rol voor het bestuur, Europese regelgeving, capaciteitstekorten in de rechterlijke macht en deskundigheid van rechters.’²⁵ Sommige van deze factoren leidden volgens de door Van den Broeke geraadpleegde experts tot uitbreiding, andere tot inperking van het rechterlijk domein.

In een langetermijnperspectief is vooral sprake van domeinvergroting. In de literatuur over de positie van de rechterlijke macht in de rechtsstaat worden daarbij drie ontwikkelingen genoemd. Ten eerste nam door de ontwikkeling van de klassieke rechtsstaat tot democratische en sociale rechtsstaat en de daarmee gepaard gaande groei van overheidstaken de behoefte aan rechterlijke controle op politieke en bestuurlijke machtsuitoefening toe. Daarnaast liet de wetgever door open normen te formuleren of door (voorlopig) af te zien van een specifieke regeling vaker ruimte voor rechtsvorming door de rechter. Ten derde kreeg de rechter meer toetsingsmogelijkheden door de toename van het aantal rechtstreeks werkende bepalingen van internationale verdragen.²⁶

Recentelijk wordt juist vaker een trend in omgekeerde richting, naar een inperking van het rechterlijk domein, gesignaleerd. Hierbij wordt vooral gewezen op de al genoemde verschuiving van de strafrechter naar het bestuur, die optreedt doordat de wetgever de bestraffing van steeds meer wetsovertredingen bij bestuursorganen onderbrengt. Daarnaast is volgens sommigen sprake van een verschuiving van de civiele rechter naar alternatieve vormen van geschilbeslechting, zoals arbitrage en geschillencommissies. Volgens Mak past zowel de buitengerechtelijke afdoening van wetsovertredingen als de buitengerechtelijke beslechting van (andere) geschillen in het streven naar een effectieve en efficiënte organisatie van de rechtspraak: ‘Beleid is gericht op een terugtred van de over-

²³ Van den Broeke 2004; Mak 2007; Loth & Mak 2007.

²⁴ Van den Broeke 2004, p. 1-2; Mak 2007, p. 118; Loth & Mak 2007, p. 77.

²⁵ Van den Broeke 2004, p. 3.

²⁶ Zie bijvoorbeeld WRR 2002, p. 173 e.v.; Mak 2007, p. 139.

heid, inclusief de rechter, naar de “tweede lijn”. In die trend past de opkomst van buitengerechtelijke vormen van geschilbeslechting’, aldus Mak.²⁷ Bij het gebruik van alternatieve civielrechtelijke geschilbeslechtingsprocedures valt overigens op te merken dat Nederland op dit punt een rijke en lange traditie heeft. Blankenburg vergeleek begin jaren negentig de rechtshuishouding in Nederland met die in de Duitse deelstaat Noordrijn-Westfalen en constateerde dat in Nederland veel minder vaak een beroep op de civiele rechter werd gedaan door de hier te lande bestaande, omvangrijke *infrastructure for avoiding civil litigation*.²⁸ Een van de grootste buitengerechtelijke geschilbeslechters, de huurcommissie, bestaat al sinds 1917.

Buitengerechtelijke geschilbeslechtingsprocedures zijn dus geen nieuw verschijnsel, maar sinds een aantal jaren is er een sterkere tendens om gerechtelijke geschilbeslechting als een *ultimum remedium* te zien. De opvatting dat burgers en bedrijven zich zo veel mogelijk pas in laatste instantie tot de rechter zouden moeten wenden, komt bijvoorbeeld naar voren in de beleidsbrief ADR 2000-2002 van toenmalig minister van Justitie Korthals²⁹, in de voorlichting zijdens de overheid en in de initiatiefwetsvoorstellen die Van der Steur in 2013 indiende om het gebruik van mediation te bevorderen³⁰. In de gedragsregels voor advocaten is neergelegd dat de rechter als laatste redmiddel moet worden beschouwd. Partijen moeten eerst proberen om er onderling uit te komen voordat zij een advocaat inschakelen en een gerechtelijke procedure starten.³¹ Ook binnen de rechtspraak zelf wordt ernaar gestreefd om minder zaken met een rechterlijke uitspraak te beëindigen. Zo is het binnen civiele bodemprocedures bij de rechtbank gebruik geworden dat er een poging wordt gedaan de partijen tot een onderlinge schikking te bewegen en wordt in zowel civiele als bestuursrechtelijke procedures aan de partijen de mogelijkheid geboden een mediator in te schakelen.³² Deze tendens is tot op zekere hoogte ook uit de resultaten van onderzoek naar de ‘geschilbeslechtingsdelta’ af te lezen. Tussen 2003 en 2014 daalde het percentage (potentieel) juridische problemen waarbij een rechtszaak werd gestart van 6% naar 4%. Het percentage problemen waarbij een buitengerechtelijke procedure (waaronder bezwaarprocedures bij bestuursorganen) werd gestart, nam in dezelfde periode toe van 6% naar 11% en het aantal problemen waarbij mediation of bemiddeling werd toegepast van 4% naar 5%.³³ Welke factoren hierbij precies een rol hebben gespeeld, is echter niet duidelijk en er waren in deze periode ook buitengerechtelijke geschilbeslechters die de instroom van geschillen zagen afnemen.

Dit onderzoek behelst een inventarisatie van recente wetten en wetsvoorstellen die tot inperking van het domein van de civiele rechter of de bestuursrechter hebben geleid of zouden kunnen leiden. Het onderzoek is niet gericht op onderliggende factoren en ontwikkelingen. Alleen voor zover de door

²⁷ Mak 2007, p. 172.

²⁸ Blankenburg 1994; zie ook Van Erp & Klein Haarhuis 2006; RMO 2004.

²⁹ *Kamerstukken II* 1999/2000, 26352, 19. Zie ook Ernste 2012, p. 7-10.

³⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33722, 2; 33723, 2; 33727, 2.

³¹ Het gaat om artikel 3 van de Gedragsregels 1992 van de Nederlandse Orde van Advocaten: ‘De advocaat dient zich voor ogen te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient boven een proces.’ Voor een verwijzing naar die regel zie bijvoorbeeld de website van Jeroen Bosch advocaten: <http://www.iba.nl/nl/92/%3Ca%20href=>.

³² De Heer-de Lange, Diephuis & Eshuis 2013, p. 13. Zie ook de *Agenda van de rechtspraak 2008-2011*. In de hierin gepresenteerde visie staat onder meer: ‘In gevallen die zich naar het oordeel van de rechter daarvoor lenen worden partijen gewezen op de geschiktheid van mediation voor de oplossing van hun geschil. Indien zij daarin toestemmen wordt het geschil doorverwezen naar een mediator’ (Raad voor de rechtspraak 2007, p. 25).

³³ Ter Voert & Klein Haarhuis 2015, p. 16, 118.

Van den Broeke en andere auteurs genoemde factoren en ontwikkelingen tot nieuwe wetgeving of wetgevingsvoorstellen hebben geleid, kan het onderzoek enig inzicht geven in de mate waarin verschuivingen in het domein van de civiele rechter en de bestuursrechter optreden.

1.3 Onderzoeksvragen

1. Welke gevallen van overheveling (in brede zin) van rechterlijke taken zijn te vinden in wetsvoorstellen waarover de Raad voor de rechtspraak in de periode 2004-2014 advies uitbracht?
2. Welke organen kregen rechterlijke taken toebedeeld die tot dan toe door bestuursrechters of civiele rechters werden vervuld of die traditioneel aan deze rechters worden toebedeeld?
3. Wat was de doelstelling van de overheveling en hoe werd deze gemotiveerd?
4. Welke vormen en varianten van overheveling kunnen worden onderscheiden?
5. Wat zijn de gevolgen van de overheveling voor burgers, bedrijven en de samenleving?
6. In hoeverre worden maatregelen genomen (door de betreffende niet-rechterlijke organen of door de wetgever) om de rechtsbescherming van burgers te waarborgen; om wat voor maatregelen gaat het en hoe werken ze in de praktijk?
7. Hoe ervaren betrokkenen de uitoefening van rechterlijke taken door niet-rechterlijke organen? Welke voor- en nadelen zien de betrokken organen en burgers/bedrijven?

De eerste vier vragen worden beantwoord op basis van de resultaten van een inventarisatie van wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak. De laatste drie vragen worden op basis van de resultaten van enkele case studies beantwoord.

1.4 Onderzoeksopzet

Het onderzoek is in twee fasen uitgevoerd.

In de eerste fase zijn de wetgevingsadviezen geanalyseerd die de Raad voor de rechtspraak in de periode 2004-2014 heeft uitgebracht op grond van zijn adviesrecht ex artikel 95 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie. Al deze adviezen zijn, op datum van afgifte gerangschikt, op de website van de Raad voor de rechtspraak te vinden. Jaarlijks gaat het om 40 tot 50 adviezen. Via de adviezen van de Raad voor de rechtspraak zijn zoveel mogelijk relevante wetsvoorstellen opgespoord. De Raad voor de rechtspraak adviseert niet over alle conceptwetsvoorstellen. In de regel wordt het advies van de Raad gevraagd wanneer de verwachting bestaat dat een wetsvoorstel gevolgen voor (de werkdruk van) de rechtspraak zal hebben. Daarom vormen de adviezen van de Raad een goede bron om relevante wetsvoorstellen op het spoor te komen. Hierbij moet wel een kanttekening worden gemaakt. In de praktijk wordt de Raad niet bij alle conceptwetsvoorstellen waarbij dat zou moeten gebeuren om advies gevraagd. Zeker in de beginperiode (de Raad werd in 2002 ingesteld) werd dit vaak vergeten.

Alle wetgevingsadviezen uit de periode 2004-2014 zijn bestudeerd. Bij de adviezen waarin sprake was van overheveling van taken of zaken naar of van toekenning van een rechterlijke taak aan een niet-rechterlijke instantie, is nagegaan of het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer is ingediend. Van deze wetsvoorstellen zijn de memories van toelichting (en soms ook andere parlementaire documen-

ten) doorzocht op informatie over de motivering (de doelstelling en de onderbouwing daarvan) van de overheveling, de verwachte gevolgen voor burgers en bedrijven en de rechtsbescherming. Een overzicht met beknopte beschrijvingen van deze wetsvoorstellen is vervolgens aan een aantal deskundigen voorgelegd voor commentaar en aanvulling. Uit het verslag van de bijeenkomst waar dit overzicht voorlag (opgenomen als bijlage 4), blijkt dat de bijeenkomst geen nieuwe gevallen heeft opgeleverd.

In de tweede fase is ingezoomd op drie typen overheveling, onderscheiden naar het soort (niet-rechterlijk) orgaan waarnaar taken of zaken verschuiven: bestuursorganen, geschillencommissies en de wetgever. Naar elk van deze typen is een literatuuronderzoek verricht. Daarbij is de beperking tot de periode 2004-2014 losgelaten. Wel zijn in totaal vier cases uit die periode iets meer uitgediept:

- Wet structurele maatregelen wanbetalers zorgverzekering (overheveling naar een bestuursorgaan);
- Wet medezeggenschap op scholen en wetsvoorstel versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen (overheveling naar een geschillencommissie);
- Initiatiefwetsvoorstel herziening kinderalimentatie (overheveling naar de wetgever);
- Wet werk en zekerheid (overheveling naar de wetgever).

Bij de keuze van deze cases is vooral gekeken naar de (potentiële) impact, maatschappelijk of anderszins. Over deze cases zijn gegevens verzameld door middel van literatuuronderzoek, bestudering van jaarverslagen en evaluatierapporten en parlementaire documenten. Tot slot zijn interviews gehouden met enkele deskundigen op het terrein van de gekozen cases.³⁴

1.5 Beperkingen van het onderzoek

Het onderzoek is beperkt tot recente wetten en wetsvoorstellen die tot verschuiving van taken van de civiele rechter of de bestuursrechter naar niet-rechterlijke organen hebben geleid of zouden kunnen leiden. Dat betekent dat verschuivingen die hun beslag kregen zonder dat er nieuwe wetgeving is gemaakt of voorgesteld, buiten beeld blijven. Relevante wetsvoorstellen zijn opgespoord via de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak. Doordat de Raad in de praktijk niet bij alle conceptwetsvoorstellen waarbij dat zou moeten gebeuren om advies wordt gevraagd, kunnen er wetsvoorstellen over het hoofd zijn gezien. Het onderzoek is voornamelijk gebaseerd op literatuuronderzoek en analyse van parlementaire documenten. Binnen het bestek van dit onderzoek was het niet mogelijk om zinvol (voldoende uitgebreid) empirisch onderzoek te verrichten.

1.6 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 worden de resultaten van de inventarisatie van wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak gepresenteerd (eerste fase). Alle gevonden cases worden beknopt beschreven. In hoofdstuk 3 tot en met 5 staat steeds een bepaald type overheveling (naar een bepaald soort orgaan) centraal: naar bestuursorganen (hoofdstuk 3), naar geschillencommissies (hoofdstuk 4) en naar

³⁴ Hun namen staan vermeld in Bijlage 2 (geraadpleegde experts).

de wetgever (hoofdstuk 5). In hoofdstuk 6 worden de onderzoeksvragen beantwoord op basis van de resultaten van beide fases.

2 Inventarisatie van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak

In dit hoofdstuk worden de resultaten van de eerste fase van het onderzoek gepresenteerd. In deze fase zijn op basis van de wetgevingsadviezen die de Raad voor de rechtspraak in de periode 2004-2014 heeft uitgebracht, zoveel mogelijk relevante wetsvoorstellen opgespoord.

2.1 Overzicht

De Raad voor de rechtspraak publiceerde in de periode 2004-2015 in totaal 467 wetgevingsadviezen. Van deze 467 adviezen hadden er 356 betrekking op (onderdelen van) een (concept)wetsvoorstel. De overige 111 adviezen hadden betrekking op besluiten, rapporten, beleidskaders en overige voorbereidende documenten dan wel beleidsdocumenten.³⁵ Deze laatste adviezen zijn verder buiten beschouwing gelaten.

Voor alle adviezen die betrekking hadden op (concept)wetsvoorstellen zijn de volgende vragen beantwoord:

- (a) Nummer advies
- (b) Onderwerp
- (c) Rechtsgebied: strafrecht/civiel recht/bestuursrecht/combinatie?
- (d) Overheveling rechterlijke taak naar bestuursorgaan: ja/nee?
- (e) Overheveling rechterlijke taak naar ander orgaan: ja/nee?
- (f) Toekenning nieuwe rechterlijke taak aan bestuursorgaan: ja/nee?
- (g) Toekenning nieuwe rechterlijke taak aan ander orgaan: ja/nee?
- (h) Bijzonderheden?

De volgende tabel geeft voor de 356 adviezen over (concept)wetsvoorstellen weer, op welke rechtsgebieden de voorstellen betrekking hadden.

Strafrecht	117 wetgevingsadviezen
Bestuursrecht	88 wetgevingsadviezen
Civiel recht	78 wetgevingsadviezen
Meer dan één rechtsgebied	73 wetgevingsadviezen
Totaal	356 wetgevingsadviezen

Bij de beantwoording van vraag (d) tot en met (g) werd onder 'overheveling rechterlijke taak' verstaan dat een bestaande taak van de rechter (deels) naar een bestuurs- of ander orgaan werd over-

³⁵ Alle gevallen waarin de Raad adviseerde over een voorgenomen wetsvoorstel, conceptwetsvoorstel, aanvulling op een wetsvoorstel en wijziging van een wetsvoorstel zijn meegerekend als wetgevingsadvies. In het geval dat de Raad voor de rechtspraak adviseerde over EU-wetgeving, is gekeken of er sprake was van advisering van het ministerie in een vroeg (onderhandelings)stadium, of dat er sprake was van Nederlandse wetgeving ter uitvoering van EU-wetgeving. In het eerste geval is het betreffende advies niet meegerekend als wetgevingsadvies, in het tweede geval wel.

geheveld. Onder ‘toekenning nieuwe rechterlijke taak’ werd verstaan dat een nieuwe taak (of een categorie zaken) bij een bestuurs- of ander orgaan werd belegd; onder rechterlijke taken werden daarbij geschilbeslechting en bepaalde vormen van toetsing of toezicht verstaan.

De vragen (d) tot en met (g) konden lang niet altijd met een eenduidig ‘ja’ of ‘nee’ beantwoord worden. Dit werd dan bij vraag (h) genoteerd. Ook (andere) bijzonderheden zijn bij deze vraag genoteerd, bijvoorbeeld enkele gevallen van ‘omgekeerde’ overheveling (naar de rechter). Gevallen waarin gedetailleerde wettelijke regels werden voorgesteld ter vervanging van door rechters ontwikkelde richtlijnen en/of om de beoordelingsvrijheid van rechters in te perken, zijn eveneens bij vraag (h) genoteerd. Enkele conceptwetsvoorstellen bepaalden dat rechters bepaalde zaken versneld zouden moeten behandelen. Dit kan als een grensgeval van overheveling worden gezien, omdat de wetgever regels beoogde te geven voor iets waarover tot dan toe door rechters werd beslist.

Indien ‘ja’ was ingevuld bij een van de vragen (d) tot en met (g), zijn de volgende vragen beantwoord:

- (i) Dossiernummer wetsvoorstel
- (j) Titel wet

Daarbij bleek dat niet alle conceptwetsvoorstellen waren ingediend en dat niet alle ingediende wetsvoorstellen waren aangenomen.

Bij in totaal 49 (concept)wetsvoorstellen waarover de Raad voor de rechtspraak adviseerde, was sprake van overheveling of verschuiving van een rechterlijke taak. De volgende tabel geeft weer op welke rechtsgebieden deze voorstellen betrekking hadden:

Bestuursrecht	10 (concept)wetsvoorstellen
Civiel recht	8 (concept)wetsvoorstellen
Strafrecht	6 (concept)wetsvoorstellen
Straf- en bestuursrecht	13 (concept)wetsvoorstellen
Andere combinaties van rechtsgebieden	12 (concept)wetsvoorstellen
Totaal	49 (concept)wetsvoorstellen

In 22 conceptwetsvoorstellen was – blijkens het advies van de Raad voor de rechtspraak – uitsluitend sprake van overheveling of verschuiving van taken of bevoegdheden van de strafrechter. In deze wetsvoorstellen werden veelal nieuwe bestuurlijke (straf-, herstel- of handhavings)sancties geregeld. Deze 22 wetsvoorstellen zijn verder buiten beschouwing gelaten (zie bijlage 4 voor enkele gegevens over deze voorstellen).

In 27 conceptwetsvoorstellen was sprake van overheveling of verschuiving van taken of bevoegdheden van de civiele rechter of de bestuursrechter naar bestuurs- of andere organen. Gevallen van ‘omgekeerde overheveling’ zijn hierin niet meegeteld. In het navolgende overzicht is de wet die een einde maakte aan de flitsscheiding wel opgenomen, omdat in deze wet ook sprake was van een vorm van overheveling van de civiele rechter naar mediators (casus 2 hieronder). Ook gevallen waarin het uitsluitend om de versnelde behandeling van bepaalde beroepen ging, zijn niet meegeteld. Wel meegeteld zijn (concept)wetsvoorstellen waarin gedetailleerde wettelijke regels werden voorgesteld ter vervanging van door rechters ontwikkelde richtlijnen en (concept)wetsvoorstellen waarin sprake was

van overheveling van de ‘gewone’ bestuursrechter of civiele rechter naar een gespecialiseerd college dat geen deel uitmaakt van de rechterlijke macht in de zin van de Wet op de rechterlijke organisatie.

Voor deze 27 wetsvoorstellen zijn de memories van toelichting (en soms ook andere parlementaire documenten) doorzocht op informatie over de motivering (de doelstelling en de onderbouwing daarvan) van de overheveling, de verwachte gevolgen voor burgers en bedrijven en de rechtsbescherming. In drie gevallen waren geen parlementaire documenten beschikbaar omdat het wetsvoorstel uiteindelijk niet was ingediend. Een overzicht met beknopte beschrijvingen van de 27 (concept)wetsvoorstellen is vervolgens aan een aantal deskundigen voorgelegd voor commentaar en aanvulling. Dit leverde geen nieuwe gevallen op. In de tweede fase van het onderzoek kwamen we alsnog één nieuw geval op het spoor: in het wetsvoorstel marktordening gezondheidszorg werd een geschilbeslechtende bevoegdheid toegekend aan een bestuursorgaan.³⁶ Dit geval bracht het totale aantal relevante (concept)wetsvoorstellen op 28.

Hieronder volgen beknopte beschrijvingen van de 28 (concept)wetsvoorstellen. Soms worden daarbij meerdere (concept)wetsvoorstellen gebundeld behandeld, omdat ze onderling samenhangen. Daardoor komt het totaal aantal casus op 23 uit. In bijlage 4 worden de kenmerken van de 28 (concept)wetsvoorstellen samengevat.

2.2 Wetgeving en voorstellen op het gebied van het familierecht

1. *Initiatiefwetsvoorstel beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap (29676, verworpen)*

Dit initiatiefwetsvoorstel werd in 2004 ingediend bij de Tweede Kamer.³⁷ In november 2005 nam de Tweede Kamer het voorstel met een aantal tamelijk ingrijpende amendementen aan. De Eerste Kamer verwierp het voorstel in juni 2006; een grote Kamermeerderheid was van oordeel dat het te veel juridische tekortkomingen vertoonde.³⁸ Het wetsvoorstel voorzag onder meer in een regeling voor de beëindiging van het huwelijk met wederzijds goedvinden zonder tussenkomst van de rechter, door inschrijving van een mede door ‘een of meer notarissen, advocaten of scheidingsbemiddelaars die voldoen aan de vereisten tot benoembaarheid tot rechterlijk ambtenaar’ ondertekende beëindigingsverklaring in de registers van de burgerlijke stand.³⁹

Het voorstel zou, als het wet was geworden, tot overheveling van echtscheidingsprocedures van de rechter naar – vooral – scheidingsbemiddelaars hebben geleid. Blijkens de memorie van toelichting was dit een expliciet beoogd gevolg. Beoogd werd ‘een zekere dejuridisering van de echtscheiding’. De gang naar de rechter zou ‘uitsluitend als ultimum remedium’ mogelijk blijven. Een bijkomend voordeel zou zijn ‘dat de rechter niet meer wordt belast met zaken waarin hij vrijwel geen toegevoegde waarde biedt. Dit leidt tot verlichting van de werkdruk en derhalve tot kostenbesparingen.’ Volgens de initiatiefnemer zou het wetsvoorstel aldus zelfs ‘een niet onbelangrijke financiële bijdrage

³⁶ Het advies van de Raad voor de rechtspraak bevatte geen opmerkingen over dit onderdeel van het wetsvoorstel.

³⁷ *Kamerstukken II 2003/04, 29676, 2*. De Raad voor de rechtspraak bracht ongevraagd advies uit over het wetsvoorstel (advies 2005-06 van 24 februari 2005).

³⁸ *Kamerstukken I 2005/06, 29676, C; Handelingen I 2005/06, 32, p. 1482-1483*.

³⁹ *Kamerstukken II 2003/04, 29676, 2*.

[kunnen] leveren aan de vergroting van de capaciteit die ingezet kan worden op het terrein van de veiligheidshandhaving.⁴⁰ De beëindiging van het huwelijk langs administratieve weg zou de 'hoofd-route' voor echtscheiding worden. Echtgenoten zouden nog wel kunnen kiezen voor een gemeenschappelijk verzoek bij de rechter, met het oog op het verkrijgen van een executoriale titel. Een procedure op tegenspraak daarentegen zou sterk moeten worden ontmoedigd: 'De gedachte is hier dan ook dat de rechter de echtgenoten in vrijwel alle gevallen (terug) zal verwijzen naar de bemiddelaar.'⁴¹

2. *Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding (Stb. 2008, 500)*

Het voorstel voor deze wet werd in 2005 bij de Tweede Kamer ingediend.⁴² De Eerste Kamer nam het wetsvoorstel in 2008 aan. De wet trad op 1 maart 2009 in werking. De wet verplicht ouders die willen scheiden tot het opstellen van een ouderschapsplan met afspraken over de verzorging en opvoeding van hun kinderen. Daarnaast maakte deze wet een einde aan de zogenaamde flitsscheiding.⁴³ Aanleiding daarvoor waren problemen met de erkenning van deze vorm van echtscheiding in het buitenland en het ontbreken van een executoriale titel met betrekking tot gemaakte afspraken.

De wet geeft de rechter de bevoegdheid om partijen te verwijzen naar een mediator met als doel om de echtgenoten in onderling overleg tot afspraken over gevolgen van de echtscheiding te laten komen. Volgens de memorie van toelichting zou 'bemiddeling in vergelijking met de reguliere procedure een positieve bijdrage [leveren] aan zowel de afhandeling van de scheiding als de oplossing van een conflict over de omgang met de kinderen.'⁴⁴ In de toelichting bij het conceptwetsvoorstel was er nog sprake van dat de rechter de weigering om op het aanbod van mediation in te gaan zou moeten meewegen in zijn oordeel over de ontvankelijkheid van het verzoekschrift. In reactie op kritiek van onder meer de Raad voor de rechtspraak is deze passage aangepast.⁴⁵ Partijen zijn niet verplicht om op het aanbod van mediation in te gaan. De rechter kan het verzoekschrift niet-ontvankelijk verklaren, maar het weigeren van mediation is geen zelfstandige grond voor niet-ontvankelijkheid.⁴⁶

Voor zover de wet tot (gedeeltelijke) overheveling van echtscheidingszaken van de rechter naar mediators heeft geleid, gaat het dus om een aanbod waarop partijen al dan niet kunnen ingaan. De afschaffing van de flitsscheiding is juist als een geval van 'omgekeerde' overheveling te beschouwen: het is niet meer mogelijk om een huwelijk via de burgerlijke stand om te zetten in een geregistreerd

⁴⁰ *Kamerstukken II 2003/04, 29676, 3, p. 3.*

⁴¹ *Kamerstukken II 2003/04, 29676, 3, p. 7.*

⁴² *Kamerstukken II 2004/05, 30145, 2.* De Raad voor de rechtspraak bracht advies over het wetsvoorstel uit (advies 2005-07 van 24 februari 2005).

⁴³ Bij de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht op 1 april 2001 was het mogelijk gemaakt om een huwelijk via de burgerlijke stand om te zetten in een geregistreerd partnerschap. Het geregistreerd partnerschap kon vervolgens buiten de rechter om worden beëindigd, door inschrijving door de ambtenaar van de burgerlijke stand van een verklaring waaruit bleek dat de partners een overeenkomst hadden gesloten omtrent de beëindiging van hun geregistreerd partnerschap. Met de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding werd de mogelijkheid tot het rechtstreeks omzetten van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap afgeschaft.

⁴⁴ *Kamerstukken II 2004/05, 30145, 3, p. 3.*

⁴⁵ De Raad verwees naar zijn eerdere advies over de conceptnotitie 'ADR en mediation' (advies 2004-09 van 29 maart 2004). Partijen zouden zich gedwongen kunnen voelen tegen hun zin aan mediation mee te doen, teneinde een mogelijke niet-ontvankelijkheid te voorkomen. Ervaringen in andere landen leerden volgens de Raad dat dit aanleiding kan geven tot procedures binnen de procedure over de vraag of partijen nu wel of niet (actief) aan de mediation hebben meegewerkt.

⁴⁶ *Kamerstukken II 2004/05, 30145, 3, p. 18.*

partnerschap en dat vervolgens buiten de rechter om te beëindigen.⁴⁷ Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel kwamen de ministers van Justitie en van Jeugd en Gezin overeen dat de scheidingsprocedure voor echtparen zonder minderjarige kinderen wel zou worden vereenvoudigd.⁴⁸

3. *Wetsvoorstel scheiden zonder rechter (34118, aanhangig bij Tweede Kamer)*

Dit wetsvoorstel werd in december 2014 ingediend bij de Tweede Kamer.⁴⁹ De aanleiding voor het voorstel was een afspraak in het regeerakkoord.⁵⁰ Het wetsvoorstel houdt in dat echtscheiding zonder tussenkomst van de rechter (en zonder verplicht juridisch advies) mogelijk wordt in situaties dat er geen minderjarige kinderen betrokken zijn en de echtgenoten overeenstemming over de scheiding hebben bereikt. In deze situaties zal naast de rechter ook de ambtenaar van de burgerlijke stand bevoegd worden de echtscheiding uit te spreken. Doel is om de echtscheidingsprocedure te vereenvoudigen (en voor de burger goedkoper te maken) in situaties waarin dit kan.

Als het voorstel wet wordt, zal het tot overheveling van echtscheidingsprocedures van de rechter naar de ambtenaar van de burgerlijke stand leiden. Echtgenoten die aan de genoemde voorwaarden voldoen, zullen kunnen kiezen tussen de bestaande procedure bij de rechter en de nieuwe procedure bij de ambtenaar van de burgerlijke stand. In de memorie van toelichting wordt geschat dat jaarlijks in ongeveer 3.500 gevallen van de nieuwe procedure gebruik zal worden gemaakt.⁵¹

4. *Initiatiefwetsvoorstel herziening kinderalimentatie (34154, aanhangig bij Tweede Kamer)*

Dit initiatiefwetsvoorstel werd in februari 2015 ingediend bij de Tweede Kamer.⁵² Met het voorstel wordt beoogd om de berekeningsmethodiek voor kinderalimentatie te vereenvoudigen – zodat ouders zelf de hoogte van de kinderalimentatie zullen kunnen berekenen en het aantal procedures over kinderalimentatie zal dalen – en wettelijk te verankeren. Volgens de memorie van toelichting is het ongewenst dat de rechterlijke macht zowel de regels over de hoogte van kinderalimentatie bepaalt als deze regels toepast. Ook zijn rechters (en advocaten) niet gebonden aan de zogenoemde Tremanormen, waardoor deze normen niet altijd consistent worden toegepast. Het wetsvoorstel voorziet in een regeling bij wet en amvb.⁵³

Het wetsvoorstel houdt in dat een (regelgevende) activiteit die nu feitelijk bij de rechterlijke macht berust, naar de wetgevende en de uitvoerende macht wordt overgeheveld. In een in 2011 door de initiatiefnemers gepubliceerde nota werd ook nog voorgesteld om wijzigingen van de hoogte van de kinderalimentatie niet meer door de rechter, maar door het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen (LBIO) te laten vaststellen. Binnen het LBIO zou een ‘Alimentatieraad’ moeten worden geformeerd, die ‘richtinggevende uitspraken’ zou kunnen doen over onvoorziene uitzonderingen en die bezwaren tegen besluiten of berekeningen door het LBIO zou kunnen behandelen.⁵⁴ Van zo’n ver-

⁴⁷ Vgl. Van den Broeke 2004, p. 9. Hij sprak van domeinhandhaving van de rechter.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2004/05, 30145, 9, p. 1.

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34118, 2. De Raad voor de rechtspraak bracht een advies over het conceptwetsvoorstel uit (advies 2014-09 van 28 februari 2014).

⁵⁰ Regeerakkoord *Bruggen slaan* van 29 oktober 2012, *Kamerstukken II* 2012/13, 33410, 15, p. 26.

⁵¹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34118, 3, p. 1-2.

⁵² *Kamerstukken II* 2014/15, 34154, 2. De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2015-25 van 11 september 2015) en over een eerder gepubliceerde nota (advies 2011-46 van 4 november 2011).

⁵³ *Kamerstukken II* 2014/15, 34154, 3, p. 4, 9.

⁵⁴ [PvdA en VVD plan voor de nieuwe berekening van kinderalimentatie](#). De Raad voor de rechtspraak bracht een advies over deze nota uit (advies 2011-46 van 4 november 2011).

dergaande vorm van overheveling, waarbij een bestuursorgaan bij geschillen tussen ouders de alimentatie zou vaststellen, is in het wetsvoorstel geen sprake. Overigens adviseerde een interdepartementale werkgroep al in 2002 tot oprichting van een instelling, 'het Intermediair', met verregaande bevoegdheden, zoals administratieve vaststelling van de alimentatie en mogelijkheid tot het leggen van loonbeslag bij de alimentatieplichtige.⁵⁵

2.3 Wetgeving op het gebied van het ontslagrecht

5. *Wet wijziging WW-stelsel (Stb. 2006, 303)*

Het voorstel voor de Wet wijziging WW-stelsel werd in november 2005 ingediend bij de Tweede Kamer.⁵⁶ De Eerste Kamer nam het wetsvoorstel in juni 2006 aan. De wet trad op 1 oktober 2006 in werking. Met deze wet werd onder meer beoogd om het aantal pro forma ontslagprocedures bij de kantonrechter en de CWI⁵⁷ en de daarmee verbonden kosten (voor de overheid, werkgevers en werknemers) sterk te reduceren. Daartoe werd het bereik van de zogenaamde verwijtbaarheidstoets in de Werkloosheidswet beperkt en werd expliciet bepaald dat instemming met een ontslag of het nalaten van een verweer tegen een (aangezegd) ontslag als zodanig geen grond kan zijn voor verwijtbare werkloosheid. Zo werd duidelijk gemaakt dat een pro forma ontslagprocedure geen functie had voor de aanspraak op een WW-uitkering. De verwachting was dat de rechtspraak zich hieraan zou aanpassen.⁵⁸ Uit een in 2009 uitgevoerde evaluatie bleek dat het aantal pro forma ontslagprocedures inderdaad fors was gedaald.⁵⁹

De beperking van de verwijtbaarheidstoets heeft er dus toe geleid dat kantonrechters (en de CWI) minder pro forma ontslagzaken te behandelen hebben gekregen. De gang naar de rechter staat echter nog wel open; als de werknemer twijfelt aan de rechtmatigheid van het ontslag kan hij aandringen op een ontslagprocedure bij de CWI of zelf naar de rechter te stappen. Ook is geen sprake van verschuiving van een rechterlijke taak naar een niet-rechterlijke instantie; het UWV (Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen), dat moet beoordelen of de werknemer recht heeft op een WW-uitkering, hoeft bij ontslag met wederzijds goedvinden immers niet te toetsen of de werknemer ten onrechte heeft nagelaten zich tegen zijn ontslag te verweren.

In het wetsvoorstel werden ook maatregelen voorgesteld om de procedure bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen te versoepelen. Een van deze maatregelen was dat cao-partijen de bevoegdheid zouden krijgen om voor deze ontslagen zelf selectiecriteria overeen te komen die afwijken van de wettelijke regels. Hierdoor zouden sociale partners op decentraal niveau rekening kunnen houden met de specifieke omstandigheden in een onderneming of bedrijfstak. Bij dergelijke afspraken zou geen toestemming van de CWI voor het ontslag vereist zijn. In plaats daarvan zouden de cao-partijen – ter bescherming van de werknemer en om belasting van de rechterlijke macht te voorkomen – zelf een commissie moeten instellen die eventuele bezwaren van individuele werknemers

⁵⁵ Werkgroep alimentatiebeleid 2002.

⁵⁶ *Kamerstukken II 2005/06, 30370, 2.* De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2005-28 van 4 oktober 2005).

⁵⁷ De CWI (Centrale organisatie werk en inkomen) is in 2009 gefuseerd met het UWV (Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen).

⁵⁸ *Kamerstukken II 2005/06, 30370, 3, p. 3-4.*

⁵⁹ *Kamerstukken II 2009/10, 29544, 222.*

tegen een voorgenomen ontslag zou toetsen.⁶⁰ Hiermee zou sprake zijn geweest van verschuiving van een taak – echter niet zozeer van de (kanton)rechter, alswel van een bestuursorgaan (de CWI) – naar cao-partijen c.q. een door cao-partijen ingestelde commissie, maar dit onderdeel is uiteindelijk niet in de wet terecht gekomen. De regering besloot dit onderdeel in te trekken omdat het tot oneigenlijk gebruik van de WW zou kunnen leiden.⁶¹

6. *Wet werk en zekerheid (Stb. 2014, 216)*

Het wetsvoorstel is eind november 2013 ingediend bij de Tweede Kamer en in juni 2014 aangenomen in de Eerste Kamer.⁶² De Wet werk en zekerheid is per 1 juli 2015 gedeeltelijk in werking getreden. Met deze wet wordt beoogd het ontslagrecht te vereenvoudigen en de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid bij ontslag te bevorderen.

Aan het voorstel voor de Wet werk en zekerheid gingen verschillende andere voorstellen vooraf, die niet werden doorgezet. Zo voorzagen een initiatiefwetsvoorstel dat in 2011 bij de Tweede Kamer werd ingediend⁶³ en een conceptwetsvoorstel dat in augustus 2012 ter advisering aan onder meer de Raad voor de rechtspraak was voorgelegd in het laten vervallen van de preventieve toetsing van ontslagen door het UWV; hiervoor in de plaats zou de mogelijkheid tot toetsing achteraf door de rechter komen.⁶⁴ Daarmee zou in zekere zin sprake zijn geweest van ‘omgekeerde’ overheveling; er zou een nieuwe zaakstroom kantonzaken zijn ontstaan. Na de verkiezingen van september 2012 spraken de nieuwe coalitiepartijen echter een ander ontslagstelsel af: de preventieve toetsing door het UWV zou blijven bestaan; de parallelle route via de kantonrechter zou vervallen.⁶⁵ Toen bleek dat een conceptwetsvoorstel met die strekking niet de instemming van de sociale partners kreeg,⁶⁶ werd een nieuw wetsvoorstel gemaakt.

De Wet werk en zekerheid laat beide routes in stand, maar schrijft dwingend voor in welke gevallen welke ontslagroute moet worden gevolgd: (collectief) ontslag om bedrijfseconomische redenen en ontslag ingeval van langdurige ziekte gaan via het UWV; ontslag om persoonlijke redenen gaat via een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter. In de praktijk was het al zo dat bedrijfseconomische ontslagen en ontslagen wegens arbeidsongeschiktheid meestal via het UWV verliepen. De wet zal dus slechts in beperkte mate leiden tot overheveling van zaken van de rechter naar een bestuursorgaan. Er worden echter ook zaken in omgekeerde richting, van het UWV naar de rechter, overgeheveld. Bovendien is met de Wet werk en zekerheid beroep mogelijk geworden bij de rechter tegen de aan een opzegging van een arbeidsovereenkomst ten grondslag liggende beslissing van het UWV.

Twee andere onderdelen van de wet leiden tot een verminderde beoordelingsvrijheid van de rechter. De wet bevat een lijst met ontslagcriteria, waaraan de kantonrechter zich bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet houden. Bovendien voorziet de wet in een uniform ontslagvergoedingen-

⁶⁰ *Kamerstukken II 2005/06, 30370, 3, p. 22, 24, 39, 67.*

⁶¹ *Kamerstukken II 2005/06, 30370, 9 en 17.*

⁶² *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 2. De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2013-30a van 27 augustus 2013).*

⁶³ *Kamerstukken II 2011/12, 33075, 2. De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2011-57 van 22 december 2011).*

⁶⁴ Advies 2012-46 van 20 november 2012. De Raad voorzag dat het rigoreus schrappen van de preventieve ontslagtoets door het UWV tot gevolg zou hebben dat zich meer conflicten tussen werkgever en werknemer zouden voordoen en dat werknemers zich vaker dan tot dan toe het geval was, genoodzaakt zouden zien om zich tot de rechter te wenden.

⁶⁵ Regeerakkoord *Bruggen slaan* van 29 oktober 2012, *Kamerstukken II 2012/13, 33410, 15, p. 26.*

⁶⁶ Zie advies 2013-17 d.d. 27 mei 2013 van de Raad voor de rechtspraak.

systeem.⁶⁷ Onder het oude ontslagrecht werd bij ontslag via de zogenoemde ontbindingsroute de hoogte van de ontslagvergoeding door de rechter bepaald, aan de hand van een door de Kring van Kantonrechters opgestelde formule (kantonrechtersformule). Bij ontslag via de UWV-route (opzegging) was geen vergoeding verschuldigd. Onder de Wet werk en zekerheid geldt in beginsel hetzelfde vergoedingenregime voor beide routes. De hoogte van de zogenoemde transitievergoeding is in de wet vastgelegd. Alleen in bepaalde situaties kan de kantonrechter ook nog een ‘billijke vergoeding’ aan de werknemer toekennen. Gesteld kan worden dat een (regelgevende) activiteit die voorheen feitelijk bij de rechterlijke macht berustte, hiermee grotendeels naar de wetgevende macht is overgeheveld. De Raad voor de rechtspraak had bedenkingen bij (de mate van gedetailleerdheid van) zowel de ontslagcriteria als het vergoedingensysteem. De Raad vreesde dat beide onderdelen het ontslagrecht extra ingewikkeld zouden maken en eerder tot een toename van het aantal procedures dan tot de beoogde dejuridisering van ontslag zouden leiden.⁶⁸

2.4 Wijziging Wsnp en maatregelen tegen wanbetalers en onverzekerden zorgverzekering

7. *Wet van 24 mei 2007 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met herziening van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (Stb. 2007, 192)*

Het voorstel voor deze wetwijziging werd in december 2004 bij de Tweede Kamer ingediend.⁶⁹ De Eerste Kamer nam het wetsvoorstel in mei 2007 aan. De wet trad op 1 januari 2008 in werking. Volgens de memorie van toelichting strekte het wetsvoorstel ertoe de wettelijke schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen te vereenvoudigen en de toegang tot de regeling beter te beheersen met als doel een verlichting van de werklast voor de rechterlijke macht en bewindvoerders.⁷⁰ Tijdens de voorbereiding van het wetsvoorstel uitten diverse organisaties als kritiek dat de herziening vooral (op korte termijn te realiseren) juridische oplossingen aandroeg voor de problemen rond de schuldsanering, terwijl eigenlijk een meer omvattende herziening van het systeem van minnelijke en wettelijke schuldhulpverlening nodig was.⁷¹ Het wetsvoorstel werd door de Tweede Kamer vrij ingrijpend geamendeerd. De wijzigingswet zoals die uiteindelijk werd aangenomen, introduceerde onder meer enkele imperatieve weigeringsgronden en enkele voorzieningen ter versterking van het minnelijk traject.

Uit de literatuur over de oude Wsnp blijkt dat de invoering van die wet (in 1998) in zekere zin tot ‘omgekeerde overheveling’ leidde. Zaken die voorheen in het minnelijke traject zouden zijn afgedaan, kwamen na de invoering van de Wsnp bij rechtbanken terecht, onder meer doordat crediteuren de voorkeur gaven aan het nieuwe wettelijke traject. Volgens Van den Broeke was sprake van rechterlijke domeinuitbreiding doordat een nieuwe rechtsgang was gecreëerd en doordat de rechter voor hem nieuwe soorten werkzaamheden was gaan verrichten, waarvan men zich kon afvragen ‘of

⁶⁷ In 2004 was ook al een conceptwetsvoorstel met deze strekking voor advies aan de Raad voor de rechtspraak voorgelegd. Zie advies 2004-28 van 8 juli 2004 van de Raad voor de rechtspraak. Dat wetsvoorstel is destijds niet ingediend.

⁶⁸ Zie advies 2013-30a van 27 augustus 2013 van de Raad voor de rechtspraak.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2004/05, 29942, 2. De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2004-15 van 29 april 2004).

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2004/05, 29942, 3, p. 1.

⁷¹ *Kamerstukken II* 2004/05, 29942, 3, p. 12.

ze wel tot zijn domein zouden moeten behoren, omdat ze sterk maatschappelijk, maar weinig juridisch van aard zijn.⁷²

Uit de parlementaire geschiedenis van de wijziging van de Wsnp blijkt dat men erop rekende dat rechters dankzij de herziening minder zaken te behandelen zouden krijgen, doordat meer zaken in het minnelijk traject zouden worden afgedaan en doordat schuldenaren die 'er niet klaar voor zijn' minder vaak om toegang tot de wettelijke regeling zouden verzoeken. Daarnaast zou door de invoering van imperatieve weigeringsgronden de beoordelingsvrijheid van rechters (en daarmee hun motiveringsplicht) verminderen. Er was echter geen sprake van overheveling van rechterlijke taken of bevoegdheden naar een niet-rechterlijk orgaan. Schuldenaren waren onder de oude regeling al verplicht om bij hun verzoek om toelating tot de regeling een verklaring van hun gemeente te voegen dat er geen reële mogelijkheden waren om tot een buitengerechtelijke schuldsanering te komen en gemeenten waren al verplicht om hun medewerking aan de afgifte van deze verklaringen te verlenen.⁷³ Wel is door de herziening als toelatingsvoorwaarde toegevoegd dat de poging tot een buitengerechtelijke schuldregeling moet zijn uitgevoerd door een gemeentelijke kredietbank of andere daarvoor aangewezen instantie. De Tweede Kamer bracht dit amendement aan om ervoor te zorgen dat het minnelijk traject daadwerkelijk zou worden versterkt en de schuldenaar 'klaar' zou zijn voor de wettelijke regeling.⁷⁴

8. *Wet structurele maatregelen wanbetalers zorgverzekering (Stb. 2009, 356)*

Het voorstel voor deze wet werd in oktober 2008 ingediend bij de Tweede Kamer.⁷⁵ De Eerste Kamer nam het wetsvoorstel in juli 2009 aan. De wet is op 1 januari 2010 in werking getreden. Doel is om 'aan zorgverzekeraars en hun verzekeringnemers mogelijkheden te bieden om in gevallen waarbij het betalen van de nominale zorgverzekeringspremie door de verzekeringnemer niet of niet meer regelmatig plaatsvindt, het betaalgedrag weer tot een regelmatig patroon terug te brengen.'⁷⁶

Voordat deze wet in werking trad, behandelden kantonrechters veel incassozaken van zorgverzekeraars tegen wanbetalers. De bestaande incassopraktijk was volgens de memorie van toelichting niet effectief, doordat wanbetaling niet tot beëindiging van de zorgverzekering kan leiden en incasso en dwangvordering een duur en tijdrovend proces vormen, dat zonder preferentie ten opzichte van andere schuldeisers vaak weinig oplevert.⁷⁷ De door deze wet geïntroduceerde wanbetalersregeling houdt in dat zorgverzekeraars verzekeringnemers met een betalingsachterstand van zes maandpremies aanmelden bij het Zorginstituut Nederland (het vroegere College voor zorgverzekeringen), waarna het Zorginstituut een 'bestuursrechtelijke premie' gaat heffen. Het Zorginstituut kan die premie zonder tussenkomst van de rechter laten inhouden op inkomensbronnen van de wanbetaler of bij dwangbevel invorderen.⁷⁸

⁷² Van den Broeke 2004, p. 4. Zie ook Jungmann, Niemeijer & ter Voert 2001; Jungmann 2006.

⁷³ Artikel I, onderdeel A van de Wet van 25 juni 1998 tot wijziging van enige onderdelen van de wet van 25 juni 1998, *Stb.* 445 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de sanering van schulden van natuurlijke personen, *Stb.* 1998, 447.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2004/05, 29942, 20.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2008/09, 31736, 2. De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2008-13 van 11 april 2008).

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31736, 3, p. 1.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31736, 3, p. 10.

⁷⁸ Na de invoering van de wet daalde het aantal incassozaken bij de civiele rechter. Zie Eshuis & van Tulder 2014; Eshuis, Dalm & de Jong 2014, p. 67 e.v.

Het feitelijk gevolg van de wet is dus dat wanbetalerszaken zijn overgeheveld van de civiele rechter naar een bestuursorgaan, het Zorginstituut. Dit bestuursorgaan is echter niet bevoegd om te toetsen of een aangemelde wanbetaler ook werkelijk een wanbetaler is; is een wanbetaler eenmaal bij het Zorginstituut aangemeld, dan is het Zorginstituut verplicht de bestuursrechtelijke premie te heffen. Het Zorginstituut heeft in dezen geen beoordelingsvrijheid. Een verzekerde die meent ten onrechte als wanbetaler te zijn aangemerkt, dient zich eerst te wenden tot de verzekeraar (die de verzekeringnemer bij twee maanden betalingsachterstand een betaalregeling moet aanbieden en hem bij vier maanden achterstand moet waarschuwen dat hij bij zes maanden achterstand zal worden aangemeld voor het bestuursrechtelijke premieregime). Als de kwestie niet wordt opgelost, kan de verzekerde zich wenden tot – naar eigen keuze – de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ) of tot de burgerlijke rechter. De verzekeraar mag de verzekerde pas aanmelden bij het Zorginstituut als hij onherroepelijk van de SKGZ of de rechter gelijk heeft gekregen. Een beroep op de bestuursrechter tegen heffingsbesluiten van het Zorginstituut wordt door deze wet uitgesloten. Tegen inhoudingsbesluiten van het Zorginstituut staat wel bezwaar en beroep open.

9. Wet opsporing en verzekering onverzekerden zorgverzekering (Stb. 2011, 111)

Het voorstel voor deze wet werd in september 2009 ingediend bij de Tweede Kamer.⁷⁹ De Eerste Kamer nam het wetsvoorstel in februari 2011 aan. De wet is op 15 maart 2011 in werking getreden. Doel is ervoor te zorgen dat personen die geen zorgverzekering hebben, alsnog verzekerd raken. Voordat deze wet in werking trad, kon het College voor zorgverzekeringen (het huidige Zorginstituut Nederland) aan verzekeringsplichtigen die zich niet tijdig verzekerden een bestuurlijke boete opleggen. De overtreding van de verzekeringsplicht kon pas worden geconstateerd als de verzekeringsplichtige zich alsnog bij een zorgverzekeraar meldde voor een zorgverzekering. Onder deze wet worden onverzekerden door middel van bestandsvergelijking actief opgespoord. Het Zorginstituut stuurt opgespoorde onverzekerden eerst een aanmaning. Drie maanden later volgt eventueel een eerste boete, weer drie maanden later eventueel een tweede. Tegelijk met de tweede boete wordt een last opgelegd, die inhoudt dat betrokkene binnen drie maanden een zorgverzekering dient te hebben en dat het Zorginstituut, indien dat niet het geval blijkt te zijn, een zorgverzekering zal afsluiten namens betrokkene. Het nieuwe boeteregime is volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel vergelijkbaar met een verkeersboete die wordt opgelegd wanneer op een bepaald moment een overtreding is geconstateerd.⁸⁰

Is hier sprake van overheveling van taken of bevoegdheden van de bestuurs- of civiele rechter naar een bestuursorgaan? Een beroep op de bestuursrechter tegen de aanmaning van het Zorginstituut wordt door deze wet uitgesloten, omdat deze aanmaning – volgens de memorie van toelichting – geen besluit in de zin van de Awb is. Tegen de boetebeschikkingen en tegen de last staat wel bezwaar en (hoger) beroep open, maar tegen het ambtshalve sluiten van een zorgverzekering kan vervolgens niet meer apart in bezwaar of in (hoger) beroep bij de bestuursrechter worden gekomen. Volgens de memorie van toelichting kunnen geschillen eventueel wel bij de civiele rechter worden aangebracht, maar zal dit voor de ambtshalve verzekerde geen aantrekkelijke optie zijn. De constructie met de last is volgens de memorie van toelichting te zien als een last onder bestuursdwang en het vervolgens toepassen van die bestuursdwang, die echter ‘louter doordat de bestuursdwang een privaatrechte-

⁷⁹ *Kamerstukken II 2009/10, 32150, 2.* De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2009-08 van 5 maart 2009).

⁸⁰ *Kamerstukken II 2009/10, 32150, 3, p. 6-7.*

lijke rechtshandeling inhoudt' geen (last onder) bestuursdwang in de zin van de Awb kan zijn.⁸¹ De Raad voor de rechtspraak plaatste in zijn advies vraagtekens bij deze constructie: 'In de eerste plaats kent dit geen precedent. [...] In de tweede plaats is het de vraag of een dergelijke bevoegdheid aan een bestuursorgaan moet toekomen. Thans is dit voorbehouden aan de rechter (zie artikel 3:300 BW).' De redenering van de Raad volgend, kunnen we stellen dat deze wet leidt tot toekenning van een rechterlijke bevoegdheid aan een bestuursorgaan.

2.5 Wetgeving op het gebied van zorg en welzijn

10. Zorgverzekeringswet (Stb. 2005,358)

Het voorstel voor deze wet werd in september 2004 bij de Tweede Kamer ingediend.⁸² De Eerste Kamer nam het wetsvoorstel in juni 2005 aan. De Zorgverzekeringswet trad op 1 januari 2006 in werking. Deze wet legt aan zorgverzekeraars de verplichting op om aangesloten te zijn bij een onafhankelijke geschillencommissie die klachten van verzekerden over de uitvoering van deze wet in behandeling neemt.⁸³ Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel werd hiervoor gekozen omdat de toegang tot de burgerlijke rechter – die bevoegd is voor de geschilbeslechting bij een privaatrechtelijke overeenkomst als de zorgverzekering – kostbaar is, omdat procedures bij de rechtbank lang kunnen duren en ook om de belasting van het rechterlijk apparaat zoveel mogelijk te beperken.⁸⁴

In 2006 is de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ) opgericht. Alle in Nederland werkzame zorgverzekeraars zijn bij deze geschilleninstantie aangesloten. Onder de SKGZ vallen de ombudsman zorgverzekeringen en de geschillencommissie zorgverzekeringen. De ombudsman probeert klachten door bemiddeling op te lossen. De geschillencommissie doet uitspraak bij wege van bindend advies. In plaats van naar deze geschillencommissie kan een verzekerde ook naar de rechter stappen, maar eenmaal de stap naar de geschillencommissie gezet, kan dat niet meer. De rechter kan de uitspraak van de geschillencommissie dan nog slechts marginaal toetsen.

Er is in zoverre sprake van overheveling, dat de civiele rechter niet meer de enige bevoegde instantie voor geschillen van zorgverzekerden met zorgverzekeraars is. Een deel van de geschillen die anders aan de civiele rechter zouden zijn voorgelegd, worden nu aan de SKGZ voorgelegd en de rechter kan de uitspraken van deze instantie nog slechts marginaal toetsen. Waarschijnlijk echter worden aan de SKGZ ook geschillen voorgelegd die – vanwege de hogere drempels – niet aan de rechter zouden zijn voorgelegd.

11. Wet marktordening gezondheidszorg (Stb. 2006, 415)

Het voorstel voor deze wet werd in juli 2005 bij de Tweede Kamer ingediend.⁸⁵ De Eerste Kamer nam het wetsvoorstel in juli 2006 aan. De Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) trad op 1 oktober 2006 in werking. Volgens de memorie van toelichting voorziet deze wet 'in spelregels en bijbehorend

⁸¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32150, 3, p. 30.

⁸² *Kamerstukken II* 2004/05, 29763, 2. De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2004-18 van 17 mei 2004).

⁸³ De Raad voor de rechtspraak ging in zijn advies niet op dit onderdeel van het wetsvoorstel in. Wel werd in het advies de rechtsbescherming bij bestuurlijke boetes behandeld.

⁸⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 45.

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30186, 2. De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2005-10 van 30 maart 2005).

toezicht om de overstap naar meer marktwerking veilig te kunnen maken. Het is één van de wetten die vormgeeft aan het nieuwe sturingsconcept van gereguleerde marktwerking en vormt daar in wezen het sluitstuk van.⁸⁶

In de Wmg is onder meer de oprichting van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) geregeld. Een van de taken van deze autoriteit is markttoezicht op de zorgverlenings-, zorgverzekerings- en zorginkoopmarkten. Dit houdt onder meer het reguleren van tarieven in. Zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars moeten onderhandelen over tarieven voor zorg. De Wmg bepaalt dat indien een zorgaanbieder en een ziektekostenverzekeraar een tarief overeen zijn gekomen, zij de NZa vragen dat tarief vast te stellen. Indien een zorgaanbieder en verzekeraar niet tot een overeenkomst komen, stelt de NZa op aanvraag van een van beide partijen het tarief vast dat tussen hen zal gelden. In zekere zin wordt de NZa, een bestuursorgaan, aldus belast met het beslechten van geschillen tussen private partijen – een taak die doorgaans aan de civiele rechter is voorbehouden. In de memorie van toelichting werd geen nadere uitleg gegeven bij dit onderdeel van het wetsvoorstel. Waarschijnlijk werd van een toelichting afgezien omdat in de Wet tarieven gezondheidszorg, de voorganger van de Wmg, al een soortgelijke bevoegdheid was toegekend aan het College Tarieven Gezondheidszorg.

12. Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Stb. 2014, 280)

Het voorstel voor de Wmo 2015 werd in januari 2014 bij de Tweede Kamer ingediend.⁸⁷ De Eerste Kamer nam het wetsvoorstel in juli 2014 aan. De Wmo 2015 is op 1 januari 2015 in werking getreden. Gemeenten zijn met deze wet verantwoordelijk geworden voor het ondersteunen van de zelfredzaamheid en participatie van mensen met een beperking, chronische psychische of psychosociale problemen.⁸⁸

Heeft de wet als – al dan niet voorzien of beoogd – neveneffect tot overheveling van zaken of taken van rechterlijke naar niet-rechterlijke organen geleid? De Raad voor de rechtspraak signaleerde in zijn advies over het voorontwerp van de Wmo 2015 een trend naar ‘het vervangen van genormeerde bevoegdheden door bevoegdheden die een grote beleids- of beoordelingsvrijheid voor het bevoegde orgaan inhouden.’⁸⁹ De Raad had in concreto bezwaren tegen de voorgestelde werkwijze bij de maatwerkvoorziening, waarbij de zorgzoekende eerst een melding bij het college van B&W moet doen en de uitkomsten van het op basis van die melding te verrichten onderzoek moet afwachten, alvorens hij een aanvraag voor een maatwerkvoorziening kan indienen. Deze werkwijze wijkt volgens de Raad af van de systematiek van de Awb en leidt tot een verminderde rechtsbescherming van de zorgzoekende.⁹⁰ In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel werd hierover het volgende vermeld: ‘De onderzoeksfase die voorafgaat aan de behandeling van een verzoek om maatschappelijke ondersteuning, is van essentieel belang om de cliënt vanaf het moment van melding te informeren over de (on)mogelijkheden zonder direct het formele traject van een aanvraag in te gaan. Op deze manier wordt het aantal aanvragen om een maatwerkvoorziening beperkt tot die cliënten die na de onderzoeksfase van mening zijn dat een maatwerkvoorziening noodzakelijk is om te voorzien in een adequate maatschappelijke ondersteuning. Dit leidt tot een beperking van het aantal formele aan-

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30186, 3, p. 4.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 2. De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2013-33 van 4 september 2013).

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3.

⁸⁹ Advies 2013-33 van 4 september 2013, p. 2.

⁹⁰ Advies 2013-33 van 4 september 2013, p. 3.

vragen en daarmee tot een beperking van de werklast van de gemeente (en dus ook van de rechterlijke macht), zonder dat dit ten koste gaat van de rechtspositie van de cliënt.⁹¹

Een beoogd gevolg van de zogenoemde 'keukentafelgesprekken' is dus het voorkomen van aanvragen waarop de gemeente een besluit in de zin van de Awb moet nemen. Indirect wordt daarmee ook een beroep op de bestuursrechter voorkomen. Er is geen sprake van overheveling van rechterlijke taken of bevoegdheden, wel van een sterke filtering van zaken – dat is althans het streven – in het 'voortraject'.

Marseille wijst er overigens op dat sommige gemeenten de route van bezwaar en beroep ook proberen af te sluiten door middel van open geformuleerde besluiten (waarbij de concretisering wordt overgelaten aan de burger en de door de gemeente gecontracteerde hulpverlener) en door geschillen zo veel mogelijk te labelen als 'geschil met de hulpverlener' in plaats van als 'geschil met de gemeente'. De burger die het niet eens kan worden met de hulpverlener over de inhoud van de toegekende voorziening, wordt zo gedwongen om een klacht in te dienen bij die hulpverlener. Levert die klacht niets op, dan beslist in sommige gemeenten de gemeente in een bindendadviesprocedure over de concrete invulling van het besluit, zonder dat de burger de mogelijkheid heeft om die beslissing aan te vechten.⁹²

13. Jeugdwet (Stb. 2014, 105)

Het voorstel voor deze wet werd in juni 2013 bij de Tweede Kamer ingediend.⁹³ De Eerste Kamer nam het wetsvoorstel in februari 2014 aan. De Jeugdwet is op 1 januari 2015 in werking getreden. Het doel van de wet is het jeugdzorgstelsel te vereenvoudigen en efficiënter en effectiever te maken door de gemeenten verantwoordelijk te maken voor het leveren van alle jeugdhulp.

In samenhang met deze decentralisatie worden (zoals ook in de hierboven besproken Wmo 2015 gebeurde) het wettelijke recht op jeugdzorg en individuele aanspraken op jeugdzorg vervangen door een voorzieningenplicht waarvan de aard en omvang in beginsel door de gemeente worden bepaald.⁹⁴ Mogelijk heeft deze verandering als neveneffect dat verzekerden niet snel in beroep zullen komen bij de rechter.

Volgens verschillende commentatoren kent de Jeugdwet bovendien een bevoegdheid die doorgaans bij rechters berust toe aan niet-rechterlijke instanties. Deze commentatoren wezen daarbij op de door de Jeugdwet geïntroduceerde voorwaardelijke machtiging gesloten jeugdzorg.⁹⁵ De kinderrechtter kan deze machtiging verlenen als er ernstige opgroei- of opvoedingsproblemen zijn die de ontwikkeling van de jeugdige naar volwassenheid ernstig belemmeren, en deze belemmeringen slechts buiten de gesloten instelling afgewend kunnen worden door het stellen van voorwaarden. De jeugdhulpaanbieder, die erop toeziet dat de voorwaarden worden nageleefd, kan zonder rechterlijke toets de voorwaardelijke machtiging ten uitvoer leggen als een minderjarige zich niet aan de voorwaarden houdt of als de problemen, ondanks de naleving van de voorwaarden, toch te zwaar zijn om buiten de gesloten instelling te behandelen. Hiermee heeft de jeugdhulpaanbieder een bevoegdheid gekregen die in andere situaties van vrijheidsbeneming bij de kinderrechtter berust. De staatssecretaris stelde zich tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer op het standpunt dat een

⁹¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 99.

⁹² Marseille 2015, p. 21-23.

⁹³ *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, 2. De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2012-41 van 8 november 2012).

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, 3, p. 8.

⁹⁵ Bruning & de Jong-de Kruijf 2015.

onafhankelijk toets achteraf, op verzoek van de minderjarige zelf, waarbij binnen drie weken uitspraak wordt gedaan, voldoet aan de vereisten van het EVRM en IVRK.⁹⁶

14. *Wet langdurige zorg (Stb. 2014, 494)*

Het wetsvoorstel voor de Wlz (Wet langdurige zorg) werd in maart 2014 ingediend bij de Tweede Kamer.⁹⁷ De Eerste Kamer nam het wetsvoorstel in december 2014 aan. De Wlz is op 1 januari 2015 in werking getreden. Deze wet vormt het voorlopige sluitstuk van de herziening van de langdurige zorg. De Wlz moet leiden tot een betere financiële houdbaarheid en beheersbaarheid en een betere kwaliteit van de zorg alsmede tot terugdringing van institutionalisering van de zorg door een groter beroep op de mogelijkheden van de cliënt en zijn omgeving.

Leidt de wet als – al dan niet voorzien of beoogd – neveneffect tot overheveling van zaken of taken van rechterlijke naar niet-rechterlijke organen? Op advies van de Raad voor de rechtspraak werd een hoofdstuk ‘Rechtsbescherming’ aan de memorie van toelichting toegevoegd. Hieruit blijkt niet dat met de Wlz rechterlijke taken worden overgeheveld naar niet-rechterlijke organen. Ook uit commentaren in vaktijdschriften blijkt dit niet.⁹⁸ Wel werd hierin in twijfel getrokken of het met de Wlz geïntroduceerde zorgplan de verzekerde voldoende zekerheid zal kunnen bieden over de te ontvangen zorg. De verplichtingen van de zorgaanbieder hebben een tamelijk open karakter; de verzekerde kan geen aanspraak maken op concrete rechten.⁹⁹ Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wlz zal ‘een cliënt [die] van mening is dat zijn zorgaanbieder de bepalingen over de zorgplanbespreking of het zorgplan niet (goed) nakomt, [...] daarover wel eerst moeten klagen bij de zorgaanbieder zelf. Doet die niets, dan is in het wetsvoorstel Wkkgz aanvullend geregeld dat de cliënt naar de geschilleninstantie kan [...]. Wanneer de klachtafhandeling door de zorginstelling niet goed verloopt kan een cliënt vanaf medio 2014 terecht bij het Landelijk Meldpunt Zorg (LMZ). Cliënten kunnen daar terecht voor advies en begeleiding wanneer ze klachten hebben over de kwaliteit van zorg. Daarnaast kan een cliënt klagen bij het zorgkantoor. Deze dient er in het kader van zijn zorgplicht immers voor te zorgen dat de cliënt die zorg krijgt, waarop hij is aangewezen. [...] Onderneemt ook het zorgkantoor naar aanleiding van het signaal van de cliënt geen actie, dan zal deze daartegen bij het zorgkantoor in bezwaar kunnen komen en vervolgens in beroep bij de rechtbank en in hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep. Te verwachten is echter dat dergelijke zaken niet vaak voor zullen komen.’¹⁰⁰ Er is dus geen sprake van overheveling van rechterlijke taken of bevoegdheden, maar wel van filtering van zaken doordat de verzekerde geen aanspraak kan maken op concrete rechten en pas na vele stappen te hebben doorlopen bij de (bestuurs)rechter in beroep kan komen. Voor de volledigheid kan nog worden vermeld dat het conceptwetsvoorstel een artikel bevatte dat bepaalde dat rechters beroepen over geschillen van uitsluitend geneeskundige aard versneld zouden moeten afdoen. Op advies van de Raad voor de rechtspraak is dit artikel niet in het wetsvoorstel opgenomen.¹⁰¹ De Raad meende dat deze bepaling onvoldoende was onderbouwd en wees erop dat de termijn om te beslissen op bezwaar juist werd verlengd.¹⁰²

⁹⁶ *Handelingen I*, 11 februari 2014.

⁹⁷ *Kamerstukken II 2013/14*, 33891, 2. De raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2013-45a van 21 november 2013).

⁹⁸ Zie bijvoorbeeld Van der Jagt-Jobsen, Rijken & Verduijn 2014, p. 552, die concluderen dat de Wlz ‘in juridisch opzicht niet een fundamentele trendbreuk met het verleden is.’

⁹⁹ Zie Van der Jagt-Jobsen, Rijken & Verduijn 2014, p. 551.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 2013/14*, 33891, 3, p. 123.

¹⁰¹ *Kamerstukken II 2013/14*, 33891, 3, p. 118.

¹⁰² Advies 2013-45a, p. 8.

15. *Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Stb. 2015, 407)*

Het wetsvoorstel voor de Wkkgz (Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg) werd in juni 2010 ingediend bij de Tweede Kamer.¹⁰³ De Eerste Kamer nam het wetsvoorstel in oktober 2015 aan. De Wkkgz is op 1 januari 2016 in werking getreden. Tot de derde nota van wijziging d.d. 16 april 2013 was het wetsvoorstel omvangrijker en had het een andere titel: Wet cliëntenrechten zorg. Het doel van de Wkkgz blijkt uit de volledige titel: Regels ter bevordering van de kwaliteit van zorg en de behandeling van klachten en geschillen in de zorg.

De Wkkgz verplicht zorgaanbieders om zich bij een erkende geschilleninstantie aan te sluiten. Hiermee wordt beoogd om cliënten een laagdrempelig en goedkoop alternatief voor de gang naar de civiele rechter te bieden. De geschilleninstantie is bevoegd over een geschil een uitspraak te doen bij wege van bindend advies en een vergoeding van geleden schade toe te kennen tot in ieder geval €25.000. De uitspraak van de geschilleninstantie is in beginsel voor beide partijen bindend. 'Of de cliënt een schadeclaim aan de geschilleninstantie dan wel aan de burgerlijke rechter voorlegt, blijft aan hem ter beoordeling. Als een cliënt zich na een uitspraak van de geschilleninstantie alsnog tot de rechter wendt, zal de rechter de zaak niet opnieuw inhoudelijk beoordelen, maar marginaal toetsen', aldus de toelichting bij de derde nota van wijziging.¹⁰⁴ De Raad voor de rechtspraak constateerde in zijn advies bij het conceptwetsvoorstel dat ervan wordt uitgegaan dat het 'na een bindende uitspraak van de geschilleninstantie niet meer mogelijk zal zijn om voor het meerdere een nieuwe procedure bij de civiele rechter te beginnen' en betwijfelde 'of deze regeling EVRM-proof is'. De regering meende dat de geschillenregeling 'de toets der rechtmatigheidskritiek kan doorstaan, ook in het licht van het Europese recht.'¹⁰⁵

Er is in zoverre sprake van overheveling, dat geschillen en schadeclaims in plaats van aan de civiele rechter aan de geschilleninstantie kunnen worden voorgelegd. De gang naar de geschilleninstantie is niet verplicht, maar heeft een cliënt eenmaal voor deze weg gekozen, kan hij zijn claim niet meer alsnog voorleggen aan de rechter, die niet aan een maximum schadevergoeding gebonden is. De rechter kan de uitspraken van de geschilleninstantie slechts marginaal toetsen.

16. *Wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg (32399, aanhangig bij Tweede Kamer)*

Het wetsvoorstel verplichte GGZ werd in juni 2010 ingediend bij Tweede Kamer en is daar nog steeds aanhangig.¹⁰⁶ Met het wetsvoorstel wordt beoogd regels te stellen voor het verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis. De Wet verplichte GGZ moet (in samenhang met de Wet zorg en dwang) de opvolger worden van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet bopz).

Het oorspronkelijke wetsvoorstel voorzag in de instelling van een commissie verplichte geestelijke gezondheidszorg, die de rechter zou kunnen verzoeken tot afgifte van een zorgmachtiging en ook een adviserende rol zou vervullen. Het inhoudelijke werk van de rechter zou daardoor worden verlicht. Nadat onder meer de Tweede Kamer bezwaar had gemaakt tegen de vorming van een derge-

¹⁰³ *Kamerstukken II 2009/10, 32402, 2.* De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2009-16 van 15 juni 2009).

¹⁰⁴ *Kamerstukken II 2012/13, 32402, 12, p. 29.*

¹⁰⁵ *Kamerstukken I 2014/15, 32402, M, p. 22.*

¹⁰⁶ *Kamerstukken II 2009/10, 32399, 2.* De Raad voor de rechtspraak bracht vier adviezen uit over steeds weer nieuwe versies van het wetsvoorstel (advies 2009-12 van 16 april 2009; advies 2012-17 van 31 mei 2012; advies 2014-06 van 6 februari 2014; advies 2014-29 van 14 juli 2014).

lijke commissie, kwam de minister met een aangepast wetsvoorstel, waarin de rol van de commissie werd neergelegd bij bestaande organen en de geneesheer-directeur een regierol kreeg. De Raad voor de rechtspraak was in zijn advies over de conceptnota van wijziging kritisch over de aan de geneesheer-directeur toebedeelde rol. De Raad vond het met name riskant dat de geneesheer-directeur de mogelijkheid zou krijgen om, als hij een verzoek om beëindiging van de verplichte zorg heeft afgewezen, voorbij te gaan aan een verzoek tot indiening bij de rechtbank (onder meer) als hij van mening is dat dit laatste verzoek onvoldoende gemotiveerd is.¹⁰⁷

Mogelijk zal de Wet verplichte GGZ tot een verschuiving in de rol van de rechter leiden, maar het is nog niet duidelijk hoe. Het oorspronkelijke voorstel voorzag in een commissie die de rechter zou adviseren en daarmee de inhoudelijke taak van de rechter zou verlichten. Het gewijzigde voorstel geeft de geneesheer-directeur bevoegdheden die ertoe zouden kunnen leiden dat bepaalde verzoeken niet aan de rechter worden voorgelegd. Er is echter een nieuwe nota van wijziging in de maak.¹⁰⁸

2.6 Wetgeving en voorstellen op het gebied van het onderwijsrecht

17. *Wet versterking besturing (Stb. 2010, 119)*

Het wetsvoorstel Versterking besturing werd in december 2008 bij de Tweede Kamer ingediend.¹⁰⁹ Het wetsvoorstel borduurde voort op het wetsvoorstel Rechtspositie studenten en raden van toezicht, dat in 2007 werd ingetrokken nadat de Eerste Kamer het in verband met de demissionaire status van het kabinet-Balkenende III controversieel had verklaard.¹¹⁰ De Eerste Kamer nam de Wet versterking besturing in februari 2010 aan. De wet is op 1 september 2010 in werking getreden. Het doel van de wet is voorwaarden te scheppen voor een goed bestuur van instellingen voor hoger onderwijs en voor een goede rechtspositie van studenten.

De competentie van het CBHO (College van Beroep voor het hoger onderwijs) is in deze wet uitgebreid tot beroep tegen alle beslissingen van organen van bekostigde instellingen voor hoger onderwijs. Volgens de memorie van toelichting zijn 'alle partijen gebaat bij een transparante procedure bij één externe instantie die direct toegankelijk is, waaraan alle geschillen kunnen worden voorgelegd' en komt de keuze voor het (bestaande) CBHO voort uit 'het feit dat studenten dit als laagdrempelig ervaren en het college in redelijk korte tijd een beslissing neemt. Er zijn dus goede ervaringen opgedaan met het college van beroep voor het hoger onderwijs.'¹¹¹ Het CBHO wordt gevormd door tien rechters die worden ondersteund door een bureau. Het CBHO is echter geen onderdeel van de rechterlijke macht in de zin van de Wet op de rechterlijke organisatie. De reguliere rechterlijke instanties worden ontlast ten gunste van dit gespecialiseerde rechterlijk college (dat qua bemensing veel overeenkomsten heeft met de ABRvS). Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel blijkt overigens dat de burgerlijke rechter bevoegd blijft in geschillen die civielrechtelijk van aard zijn (wanpresstatie of onrechtmatige daad): 'Op grond van artikel 112 van de Grondwet geldt dat het een student of (het college van bestuur van) de instelling altijd vrij staat ervoor te kiezen een geschil aan de bur-

¹⁰⁷ Advies 2012-17 van 31 mei 2012.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 25424, 283, p. 34.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31821, 2. De Raad voor de rechtspraak adviseerde over een voorloper van dit wetsvoorstel (advies 2005-14 van 2 mei 2005).

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2006/07, 30832, 2. De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over dit wetsvoorstel (advies 2005-14 van 2 mei 2005).

¹¹¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31821, 3, p. 23.

gerlijke rechter voor te leggen. Ook als het een geschil is op grond van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek of daarop gebaseerde regelgeving. Vanzelfsprekend moet dat geschil dan wel privaatrechtelijk van aard zijn.¹¹²

Er is dus geen sprake van overheveling van rechterlijke taken naar een niet-rechterlijk orgaan, wel van overheveling van bepaalde geschillen van de 'gewone' bestuursrechter en civiele rechter naar een gespecialiseerd bestuursrechterlijk college, waarbij voor geschillen van privaatrechtelijke aard geldt dat ze ook aan de civiele rechter kunnen worden voorgelegd.

18. Wetsvoorstel versterking bestuurskracht van onderwijsinstellingen (wetsvoorstel 34251, aanhangig bij Tweede Kamer)

Dit wetsvoorstel is in juli 2015 ingediend bij de Tweede Kamer.¹¹³ Het is in februari 2016 aangenomen door de Tweede Kamer. De verwachting is dat de Wet versterking bestuurskracht per 1 augustus 2016 in werking treedt. Het wetsvoorstel past onder meer de Wet medezeggenschap scholen (WMS) aan. Het regelt dat de bevoegdheid van de LCG WMS (Landelijke Commissie voor Geschillen WMS) wordt uitgebreid en de rol van de Ondernemingskamer wordt gewijzigd.

Nalevingsgeschillen in het funderend onderwijs zullen niet langer door de Ondernemingskamer worden behandeld, maar door de LCG WMS. Daarmee zullen alle medezeggenschapsgeschillen in eerste instantie bij de (laagdrempeliger) LCG WMS terecht komen en zal de Ondernemingskamer alleen als beroepsinstantie blijven fungeren. Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is het bestaan van twee 'loketten' onpraktisch omdat de diverse typen geschillen niet altijd duidelijk van elkaar te onderscheiden zijn en het voorkomt dat een geschil moet worden opgeknipt in een deel voor de LCG WMS en een deel voor de Ondernemingskamer. De keuze om de LCG WMS bevoegd te maken ten aanzien van alle medezeggenschapsgeschillen is ingegeven door de lagere drempels die aan de gang naar deze instantie verbonden zijn.¹¹⁴ De Ondernemingskamer krijgt wel een ruimere beoordelingsbevoegdheid doordat het voorschrift in de WMS dat de Ondernemingskamer alleen toetst of de LCG WMS de WMS juist heeft toegepast, wordt geschrapt. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid voor medezeggenschapsraden om de rechter te verzoeken een executoriale titel te verlenen aan de uitspraak van de LCG WMS en kent het de LCG WMS de mogelijkheid toe een dwangsom te verbinden aan haar uitspraak.

Als dit voorstel wet wordt, zullen de bevoegdheden van de LCG WMS dichter tegen die van een gerechtelijke instantie aan komen te liggen en zullen bepaalde geschillen, die nu nog in eerste (en enige) aanleg door de Ondernemingskamer worden behandeld, in eerste instantie bij de LCG WMS terecht komen. Met deze verplichte (eerste) gang naar de geschillencommissie wordt in dit wetsvoorstel voor een verdergaande vorm van overheveling gekozen dan gebruikelijk is bij geschillencommissies. Omdat de bevoegdheden van de LCG WMS dichter tegen die van een gerechtelijke instantie aan komen te liggen, regelt het wetsvoorstel dat de voorzitter en plaatsvervangend voorzitter van de LCG WMS tevens voldoen aan de benoemingsvereisten voor rechterlijk ambtenaar, met rechtspraak belast.

¹¹² *Kamerstukken II* 2008/09, 31821, 3, p. 24.

¹¹³ *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, 2. De Raad voor de rechtspraak bracht advies over het wetsvoorstel uit (advies 2014-31 van 18 juli 2014).

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, 3, p. 19-20, 33.

2.7 Wetsvoorstellen ter bevordering van mediation

19. *Wetsvoorstel registermediator (33722), wetsvoorstel bevordering mediation in het burgerlijk recht (33723) en wetsvoorstel bevordering mediation in het bestuursrecht (33727)*

In september 2013 diende Tweede Kamerlid Van der Steur drie initiatiefwetsvoorstellen in om mediation te bevorderen.¹¹⁵ Alle drie de voorstellen zijn in juni 2015, na de benoeming van Van der Steur tot minister van Veiligheid en Justitie, ingetrokken. De regering heeft aangegeven zelf wetsvoorstellen inzake bevordering van mediation in te zullen dienen.

Volgens de memorie van toelichting bij de wetsvoorstellen biedt mediation belangrijke voordelen boven andere vormen van geschilbeslechting, waaronder rechtspraak, maar wordt er toch relatief weinig gebruik gemaakt van mediation. Om het gebruik van mediation te bevorderen, regelden de wetsvoorstellen de invoering van een register voor mediators en verankerden ze mediation 'als alternatief voor de traditionele rechtspraak' in het civiel recht en het bestuursrecht. 'Indiener verwacht dat de rechterlijke macht na invoering van deze wetsvoorstellen die geschillen voorgelegd zal krijgen waarbij partijen onderling met geen mogelijkheid tot een minnelijke oplossing kunnen komen of geschillen die zich naar hun aard of oorzaak niet lenen voor een van de bestaande alternatieven', aldus de memorie van toelichting.¹¹⁶ Het wetsvoorstel ter bevordering van mediation in het burgerlijk recht hield in dat de dagvaarding of het verzoekschrift zou moeten vermelden dat mediation beproefd is en, indien ervoor gekozen is om geen mediation toe te passen, waarom dat het geval is. Als de rechter van oordeel is dat ten onrechte niet is overwogen om mediation toe te passen, zou hij partijen niet ontvankelijk kunnen verklaren. Het wetsvoorstel ter bevordering van mediation in het bestuursrecht hield in dat bestuursorganen verzoeken van belanghebbenden om toepassing van mediation in principe zouden moeten inwilligen; indien ze besluiten geen mediation toe te passen, zouden ze dit in de beslissing op bezwaar moeten motiveren.

Met de wetsvoorstellen werd dus een sterkere filtering van geschillen beoogd, waardoor meer geschillen door mediation zouden worden opgelost en de civiele rechter en de bestuursrechter minder geschillen te behandelen zouden krijgen. Het wetsvoorstel ter bevordering van mediation in het burgerlijk recht voorzag bovendien in een bijzondere procedure voor deelgeschillen, waarin de rol van de rechter ook inhoudelijk zou worden ingeperkt. Voorgesteld werd dat partijen tijdens een mediation bepaalde onderdelen van hun geschil met een juridisch karakter langs elektronische weg aan de rechter zouden kunnen voorleggen voor een beslissing op het juridische knelpunt. De rechter zou dan in een snelle, uitsluitend langs elektronische weg te voeren procedure en uitsluitend op grond van de door de registermediator aan hem voorgelegde stukken, een beslissing moeten nemen en deze beslissing terstond aan de registermediator moeten toesturen opdat de mediation snel zou kunnen worden vervolgd. De Raad voor de rechtspraak noemde het in zijn advies 'ongewenst dat de rechter – die niet mag weigeren een beslissing te nemen – in feite gedwongen kan worden een beslissing te nemen zonder dat hij van alle relevante informatie op de hoogte is en maar zeer beperkt de mogelijkheid heeft deze in te winnen'.¹¹⁷ Ook de Raad van State adviseerde de initiatiefnemer om zich nog eens te beraden op de inrichting van deze deelgeschilprocedure. Overigens benadrukten zowel de Raad voor de rechtspraak als de Raad van State in hun adviezen dat mediation geen ver-

¹¹⁵ *Kamerstukken II 2013/14, 33722, 2; 33723, 2; 33727, 2.* De Raad voor de rechtspraak bracht twee keer advies uit over deze wetsvoorstellen (advies 2013-22 van 26 juni 2013 en advies 2014-27 van 2 juli 2014).

¹¹⁶ *Kamerstukken II 2013/14, 33722, 3, p.2; Kamerstukken II 2013/14, 33723, 3, p. 2; Kamerstukken II 2013/14, 33727, 3, p.2.*

¹¹⁷ Advies 2014-27, p. 4.

plicht karakter mag krijgen en de toegang tot de rechter niet mag belemmeren. Beide instanties waarschuwen bovendien dat de voorstellen zouden leiden tot een sterke juridisering van mediation en – in de gevallen waarin mediation niet succesvol is – tot onnodige vertraging en kostenverhoging.

2.8 Overige wetgeving en wetgevingsvoorstellen

20. Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Stb. 2010, 38)

Het voorstel voor de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden werd in augustus 2009 ingediend bij de Tweede Kamer; de Eerste Kamer nam het wetsvoorstel op 5 augustus 2010 aan.¹¹⁸ De wet is in werking getreden op 19 februari 2010.

In deze wet is EG-richtlijn 2007/66/EG over beroepsprocedures bij het plaatsen van overheidsopdrachten geïmplementeerd. Volgens deze richtlijn moeten aanbestedingsovereenkomsten onverbindend kunnen worden verklaard door een onafhankelijke beroepsinstantie; in Nederland is dat de civiele rechter. In sommige gevallen is een vernietiging echter niet billijk. De overeenkomst kan dan in stand wordt gelaten, maar er moet een andere sanctie worden opgelegd aan de aanbestedende dienst. Volgens de memorie van toelichting is bezien of het mogelijk was een boete door de burgerlijk rechter te laten opleggen in hetzelfde geding. Het zou echter niet in het Nederlandse rechtsstelsel passen dat de civiele rechter een straf oplegt; dat zou zich niet met de gebruikelijke lijdelijkheid van de rechter in het burgerlijk procesrecht verhouden. Ook het introduceren van de voor Nederland nieuwe rechtsfiguur van *punitive damages* werd als onwenselijk beschouwd.¹¹⁹ Daarom is gekozen voor een bestuursrechtelijke boete, op te leggen door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (in 2013 opgegaan in de Autoriteit Consument en Markt).¹²⁰

Bestuurlijke boetes vallen buiten ons onderzoek. Deze casus is hier toch opgenomen omdat de wetgever ook had kunnen kiezen voor de introductie van, door de civiele rechter toe te kennen, *punitive damages*.

21. Wijziging Wet toezicht collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten (Stb. 2013, 97)

Het voorstel voor deze wet werd in november 2008 ingediend bij Tweede Kamer; de Eerste Kamer nam het wetsvoorstel in maart 2013 aan.¹²¹ De wet is in werking getreden op 1 juli 2013. Doel was het toezicht op collectieve beheersorganisaties te versterken en te voorzien in de instelling van een onafhankelijke geschillencommissie voor de beslechting van geschillen over de vergoeding voor het gebruik van beschermde werken en prestaties.

De geschillencommissie auteursrechten beslecht geschillen tussen collectieve beheersorganisaties en betalingsplichtigen over de billijkheid van de hoogte of de toepassing van in rekening gebrachte ver-

¹¹⁸ *Kamerstukken II 2008/09, 32027, 2.* De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2009-11 van 25 maart 2009).

¹¹⁹ *Punitive damages* zijn sancties die de civiele rechter kan opleggen aan de gedaagde in een civiele procedure, naast en bovenop de compensatoire schadevergoeding. Deze civiele sancties worden tot nu toe alleen in *common law* rechtsstelsels erkend. Naast bestraffing en preventie hebben ze ook het faciliteren van privaatrechtelijke handhaving en het compenseren van bepaalde kosten van de eiser als functies. Zie Meurkens 2014.

¹²⁰ *Kamerstukken II 2008/09, 32077, 3, p. 13.*

¹²¹ *Kamerstukken II 2008/09, 31766, 2.* De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2008-29 van 16 juli 2008).

goedingen. Voordat deze geschillencommissie werd ingesteld, was de vaststelling van de billijkheid van een vergoeding in een concreet geval voorbehouden aan de civiele rechter. Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel blijkt dat met de invoering van de geschillencommissie werd beoogd een laagdrempelig en efficiënt procedureel kader te bieden om tariefgeschillen te beslechten. Door expertise te bundelen bij één geschillencommissie zou kennis en ervaring worden opgebouwd over de tarieven en praktijken van collectieve beheersorganisaties. Dat zou kunnen leiden tot een vastomlijnde jurisprudentie die het draagvlak voor in rekening gebrachte vergoedingen zou kunnen vergroten en zou kunnen bijdragen aan de rechtszekerheid. Volgens de memorie van toelichting was ook overwogen om het bundelen van expertise te bewerkstelligen door één bevoegde rechtbank in tariefgeschillen tussen collectieve beheersorganisaties en betalingsplichtigen aan te wijzen, maar was hier niet voor gekozen omdat 'omdat rechtsvragen in tariefgeschillen doorgaans geen of slechts een ondergeschikte rol zullen spelen.'¹²² De Raad voor de rechtspraak merkte in zijn advies over het wetsvoorstel op dat partijen er juist bewust voor kiezen de zaak voor te leggen aan de civiele rechter vanwege het principiële karakter van hun geschil en had meer in het algemeen twijfels over nut en noodzaak van een geschillencommissie.¹²³

De gang naar de geschillencommissie is niet verplicht, maar de uitspraak van de geschillencommissie wordt bindend indien partijen niet binnen drie maanden na de uitspraak het geschil hebben voorgelegd aan de rechter. Bovendien bepaalt de wet dat de rechter voorafgaand aan een beslissing omtrent een geschil over de billijkheid van een in rekening gebrachte vergoeding advies moet vragen aan de geschillencommissie. Met het verplichte karakter van het advies wordt volgens de memorie van toelichting bewerkstelligd 'dat de bundeling van expertise over tariefstelling bij de geschillencommissie ook wordt bereikt ten aanzien van geschillen die bij de rechter aanhangig zijn.'¹²⁴

Er is dus sprake van overheveling in die zin dat geschillen in plaats van aan de civiele rechter aan deze geschillencommissie kunnen worden voorgelegd. Ook is sprake van overheveling van de rechtsvormende taak van rechters. Bovendien wordt de beoordelingsvrijheid van de civiele rechter beperkt doordat de rechter verplicht advies moet vragen aan de geschillencommissie.¹²⁵

22. *Initiatiefwetsvoorstel over de procedure voor het vaststellen van rechtstreekse werking van internationaal recht (33359, aanhangig bij Tweede Kamer)*

Dit initiatiefwetsvoorstel werd in september 2013 ingediend door het Tweede Kamerlid Taverne.¹²⁶ In het wetsvoorstel worden wetten in formele zin uitgezonderd van de regel van artikel 94 van de Grondwet dat de rechter wettelijke voorschriften buiten toepassing laat, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Bovendien maakt het wetsvoorstel het mogelijk om, door middel van wijziging van artikel 93 van de Grondwet, bij wet te bepalen dat een verdragsbepaling of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie die naar haar inhoud een ieder kan verbinden, na de bekendmaking

¹²² *Kamerstukken II* 2008/09, 31766, 3, p. 10.

¹²³ Advies 2008-29 van 16 juli 2008, p. 3.

¹²⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31766, 3, p. 38.

¹²⁵ Voor de volledigheid wordt hier nog opgemerkt dat het takenpakket van de commissie mogelijk wordt uitgebreid met geschillen van auteurs en uitvoerende kunstenaars met de exploitanten van hun werk. Zie de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel auteurscontractenrecht, *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 23. De Wet auteurscontractenrecht (*Stb.* 2015, 257) voorziet in de grondslag voor een geschillencommissie die deze geschillen moet gaan beslechten.

¹²⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33359, 2. De Raad voor de rechtspraak bracht op eigen initiatief advies uit over het wetsvoorstel (advies 2013-15 van 17 mei 2013).

toch geen verbindende kracht heeft. In de memorie van toelichting wordt het doel omschreven als ‘de volksvertegenwoordiging ertoe aan te zetten om haar wetten zelf uitvoeriger op verenigbaarheid met bepalingen van internationaal recht te beoordelen, en deze beoordeling niet grotendeels over te laten aan de rechter. Daarmee wordt de rechtspraak ontheven van de taak om een toets aan te leggen die naar zijn aard onderdeel behoort uit te maken van het wetgevingsproces. Er wordt een nieuw evenwicht gevonden tussen enerzijds democratisch gelegitimeerde besluitvorming en anderzijds rechterlijke toetsing in concrete gevallen.’

Als dit voorstel wet zou worden, zou de verdragsrechtenbeschermingstaak die nu bij de rechter berust, worden overgeheveld naar het parlement. De Raad voor de rechtspraak uitte in zijn (ongevraagde) advies over het wetsvoorstel ernstige bedenkingen. Het voorstel miskent volgens de Raad ‘dat in het Nederlandse staatsrecht – met zijn systeem van *checks and balances* – rechtsbescherming complementair van aard is. Enkel toetsing door de wetgever vóóraf en in abstracto van de verdragsconformiteit van wetsvoorstellen is ineffectief en kan leiden tot ongewenste resultaten, indien deze niet wordt aangevuld met een toetsingsmogelijkheid, achteraf, in concrete gevallen.’¹²⁷

23. Wetsvoorstel terugkeer en vreemdelingenbewaring (34309, aanhangig bij Tweede Kamer)

Dit wetsvoorstel werd in oktober 2015 ingediend bij de Tweede Kamer.¹²⁸ Het wetsvoorstel voorziet in de introductie van één uniform bestuursrechtelijk regime voor vreemdelingenbewaring, waarin onderscheid gemaakt tussen twee hoofdregimes, het verblijfsregime en het beheersregime, met een verschillende mate van vrijheid en autonomie binnen de vrijheidsbeneming. Het wetsvoorstel introduceert ook enkele wijzigingen in het bestaande rechtsbeschermingsstelsel, waaronder de inrichting van een speciale beroepskamer bij de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ) voor de behandeling van beroepschriften die gaan over de tenuitvoerlegging van de vreemdelingenbewaring. De RSJ is geen onderdeel van de rechterlijke macht in de zin van de Wet op de rechterlijke organisatie, maar heeft wel een rechtsprekende taak: de RSJ toetst als beroepsrechter beslissingen die zijn genomen over personen die een vrijheidsstraf of een vrijheidsbenemende maatregel ondergaan.

Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel horen vragen over de wijze van tenuitvoerlegging van de vreemdelingenbewaring niet thuis bij de klassieke bewaringsprocedure van de bestuursrechter en wordt door de inrichting van een speciale kamer bij de RSJ de expertise op het terrein van de specifieke situatie van vreemdelingen in bewaring geborgd. ‘Daarnaast zal een speciale kamer bij kunnen dragen aan de verdere ontwikkeling van de kennis en expertise op het snijvlak tussen vreemdelingenrecht en bewaringsrecht. De RSJ zal als gevolg van de veranderingen in de rechtsbescherming een grotere rol krijgen bij bijvoorbeeld de uitleg van Europese regels zoals die van de Terugkeerrichtlijn’, aldus de toelichting.¹²⁹ In de toelichting wordt verder de verwachting uitgesproken dat deze nieuwe rechtsgang de bestuursrechter zal ontlasten. Volgens de toelichting kan de RSJ als rechterlijke instantie worden beschouwd en kan een beslissing van de beroepskamer dus geen appellabel besluit bij de bestuursrechter opleveren.

Als het voorstel wet wordt, worden bepaalde beroepen dus overgeheveld van de ‘gewone’ bestuursrechter naar een gespecialiseerde rechterlijke instantie, de RSJ.

¹²⁷ Advies 2013-15 van 17 mei 2013, p. 6.

¹²⁸ *Kamerstukken II 2014/15, 34309, 2.* De Raad voor de rechtspraak bracht advies uit over het wetsvoorstel (advies 2014-12 van 6 maart 2014).

¹²⁹ *Kamerstukken II 2014/15, 34309, 3, p. 41.*

2.9 Conclusie

Op basis van de inventarisatie kunnen de volgende onderzoeksvragen worden beantwoord.

1. Welke gevallen van ‘overheveling’ (in brede zin) van rechterlijke taken zijn te vinden in wetsvoorstellen waarover de Raad voor de rechtspraak in de periode 2004-2014 advies uitbracht?
2. Welke organen kregen rechterlijke taken toebedeeld die tot dan toe door bestuursrechters of civiele rechters werden vervuld of die traditioneel aan deze rechters worden toebedeeld?
3. Wat was de doelstelling van de overheveling en hoe werd deze gemotiveerd?
4. Welke vormen en varianten van overheveling kunnen worden onderscheiden?

Welke gevallen van ‘overheveling’ (in brede zin) van rechterlijke taken zijn te vinden in wetsvoorstellen waarover de Raad voor de rechtspraak in de periode 2004-2014 advies uitbracht?

Deze gevallen zijn hierboven beschreven. Het gaat om 28 (concept)wetsvoorstellen op verschillende deelgebieden van het civiele recht en het bestuursrecht. Wetsvoorstellen die uitsluitend nieuwe bestuurlijke sancties bevatten, zijn hierin niet meegeteld. Slechts 15 van deze 28 voorstellen zijn (al) wet geworden. Zes wetsvoorstellen zijn nog aanhangig bij de Tweede Kamer. Twee conceptwetsvoorstellen brachten het niet tot indiening bij de Tweede Kamer. Vier wetsvoorstellen werden ingetrokken. Eén wetsvoorstel werd verworpen. Dat een voorstel niet wordt doorgezet of wordt verworpen, betekent overigens niet dat het definitief van de baan is. Zo werd de vervanging van de kantonrechtersformule door een wettelijke regeling van ontslagvergoedingen met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid in 2015 alsnog een feit, nadat tien jaar eerder al eens een conceptwetsvoorstel met die strekking was gemaakt (casus 6). Ook het in 2006 verworpen initiatiefvoorstel voor een Wet beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst (casus 1) heeft een vervolg gekregen in de vorm van het thans aanhangige wetsvoorstel scheiden zonder rechter (casus 3). Bij de intrekking, in juni 2015, van de initiatiefwetsvoorstellen-Van der Steur kondigde de regering aan dat ze zelf met wetsvoorstellen ter bevordering van mediation zou komen (casus 19).

Welke organen kregen (welke) rechterlijke taken toebedeeld?

In de voorstellen die wet zijn geworden of die nog in behandeling zijn, zijn of worden rechterlijke taken toebedeeld aan of overgeheveld naar:

- Bestuursorganen: ambtenaar burgerlijke stand (casus 3), UWV (casus 6), Zorginstituut (casus 8, 9), Zorgautoriteit (casus 11), ACM (casus 20).
- Geschillencommissies: SKGZ (casus 10), de in de Wkkgz voorziene geschilleninstantie (casus 15), LCG WMS (casus 18), Geschillencommissie auteursrechten (casus 21).
- Gespecialiseerde rechterlijke instanties, niet opgenomen in de Wet op de rechterlijke organisatie: CBHO (casus 17), RSJ (casus 23).
- Mediators: echtscheidingsmediators (casus 2).
- Wetgever (casus 4, 6, 7) of parlement (casus 22).
- Overige organisaties of functionarissen: jeugdhulpaanbieders (casus 13), geneesheer-directeuren (casus 16).

Bij de geschillencommissies valt op te merken dat naast de bovengenoemde commissies in de onderzochte periode diverse andere geschillencommissies werden ingesteld en de bevoegdheid van di-

verse bestaande geschillencommissies werd uitgebreid – echter zonder dat hiervoor nieuwe wetgeving nodig was en/of zonder dat de Raad voor de rechtspraak hierover adviseerde. Daarom ontbreken de betreffende geschillencommissies in dit overzicht.

De taken die werden toebedeeld aan niet-rechterlijke organen hadden in veel gevallen te maken met het beslechten van geschillen. De civiele rechter zag een deel van zijn geschilbeslechtende taken verschuiven naar geschillencommissies en (echtscheidings)mediators, waardoor hij minder van de betreffende zaken of geschillen te behandelen kreeg en/of zijn rol in die zaken of geschillen werd teruggebracht tot een marginaal toetsende rol. Voor bepaalde geschillen verschoof de bevoegdheid van de ‘gewone’ bestuursrechter en/of civiele rechter naar een gespecialiseerde rechterlijke instantie (casus 17, 23). In twee gevallen kreeg een bestuursorgaan een taak bij de beslechting van geschillen tussen private partijen. In één geval was dit een direct (casus 20) en in één geval een indirect uitvloeisel van Europese regelgeving (casus 11).

Bij de beslechting van geschillen hebben rechters veelal te maken met open normen in de wet. Het komt voor dat rechters gezamenlijke richtlijnen ontwikkelen voor de invulling hiervan. In onze inventarisatie kwamen we enkele gevallen tegen waarin de wetgever deze door rechters ontwikkelde richtlijnen verving of beoogde te vervangen door een gedetailleerde wettelijke regeling (casus 4, 6). Enkele andere wetsvoorstellen verminderden de beoordelingsvrijheid van individuele rechters door de introductie van gedetailleerde en/of imperatieve wettelijke criteria (casus 6, 7). Opmerkelijk is dat we in onze inventarisatie ook een geval van overheveling van een rechtsvormende taak van de civiele rechter naar een geschillencommissie aantreffen. Dat gebeurde door de rechter ertoe te verplichten om voorafgaand aan zijn beslissing de betreffende geschillencommissie om advies te vragen (casus 21).

In een aantal gevallen was geen sprake van overheveling van een rechterlijke taak of een tot dan toe door rechters vervulde activiteit naar een niet-rechterlijke instantie, maar kregen rechters wel minder geschillen of zaken te behandelen. Een voorbeeld hiervan is de wanbetalersregeling voor de zorgpremie (casus 8): wanbetalerszaken komen hierdoor bij het Zorginstituut terecht, maar anders dan de rechter is dit bestuursorgaan niet bevoegd om te toetsen of een verzekerde die als wanbetaler is aangemeld ook werkelijk een wanbetaler is. Een ander voorbeeld is de beperking van de verwijtbaarheidstoets in de WW (casus 5): hierdoor hebben kantonrechters minder pro forma ontslagprocedures te behandelen gekregen maar hoeft ook het UWV bij ontslag met wederzijds goedvinden niet meer te toetsen of de werknemer ten onrechte geen verweer heeft gevoerd. In de expertmeeting bestuursrecht werd erop gewezen dat op het gebied van het omgevingsrecht vergelijkbare voorbeelden te vinden zijn: doordat in wet- en regelgeving het aantal vergunningvrije activiteiten is uitgebreid, zouden gemeenten minder aanvragen en bezwaarschriften en bestuursrechters minder beroepen te behandelen moeten krijgen.

Uit onze inventarisatie bleek dat in weer andere gevallen de civiele rechter of de bestuursrechter (mogelijk) minder geschillen te behandelen krijgt doordat in het ‘voortraject’ naar de gerechtelijke procedure nieuwe of sterkere filters worden ingebouwd. Voorbeelden hiervan zijn de herziening van de Wsnp (casus 7), de Wmo 2015 (casus 12) en de Wet langdurige zorg (casus 14). Bij de decentralisaties op het gebied van de zorg verving de wetgever bovendien concrete individuele rechten door vager geformuleerde voorzieningenplichten, met als mogelijk gevolg minder beroepen bij de bestuursrechter (casus 12, 13, 14). In de expertmeeting bestuursrecht werd naar aanleiding van deze voorbeelden gewezen op andere ontwikkelingen waardoor het domein van de bestuursrechter

eveneens op heel indirecte wijze wordt ingeperkt. Een van deze ontwikkelingen betreft het toenemende gebruik van mediation en mediatorvaardigheden in het 'voortraject' naar de bestuursrechter.

Welke doelen worden met het overhevelen van rechterlijke taken beoogd en hoe werden deze gemotiveerd?

De aanleidingen voor het overhevelen van rechterlijke taken en de effecten die ermee beoogd werden, bleken tamelijk divers en soms heel specifiek. De 'overheveling' vormde meestal niet het hoofdonderdeel van het wetsvoorstel en er werd niet altijd een expliciete motivering voor dit onderdeel van het voorstel gegeven. De tabel in bijlage 4 geeft een overzicht van de motiveringen die uit de toelichtingen bij de wetsvoorstellen konden worden gedestilleerd.

De meest genoemde doelen zijn het bieden van een laagdrempelig alternatief voor geschilbeslechting door de rechter, een effectievere oplossing van geschillen of andere problemen, het ontlasten van de rechterlijke macht en kostenbesparingen voor de overheid en/of partijen. Een ander vaker genoemd doel – met name bij voorstellen voor 'overheveling' naar de wetgever zelf – is het neerleggen van een bevoegdheid of verantwoordelijkheid daar waar deze thuishoort. Bij voorstellen voor gedetailleerde wettelijke regels ter vervanging van door rechters ontwikkelde richtlijnen wordt ook het bevorderen van rechtszekerheid en/of rechtsgelijkheid als doel genoemd.

Welke vormen en varianten van overheveling kunnen worden onderscheiden?

De vormen van 'overheveling' die we in de inventarisatie aantreffen, kunnen op verschillende manieren worden ingedeeld.

In hoofdstuk 1 maakten we onderscheid tussen overheveling in strikte zin en andere vormen van overheveling. Overheveling in de strikte zin van het woord zou inhouden dat een taak of bevoegdheid die tot dan toe bij de civiele rechter of de bestuursrechter berustte, daar wordt weggehaald om bij een niet-rechterlijk orgaan te worden belegd. Deze vorm van overheveling lijkt weinig voor te komen. De gevallen die het dichtst in de buurt komen zijn de Wet werk en zekerheid (casus 6), waarin de UWV-route wordt voorgeschreven voor bepaalde categorieën ontslagzaken; het wetsvoorstel versterking bestuurskracht van onderwijsinstellingen (casus 18), waarin de bevoegdheid van de LCG WMS zodanig wordt uitgebreid dat alle medezeggenschapsgeschillen in eerste instantie bij deze geschillencommissie terecht zullen komen en niet meer bij de Ondernemingskamer; en de wijziging van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten (casus 21), die voorschrijft dat rechters alvorens een beslissing te nemen de geschillencommissie auteursrechten om advies vragen. Bij het eerste voorbeeld valt echter aan te tekenen dat werkgevers in de praktijk voor de betreffende ontslagzaken meestal al voor de UWV-route kozen. Bovendien leidt de Wet werk en zekerheid ook tot omgekeerde overheveling: voor andere categorieën ontslagzaken is de procedure bij de kantonrechter de voorgeschreven route geworden. Bij het tweede voorbeeld valt als kanttekening te maken dat de Ondernemingskamer nog wel als beroepsinstantie zal fungeren en bij het derde voorbeeld dat de civiele rechter bevoegd blijft en dat het partijen vrij blijft staan om voor geschilbeslechting door de rechter te kiezen.

Overheveling in de strikte zin van het woord lijkt dus weinig voor te komen. Vaker is sprake van het creëren van een extra route naast of voorafgaand aan de gerechtelijke procedure, waardoor rechters minder zaken of geschillen te behandelen krijgen en/of hun rol wordt teruggebracht tot een marginaal toetsende rol. Vaak bestaat de extra route uit een geschillencommissie, maar het kan ook om een bestuursorgaan gaan. Als het wetsvoorstel scheiden zonder rechter wet wordt, zal naast de rechter ook de ambtenaar van de burgerlijke stand bevoegd worden om echtscheidingen uit te spre-

ken. Het komt ook voor dat een bestuurorgaan voor een nieuwe categorie zaken een taak of bevoegdheid krijgt die doorgaans aan rechters is voorbehouden. Een voorbeeld hiervan is de Wet marktordening gezondheidszorg (casus 11), die de Zorgautoriteit bevoegd maakt in bepaalde geschillen tussen ziektekostenverzekeraars en zorgaanbieders. Daarnaast komt het voor dat de wetgever een einde maakt aan een 'regelgevende' activiteit van rechters door zelf gedetailleerde regels in de wet vast te leggen, die in de plaats komen van door rechters ontwikkelde normen of formules (casus 4, 6).

Alhoewel we hier niet systematisch naar hebben gezocht, kwamen we bij de inventarisatie ook enkele voorbeelden van 'omgekeerde' overheveling tegen, waaronder de afschaffing van de flitsscheidingsprocedure. In de expertmeeting bestuursrecht werd naar aanleiding hiervan opgemerkt dat de 'stroperigheid' van de bestuurlijke besluitvorming tegenwoordig vaak doorbroken wordt door de rechter. Bij finale geschilbeslechting bijvoorbeeld neemt de rechter zelf een beslissing in plaats van de zaak terug te verwijzen naar het bestuursorgaan voor een nieuw besluit.

Een andere indeling is gebaseerd op het type orgaan waarnaar taken, zaken of activiteiten worden overgeheveld of verschuiven: bestuursorganen, geschillencommissies (en andere buitengerechtelijke geschilbeslechters) en de wetgever. Die indeling is in de tweede fase van het onderzoek gebruikt.

Bij overheveling of verschuiving naar bestuursorganen kunnen verschillende varianten worden onderscheiden. In enkele gevallen kreeg een bestuurorgaan een typisch rechterlijke taak of een bevoegdheid die tot dan toe aan de rechter was voorbehouden. Voorbeelden zijn de Wet marktordening gezondheidszorg (casus 11) en het wetsvoorstel scheiden zonder rechter (casus 3). In twee andere wetten werd gekozen voor het creëren van een specifiek op de oplossing van een bepaalde problematiek toegesneden bevoegdheid: het Zorginstituut kreeg de bevoegdheid om zonder tussenkomst van een rechter een 'bestuursrechtelijke premie' te innen van wanbetalers (casus 8) en de bevoegdheid om een zorgverzekering af te sluiten voor onverzekerden (casus 9).

Bij verschuiving of overheveling naar geschillencommissies kunnen verschillende, meer en minder vergaande varianten worden onderscheiden. In het wetsvoorstel versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen is voor een vergaande variant gekozen: de gang naar de LCG WMS wordt (in eerste aanleg) verplicht; de Ondernemingskamer zal alleen nog als beroepsinstantie fungeren (casus 18). Ook bij de geschillencommissie auteursrechten heeft de wetgever voor een vergaande variant gekozen: de gang naar de commissie is weliswaar niet verplicht, maar de rechter is verplicht om deze commissie om advies te vragen alvorens een beslissing te nemen (casus 21). Bij de SKGZ en de in de Wkkgz voorziene geschilleninstantie is gekozen voor een minder vergaande variant: in beide gevallen is de gang naar de commissies niet verplicht, maar zijn de uitspraken van de commissie wel bindend; de rechter mag alleen nog marginaal toetsen (casus 10, 15).

Ook bij overheveling of verschuiving naar de wetgever kan onderscheid worden gemaakt tussen een variant die erop gericht is om door middel van een gedetailleerde wettelijke regeling een einde te maken aan 'regelgevende' activiteiten van rechters (casus 4, 6) en een variant die erop gericht is om de beoordelingsvrijheid van individuele rechters in te perken door de introductie van gedetailleerde en/of imperatieve wettelijke criteria (casus 6, 7).

In de volgende hoofdstukken wordt nader ingegaan op achtereenvolgens overheveling of verschuiving van de (bestuurs- of civiele) rechter naar bestuursorganen, naar geschillencommissies naar de wetgever.

3 Overheveling of verschuiving naar bestuursorganen

De inventarisatie van wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak leverde betrekkelijk weinig voorbeelden (zes in totaal) van overheveling of verschuiving van taken of zaken van de bestuursrechter of civiele rechter naar bestuursorganen op. In de periode direct voorafgaand aan de onderzochte periode is echter in een aantal wetten een typisch rechterlijke bevoegdheid toegekend aan een bepaald type bestuursorgaan: verschillende markttoezichthouders die in deze periode werden ingesteld, kregen de bevoegdheid om (bepaalde) geschillen tussen marktpartijen te beslechten. In paragraaf 3.2 gaan we na wat de wetgever hiermee beoogde en wat er bekend is over de werking in de praktijk en de voor- en nadelen voor de betreffende partijen. Vervolgens wordt in paragraaf 3.3 een overhevelingscasus uit de onderzochte periode behandeld. In deze casus gaat het om een heel andere bevoegdheid, te weten de bevoegdheid van het Zorginstituut Nederland om zonder tussenkomst van een rechter een 'bestuursrechtelijke premie' te innen van zorgverzekerden die door hun private zorgverzekeraar als wanbetaler zijn aangemeld. Het gaat om een anderssoortige bevoegdheid, maar net als bij de geschilbeslechting door marktautoriteiten worden privaatrecht en bestuursrecht met elkaar vermengd doordat een bestuursorgaan een taak krijgt bij het oplossen van kwesties tussen private partijen. Eerst gaan we in paragraaf 3.1 echter in op de verschuiving van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving. De afgelopen decennia is in een groot aantal wetten aan bestuursorganen de bevoegdheid toegekend om boetes op te leggen. De rol van de strafrechter bij de oplegging van sancties is daardoor verminderd. Alhoewel dit onderzoek nadrukkelijk niet op deze verschuiving van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving is gericht, is het relevant om te bekijken waarom deze verschuiving heeft plaatsgevonden en waarom ze discussie oproept.

3.1 Bestuurlijke boetes

Het gebruik van bestuurlijke boetes heeft pas de laatste decennia een hoge vlucht genomen, maar verkapte administratieve boetes bestonden al veel langer. Het oudste voorbeeld is de 'verhoging' die de belastinginspecteur kon opleggen bij belastingovertredingen. Daarnaast waren er al in de jaren vijftig Europese regelingen die tot de introductie van door de uitvoerende macht op te leggen boetes in de Nederlandse rechtsorde leidden.¹³⁰ In 1989 maakte de Wet Mulder het mogelijk dat veelvoorkomende lichte verkeersovertredingen administratiefrechtelijk worden beboet. Sindsdien zijn in tientallen wetten bestuurlijke boetes geïntroduceerd. In 2010 werden 70 wetten en 11 wetsvoorstellen geteld waarin een bestuursorgaan de bevoegdheid kreeg om boetes op te leggen aan burgers of bedrijven.¹³¹ De verschuiving van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving werd in gang gezet in reactie op geconstateerde handhavingstekorten in de strafrechtelijke keten. Vooral de handhaving van bestuursrechtelijke wetgeving zou falen. Mede vanuit de gedachte dat het de handhaving ten goede komt als de uitvoering en handhaving (gedeeltelijk) in één hand zijn, werd in steeds

¹³⁰ Roording 2011; *Kamerstukken II 2003/04*, 29702, 3, p. 117 e.v.

¹³¹ *Kamerstukken II 2009/10*, 32123 VI, I. Zie ook *Kamerstukken II 2003/04*, 29702, 3, p. 168; daaruit blijkt dat het in 2004 nog om ruim 50 wetten ging.

meer bestuursrechtelijke wetgeving een bevoegdheid tot oplegging van bestuurlijke boetes geregeld.¹³²

De Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (CTW) noemde in een in 1994 uitgebracht advies als belangrijkste doelstelling of argument dat de verantwoordelijkheid voor de handhaving in de eerste plaats berust bij de instantie die met de uitvoering is belast. Handhaving door bestuurlijke boetes zou niet alleen effectiever, maar ook efficiënter zijn dan strafrechtelijke handhaving. De strafrechtelijke procedure zou – mede door de waarborgen waarmee zij is omkleed – ‘onevenredig zwaar en kostbaar’ zijn voor de overtredingen waarom het in veel bestuursrechtelijke wetgeving gaat. Als bijkomend argument noemde de CTW het ontlasten van het strafrechtelijk apparaat.¹³³ Er zou wel een zekere verschuiving van procedures bij de strafrechter naar procedures bij de bestuursrechter optreden, maar het aantal zaken bij de bestuursrechter zou beperkt kunnen blijven omdat in het bestuursrecht de belanghebbende zelf het initiatief moet nemen om de rechter in te schakelen en daarvoor ook griffierecht verschuldigd is. Ook de zeefwerking van de verplichte bezwaarschriftenprocedure zou volgens de CTW ‘een te grote toeloop’ naar de bestuursrechter tegengaan.¹³⁴ De CTW sprak zich uit voor invoering van bestuurlijke boetes in een groot aantal economische ordeningswetten. Als voornaamste criteria noemde de commissie dat het moet gaan om overtredingen met een geringe normatieve lading die eenvoudig vast te stellen zijn en dat het bestuursorgaan over voldoende expertise beschikt om nieuwe handhavingsmogelijkheden adequaat te benutten.¹³⁵

Na dit advies werden in steeds meer wetten bestuurlijke boetes geïntroduceerd. Aanvankelijk keek de wetgever daarbij – in lijn met het CTW-advies – vooral naar de aard en ernst van het feit. Later werd het criterium of er sprake is van een ‘open’ dan wel een ‘besloten’ context. Dit criterium werd in 2008 in een kabinetsnota uiteengezet.¹³⁶ Bij een open context, waarin burgers en bedrijven gebonden zijn aan algemene regels die voor iedereen en altijd gelden, is strafrechtelijke handhaving aangewezen. Bij een besloten context, waarin een gespecialiseerd bestuursorgaan met de uitvoering van bepaalde, op een afgebakende doelgroep gerichte wetten is belast, heeft sanctionering door dat bestuursorgaan de voorkeur. Deze voorkeur kan volgens de nota ook gelden indien hoge geldboetes noodzakelijk zijn om de naleving van regels te stimuleren: ‘Dan is een bestuurlijke boetebevoegdheid verantwoord als het bestuursorgaan een grote mate van professionaliteit bezit waarmee de kwaliteit, de afstandelijkheid en de aandacht voor rechtswaarborgen voor burgers en bedrijven voldoende verzorgd zijn.’¹³⁷

Effectiviteit en efficiency bleven de belangrijkste doelstellingen of argumenten, maar dat het bestuursorgaan voldoende deskundig is, werd behalve een voorwaarde steeds meer ook een argument voor bestuursrechtelijke handhaving: ‘Voorwaarde voor handhaving door bestuurlijke boeten is dat het bestuursorgaan over voldoende deskundigheid beschikt. Dit betekent niet dat uitsluitend eenvoudige normen voor bestuursrechtelijke handhaving in aanmerking komen. Juist als de handhaving specialistische deskundigheid vergt, kan dit een argument zijn om daarmee een gespecialiseerd bestuursorgaan te belasten’, aldus de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vierde tranche Awb,

¹³² Advies Raad van State d.d. 13 juli 2015, *Stcrt.* 2015, nr. 30280; *Kamerstukken II* 29702, p. 117 e.v.

¹³³ CTW 1994, p. 7-8.

¹³⁴ CTW 1994, p. 11.

¹³⁵ CTW 1994, p. 18 e.v.

¹³⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, 69, p. 6-7; zie ook *Kamerstukken I* 2009/10, 32123 VI, I.

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, 69, p. 7.

waarin een algemene regeling van de bestuurlijke boete getroffen werd.¹³⁸ Het besloten-contextcriterium maakt het mogelijk om in veel ordeningswetgeving te kiezen voor handhaving door bestuurlijke boetes. Dit heeft tot kritiek en discussie geleid. De kritiek van onder meer de Raad van State betreft vooral de geringere rechtsbescherming bij bestuursrechtelijke in vergelijking met strafrechtelijke handhaving.

De Raad van State constateerde in een ongevraagd advies dat de bestuurlijke boete zich bij lichte, veelvoorkomende en eenvoudig vast te stellen overtredingen als een efficiënt handhavingsinstrument heeft bewezen. Volgens de Raad worden de oorspronkelijke doelstellingen dan ook gehaald, omdat de strafrechtelijke handhavingketen bij dit soort overtredingen wordt ontlast. 'De professionaliteit en sectorale expertise van bestuursorganen belast met de handhaving van ordeningswetgeving zorgen voor een snelle afhandeling van boetezaken en de pakkans werkt afschrikkend', aldus de Raad in zijn advies van 13 juli 2015.¹³⁹ Tegenwoordig echter worden volgens de Raad ook zware, complexe overtredingen bedreigd met (hoge) bestuurlijke boetes; daarnaast worden hoge boetes gesteld op relatief lichte feiten. Als voorbeelden noemt het advies de hoge boetes die toezichthouders als ACM, AFM en DNB kunnen opleggen en de fors verhoogde boetes in de socialezekerheidswetgeving en de arbeidswetgeving.¹⁴⁰ Het besloten-contextcriterium leidt er volgens de Raad toe dat de keuze voor bestuursrechtelijke handhaving uit een oogpunt van efficiency snel wordt gemaakt, terwijl de wetgever onvoldoende rekening houdt met de gevolgen voor de justitiabele wat zijn rechtsbescherming en de rechtspositie betreft.

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vierde tranche Awb stelde het kabinet juist dat het bestuursrecht de burger inmiddels een 'aan het strafrecht gelijkwaardige rechtsbescherming' biedt: 'Met name is thans ook in het bestuursrecht gewaarborgd, dat een opgelegde sanctie altijd door de onafhankelijke rechter kan worden getoetst.'¹⁴¹ De kritiek van juristen die menen dat de grens van het overhevelen van bevoegdheden naar het bestuur is bereikt, doet volgens het kabinet tekort aan de in het bestuursrecht en door de bestuursrechter geboden rechtsbescherming.¹⁴² De kritiek zou bovendien tekort doen aan andere legitieme belangen in de rechtshandhaving: 'Zowel uit een oogpunt van capaciteitsbeslag als van vereiste deskundigheid is het niet realistisch dat het almaar uitdijende ordeningsrecht geheel of grotendeels via het strafrecht zou worden gehandhaafd en dat de bestuurlijke boete in betekenende mate zou kunnen worden afgeschaft', aldus het kabinet in zijn reactie op een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van boetes in het bestuursrecht en het strafrecht.¹⁴³

In zijn advies van 13 juli 2015 stelt de Raad van State dat het punitieve bestuursrecht en het strafrecht geen gelijkwaardige stelsels zijn waar het gaat om rechtsbescherming en rechtsgevolgen. De verschillen tussen beide stelsels betreffen onder meer de wijze waarop de straf wordt opgelegd dan wel getoetst door de straf- respectievelijk bestuursrechter, de hoorplicht, rechtsbijstand, de schorsende werking van rechtsmiddelen en griffierechten. Gezien deze verschillen vindt de Raad het besloten-contextcriterium geen geschikt uitgangspunt bij de keuze van een sanctiestelsel.¹⁴⁴ Naar aanlei-

¹³⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 119.

¹³⁹ Advies Raad van State d.d. 13 juli 2015, *Stcrt.* 2015 nr. 30280, p. 3-4.

¹⁴⁰ Advies Raad van State d.d. 13 juli 2015, *Stcrt.* 2015 nr. 30280, p. 4. Zie ook het advies bij het wetsvoorstel voor de Fraudewet, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, 4.

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 118.

¹⁴² Corstens & Limborgh 2011.

¹⁴³ *Kamerstukken II* 2012/13, 33400 VI, 80, p. 7.

¹⁴⁴ Advies Raad van State d.d. 13 juli 2015, *Stcrt.* 2015 nr. 30280, p. 6.

ding van het advies heeft het kabinet een interdepartementale werkgroep ingesteld, die zich onder meer zal buigen over de vraag of een betere afstemming tussen het punitieve bestuursrecht en het strafrecht mogelijk is. In een eerste reactie op het advies sloot het kabinet niet uit dat bepaalde verschillen in rechtsbescherming en rechtswaARBorgen tussen beide stelsels ‘functioneel te verklaren en daarmee te rechtvaardigen zijn.’¹⁴⁵

3.2 Geschilbeslechting door bestuursorganen

Eind jaren negentig, begin jaren nul is in een aantal wetten ook een andere ‘rechterlijke’ taak toegekend aan een bestuursorgaan. Zo kreeg de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) – die in 2013 is opgegaan in de Autoriteit Consument en Markt (ACM) – in de Telecommunicatiewet 1998 naast de bevoegdheid om bestuurlijke boetes op te leggen ook geschilbeslechtende taken. Deze en andere marktautoriteiten werden ingesteld als uitvloeisel van processen van liberalisering en privatisering die vanaf de jaren tachtig, veelal op grond van Europese regelgeving, in onder meer de telecommunicatiesector, de energiesector en de vervoerssector op gang kwamen. Liberalisering en privatisering gaan gepaard met grote hoeveelheden regelgeving. De marktautoriteiten moeten erop toezien dat deze wordt nageleefd. Liberalisering en privatisering brengen ook nieuwe typen geschillen tussen marktpartijen met zich mee, op de telecommunicatiemarkt bijvoorbeeld geschillen tussen aanbieders over toegang tot en interconnectie van netwerken. Bij energiezaken kan het ook om geschillen tussen burgers (afnemers van energie) en netbeheerders gaan. De marktautoriteiten kregen de bevoegdheid om (sommige van) deze geschillen te beslechten.¹⁴⁶

Een ouder voorbeeld van toekenning van een geschilbeslechtende bevoegdheid aan een bestuursorgaan was overigens te vinden in artikel 79 van de Ziekenfondswet, dat het College voor Zorgverzekeringen de bevoegdheid gaf om een beslissing te nemen in contracteerplichtgeschillen tussen ziekenfondsen en zorginstellingen.¹⁴⁷ In de Zorgverzekeringswet – die de Ziekenfondswet in 2006 verving – keerde dit artikel niet terug. Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel was dat omdat zorgverzekeraars anders dan ziekenfondsen geen bestuursorgaan zouden zijn; civielrechtelijke wetgeving van de ernst van een bezwaar zou daarom meer voor de hand liggen.¹⁴⁸ In de eveneens in 2006 ingevoerde Wet marktordening gezondheidszorg kreeg de Zorgautoriteit wel de bevoegdheid om het tarief vast te stellen dat tussen een zorgverzekeraar en zorgaanbieder zal gelden indien de partijen hierover niet tot een overeenkomst kunnen komen.¹⁴⁹

Het beslechten van geschillen tussen private partijen wordt doorgaans opgedragen aan de rechterlijke macht. In de juridische literatuur zijn dan ook veel vraagtekens geplaatst bij de toekenning van deze taak aan bestuursorganen. Steyger bijvoorbeeld merkte op dat deze taak ‘nu niet onmiddellijk lijkt te passen’ bij bestuursorganen: ‘Toch heeft de Nederlandse wetgever de toezichtorganen hiermee opgezaald, hetgeen betekent dat tussen private partijen binnen een bestuursrechtelijk kader wordt beslist.’¹⁵⁰ Hierbij dient te worden opgemerkt dat de bevoegdheid die aan marktautoriteiten is toegekend, geen exclusieve bevoegdheid is. Partijen kunnen hun geschil ook aan de civiele rechter

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 2015/16, 34300 VI, 72.

¹⁴⁶ Zie voor een uitgebreid overzicht Danopoulos 2009.

¹⁴⁷ Danopoulos 2009, p. 116.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 109.

¹⁴⁹ Zie artikel 52, tweede lid van de Wet marktordening gezondheidszorg.

¹⁵⁰ Steyger 2007, p. 15. Zie ook Ottow 2003; Wit 2004.

voorleggen. In de memorie van toelichting bij de Elektriciteitswet 1998 werd dit expliciet vermeld: 'Als een verzoeker zich niet kan verenigen met het tarief en de voorwaarden voor aansluiting of met een aanbod tot transport en daarover een geschil ontstaat, kan hij [...] de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit vragen dat tarief en die voorwaarden of dat aanbod vast te stellen. [...] Deze mogelijkheid van geschilbeslechting laat overigens onverlet dat tegen handelen in strijd met de voorschriften van artikel 22 en 23 bij de burgerlijke rechter kan worden opgekomen.'¹⁵¹

Doelstellingen en argumenten

De geschilbeslechtende bevoegdheden van ACM en andere marktautoriteiten vinden hun oorsprong in Europese regelgeving.¹⁵² In de toelichtingen bij de implementatie in Nederlandse wetgeving en in de literatuur worden – naast verwijzingen naar Europese regelgeving – verschillende doelstellingen of argumenten voor het toekennen van deze taak of bevoegdheid aan markttoezichthouders genoemd.¹⁵³ Ze komen deels overeen met de argumenten voor bestuursrechtelijke handhaving:

- Snelheid en effectiviteit. De procedure van geschilbeslechting door de toezichthouder zou sneller en effectiever zijn dan de procedure bij de rechter, onder meer omdat de toezichthouder over specifieke deskundigheid beschikt en de procedure laagdrempelig en informeel zou zijn.
- Expertise van de toezichthouder. De beslechting van de betreffende geschillen zou specialis­tische deskundigheid vergen, waarover de toezichthouder beschikt maar die bij rechters vaak ontbreekt.
- Geschilbeslechting als handhaving­sinstrument. Marktautoriteiten moeten toezien op de naleving van een veelheid aan Europese en nationale regels door marktpartijen. Geschilbeslechting kan daarbij een instrument zijn, naast instrumenten als het geven van aanwijzingen of het opleggen van boetes. In de memorie van toelichting bij de Telecommunicatiewet 1998 werd de mogelijkheid van geschilbeslechting door de marktautoriteit meer specifiek omschreven als een 'mechanisme ter correctie van [...] asymmetrie in de markt'.¹⁵⁴

Juridische vragen

In de juridische literatuur is gediscussieerd over de vraag of de geschilbeslechtende bevoegdheid van marktautoriteiten moet worden beschouwd als rechtspraak, (publiekrechtelijke) arbitrage, administratief beroep of besluitvorming door een bestuursorgaan.¹⁵⁵ Bestuursrecht en privaatrecht lopen bij geschilbeslechting door marktautoriteiten door elkaar heen. Een bestuursorgaan bepaalt (een deel van) de inhoud van een overeenkomst tussen private partijen. Danopoulos concludeerde in haar studie over geschilbeslechting door de OPTA dat er sprake is van besluitvorming in de zin van de Awb, zij het met een aantal bijzondere, civielrechtelijke aspecten. Er zijn gelijkenissen met recht-

¹⁵¹ *Kamerstukken II 1997/98*, 25621, 3, p. 26. De genoemde artikelen 22 en 23 verplichten netbeheerders ertoe om een ieder die daarom verzoekt aan te sluiten op het net of een aanbod te doen voor het transport van elektriciteit en om zich daarbij te onthouden van iedere vorm van discriminatie.

¹⁵² De geschilbeslechtende bevoegdheid (voor OPTA) die in de Postwet is opgenomen, vormt een uitzondering. Deze heeft geen Europeesrechtelijke achtergrond. Steyger (2007, p. 15) spreekt van 'een zekere mate van spontane harmonisatie'.

¹⁵³ *Kamerstukken II 1996/97*, 25533, 3, p. 31, 97; Daalder 2004, p. 25-26; Danopoulos 2009, p. 17; Ottow 2003; Verhey & Verheij 2005.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II 1996/97*, 25533, 3, p. 31.

¹⁵⁵ Zie Danopoulos 2009, hoofdstuk 4 voor een overzicht.

spraak – marktautoriteiten vullen in hun rol als geschilbeslechter een oordeel over een geschil tussen twee partijen en ze dienen zich daarbij onafhankelijk op te stellen ten opzichte van die partijen – maar van rechtspraak is volgens Danopoulos geen sprake. Er is geen sprake van rechtspraak in formele zin omdat een bestuursorgaan geen rechterlijk orgaan is. Van rechtspraak in materiële zin is geen sprake omdat marktautoriteiten bij het beslechten van geschillen hun publieke taak mogen laten meewegen. ‘De OPTA zelf legt verplichtingen op in marktanalysebesluiten en ziet er vervolgens via geschilbeslechting op toe of deze verplichtingen worden nageleefd’, aldus Danopoulos.¹⁵⁶

Andere, hieraan gerelateerde discussies betreffen de vraag in hoeverre het bestuursorgaan publieke belangen mag meewegen bij het beslechten van geschillen, vragen met betrekking tot de onafhankelijkheid van marktautoriteiten van de overheid en vragen met betrekking tot het legaliteitsbeginsel. Volgens sommige auteurs moet het legaliteitsbeginsel restrictief worden toegepast en moet de wetgever zo specifiek mogelijk omschrijven aan de hand van welke normen marktautoriteiten deze bevoegdheid moeten uitoefenen, omdat ingrijpen in marktverhoudingen de vrijheid van marktdeelnemers ingrijpend kan aantasten. Andere auteurs vinden dat markttoezichthouders ruime bevoegdheden nodig hebben om hun taken goed te kunnen uitvoeren.¹⁵⁷ Een ander discussiepunt betreft de bevoegdheidsverdeling tussen de civiele rechter en (bijvoorbeeld) de OPTA. In principe is ook de civiele rechter – op grond van artikel 112 Grondwet – bevoegd tot berechting van de geschillen die aan de marktautoriteiten kunnen worden voorgelegd.¹⁵⁸ In de praktijk lijken partijen echter weinig gebruik te maken van deze mogelijkheid en in ten minste één geval waarin dit wel gebeurde, achtte de rechter zich niet bevoegd tot tariefvaststelling en verwees hij de partijen daarvoor naar de OPTA.¹⁵⁹ Tegen geschilbesluiten van markttoezichthouders staat beroep bij de bestuursrechter open. In de literatuur is de vraag opgeworpen of het niet logischer zou zijn, gezien de civielrechtelijke aspecten, om beroep bij de civiele rechter open te stellen.¹⁶⁰

Werking in de praktijk

In evaluaties van de marktautoriteiten is weinig aandacht besteed aan de uitoefening van de geschilbeslechtende taak. Ook in de jaarverslagen van de marktautoriteiten wordt niet uitgebreid over deze taak gerapporteerd. Over de gevolgen en voor- en nadelen voor marktpartijen van de geschilbeslechting door marktautoriteiten is in de beschikbare literatuur heel weinig te vinden.

De verwachting dat deze vorm van geschilbeslechting een snel en effectief alternatief voor rechtspraak zou bieden, lijkt niet helemaal te zijn uitgekomen.¹⁶¹ In de telecommunicatiesector was sprake van lange doorlooptijden doordat partijen vaak bezwaar maakten tegen geschilbesluiten en vervolgens tegen de beslissing op bezwaar beroep instelden bij de bestuursrechter. De lange doorlooptijden van procedures bemoeilijkten volgens de OPTA zelf en het Overlegorgaan Telecommunicatie en Post (OPT) een goede marktwerking.¹⁶² Ook in energiezaken was sprake van lange (interne) door-

¹⁵⁶ Danopoulos 2009, p. 140.

¹⁵⁷ Zie voor een overzicht Danopoulos 2009, p. 173 e.v.

¹⁵⁸ Danopoulos 2009, p. 207-213. Zie ook de memorie van toelichting bij de Elektriciteitswet 1998, *Kamerstukken II* 1997/98, 25621, 3, p. 26.

¹⁵⁹ Danopoulos 2009, p. 212.

¹⁶⁰ Danopoulos 2009, p. 235 e.v.; Steyger 2007, p. 26.

¹⁶¹ Zie bijvoorbeeld Daalder 2004.

¹⁶² *Kamerstukken II* 2000/01, 21693, 56, p. 26; *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, 3, p. 62.

looptijden, die door marktpartijen en brancheorganisaties als een groot probleem ervaren werden.¹⁶³ In de laatste evaluatie van de NMa (uitgevoerd in 2010) werd als verklaring gegeven dat veel geschillen terug te voeren waren op een achterliggend complexer vraagstuk: 'De NMa gaf er de voorkeur aan dit vraagstuk eerst op te lossen alvorens de geschillen af te ronden. Dit had echter op korte termijn (negatieve) gevolgen voor de doorlooptijd.'¹⁶⁴

Om de doorlooptijden van aan de OPTA voorgelegde geschillen te bekorten is in de Telecommunicatiewet van 2004 de mogelijkheid van bezwaar geschrapt; bovendien is nog slechts beroep bij één rechterlijke instantie (het CBb) mogelijk. In een kritisch commentaar werd hierover opgemerkt dat het in beroep weliswaar om een volledige (ex tunc) beoordeling van de zaak gaat, maar dat het CBb doorgaans een hogerberoepsinstantie is 'en in die hoedanigheid gewend aan een terughoudende opstelling die weinig ruimte laat voor een volledige en feitelijke behandeling van het voorliggende geschil.'¹⁶⁵ Met de inwerkingtreding van de Wet stroomlijning markttoezicht ACM in 2014 is ook in andere sectoren de mogelijkheid van bezwaar tegen geschilbesluiten van de toezichthouder geschrapt.¹⁶⁶ 'Geschilbeslechting is, net als bezwaar, bedoeld als een laagdrempelige fase om de gang naar de rechter zoveel mogelijk te voorkomen. In die fase komen alle belangen en argumenten van partijen nogmaals naar voren onder de bemiddelende leiding van de toezichthouder en neemt de toezichthouder uiteindelijk een beslissing. Indien desondanks de onenigheid tussen partijen blijft bestaan, zet een nieuwe bemiddelingspoging door de toezichthouder in de bezwaarfase doorgaans geen zoden aan de dijk. Het in stand houden van de bezwaarfase betekent een onnodige stapeling van laagdrempelige procedures', aldus de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel.¹⁶⁷ Eerder was de regering van oordeel dat door het afschaffen van de bezwaarfase onvoldoende rechtsbescherming zou worden geboden aan marktpartijen: 'De beslissingen die het college als bestuursorgaan neemt zijn voor de betrokken partijen vaak zeer ingrijpend. Een goede rechtsbescherming is dan ook onontbeerlijk. [...] Het, in afwijking van de Awb, in zijn algemeenheid afzien van bijvoorbeeld de bezwaarfase acht het kabinet dan ook niet gewenst', aldus het kabinet in reactie op de bevindingen van de eerste evaluatie van de OPTA in 2001.¹⁶⁸

Uit de laatste jaarverslagen en evaluaties van NMa, OPTA en ACM valt enerzijds af te leiden dat langdurige procedures soms voorkomen worden doordat de marktautoriteiten meer zijn gaan proberen om geschillen op te lossen door bemiddeling en toelichting.¹⁶⁹ In energiezaken lijkt dit vaker te lukken dan in telecomzaken. Anderzijds werd in de eerste evaluatie van ACM geconstateerd dat een van de oorzaken van lange doorlooptijden van onder meer geschillen is gelegen in een bedrijfscultuur 'waarin professionals streven naar kwaliteit [...], waarin er veel belang en waarde wordt gehecht aan zorgvuldigheid maar waarin tegelijkertijd uitstellen (en nader onderzoeken) gemakkelijker is dan afronden en er nog onvoldoende wordt gestuurd op het verkorten van doorlooptijden.'¹⁷⁰ Tussen snelheid en zorgvuldigheid kan een spanning bestaan. Die spanning werd in een eerdere evaluatie

¹⁶³ *Evaluatie Directie Toezicht Energie 2006, Kamerstukken II 2006/07, 30991, 2, bijlage 7, p. 49; Evaluatie Raad van Bestuur NMa 2010, p. 65.*

¹⁶⁴ *Evaluatie Raad van Bestuur NMa 2010, p. 65.*

¹⁶⁵ Wit 2004, p. 112.

¹⁶⁶ Wet van 25 juni 2014 tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht, *Stb.* 2014, 247.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II 2012/13, 33622, 3, p. 19.*

¹⁶⁸ *Kamerstukken II 2000/01, 21693, 56, p. 26.*

¹⁶⁹ Zie bijvoorbeeld NMa 2013, p. 60.

¹⁷⁰ *Evaluatieonderzoek ACM 2015, Kamerstukken II 2015/16, 25268, 132, bijlage, p. 24.*

ook gesignaleerd door partijen die een geschil hadden voorgelegd aan de Directie Toezicht Energie. Gebruikers van de nieuwe, snellere geschillenregeling die deze toezichthouder had ingevoerd, waren meer tevreden over de termijn van afdoening, maar minder tevreden over de zorgvuldigheid en de onderbouwing dan gebruikers van de oude regeling.¹⁷¹ In haar jaarverslag over 2014 meldde ACM er bij de behandeling van geschillen naar te streven 'dat betrokken partijen geen bezwaar of beroep aantekenen tegen de besluiten die ACM neemt naar aanleiding van ingediende geschillen.'¹⁷² Niet vermeld werd hoe vaak dit lukt.

Behalve als een snel en effectief alternatief voor een procedure bij de (civiele) rechter was de mogelijkheid van geschilbeslechting door de markttoezichthouder ook bedoeld als een handhavingsinstrument voor diezelfde toezichthouder. De OPTA heeft in ieder geval in de eerste jaren van haar bestaan gebruik gemaakt van geschilbesluiten om vage normen in de Telecommunicatiewet te concretiseren alvorens tot handhaving met behulp van andere, proactieve, instrumenten over te gaan. Danopoulos constateert in haar studie over geschilbeslechting door de OPTA: 'In de praktijk heeft de OPTA geschilbeslechting en beleidsvorming door elkaar heen laten lopen. De OPTA heeft haar beleidsvorming voor een belangrijk deel via geschilbesluiten ontwikkeld.'¹⁷³ In een studie uit 2004 wordt geconstateerd dat de keuze van de OPTA om de concretisering van wettelijke normen met name via geschilbesluiten te laten plaatsvinden, 'tot gevolg heeft gehad dat de handhaving van de wettelijke verplichtingen in feite op de tweede plaats werd gesteld. Doordat de nakoming van geschilbesluiten in de praktijk moeizaam verliep en met de diverse procedures veel tijd was gemoeid, heeft dit negatieve gevolgen voor de ontwikkeling van concurrentie gehad.'¹⁷⁴ In de literatuur worden dus kritische kanttekeningen bij het gebruik van geschilbeslechting als handhavingsinstrument geplaatst. In hoeverre deze kritiek wordt gedeeld door marktpartijen, hebben wij niet kunnen vaststellen.

Waarborging van de rechtsbescherming

In hoeverre hebben de betreffende marktautoriteiten of de wetgever maatregelen genomen om de rechtsbescherming van burgers en bedrijven te waarborgen? Op de besluitvorming door bestuursorganen zijn de regels van de Awb van toepassing. Dit geldt ook voor de geschilbesluiten van marktautoriteiten. In de Europese richtlijnen waarin de geschilbeslechtende bevoegdheden van toezichthouders hun oorsprong vinden, worden ook eisen gesteld aan de procedures voor geschilbeslechting, bijvoorbeeld dat de procedure gemakkelijk toegankelijk en transparant is en dat de tot geschilbeslechting bevoegde autoriteit onafhankelijk is. In sommige richtlijnen worden meer specifieke eisen gesteld dan in andere.¹⁷⁵

In de Elektriciteitswet 1998 koos de wetgever ervoor om de bevoegdheid tot het beslechten van geschillen en de toezichthoudende rol niet aan dezelfde instantie op te dragen. Zo zou de in Richtlijn 96/92/EG vereiste onafhankelijkheid van de tot geschilbeslechting bevoegde autoriteit gewaarborgd worden.¹⁷⁶ In de Gaswet daarentegen werden geschilbeslechting en toezicht bij één instantie ondergebracht. De Raad van State wierp in zijn advies de vraag op of de betreffende instantie, de NMa, in

¹⁷¹ *Evaluatie Directie Toezicht Energie 2006, Kamerstukken II 2006/07, 30991, 2, bijlage 7, p. 49-50.*

¹⁷² *Evaluatieonderzoek ACM 2015, p. 93-94.*

¹⁷³ Danopoulos 2009, p. 186.

¹⁷⁴ Ottow e.a. 2004, p. 52-53. Zie ook Steyger 2010.

¹⁷⁵ Zie voor voorbeelden Danopoulos 2009, p. 89 e.v.

¹⁷⁶ *Kamerstukken II 1997/98, 25621, 3, p. 45; zie ook Van Gastel-Goudswaard 2007.*

de praktijk door partijen als onafhankelijk zou worden beschouwd en adviseerde om een scheiding aan te brengen tussen geschilbeslechting, regulering en toezicht. De minister deelde de zorg van de Raad van State niet, onder meer omdat de geschilbeslechtende en de toezichtstaak in elkaars verlengde zouden liggen en in onafhankelijkheid van partijen zouden worden uitgeoefend. Ook merkte de minister op dat 'in het systeem van de wet de rechter uiteindelijk een definitief oordeel kan vellen.'¹⁷⁷ Doordat de NMa bepaalde taken mandateerde aan de nieuwe Dienst Toezicht energie werd alsnog een scheiding aangebracht tussen de regulering van de onderhandelde toegang tot de gasnetten en de beslechting van geschillen over toegang tot het gasnet.¹⁷⁸

Bij een wetswijziging enkele jaren later werden ook in de Elektriciteitswet geschilbeslechting, regulering en toezicht bij één instantie ondergebracht.¹⁷⁹ Wel staat sinds 1 juli 2005 in zowel de Elektriciteitswet als de Gaswet dat geschilbeslechtingswerkzaamheden niet mogen worden verricht door personen die betrokken zijn bij de vaststelling van tarieven en voorwaarden op grond van de Elektriciteitswet respectievelijk de Gaswet.¹⁸⁰ Kennelijk heeft de wetgever met deze personele scheiding tegemoet willen komen aan de eerdere kritiek van de Raad van State.¹⁸¹ In de juridische literatuur zijn overigens in meer algemene zin vraagtekens gezet bij de onafhankelijkheid van ACM en andere markttoezichthouders, met name de afhankelijkheid van de overheid. Zo is erop gewezen dat de afstand tot de overheid relatief gering is en dat er nauwelijks geformaliseerde criteria zijn voor de benoeming van de leden.¹⁸²

De OPTA en andere marktautoriteiten hebben procedureregelingen opgesteld voor de uitoefening van hun geschilbeslechtende bevoegdheid.¹⁸³ De OPTA beoogde met haar procedureregeling in de eerste plaats de transparantie voor partijen te vergroten. Daarnaast moest de regeling bijdragen aan een grotere efficiëntie van de geschilprocedure. De procedureregeling bevat onder meer bepalingen over de uitwisseling van informatie tussen de partijen en het college, de mogelijkheid om bepaalde informatie als vertrouwelijk aan te merken, termijnen voor repliek en dupliek, hoorzittingen en de mogelijkheid om getuigen en deskundigen mee te brengen. Naast de procedureregeling heeft de OPTA ook beleidsregels opgesteld die haar bevoegdheid tot geschilbeslechting inhoudelijk invullen.¹⁸⁴

¹⁷⁷ *Kamerstukken II 1998/99*, 26463, B, p. 2-3.

¹⁷⁸ Roggenkamp 2000.

¹⁷⁹ *Kamerstukken II 2003/04*, 29372, 3, p. 46. Zie ook De Rijke 2004, p. 307.

¹⁸⁰ Zie artikel 51, derde lid van de Elektriciteitswet en artikel 19, derde lid van de Gaswet.

¹⁸¹ Van Gastel-Goudswaard 2007, p. 123.

¹⁸² Van Eijk 2011; zie ook Lavrijssen 2015.

¹⁸³ Procedureregeling geschillen OPTA, *Stcrt.* 2001, 138; Procedureregeling geschillen en handhaving OPTA, *Stcrt.* 2005, 54; Beleidsregels van de directeur-generaal van de NMa en de directeur DTe met betrekking tot samenwerking bij de behandeling van verzoeken om geschillenbeslechting op grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, *Stcrt.* 2001, 168; Beleidsregel procedure geschillen Energie, *Stcrt.* 2004, 167

¹⁸⁴ Danopoulos 2009, p. 108.

3.3 Casus: Wet structurele maatregelen wanbetalers zorgverzekering

Met de per 1 september 2009 ingevoerde Wet structurele maatregelen wanbetalers zorgverzekering kreeg het Zorginstituut Nederland (destijds nog College voor zorgverzekeringen genoemd) een bijzondere bevoegdheid. Het Zorginstituut kan een 'bestuursrechtelijke premie' heffen van zorgverzekerden die door hun zorgverzekeraar als wanbetaler worden aangemeld en het kan deze premie zonder tussenkomst van een rechter laten inhouden op inkomensbronnen van de wanbetaler of bij dwangbevel invorderen. In feite zijn wanbetalerszaken daarmee overgeheveld van de civiele rechter naar een bestuursorgaan: voor de invoering van de wanbetalerswet hadden zorgverzekeraars een vonnis van de (kanton)rechter nodig om bijvoorbeeld beslag op de bankrekening van een wanbetaler te kunnen leggen. Zorgverzekeraars dragen wanbetalers nu over aan het Zorginstituut. Anders dan de rechter is het Zorginstituut echter niet bevoegd om te toetsen of een wanbetaler die door zijn zorgverzekeraar als zodanig is aangemeld ook werkelijk een wanbetaler is. De wetgever wilde voorkomen dat het Zorginstituut zich als bestuursorgaan zou moeten mengen in een 'in wezen privaatrechtelijke aangelegenheid'.¹⁸⁵ Een beroep op de bestuursrechter tegen heffingsbesluiten van het Zorginstituut wordt door de wanbetalerswet uitgesloten. Tegen inhoudingsbesluiten van het Zorginstituut staat wel bezwaar en beroep open.

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel werd opgemerkt dat de wetgever niet eerder voor een dergelijke overgang van een systeem van privaatrechtelijke premieplicht en -inning naar een bestuursrechtelijk premieregime had gekozen.¹⁸⁶ Het belangrijkste argument voor het toekennen van deze bijzondere bevoegdheid aan het Zorginstituut was het gebrek aan effectiviteit van de bestaande incassopraktijk. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel werd uiteengezet dat incasso en dwangvordering een duur en tijdrovend proces is, dat zonder preferentie ten opzichte van andere schuldeisers vaak weinig oplevert. Wanbetalers zouden bovendien weten dat de verzekering niet kan worden beëindigd wegens wanbetaling.¹⁸⁷

Met de wanbetalerswet werd beoogd 'aan zorgverzekeraars en hun verzekeringnemers mogelijkheden te bieden om in gevallen waarbij het betalen van de nominale zorgverzekeringspremie door de verzekeringnemer niet of niet meer regelmatig plaatsvindt, het betaalgedrag weer tot een regelmatig patroon terug te brengen.' Daartoe werden ook verplichtingen opgelegd aan zorgverzekeraars. Bij twee maanden betalingsachterstand moet de verzekeraar de verzekerde een betalingsregeling aanbieden; bij vier maanden betalingsachterstand moet de verzekeraar de wanbetaler waarschuwen voor het bestuursrechtelijke premieregime. De hoogte van de bestuursrechtelijke premie werd vastgesteld op 130% van de zogenaamde standaardpremie mede om de afschrikkende werking van het bestuursrechtelijke premieregime te versterken. De bestuursrechtelijke premie is bovendien preferent. Bij het in kaart brengen van de gevolgen van de 'overheveling' van wanbetalerszaken naar het Zorginstituut bleek het lastig om onderscheid te maken tussen gevolgen van 'sec' de overheveling en

¹⁸⁵ *Kamerstukken II 2008/09, 31736, 3, p. 16.*

¹⁸⁶ *Kamerstukken I 2008/09, 31736, E, p. 6.* Er zou instrumenteel wel enige gelijkenis bestaan met de inning van alimentatiebijdragen door het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen (LBIO). De Wet Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen trad op 1 januari 1997 in werking.

¹⁸⁷ *Kamerstukken II 2008/09, 31736, 3, p. 10.*

gevolgen die zijn toe te schrijven aan de wijze waarop het bestuursrechtelijke regime is uitgewerkt (met name de hoogte van en de preferentie van de bestuursrechtelijke premie) en de uitvoeringspraktijk.

Gevolgen

Naar de werking in de praktijk van de wanbetalerswet is het nodige onderzoek verricht. Dat onderzoek was echter niet specifiek op de gevolgen van het 'overhevelen' van wanbetalerszaken naar het Zorginstituut gericht. In het evaluatieonderzoek dat in 2011 in opdracht van het ministerie van VWS werd verricht, stond de effectiviteit van de regeling en de uitvoeringspraktijk centraal. De beoogde preventieve werking kon in de evaluatie worden aangetoond. Vooral de tweemaandsbrief (van de zorgverzekeraar aan de verzekerde) leek effect te sorteren. Bij wanbetalers die toch in het bestuursrechtelijke premieregime belandden, bleek de broninhouding wel te werken – die bij de SVB het meest, die bij werkgevers en het UWV in iets mindere mate – maar de incasso via het CJIB leverde veel minder op. Met betrekking tot de terugkeer naar het normale premieregime constateerden de onderzoekers dat die 'over de totale populatie bezien [...] zorgwekkend laag' was.¹⁸⁸

De gebrekkige effectiviteit was volgens deze en andere onderzoeken voor een belangrijk deel terug te voeren op de omstandigheid dat wanbetaling van de zorgverzekeringspremie vaak onderdeel is van een veel bredere schuldenproblematiek. De hoogte van de bestuursrechtelijke premie werkt bij deze wanbetalers averechts; de opslag van 30% gaat ten koste van hun eventuele aflossingscapaciteit.¹⁸⁹ Dit averechtse effect heeft echter weinig te maken met het 'overhevelen' op zichzelf; de wetgever had er ook voor kunnen kiezen om de opslag op de standaardpremie te gebruiken om de schuld bij de zorgverzekeraar af te lossen of om geen opslag toe te passen. In de op 1 januari 2016 in werking getreden Wet verbetering wanbetalersmaatregelen is de opslag gehandhaafd; wel maakt deze wet het mogelijk om bij ministeriële regeling de hoogte van de premie te bepalen en daarbij te differentiëren naar verschillende groepen wanbetalers.¹⁹⁰

Over de gevolgen en voor- en nadelen voor betrokken burgers en bedrijven valt uit de beschikbare onderzoeksbevindingen het volgende af te leiden. Als het Zorginstituut de bestuursrechtelijke premie geheel door broninhouding kan innen, heeft dat voor de betrokken wanbetalers als voordeel dat ze niet met (een veelvoud aan) bijkomende incassokosten worden geconfronteerd.¹⁹¹

Voor zorgverzekeraars heeft het overdragen van wanbetalers aan het Zorginstituut eveneens voordelen. Zij hoeven hierdoor in totaal minder incassokosten te maken. Het debiteurenrisico blijft voor hen beperkt tot zes maandpremies. Ze moeten wanbetalers die onder het bestuursrechtelijke premieregime vallen verzekerd houden, maar ter compensatie van de premiederving ontvangen ze een bijdrage ter grootte van de standaardpremie uit het Zorgverzekeringsfonds. Dit kan ook averechts werken. De Raad van State had in zijn advies bij het wetsvoorstel al gewaarschuwd dat 'elke prikkel voor een verzekeraar ontbreekt om te komen tot een daadkrachtig incassobeleid gedurende het eerste half jaar.'¹⁹² Dit werd bevestigd in het eerdergenoemde evaluatieonderzoek: 'In gevallen waar de betalingsdiscipline minder goed is en het volgen van het totale incassoprotocol met de nodige kosten

¹⁸⁸ *Evaluatie wanbetalersregeling* 2011, p. 7.

¹⁸⁹ *Evaluatie wanbetalersregeling* 2011, p. 45; Jungmann e.a. 2012, p. 89 e.v.

¹⁹⁰ Hiertoe is art. 18d Zorgverzekeringswet vervangen; *Kamerstukken II* 2012/13, 33683, 3, p. 17-18.

¹⁹¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 33683, 3, p. 10; zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, 916.

¹⁹² *Kamerstukken II* 2008/09, 31736, 4, p. 4.

gemoed gaat, lijkt een minder duidelijke prikkel in het systeem aanwezig om verzekeraars tot preventiebeleid te stimuleren.¹⁹³ In de op 1 januari 2016 in werking getreden Wet verbetering wanbetalersmaatregelen is de wanbetalersbijdrage daarom genormeerd naar de mate van de inspanningen die een zorgverzekeraar verricht.¹⁹⁴

De overheveling van wanbetalerszaken naar het Zorginstituut heeft ook gevolgen voor werkgevers van wanbetalers die in het bestuursrechtelijke premieregime belanden. Zij zijn verplicht tot inhouding van de bestuursrechtelijke premie op het loon van de werknemer. Een inhoudingsplichtige die de premie niet (geheel) heeft ingehouden, moet toch het gehele bedrag aan het Zorginstituut afdragen, maar kan het niet-ingehouden bedrag niet op de verzekeringnemer verhalen. Hiermee beoogde de wetgever een maximale prikkel voor werkgevers en andere inhoudingsplichtigen in te bouwen. Tijdens het wetgevingsproces maakten VNO-NCW en MKB-Nederland en de Commissie Regeldruk Bedrijven er bezwaar tegen dat werkgevers een rol zouden moeten spelen bij de inning van de bestuursrechtelijke premie.¹⁹⁵ Volgens de werkgeversorganisaties zouden de administratieve lasten voor de werkgevers aanzienlijk hoger uitvallen dan door de regering aangegeven. Ook meenden ze dat de werkgever-werknemer relatie vooral in kleine bedrijven zou kunnen worden geschaad als de werkgever op de hoogte wordt gebracht van privé-problemen van zijn werknemer en de werknemer moet korten op het loon. De minister was van mening dat de wanbetalerswet eerder tot substitutie dan tot een toename van de administratieve lasten voor werkgevers zou leiden, omdat de bestuursrechtelijke premie-inning door bronheffing veelal in de plaats zou komen van een loonbeslag dat volgt uit een incassoprocedure van de zorgverzekeraar.¹⁹⁶ In het evaluatieonderzoek is niet nagegaan in hoeverre de door werkgevers voorspelde gevolgen zich daadwerkelijk voordoen. Wel werd vastgesteld dat bovengenoemde prikkel niet werkt, omdat het in de praktijk onduidelijk is of openstaande vorderingen te wijten zijn aan fouten bij de inhoudingsplichtige of bij het Zorginstituut. Dit heeft voor de betrokken wanbetalers als negatief gevolg, dat de premieschuld kan oplopen zonder dat zij in de gelegenheid worden gesteld de premie te betalen.¹⁹⁷

De overheveling van wanbetalerszaken naar het Zorginstituut heeft ook gevolgen voor andere schuldeisers van wanbetalers, omdat de bestuursrechtelijke premie rechtstreeks op het inkomen in mindering kan worden gebracht. Het Zorginstituut gaat daarmee voor op andere beslagleggers. De Raad van State was in zijn advies over het wetsvoorstel kritisch over deze bevoorrechtiging: 'Voortdurende uitbreiding van de bevoorrechtiging van vorderingen leidt tot uitholling van het uitgangspunt van gelijkheid van crediteuren. Daarom dient terughoudend te worden omgegaan met het in het leven roepen van nieuwe preferente vorderingen en steeds zorgvuldig te worden afgewogen of het belang van de te bevoorrechtende crediteur moet opwegen tegen de verslechtering van de positie van de overige crediteuren. Gelet hierop acht de Raad de motivering voor de bevoorrechtiging in de toelichting onvoldoende.'¹⁹⁸ In het eerdergenoemde evaluatieonderzoek is niet naar de gevolgen voor andere schuldeisers gekeken. De bijzondere bevoegdheid van het Zorginstituut staat niet op zichzelf. De laatste jaren hebben diverse crediteuren nieuwe bijzondere bevoegdheden gekregen.¹⁹⁹ Uit een in opdracht van de beroepsorganisatie van gerechtsdeurwaarders uitgevoerd onderzoek bleek dat de

¹⁹³ *Evaluatie wanbetalersregeling* 2011, p. 33, 41. Zie ook SKGZ 2011, p. 32-33.

¹⁹⁴ *Stb.* 2015, 502.

¹⁹⁵ Brief van Commissie Regeldruk Bedrijven aan de minister van VWS d.d. 14 januari 2009, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2009/02/19/advies-zorgverzekeringwet-vws>.

¹⁹⁶ Bijlage bij *Kamerstukken I* 2008/09, 32736, E.

¹⁹⁷ *Evaluatie wanbetalersregeling* 2011, p. 21.

¹⁹⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31736, 4, p. 13.

¹⁹⁹ Zie Jungmann e.a. 2012, p. 18 voor een overzicht.

inzet van deze bijzondere bevoegdheden er onder meer toe leidt dat andere crediteuren opzij worden geduwd en dat er nieuwe of hogere schulden ontstaan bij andere crediteuren. Met name het MKB zou steeds vaker ‘achter in de rij en daarmee buiten spel’ staan bij het incasseren van zijn vorderingen. In het geval van de bestuursrechtelijke premie kan overigens ook een zorgverzekeraar die al beslag op het inkomen heeft gelegd voor de premieachterstand over de eerste zes maanden worden ‘verdrongen’ omdat het Zorginstituut voorgaat.²⁰⁰

Waarschijnlijk is het aantal procedures bij de kantonrechter ter incasso van achterstallige zorgverzekeringspremies wel sterk gedaald als gevolg van de bijzondere bevoegdheid van het Zorginstituut. Dat was ook de verwachting van de Raad voor de rechtspraak in zijn advies over het conceptwetsvoorstel.²⁰¹ Precieze cijfers hierover ontbreken doordat in de registratie van rechtbanken slechts de helft van de zaken een inhoudelijke typering meekrijgt, maar het is aannemelijk dat het aantal door zorgverzekeraars gestarte incassoprocedures met ongeveer de helft is afgenomen, zo concludeerden onderzoekers van het WODC.²⁰² De daling die zich na 2009 voordeed in het aantal civiele handelszaken bij de rechtbanken zou voor een groot deel op het conto van de wanbetalersregeling komen. Zowel volgens een medewerker van de rechtbank Gelderland die wij specifiek hierover raadpleegden als naar de mening van een van de geraadpleegde experts, zou ook de verhoging van de griffierechten kunnen hebben bijgedragen aan de daling. In het verleden zouden zorgverzekeraars vele incasso's hebben aangebracht waarbij de vordering erg laag (soms slechts enkele tientallen euro's) was. Dergelijke lage vorderingen zouden sinds de verhoging van de griffierechten veel minder voorkomen. Uit het eerdergenoemde WODC-onderzoek bleek echter dat de daling van het aantal civiele handelszaken al vóór de eerste ingreep in de griffierechten inzette.²⁰³

Rechtsbescherming

Het aspect van de rechtsbescherming heeft in het eerdergenoemde evaluatieonderzoek nauwelijks aandacht gekregen. Het Zorginstituut is als gezegd niet bevoegd om te toetsen of een wanbetaler die door zijn zorgverzekeraar als zodanig is aangemeld ook werkelijk een wanbetaler is. Is een wanbetaler eenmaal bij het Zorginstituut aangemeld, dan is het Zorginstituut verplicht de bestuursrechtelijke premie te heffen. Om te voorkomen dat ze ten onrechte als wanbetaler worden aangemeld, dienen verzekerden op tijd bij hun zorgverzekeraar te protesteren; als dat niets oplevert, kunnen ze zich wenden tot – naar eigen keuze – de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ) of tot de civiele rechter. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel verduidelijkte de minister dat een keuze voor de SKGZ betekent dat de verzekerde zich neerlegt bij het bindend advies dat de SKGZ zal uitbrengen; hij kan het geschil in principe niet meer aan de burgerlijke rechter voorleggen.²⁰⁴

Zowel de Raad van State als de Raad voor de rechtspraak plaatsten in hun adviezen bij het conceptwetsvoorstel kritische kanttekeningen bij de rechtsbescherming tegen een onterechte melding bij het Zorginstituut. Volgens de Raad van State bleek uit de toelichting niet dat een toetsing aan artikel 6 EVRM had plaatsgevonden bij de bepaling van het standpunt dat de civielrechtelijke mogelijkheden toereikend zijn. ‘Dit klemt temeer, nu volgens het voorstel geen beroep open staat tegen de premie-

²⁰⁰ Jungmann e.a. 2012, p. 98 e.v.

²⁰¹ Advies 2008-13 van 11 april 2008, p. 3.

²⁰² Eshuis & Van Tulder 2014, p. 11 e.v.; zie ook Eshuis, Dalm & De Jong 2014, p. 65 e.v.; Ter Voert & Klein Haarhuis 2015, p. 53.

²⁰³ Eshuis & Van Tulder 2014, p. 11.

²⁰⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31736, 6, p. 21.

beschikking, die het rechtstreeks gevolg is van de melding en bovendien tot een verzwaarde premielast leidt', aldus de Raad van State.²⁰⁵ Deze kritiek leidde tot een aanvulling van de toelichting. De Raad voor de rechtspraak plaatste een andere kanttekening bij het niet openstellen van bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de beschikking tot heffing en inning van de bestuursrechtelijke premie. Volgens de Raad was dit alleen gerechtvaardigd als het Zorginstituut geen enkele beleidsvrijheid zou hebben bij de acceptatie van de aanmelding van de zorgverzekeraar. De toelichting was volgens de Raad niet duidelijk over deze beleidsvrijheid, nu erin vermeld werd dat het bestuursorgaan niet in alle gevallen blindelings op de juistheid van de meldingen van de zorgverzekeraar af zou kunnen gaan en een marginale toets zou moeten uitvoeren. Ook deze kritiek leidde tot een aanvulling van de toelichting. De Raad voor de rechtspraak merkte verder op 'dat de voorgestelde regeling zwaar leunt op (de juistheid van) de informatie die de zorgverzekeraar aan het CVZ verstrekt, terwijl bijkomende waarborgen die de juistheid van die informatie zeker kunnen stellen, ontbreken. Zo hoeft de waarschuwing van de verzekeraar aan de verzekeringnemer/verzekerde niet aangetekend te worden verstuurd en is er derhalve ook geen zekerheid dat uitblijven van een reactie niet wordt veroorzaakt door het niet ontvangen hebben van die waarschuwing', aldus de Raad voor de rechtspraak.

De bevindingen van het in 2011 uitgevoerde evaluatieonderzoek tonen aan dat de laatste zorg van de Raad terecht was. Adresgegevens van wanbetalers bleken vaak niet te kloppen. De onderzoekers bevalen daarom aan om een 'bepaling omtrent het hebben van een toetsbaar contact met de wanbetaler (telefonisch gesprek of bezoek aan huis door verzekeraar, schuldhulpverlener, incassobureau of deurwaarder)' (terug) op te nemen in het incassoprotocol van zorgverzekeraars.²⁰⁶

Uit de bevindingen van het evaluatieonderzoek en van de SKGZ valt ook op te maken dat veel wanbetalers eenvoudigweg niet in staat zijn om tot een adequaat gebruik van de in de wanbetalerswet voorziene mogelijkheden tot rechtsbescherming te komen. Bij de SKGZ werden veel minder zaken ingediend dan waarop was gerekend. Een van de verklaringen die werden geopperd, was dat een deel van de wanbetalers de brieven van zorgverzekeraars niet goed leest of begrijpt, waardoor ze zich niet bewust zijn van de mogelijkheid om de kwestie aan de SKGZ voor te leggen.²⁰⁷ De SKGZ zelf constateerde dat wanbetalerszaken complexer zijn dan voorzien, onder meer omdat 'de discussie meestal niet [gaat] om de vraag of de verzekeraar de in de wet genoemde mededelingen heeft gedaan, maar of deze de betrokken verzekeringnemer ook hebben bereikt.' Veel wanbetalers voeren geen behoorlijke administratie en kunnen niet aangeven of zij de tweemaands- en de viermaandsbrief van de verzekeraar hebben ontvangen. 'De aanleiding de zaak voor te leggen is – anders dan aanvankelijk werd gedacht – meestal ook niet het tweemaandsaanbod of de viermaandswaarschuwing, maar de melding bij het College voor zorgverzekeringen of, in het verlengde daarvan, de inning van de bestuursrechtelijke premie', aldus de voorzitter van SKGZ.²⁰⁸

Samenvattend kan worden gesteld dat de mogelijkheden tot rechtsbescherming onvoldoende toegesneden zijn op de kenmerken van (een groot deel van) de doelgroep. Een vraag die hierbij rijst, is of dit heel anders is in incassoprocedures bij de kantonrechter. In deze procedures wordt meestal geen verweer gevoerd; de meeste vonnissen zijn verstekvonnissen, waarbij toewijzen van de vordering het uitgangspunt is.²⁰⁹ Dat neemt niet weg dat de verstekprocedure enkele waarborgen bevat die in de

²⁰⁵ *Kamerstukken II 2008/09, 31736, 4, p. 11.*

²⁰⁶ *Evaluatie wanbetalersregeling 2011, p. 60.*

²⁰⁷ *Evaluatie wanbetalersregeling 2011, p. 46.*

²⁰⁸ SKGZ 2011, p. 29.

²⁰⁹ Kramer e.a. 2012, p.

wanbetalersregeling ontbreken. Ten eerste biedt de betekening van de dagvaarding door de gerechtsdeurwaarder een grote mate van zekerheid dat de schuldenaar op de hoogte is van de procedure die tegen hem zal worden gevoerd en wat de gevolgen zijn als hij niet verschijnt. Ten tweede wijst de rechter de vordering van de schuldeiser slechts toe als de formaliteiten in acht zijn genomen en als de vordering aan minimale eisen van toewijsbaarheid voldoet. In een in 2011 gevoerd dossieronderzoek bleek in bijna een derde van de onderzochte zaken het verstekvonnis meer te bevatten dan de gebruikelijke standaardoverweging dat de vordering niet onrechtmatig of ongegrond voorkomt; in een kwart van de onderzochte gevallen leidde de toets ertoe dat een deel van de vordering wordt afgewezen. Ten derde – maar deze mogelijkheid wordt bijna nooit gebruikt – kan de schuldenaar na het verstekvonnis alsnog verzet instellen.²¹⁰

3.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is ingezoomd op verschillende voorbeelden van overheveling of verschuiving van taken of zaken van de civiele rechter naar bestuursorganen. In de periode rond de eeuwwisseling kreeg een aantal markttoezichthouders de bevoegdheid om bepaalde geschillen tussen private (markt)partijen te beslechten. Later kreeg het Zorginstituut onder meer de bevoegdheid om een 'bestuursrechtelijke premie' te innen van wanbetalers van de zorgverzekeringspremie. De argumenten voor het toekennen van geschilbeslechtende bevoegdheden aan marktautoriteiten kwamen deels overeen met die voor het introduceren van bestuurlijke boetes: geschilbeslechting door de toezichthouder zou sneller en effectiever zijn dan geschilbeslechting door de rechter en de toezichthouder beschikt over expertise die rechters niet hebben. Een ander argument was dat geschilbeslechting een instrument kan vormen bij het toezicht op de naleving van Europese en nationale regels door marktpartijen. Het belangrijkste argument voor de bijzondere bevoegdheid voor het Zorginstituut was het gebrek aan effectiviteit van de bestaande incassopraktijk.

In de juridische literatuur zijn veel kanttekeningen gemaakt bij de geschilbeslechtende bevoegdheden van markttoezichthouders, maar over de werking in de praktijk en de voor- en nadelen voor de betrokken marktpartijen is weinig bekend. De verwachting dat geschilbeslechting door toezichthouders een snel en effectief alternatief voor rechtspraak zou bieden, werd in ieder geval de eerste jaren niet waargemaakt. De uitkomsten van evaluaties van de 'wanbetalersregeling' wijzen eveneens op een gebrekkige effectiviteit. Die gebrekkige effectiviteit lijkt echter weinig te maken te hebben met het 'overhevelingsaspect' van de wanbetalerswet. Eenzelfde conclusie kan worden getrokken met betrekking tot de gevolgen en de voor- en nadelen voor betrokken burgers en bedrijven: ook die hingen niet zozeer samen met het 'overhevelen' op zichzelf alswel met de wijze waarop de regeling werd uitgewerkt en de wijze waarop ze wordt uitgevoerd.

De kanttekeningen in de juridische literatuur bij de geschilbeslechtende bevoegdheden van marktautoriteiten betreffen onder meer de onafhankelijkheid van deze bestuursorganen – met name ten opzichte van de overheid – en daarmee de rechtsbescherming van partijen. Om de onafhankelijkheid van de tot geschilbeslechting bevoegde autoriteit te waarborgen, koos de wetgever er nu eens voor om geschilbeslechting, regulering en toezicht niet aan dezelfde instantie op te dragen en dan weer

²¹⁰ Kramer e.a. 2012, p. 9-10, 52-52, 91-93.

om deze taken aan één instantie op te dragen en een personele scheiding binnen deze instantie voor te schrijven. De marktautoriteiten hebben zelf procedureregelingen opgesteld om de transparantie voor partijen te vergroten. Niet bekend is hoe deze regelingen door partijen worden gewaardeerd. In de wanbetalerswet heeft de wetgever ervoor gekozen om een beroep op de bestuursrechter uit te sluiten. Bij die keuze zijn destijds kritische vragen gesteld. Uit de beschikbare onderzoekgegevens blijkt dat de in de wet voorziene – civielrechtelijke – mogelijkheden tot rechtsbescherming onvoldoende zijn toegesneden op een groot deel van de doelgroep. Ook ontbreken enkele waarborgen die de incassoprocedure bij de kantonrechter wel biedt.

4 Verschuiving van civiele rechter en bestuursrechter naar geschillencommissies

In dit hoofdstuk staan die vormen van geschilbeslechting centraal waarin de rechter niet in eerste instantie geadieerd wordt c.q. kan of moet worden, maar een geschillencommissie.²¹¹ Allereerst wordt in algemene zin ingegaan op geschillencommissies (4.1). Daar komen ook twee geschillencommissies die in het inventariserende deel van dit rapport aan de orde kwamen uitgebreider aan bod. Een aparte beschouwing wordt gewijd aan de positie van geschillencommissies in relatie tot artikel 17 van de Grondwet in paragraaf 4.2. De gevolgen van verschuiving van de rechter naar geschillencommissies staan centraal in paragraaf 4.3. Na een kort overzicht van de op het terrein van het onderwijs bestaande geschillencommissies (4.4) staat tot slot de behandeling van een geschillencommissiecasus centraal: de casus Landelijke Commissie voor Geschillen Wet medezeggenschap onderwijs (LCG WMS) in 4.5.

4.1 Ontwikkeling geschillencommissies

In Nederland zijn in de loop der jaren talloze geschillencommissies in het leven geroepen die taken van de civiele en bestuursrechter ter zake van geschillen hebben overgenomen. Op civiel terrein is een geschillencommissie een instantie die beslist over zakelijke kwesties waar mensen het niet over eens kunnen worden.²¹² Een geschillencommissie beperkt zich gewoonlijk tot kwesties op een bepaald deskundigheidsgebied en wordt vaak ingesteld door een brancheorganisatie. Het werk van een geschillencommissie levert veelal een vorm van bindend advies (in een conflict) op, die wordt vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Geschillencommissies zijn er in eerste plaats om de gang naar de rechter in gevallen van conflict te beperken en derhalve de belangen van brancheorganisaties te behartigen jegens de consumenten.²¹³ Tegenover deze zienswijze kan gesteld worden dat het voor consumenten plezierig is om via laagdrempeliger en wellicht goedkopere weg een oplossing voor een consumentenprobleem te beproeven. Ook de Raad voor de rechtspraak vermeldt op zijn website dat Geschillencommissies er in de eerste plaats zijn om de gang naar de rechter in gevallen van conflict te beperken. Vergeleken met de gang naar de rechter is deze procedure voor beide partijen sneller en goedkoper, zo wordt gesteld. Een klant kan ook besluiten direct naar de rechter te gaan.²¹⁴ Het is voor de procedure bij de geschillencommissie niet nodig een advocaat in te schakelen en als voordeel wordt ook gemeld dat de commissie specifieke kennis van de branche heeft. De consument betaalt wel het zogenaamde klachtengeld; dat varieert per branche en ligt tussen de € 25,- en € 125,-.

²¹¹ Van Velthoven & Klein Haarhuis (2010) laten zien dat er een grote variëteit is aan instanties waar burgers met een juridisch probleem voor hulp kunnen aankloppen. Vaak wordt dan ook een oplossing gevonden vóórdat de gang naar de rechter nodig is. Slechts vijf procent van de geschillen die aan de rechter zouden kunnen worden voorgelegd, belandt ook werkelijk bij de rechter.

²¹² De algemene informatie over geschillencommissies is grotendeels geput van verschillende internetbronnen.

²¹³ <https://nl.wikipedia.org/wiki/Geschillencommissie>.

²¹⁴ <https://www.rechtspraak.nl/hoe-werkt-het-recht/oplossen-zonder-rechter/geschillencommissie>. In sommige gevallen verbindt de klant zich echter om de gang naar de rechter uit te sluiten of uit te stellen.

In voorgaande hoofdstukken zijn de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ)²¹⁵ en de Geschilleninstantie op basis van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) al aan de orde gekomen.²¹⁶ De SKGZ is in 2006 opgericht omdat de Zorgverzekeringswet (die op 1 januari 2006 van kracht werd) zorgverzekeraars de verplichting oplegt om aangesloten te zijn bij een onafhankelijke geschillencommissie die klachten van verzekerden over de uitvoering van deze wet in behandeling neemt.²¹⁷ Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Zorgverzekeringswet werd hiervoor gekozen omdat de toegang tot de burgerlijke rechter – die bevoegd is voor de geschillenbeslechting bij een privaatrechtelijke overeenkomst als de zorgverzekering – kostbaar is, omdat procedures bij de rechtbank lang kunnen duren en ook om de belasting van het rechterlijk apparaat zoveel mogelijk te beperken.²¹⁸ Alle in Nederland werkzame zorgverzekeraars zijn bij de SKGZ aangesloten. Onder de SKGZ vallen de ombudsman zorgverzekeringen en de geschillencommissie zorgverzekeringen. De geschillencommissie doet uitspraak bij wege van bindend advies. In plaats van naar deze geschillencommissie kan een verzekerde ook naar de rechter stappen, maar eenmaal de stap naar de geschillencommissie gezet, kan dat niet meer. De rechter kan de uitspraak van de geschillencommissie dan nog slechts marginaal toetsen.

Met de inwerkingtreding van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) per 1 januari 2016 is de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz), ingetrokken.²¹⁹ De Wkkgz verplicht zorgaanbieders om zich bij een erkende geschilleninstantie aan te sluiten. Deze geschilleninstantie is bevoegd over een geschil een uitspraak te doen bij wege van bindend advies alsmede een vergoeding van geleden schade toe te kennen tot in ieder geval € 25.000. De toelichting bij de derde nota van wijziging van de Wet cliëntenrechten zorg (Wcz), zoals het oorspronkelijke wetsvoorstel heette, vermeldt dat een uitspraak van de geschilleninstantie in beginsel voor beide partijen bindend is. De cliënt kan zelf kiezen of hij een schadeclaim aan de geschilleninstantie dan wel aan de burgerlijke rechter voorlegt. Als een cliënt zich na een uitspraak van de geschilleninstantie alsnog tot de rechter wendt, zal de rechter de zaak niet opnieuw inhoudelijk beoordelen, maar marginaal toetsen.²²⁰

De geschillencommissies hebben in de Wkkgz de taak een bindend advies te geven over klacht en claim. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer werd opgemerkt dat zowel het veld als de Raad van State waarschuwt voor de consequenties van de koppeling van beide, die bovendien nog eens heel verschillende expertises vragen. Zij vrezen juridisering en het bevorderen van een claimcultuur.²²¹ Ook werd aandacht gevraagd voor het feit dat het wetsvoorstel alleen iets zegt over de benoemingsprocedure van geschillencommissies, en dat er niets is geregeld over zaken als samenstelling, expertise, onafhankelijkheid en kwaliteit. Martens (CDA) vroeg voorts: ‘Hoe cliëntvriendelijk is het als een cliënt na een bindend advies de facto geen beroepsmogelijkheid meer heeft, omdat de rechter geacht wordt het bindend advies alleen procedureel te checken?’ Haar col-

²¹⁵ Zie nummer 10 in hoofdstuk 2.

²¹⁶ Zie nummer 15 in hoofdstuk 2.

²¹⁷ De Raad voor de rechtspraak ging in zijn advies over het wetsvoorstel Zorgverzekeringswet (advies 2004/18 van 17 mei 2004) niet op dit onderdeel van het wetsvoorstel in. Wel werden in het advies de in het wetsvoorstel gecreëerde bevoegdheden ten aanzien van handhaving, waaronder het opleggen van een bestuurlijke boete, behandeld.

²¹⁸ *Kamerstukken II 2003/04*, 29763, 3, p. 45.

²¹⁹ De Eerste Kamer heeft op 6 oktober 2015 Wkkgz aangenomen.

²²⁰ Bijlage bij *Kamerstukken II 2012/13*, 32402, 12.

²²¹ *Handelingen I*, 29 september 2015.

lega De Bruijn (VVD) herinnerde aan het doel van het wetsvoorstel, zijnde het meer cliëntgericht maken van de zorg, het voorzien in een laagdrempelige klachtenprocedure door informele klachtafhandeling en mediation, en het vergroten van de kwaliteit van zorg door meer openheid over – en het leren van – incidenten en klachten. De regering had diverse redenen om het wettelijk kader gericht op kwaliteit van zorg en klachten en geschillen aan te passen, bijvoorbeeld de in een groot aantal evaluaties negatief geëvalueerde toenmalige Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wklcz). Met name ervoeren cliënten klachtencommissies als partijdig, de behandeling van een klacht duurde te lang en het oordeel ‘gegrond’ of ‘ongeground’ werd als weinig bevredigend ervaren. De gang naar de burgerlijk rechter vormde vaak geen alternatief vanwege financiële en procedurele redenen, zo bleek uit deze studies.²²² Over het wetsvoorstel Wkkgz oordeelde Smits dat het de cliënt voldoende waarborgen bood om voor zijn cliëntrechten op te komen, waardoor zijn rechtspositie werd verbeterd. Bestaande knelpunten in de praktijk zouden volgens hem door het wetsvoorstel grotendeels worden opgelost.²²³

Om een beeld te krijgen van de gevolgen van het toekennen van rechterlijke taken aan geschillencommissies voor burgers en bedrijven is het zinvol hier ook kort in te gaan op het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid), een van de grootste en bekendste geschillencommissies in de sector van de financiële dienstverlening. Kifid is een – naar eigen zeggen - onpartijdig loket voor het beslechten van klachten en geschillen tussen consumenten en financiële dienstverleners. In 2014 werden 7095 klachten ontvangen. Wanneer een klacht behandelbaar is, dan probeert de Financiële Ombudsman te bemiddelen tussen de klager en de financiële dienstverlener. Lukt dat niet of vindt de Ombudsman dat bemiddeling geen zin heeft, dan neemt de Geschillencommissie een beslissing. Kifid is een initiatief van marktpartijen en ministerieel erkend. Het instituut biedt volgens eigen informatie op de website een aantrekkelijk alternatief voor de gang naar de rechter. De onafhankelijkheid van Kifid en de onpartijdigheid van de geschillenbeslechte worden gewaarborgd door de statuten, die zijn goedgekeurd door de minister van Financiën. De *compliance*, de regelgeving en de financiering van het instituut staan onder toezicht van de minister van Financiën. In 2011 was aan de orde dat toenmalig minister Jager zou bezien of de organisatie omgezet zou moeten worden in een ZBO, een zelfstandig bestuursorgaan, waarbij hij onder meer aandacht zou besteden aan de financiële, organisatorische en juridische consequenties van het instellen van een separate publiekrechtelijke Ombudsman voor de financiële sector.²²⁴ Deze veranderingen zijn vooralsnog niet ingevoerd en evenmin is duidelijk wat de impact daarvan zou zijn voor burgers en bedrijven.

Uitgangspunt bij de geschillenbeslechting door Kifid is dat zij recht spreekt op basis van bindend advies.²²⁵ Sommige uitspraken zijn altijd niet-bindend doordat het Reglement dit bepaalt. Als een partij het niet eens is met het bindend advies van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, dan staat onder voorwaarden hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Het moet dan bijvoorbeeld gaan om klachten met een financieel belang van € 25.000 of meer. Ook kan deze partij naar de rechter stappen voor een *marginale* toetsing. Dat houdt in dat de rechter nagaat of het advies juist tot stand is gekomen en of het voldoende is gemotiveerd; een inhoudelijke toets is niet mogelijk. Tegen een niet-bindend advies van de Geschillencommissie staat in beginsel

²²² *Handelingen I*, 29 september 2015, p. 2-8-6.

²²³ Smits 2014.

²²⁴ <http://www.findinet.nl/news/bedrijfsvoering/wetenswaardigheden/kifid-stelt-minister-gerust/>

²²⁵ <https://www.kifid.nl/dienstverleners/bindend-niet-bindend>

geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep. Een niet-bindend advies kan *wel* inhoudelijk aan de rechter worden voorgelegd.

*Verskillende geschillencommissies*²²⁶

Vaak is een van de partijen lid van een brancheorganisatie die een geschillencommissie verplicht stelt. Een geschillencommissie kan alleen optreden, als beide partijen zich aan de uitspraak van de geschillencommissie verbonden hebben. Dat kan het geval zijn doordat partijen zich hebben verbonden aan algemene voorwaarden waarin dat staat opgenomen, doordat partijen een contract hebben, waarin een dergelijke bepaling is opgenomen of doordat partijen daarover een afzonderlijke afspraak hebben gemaakt. In Nederland zijn er veel geschillencommissies voor consumentenzaken. Daarnaast zijn er onder meer Geschillencommissies voor geschillen tussen werknemers en werkgevers of tussen ambtenaren en de overheid. Dergelijke geschillencommissies worden vaak ingesteld in het kader van een CAO, om geschillen over de toepassing van de CAO-regels op te lossen.

Veel geschillencommissies voor consumentenzaken zijn aangesloten bij de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC).²²⁷ De SGC en de Stichting Geschillencommissie voor Beroep en Bedrijf (SGB), die sinds 1999 klachten en geschillen tussen bedrijven onderling behandelt, handelen onder één naam: 'De Geschillencommissie'. De SGC bestaat sinds 1970 en heeft veel ervaring met het oplossen en beoordelen van klachten en geschillen. Er zijn op dit moment ruim vijftig geschillencommissies. Alle geschillencommissies zijn door de overheid goedgekeurd. Dit betekent volgens de informatie op de eigen website dat er een goede transparante procedure is en dat de beslissingen onpartijdig zijn. Voorts wordt vermeld: 'De geschillencommissies voldoen aan alle nationale en internationale regels. Voordat er een nieuwe geschillencommissie opgericht wordt, zal in de regel eerst overleg plaatsvinden bij de Sociaal-Economische Raad (SER) over de algemene voorwaarden voor consumenten. In alle gevallen is de Consumentenbond hierbij betrokken. Daarnaast kan ook aan organisaties als ANWB of Vereniging Eigen Huis om advies gevraagd worden.'

De Rijksoverheid verwijst zelf actief naar geschillencommissies en geeft op internet voorlichting over de vraag wanneer een burger een klacht kan indienen bij De Geschillencommissie. Gemeld wordt dat voor de behandeling van klachten geen rechtshulp nodig is en dat de kosten verschillen per geschillencommissie en variëren tussen de € 25 en € 125.²²⁸ Over de beslissing van de Geschillencommissie bericht de overheid als volgt:

'Heeft u een zaak ingediend, dan hoort De Geschillencommissie beide partijen op een zitting. Daarna doet de commissie uitspraak. Deze uitspraak is bindend en er is geen beroep mogelijk. Bent u het niet eens met de beslissing van De Geschillencommissie? U kunt de zaak dan binnen twee maanden voorleggen aan de rechter. De rechter behandelt de zaak niet inhoudelijk, maar kijkt alleen of alle procedures zorgvuldig zijn toegepast.'

²²⁶ Diverse internetbronnen maken bijvoorbeeld melding van de Geschillencommissie Energie en Water en Geschillencommissies voor huurders en aanvragers van woonruimte.

²²⁷ De SGC is door de minister aangewezen bij het Besluit van de Minister van Veiligheid en Justitie van 9 december 2015, nr. 710127 houdende aanwijzing van de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken als instantie tot gerechtelijke geschillenbeslechting in de zin van de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten (Aanwijzingsbesluit Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken).

²²⁸ www.rijksoverheid.nl/onderwerp/bescherming-van-consumenten/vraag.

Zo bezien doet de gang naar een geschillencommissie afbreuk aan de mogelijkheid om een geschil aan de rechter voor te leggen. Omdat de procedure meestal is vormgegeven als een bindendadviesprocedure is de uitkomst te beschouwen als een vaststellingsovereenkomst die voor de overheidsrechter maar beperkt toetsbaar is.²²⁹ Een nadeel zou dan kunnen zijn dat ‘vrije jurisprudentievorming door de overheidsrechter’ daarmee wordt tegengegaan. Hiermee stuiten we op de vraag of een wettelijk verplichte geschillencommissie in strijd is met het recht op toegang tot de rechter.

4.2 Geschillencommissie in strijd met artikel 17 Grondwet?

Artikel 17 van de Grondwet luidt: ‘Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.’ Wettelijk verplichte aansluiting bij een geschillencommissie die bindende uitspraken doet, zou in strijd met dit artikel kunnen zijn.²³⁰ Als zodanig levert het wettelijk verplichten van een buitengerechtelijke geschillenregeling geen strijd op met artikel 17 Gw. Dat is pas het geval als een consument of ondernemer daadwerkelijk afgehouden wordt van de overheidsrechter. Wanneer sprake is van niet-bindende uitspraken door de geschillencommissie dan is daarvan geen sprake. Beide partijen kunnen de uitkomst van de buitengerechtelijke procedure naast zich neerleggen en de kwestie aan de rechter voorleggen. De rechter beoordeelt de kwestie dan in volle omvang. Ook als aan partijen de keuze wordt gelaten om geschillen bindend of niet-bindend te laten beslechten, is er geen strijd met het recht op toegang tot de rechter.²³¹ Bij een wettelijk verplichte aansluiting bij een geschillencommissie die alleen bindende uitspraken doet kan dit anders liggen. Als de ondernemer verplicht is aangesloten dan betekent dat nog niet dat de consument ook van de geschillencommissie gebruik moet maken: de consument kan gewoon naar de rechter en als de ondernemer naar de commissie wil stappen moet de consument daar mee instemmen. Stapt de consument naar de commissie en krijgt daar een bindend advies, dan rest de ondernemer slechts een gang naar de rechter die marginaal zal toetsen. Er zijn allerlei variaties op dit thema te schetsen omdat de wetgeving met betrekking tot de diverse geschillencommissies niet eensluidend is.

Hier moet ook gewezen worden op de ADR-richtlijn zoals die is geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving door de Implementatiewet buitengerechtelijke geschilbeslechting consumenten.²³² De ADR-richtlijn kent in zijn overwegingen een verwijzing naar artikel 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, een bepaling die vergelijkbaar is met artikel 17 Gw. Uit deze overwegingen blijkt dat alternatieve geschillenbeslechting door de wetgever verplicht gesteld mag worden, maar dat als gevolg van die verplichting betrokken partijen niet afgehouden mogen worden van de rechter. Alle financiële dienstverleners zijn verplicht aangesloten bij een geschillencommissie. Het Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid) is de enige door de minister erkende geschilleninstantie op dit terrein. Kifid doet slechts bindende uitspraken als zowel consument als dienstverlener daarmee instemt. De vrijwilligheid is een vereiste omdat de marginale toetsing door de rechter onvoldoende werd geacht om strijd met artikel 17 Gw weg te nemen.²³³

²²⁹ Zie Aarts 2005, p. 70, die verwijst naar artikel 904 van boek 7 BW.

²³⁰ Zie over dit thema Krijnen 2015, p. 264-271.

²³¹ Krijnen 2015, p. 264.

²³² Het gaat om Richtlijn 2013/11/EU en de Implementatiewet buitengerechtelijke geschilbeslechting consumenten.

²³³ Krijnen 2015, p. 269.

Dit ligt anders bij de Wet Kinderopvang en kwaliteitstoetsen peuterspeelzalen waarin is voorzien in verplichte aansluiting bij een erkende geschillenregeling. De enige erkende geschillenregeling is de Geschillencommissie Kinderopvang bij de SCG, waarbij bindend advies standaard wordt toegepast.²³⁴ De Raad van State achtte het voorstel voor de ondernemer (houder van een kindercentrum of gastouderbureau) een ‘geringe’ beperking van het recht op toegang tot de rechter, hetgeen mogelijk strijd oplevert met artikel 47 EU-Handvest. In dit geval echter vond de indiener, minister Asscher, geen strijd met de Richtlijn aanwezig en oordeelde dat de mogelijkheid van marginale toetsing door de rechter een doeltreffend systeem van geschilbeslechting opleverde.²³⁵ Dit standpunt werd door de Raad van State in een nader advies aanvaardbaar geacht, vooral omdat de rechtspositie van de ouders werd verbeterd.

Hoe verschillend de diverse wettelijke regelingen ook uitpakken, een wettelijke verplichting tot bindende geschillenbeslechting moet goed beargumenteerd worden. Behoeftte aan laagdrempeligheid en snelheid zijn goede motieven, maar of ze voldoende zijn om een (al dan niet geringe) inbreuk op een grondrecht te rechtvaardigen is geen uitgemaakte zaak.

4.3 Gevolgen verschuiving naar geschillencommissies

Na voorgaande inleiding kan een eerste antwoord op de onderzoeksvraag naar de gevolgen van de overheveling naar geschillencommissies voor burgers, bedrijven en de samenleving worden gegeven. De vraag in hoeverre de betreffende niet-rechterlijke organen maatregelen nemen om de rechtsbescherming van burgers te waarborgen en om welke maatregelen het gaat kan voor consumenten-geschillen als volgt beantwoord worden. De Europese Commissie, de lidstaten en het Europese parlement hebben zich de afgelopen jaren gebogen over de vraag hoe het vertrouwen van de consument in geschilbeslechting kan worden bevorderd. De Europese richtlijn ADR consumenten schrijft minimale waarborgen voor waaraan een buitengerechtelijke geschillenprocedure moet voldoen. Nederland heeft de kwaliteitseisen genoemd in de richtlijn ADR consumentengeschillen omgezet naar nationale wetgeving en daarmee voldaan aan de implementatieverplichting van de richtlijn ADR consumentengeschillen.²³⁶ Het doel van de richtlijn is het versterken van de consumentenrechten en de goede werking van de interne markt te bevorderen. Dat heeft erin geresulteerd dat de nodige waarborgen in de wet zijn opgenomen. Zo bepaalt artikel 5 lid 1 van de Implementatiewet buitengerechtelijke geschilbeslechting consumenten het volgende:

‘De noodzakelijke deskundigheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de met de buitengerechtelijke geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen wordt gewaarborgd door de instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting, die ervoor zorg draagt dat die personen:

²³⁴ Krijnen 2015, p. 269.

²³⁵ Kamerstukken II 2014/15, 34045, 3, p. 2; ‘Het onderhavige wetsvoorstel is in lijn met Richtlijn 2013/11/EU van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (Richtlijn ADR consumenten) (PbEU 2013, L 165)’ respectievelijk p. 8: ‘Hiermee ontstaat een doeltreffend systeem van geschilbeslechting met mogelijkheid van toetsing van het bindend advies door de rechter als waarborg voor de kwaliteit daarvan.’

²³⁶ Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten, geldend vanaf 09-07-2015.

- a. over de noodzakelijke kennis en vaardigheden beschikken op het gebied van buitengerechtelijke of gerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, alsmede over een algemeen begrip van het recht;*
- b. worden aangewezen voor een ambtstermijn die voldoende lang is om de onafhankelijkheid van hun optreden te verzekeren en dat zij niet zonder geldige reden van hun taken kunnen worden ontheven;*
- c. niet gehouden zijn instructies van een van beide partijen of hun vertegenwoordigers aan te nemen;*
- d. een vergoeding ontvangen die niet met de uitkomst van de procedure verband houdt;*
- e. de instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting onverwijld in kennis stellen van alle omstandigheden die van invloed kunnen zijn, of kunnen worden gezien als zijnde van invloed, op hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid of aanleiding kunnen geven tot een belangenconflict met een van de partijen bij het geschil dat hun ter beslechting wordt voorgelegd. De verplichting tot openbaarmaking blijft gedurende de gehele procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting bestaan.'*

Volgens de informatie op de eigen website van De Geschillencommissie zijn alle geschillencommissies door de overheid goedgekeurd.²³⁷ Dit betekent volgens De Geschillencommissie dat er een goede transparante procedure is en dat de beslissingen onpartijdig zijn. Expliciet wordt gemeld dat de geschillencommissies voldoen aan alle nationale en internationale regels. De informatie op de website vermeldt voorts: 'Voordat er een nieuwe geschillencommissie opgericht wordt, zal in de regel eerst overleg plaatsvinden bij de Sociaal-Economische Raad (SER) over de algemene voorwaarden voor consumenten. In alle gevallen is de Consumentenbond hierbij betrokken. Daarnaast kan ook aan organisaties als ANWB of Vereniging Eigen Huis om advies gevraagd worden.' Over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid is op de site te lezen dat de gebruiker er recht op heeft dat zijn klacht door een onafhankelijke en onpartijdige commissie wordt behandeld: 'De Stichting zorgt ervoor dat dit gebeurt door alleen voorzitters en commissieleden te benoemen, wanneer zij beloven geschillen onafhankelijk en onpartijdig te behandelen.' Een commissie die een geschil behandelt, bestaat uit drie personen: een voorzitter, die door de Stichting is gekozen, een lid voorgedragen door een consumentenorganisatie (bij een geschillencommissie voor consumentenzaken) óf een lid voorgedragen door een ondernemersorganisatie (bij een geschillencommissie voor zakelijke geschillen) en een lid voorgedragen door een brancheorganisatie. Er is ook voorzien in een wrakingsprocedure.

Raadpleging van diverse websites van geschillencommissies laat zien dat de commissies voldoen aan wettelijke eisen zoals voor publiek toegankelijke bekendmaking van hun activiteiten en procedurevoorschriften. Papier en websites zijn geduldig en zeggen nog weinig over de praktijk. Voor een evaluatie van De Geschillencommissie kan worden teruggegrepen op een onderzoek dat het WODC in 2009 uitvoerde naar deze non-profitinstelling.²³⁸ Uit het onderzoek blijkt dat de kosten, snelheid en eenvoud van de procedure voor consumenten vaak als reden worden genoemd om naar De Geschillencommissie te stappen en niet naar de rechter. Over het geheel genomen krijgen eenvoud en kosten van consumenten en ondernemers een (ruime) voldoende, maar ligt de waardering van de snel-

²³⁷ www.Degeschillencommissie.nl

²³⁸ Klapwijk & Ter Voert 2009.

heid lager.²³⁹ Met betrekking tot de onpartijdigheid en onafhankelijkheid is in het WODC-onderzoek vastgesteld dat die in de regels gewaarborgd zijn, maar hoe ze gewaardeerd worden door consumenten blijkt sterk samen te hangen met het feit of de consument de zaak gewonnen of verloren heeft. Degenen die verloren hebben vinden vaker dat de commissie partijdig was. In het algemeen vindt ongeveer 46 procent van de consumenten en 55 procent van de ondernemers de commissie onpartijdig. Ook de waardering van andere aspecten van de kwaliteit (transparantie, deskundigheid, kwaliteit uitspraken en doeltreffendheid) blijkt samen te hangen met het resultaat dat het indienen van het geschil heeft opgeleverd. De WODC-onderzoekers zijn ook nagegaan of voor de bepaling van de impact van de overheveling een indicatie gevonden kon worden door de gevallen van marginale toetsing van uitspraken door de rechter te bezien. Zij stelden vast dat er in de periode januari 2005 tot juli 2008 (voor zover bekend) dertien zaken ter toetsing aan de rechter waren voorgelegd. Hier van doorstonden acht zaken de toetsing door de rechter, terwijl in vier zaken het bindend advies werd vernietigd. In één zaak is het bindend advies in eerste instantie in stand gebleven, maar in hoger beroep door het gerechtshof alsnog vernietigd. Harde conclusies zijn aan dit resultaat niet te verbinden, zoals ook in rechterlijke procedures het aantal en de uitkomst van de hoger beroepen geen betrouwbare indicatie opleveren voor de kwaliteit van de oordelen in eerste aanleg. In 2015 wordt door onderzoekers een opvallende ontwikkeling waargenomen, namelijk een daling van de instroom van zaken bij De Geschillencommissie voor Consumentenzaken. Dit is te meer opvallend omdat door de jaren heen het aantal geschillencommissies is toegenomen. In haar Jaarverslag 2012 noemt De Geschillencommissie als mogelijke oorzaak voor deze daling dat door de economische crisis minder transacties plaatsvinden, maar ook dat veel ondernemers klachten proberen te voorkomen.²⁴⁰ Een oorzaak wordt vooralsnog niet gezocht in een door consumenten mogelijk ervaren gebrek aan onafhankelijkheid van de geschillencommissies. Die kwestie speelde enkele jaren geleden uitdrukkelijk wel bij Kifid, blijkens ter zake gestelde Kamervragen. Toenmalig minister De Jager antwoordde dat hij op dat moment geen reden had om te twijfelen aan de onafhankelijkheid van het instituut mede in het licht van het feit dat binnen Kifid een evaluatie gaande was.²⁴¹ Toen hetzelfde Kamerlid in 2013 vragen stelde over de mogelijkheid voor financieel dienstverleners om adviezen van Kifid als niet-bindend te aanvaarden, antwoordde toenmalig minister van Financiën, Dijsselbloem, dat Kifid een belangrijke taak vervult, namelijk het bieden van *een laagdrempelig alternatief voor de consument, tegen lage kosten, voor de behandeling van klachten over financiële producten en – diensten*. In de financiële sector zijn financiële dienstverleners verplicht zich aan te sluiten bij een door de minister erkende en met de nodige waarborgen omklede geschilleninstantie, in dit geval Kifid. Op deze manier wordt geborgd dat consumenten in ieder geval de mogelijkheid hebben om hun klacht over een financieel product of een financiële dienst voor te leggen aan een laagdrempelig hoogwaardig klachteninstituut als Kifid, aldus de minister. Hij voegde daaraan toe: 'Dat neemt niet weg dat consumenten en ook financiële dienstverleners het recht hebben om een geschil voor te leggen aan de rechter. Dit volgt uit artikel 17 van de Grondwet, waarin is bepaald dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter. Buitengerechtelijke geschillenbeslechting kan daarom niet bindend opgelegd worden, tegen de wil van partijen.'²⁴²

²³⁹ Klapwijk & Ter Voert 2009, p. 9.

²⁴⁰ Ter Voert & Klein Haarhuis 2015, p. 38-39.

²⁴¹ Brief van de minister van Financiën d.d. 14 april 2010, kenmerk FM/2010/3933 U. Een rapportage over de Evaluatie van Kifid door een externe instantie is overigens niet aangetroffen op internet.

²⁴² Brief van de minister van Financiën (Dijsselbloem) d.d. 8 mei 2013, kenmerk FM/2013/799 U.

Vastgesteld kan worden dat er veel gedaan wordt om waarborgen te scheppen voor het volwaardig en voor de betrokken partijen aantrekkelijk functioneren van geschillencommissies. Tegelijkertijd is er weinig bekend over de eventuele gevolgen van de 'ultimum-remedium-opvatting' die door de overheid wordt uitgedragen evenals over de gevolgen van de druk en aanbevelingen onder andere op de site van de Raad voor de rechtspraak om van de rechter weg te blijven.

4.4 Geschillencommissies in het onderwijs

In het eerste deel van dit rapport kwam het wetsvoorstel versterking bestuurskracht van onderwijsinstellingen al aan bod. Dit wetsvoorstel is op 16 februari 2016 aangenomen door de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel bevat belangrijke wijzigingen in de Wet medezeggenschap op scholen (WMS). In de Tweede Kamer is uitgebreid gedebatteerd over het wetsvoorstel en er is een groot aantal amendementen en moties ingediend. Alle aangenomen amendementen zijn verwerkt in een gewijzigd voorstel van wet dat naar de Eerste Kamer is gestuurd.²⁴³ Als de Eerste Kamer het voorstel aanneemt, worden de wijzigingen doorgevoerd in de WMS. Het streven is (nog steeds) dat de nieuwe wet in werking treedt per 1 augustus 2016.

Het wetsvoorstel regelt dat de bevoegdheid van de LCG WMS wordt uitgebreid en de rol van de Ondernemingskamer wordt gewijzigd. Nalevingsgeschillen in het funderend onderwijs zullen niet langer door de Ondernemingskamer worden behandeld, maar door de LCG WMS. Daarmee zullen alle medezeggenschapsgeschillen in eerste instantie bij de LCG WMS terecht komen en zal de Ondernemingskamer alleen als beroepsinstantie blijven fungeren.

De Ondernemingskamer krijgt wel een ruimere beoordelingsbevoegdheid doordat het voorschrift in de WMS dat de Ondernemingskamer alleen toetst of de LCG WMS de WMS juist heeft toegepast, wordt geschrapt. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid voor medezeggenschapsraden om de rechter te verzoeken een executoriale titel te verlenen aan de uitspraak van de LCG WMS en kent het de LCG WMS de mogelijkheid toe een dwangsom te verbinden aan haar uitspraak. Als dit voorstel wet wordt, zullen de bevoegdheden van de LCG WMS dichter tegen die van een gerechtelijke instantie aan komen te liggen en zullen bepaalde geschillen, die nu nog in eerste (en enige) aanleg door de Ondernemingskamer worden behandeld, in eerste instantie bij de LCG WMS terecht komen. Met deze verplichte (eerste) gang naar de geschillencommissie wordt in dit wetsvoorstel voor een verdergaande vorm van overheveling gekozen dan gebruikelijk is bij geschillencommissies. De gang naar de rechter in eerste aanleg wordt hiermee immers geheel afgesloten.

De memorie van toelichting gaat als volgt in op bovenstaande verandering:

'Een tweede type aanpassingen in de WMS betreft de beslechting van nalevingsgeschillen. De MR en het bevoegd gezag moeten nu nog voor verschillende geschillen naar verschillende instanties: voor instemmings- en adviesgeschillen alsmede interpretatiegeschillen naar de Landelijke Commissie voor geschillen WMS (LCG WMS) en voor nalevingsgeschillen naar de Ondernemingskamer (OK). Dat is onpraktisch. De diverse typen van geschillen zijn namelijk niet altijd duidelijk van elkaar te onderscheiden. Ook heeft het bestaan van twee 'loketten' soms tot gevolg dat een geschil moet worden opgeknipt in een deel voor de LCG WMS en een deel voor de OK. Om aan deze on-

²⁴³ Kamerstukken I 2015/16, 34251, A.

*wenselijke situatie een einde te maken, regelt het wetsvoorstel dat de geschillenbeslechting als geheel in eerste aanleg wordt belegd bij de LCG WMS. Een ander manco in de WMS is dat er geen goede regeling is om de nakoming af te kunnen dwingen van uitspraken van de LCG WMS. De MR krijgt daarom de mogelijkheid om de nietigheid van onterecht genomen bestuursbesluiten in te roepen. Tevens wordt voorzien in een executoriale titel voor de uitvoering van besluiten van deze commissie.*²⁴⁴

Het doel van de voorgestelde wijziging is het wegnemen van onnodige drempels voor geschillenbeslechting bij medezeggenschapsaangelegenheden ingevolge de WMS, waardoor de Medezeggenschapsraad (MR) beter in positie wordt gebracht. Voor medezeggenschapsgeschillen moet de MR ten behoeve van een *uniforme en eenvoudige* procedure naar één loket kunnen in plaats van naar twee, zoals nu.²⁴⁵ Opvallend is dat de mogelijkheid om de geschillenbeslechtingstaak in zijn geheel naar de Ondernemingskamer te verschuiven niet ter sprake is geweest. De wetgever is – in ieder geval op dit terrein – kennelijk geneigd om taken eerder bij de rechter weg te halen dan diens taak uit te breiden. Daarnaast wordt voorgesteld de LCG WMS ook de bevoegdheid te geven een dwangsom te verbinden aan haar uitspraken. Gezien de verzwarende van de taken van de LCG WMS, waarbij de bevoegdheden dichter komen aan te liggen tegen die van een gerechtelijke instantie, acht de regering het noodzakelijk dat de voorzitter en plaatsvervangend voorzitter van de LCG WMS tevens voldoen aan de benoemingsvereisten voor rechterlijk ambtenaar, met rechtspraak belast.²⁴⁶ Met name de laatste zin uit de Memorie van Toelichting illustreert dat hier – ook in de ogen van de bewindslieden – duidelijk sprake is van overheveling/verschuiving van taken van de rechter naar een geschillencommissie. Bij de beschrijving van de onderwijskasus hierna wordt daarop teruggekomen.

Andere Geschillencommissies in het onderwijs

Het aantal geschillencommissies in het onderwijs is talrijk.²⁴⁷ Alleen al bij de Stichting Onderwijsgeschillen te Utrecht zijn tweeëntwintig commissies ondergebracht. Dat geldt ook voor de reeds genoemde en hierna bij de casusbeschrijving uitvoerig aan de orde komende Landelijke geschillencommissie WMS (LCG WMS). Daarnaast bestaan nog tal van geschillencommissies die zijn ingericht door besturenorganisaties (Verus, ISBO, VBS) en landelijke, sectorale verenigingen voor schoolbesturen (po-raad, vo-raad, mbo-raad, vereniging hogescholen en vsnu).²⁴⁸

Naast de Landelijke klachtencommissie Onderwijs (LKC) is met name de Geschillencommissie passend onderwijs (GPO), die met de inwerkingtreding van de Wet passend onderwijs per 1 augustus 2014 in het leven is geroepen, van belang. Ouders van leerlingen in het primair onderwijs, voortgezet onderwijs en het (voortgezet) speciaal onderwijs (cluster 1, 2, 3 en 4) kunnen bij de Geschillencommissie passend onderwijs (GPO) een geschil indienen tegen het schoolbestuur over: 1) (de weigering van) toelating van leerlingen die extra ondersteuning nodig hebben, 2) de verwijdering van alle leerlingen en 3) de vaststelling en bijstelling van het ontwikkelingsperspectief voor leerlingen die extra ondersteuning nodig hebben. Afhankelijk van de vraag of het gaat om een bijzondere of openbare

²⁴⁴ Kamerstukken II 2014/15, 34251, 3, p. 3.

²⁴⁵ Kamerstukken II 2014/15, 34251, 3, p. 20.

²⁴⁶ Kamerstukken II 2014/15, 34251, 3, p. 20-21.

²⁴⁷ Laemers 2011.

²⁴⁸ Gedurende een periode van bijna honderd jaar zijn in het onderwijs Commissies van Beroep actief geweest ter zake van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende kwesties tussen onderwijspersoneel en het bevoegd gezag. Met de inwerkingtreding van de Wet Werk en zekerheid is de betekenis van deze commissies sterk teruggebracht.

school kan de ouder uiteindelijk terecht bij de burgerlijke rechter of bestuursrechter. In geval van (vermeende) discriminatie kan ook het College voor de Rechten van de Mens geadieerd worden.

Regelmatig duiken nieuwe voorstellen op die zouden moeten leiden tot verandering in het geschilbeslechtende landschap van het onderwijs. Zo werd begin 2015 door het lid Siderius (SP) een motie ingediend tijdens de behandeling van de Wijziging van enige onderwijswetten in verband met het invoeren van de verplichting voor scholen zorg te dragen voor de sociale veiligheid op school.²⁴⁹ Dit Kamerlid, constaterende dat ouders en leerlingen met klachten over de sociale veiligheid op school zich in eerste instantie moeten wenden tot de school zelf en daarna in laatste instantie tot de Kinderombudsman verzocht de regering, de geschillencommissie onder te brengen bij een (andere) onafhankelijke instantie. Ook ten aanzien van de Geschillencommissie kinderopvang maakte dit Kamerlid zich zorgen en zij stelde vragen aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over de hoge registratiekosten voor de verplichte geschillencommissie in de kinderopvang en het 'klachtengeld' dat betaald moet worden.²⁵⁰ Zij wilde weten of het waar is dat kinderopvangorganisaties zich verplicht moeten aansluiten bij zowel een geregistreerde klachtencommissie als de nieuwe geschillencommissie Kinderopvang. Daaraan koppelde ze de (retorische) vraag of de minister het wenselijk achtte 'dat er drempels worden opgeworpen voor ouders om hun recht te halen' en hoe de minister garandeert dat men vanwege de kosten afziet van een klachtenprocedure. Dit voorbeeld illustreert dat veel gehanteerde argumenten voor het in het leven roepen van een (landelijke) geschillencommissie, zoals uniformiteit van de geschillen- en beroepsregeling, laagdrempeligheid en geringere kosten, niet altijd zonder meer door ieder parlementslid gedeeld worden.

4.5 Casus: Landelijke Commissie voor Geschillen Wet medezeggenschap op scholen

Nederland kent drie wettelijke commissies op het gebied van medezeggenschap in het onderwijs. Deze drie landelijke commissies zijn ondergebracht bij de Stichting Onderwijsgeschillen te Utrecht: De Landelijke Commissie voor Geschillen WMS (LCG WMS) neemt kennis van geschillen in het primair, voortgezet en het (voortgezet) speciaal onderwijs, de samenwerkingsverbanden passend onderwijs en de centrale diensten. Het gaat om geschillen tussen het bevoegd gezag en de medezeggenschapsorganen. Alle scholen, instellingen en samenwerkingsverbanden zijn van rechtswege bij de Commissie aangesloten. De tweede is de Landelijke Commissie voor Geschillen deelnemers en ouders MBO waarbij alle mbo-instellingen van rechtswege zijn aangesloten. De derde is de Landelijke Commissie voor Geschillen medezeggenschap Hoger Onderwijs: de openbare universiteiten en alle hogescholen zijn op grond van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) aangesloten bij deze Commissie. De casus die in het navolgende wordt beschreven richt zich op de LCG WMS.

²⁴⁹ *Kamerstukken II, 2014/15, 34130, motie nr. 15, motie van het lid Siderius, ingediend 15 maart 2015.*

²⁵⁰ *Kamerstukken II, 2015/16, Vragen ingezonden 2 december 2015.*

*Geschiedenis*²⁵¹

Al in de eerste medezeggenschapswetgeving in het onderwijs, de Wet medezeggenschap onderwijs (WMO) 1981, werd gekozen voor geschillenbeslechting door commissies in plaats van door de rechter. Het uitgangspunt van de WMO, inhoudend dat de uiteindelijke verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag voor de gang van zaken in de school moest worden gehandhaafd, werd daarmee gediend.²⁵² Elke school moest zich aansluiten bij een commissie voor geschillen, die bevoegd was in instemming- en adviesgeschillen. Een regeling voor een vordering tot *naleving* van de wettelijke bepalingen ontbrak in deze wet.²⁵³ Om naleving van de WMO te kunnen vorderen wendden sommige medezeggenschapsorganen zich tot de rechter. In de praktijk leidde dit echter tot rechtsongelijkheid, want medezeggenschapsraden van openbare scholen werden door de bestuursrechter ontvankelijk verklaard, terwijl de burgerlijke rechter met betrekking tot bijzondere scholen geneigd was de vordering tot naleving te laten afstuiten op niet-ontvankelijkheid. Met de WMO 1992 werd daarom de kantonrechter bevoegd in *nalevingsgeschillen* voor het bijzonder onderwijs en de bestuursrechter voor het openbaar onderwijs. In de WMO 1992 werd het *interpretatiegeschil* geïntroduceerd omdat er vaak verschil van mening was over de vraag onder welke bijzondere medezeggenschapsaangelegenheid een bepaald voorgenomen besluit van het bevoegd gezag viel en bijgevolg of het medezeggenschapsorgaan ten aanzien van dat besluit al dan niet advies- of instemmingbevoegdheid was toegekend. Met de inwerkingtreding van de WMO 1992 werden dus twee instanties uitdrukkelijk bevoegd te oordelen over medezeggenschapsgeschillen: de rechter over nalevingsgeschillen en de commissies over de overige geschillen. Het bestaan van de verschillende geschillencommissies naast de bestuursrechter en kantonrechter had tot gevolg dat de geschillenregeling complex en versnipperd was en er verschillende toetsingswijzen werden gehanteerd.

Enkele jaren later werd door een Expertgroep voorgesteld om één geschillencommissie bevoegd te maken voor alle geschillen en om hoger beroep mogelijk te maken bij een speciale kamer van het gerechtshof in Den Haag. Dat is per 1 januari 2008 gerealiseerd met als argumenten bundeling van expertise, waarborging van de eenheid van uitspraken bij geschillen en het dienen van de efficiency. De regering koos ervoor om nalevingsgeschillen en hoger beroep onder te brengen bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam.²⁵⁴ De Raad voor de rechtspraak had over de beroepsgang dienovereenkomstig geadviseerd omdat zo kon worden gewaarborgd dat de normen uit de WOR en de WMS op dezelfde wijze zouden worden gehanteerd, zodat op het gebied van de medezeggenschap zo veel mogelijk dezelfde jurisprudentie zou gelden.²⁵⁵ In het definitieve wetsvoorstel koos de minister voor de Ondernemingskamer als hoger beroepsinstantie én als instantie voor nalevingsgeschillen. Zij gaf daarvoor de enkele motivering: 'nu wordt voorgesteld de Ondernemingskamer een rol toe te kennen bij de geschillenbeslechting ligt het voor de hand uit hoofde van eenduidigheid en expertisebundeling deze bevoegdheid weg te halen bij de kantonrechter respectievelijk de bestuursrechter en de Ondernemingskamer ook voor die zaken bevoegd te verklaren.'²⁵⁶

²⁵¹ Voor de geschiedenis is dankbaar gebruik gemaakt van Brekelmans & Sperling 2011 (2), Dit artikel is gebaseerd op een advies dat de auteurs in augustus 2011 uitbrachten aan de Stichting Onderwijs geschillen over een aantal knelpunten in de WMS: Brekelmans & Sperling 2011.

²⁵² *Kamerstukken II* 1980/81, 16606, 3-4, p. 3.

²⁵³ Brekelmans & Sperling 2011, p. 9.

²⁵⁴ Brekelmans & Sperling 2011 (2).

²⁵⁵ De Raad voor de rechtspraak heeft op 31 augustus 2005 advies uitgebracht aan minister Van der Hoeven over de in de Wet medezeggenschap scholen op te nemen beroepsgang (advies 2005/24).

²⁵⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30414, 8, p. 4.

In 2011 was er nog maar één keer een nalevingvordering ingesteld bij de Ondernemingskamer.²⁵⁷ Brekelmans en Sperling leveren verschillende redenen voor dit geringe aantal. Ten eerste is uit onderzoek gebleken dat medezeggenschapsraden de Ondernemingskamer een zwaar rechterlijk college vinden.²⁵⁸ Het is onderdeel van het gerechtshof te Amsterdam en houdt zitting met drie raadsheren en twee hoogopgeleide deskundigen uit de praktijk. Er is verplichte procesvertegenwoordiging door een advocaat en er moeten griffiegelden worden betaald. Bovendien bleek in hetzelfde onderzoek dat medezeggenschapsorganen in de praktijk vaak niet de financiële middelen hebben om een advocaat te kunnen inhuren. Deze omstandigheden maken de gang naar de Ondernemingskamer zeer drempelig, zo niet onmogelijk. Een procedure bij de Ondernemingskamer werd in de praktijk dan ook niet beschouwd als een reële optie voor het oplossen van een medezeggenschapsgeschil. Medezeggenschapsorganen lijken er in de praktijk de voorkeur aan te geven om nalevinggeschillen, verpakt als interpretatiegeschillen, voor te leggen aan de geschillencommissie op grond van artikel 31, aanhef en onder d, juncto artikel 35 WMS. Hierin staat dat de geschillencommissie, op verzoek van het bevoegd gezag, de (G)MR of een geleding, een bindende uitspraak doet welke interpretatie dient te worden gegeven aan een bepaling van de WMS, het medezeggenschapsreglement of het medezeggenschapsstatuut.

De grote hoeveelheid interpretatiegeschillen kan volgens Brekelmans en Sperling worden verklaard uit de omstandigheden dat de medezeggenschapsorganen de geschillencommissie in de praktijk als een minder 'zware' rechtsgang ervaren, de procedure transparant is, er duidelijke en korte termijnen in het reglement van de geschillencommissie staan, deze vrij snel een uitspraak doet, er een bijzondere procedure voor spoedeisende gevallen is, er geen procedurele kosten zijn en procesvertegenwoordiging niet verplicht is. Uit de uitspraken van de geschillencommissie in interpretatiegeschillen bleek overigens dat dit eigenlijk nalevinggeschillen waren.²⁵⁹ Er blijkt in de praktijk behoefte aan een nalevingprocedure, alleen niet bij de Ondernemingskamer, maar bij de geschillencommissie. Het ligt daarom voor de hand om de competentie van de Ondernemingskamer in nalevinggeschillen over te hevelen naar de geschillencommissie, aldus Brekelmans en Sperling. Als voordelen van deze overheveling noemen zij dat de nalevingprocedure laagdrempeliger en goedkoper wordt en transparanter, sneller en efficiënter zal zijn omdat het totale geschil aan één instantie kan worden voorgelegd. De aanbevelingen die worden gedaan, worden gevolgd in het hiervoor besproken wetsvoorstel versterking bestuurskracht. Als het wetsvoorstel versterking bestuurskracht in werking is getreden, zal de bevoegdheid van de LCG WMS zijn uitgebreid: nalevinggeschillen zullen niet langer tot de bevoegdheid van de Ondernemingskamer behoren maar bij de LCG WMS thuishoren. De LCG WMS kan het bevoegd gezag de verplichting opleggen om de gevolgen van een besluit ongedaan te maken of om na te laten om het besluit uit te voeren, een dwangsom opleggen aan het bevoegd gezag of de MR ontbinden als deze zijn verplichtingen niet nakomt.

²⁵⁷ Gerechtshof Amsterdam Ondernemingskamer 17 juli 2008, rolnummer 431/2007 (te vinden op www.onderwijsgeschillen.nl).

²⁵⁸ Van Schoonhoven & Keijzer 2010, p. 59.

²⁵⁹ Brekelmans & Sperling 2011 (2), p. 12.

*De praktijk van geschilbeslechting in medezeggenschap volgens empirisch onderzoek*²⁶⁰

Zijn de (G)MR-leden op de hoogte van de mogelijkheden en rechten rondom geschillen? Hebben ze voldoende aan het WMS-pakket aan bevoegdheden? Voldoet het huidige instrumentarium van de geschillencommissie volgens schoolbesturen, (G)MR-en en de commissie zelf? Onderzoekers hebben deze en andere vragen aan respondenten voorgelegd en komen tot de hierna aangehaalde bevindingen. Geschillen komen volgens de onderzoekers slechts sporadisch voor, omdat besturen en (G)MR-en doorgaans geen geschil wensen aan te gaan. Onenigheid wordt heel vaak intern opgelost of men kiest er om redenen van onderlinge verhoudingen voor om het geschil uit de weg te gaan. Ongeveer een op de zes respondenten gaf aan niet op de hoogte te zijn van de geschillencommissie zelf of de door hen gehanteerde procedures. Over de vraag in hoeverre een gang naar de geschillencommissie als laagdrempelig wordt ervaren rapporteren de onderzoekers van Panteia dat de meeste respondenten geen beeld hebben van de toegankelijkheid van de geschillencommissie. In casestudies hebben de onderzoekers geen indicaties gekregen dat leden van de (G)MR of bestuurders drempels ervaren vanuit de geschillencommissie. De onderzoekers stellen vast dat in grote lijnen de geschilbeslechting werkt zoals beoogd door de wetgever, maar dat het wel een knelpunt is dat de commissie niet bevoegd is op het punt van naleving van de WMS.

Aan de hand van de Jaarverslagen van de LCG WMS is vastgesteld welke aantallen geschillen jaarlijks worden behandeld. De LCG WMS is in 2008 van start gegaan. Tot eind 2010 had de LCG WMS in 46 geschillen een uitspraak gedaan. In de aanloop naar de behandeling wordt een aantal zaken ingetrokken. Kijkend naar het soort (ingediend) geschil gaat het voor ongeveer de helft om interpretatiegeschillen. De rest zijn overwegend instemmingsgeschillen, ingediend door het bevoegd gezag. Slechts 10 procent (8) van de geschillen wordt aangegaan over een advies. Geschillen worden ongeveer even vaak door het bevoegd gezag als door de medezeggenschap ingediend. In een deel van de uitspraken wordt de indiener niet-ontvankelijk verklaard. De Panteia-onderzoekers noteren dat de commissie zelf aangeeft dat ze probeert zo min mogelijk zaken niet-ontvankelijk te verklaren. Ook in die gevallen probeert men 'tussen de regels door' partijen met een opinie van de Commissie naar huis te sturen. Dit is waarschijnlijk te zien als een pluspunt voor de betrokken partij, zeker vergeleken met de situatie in een rechterlijke procedure waar de marges om in te gaan op een geschil ondanks niet-ontvankelijkheid voor de rechter minder groot zijn.

Ten tijde van het onderzoek werd vastgesteld dat de afgelopen jaren er driemaal een partij in beroep was gegaan tegen een uitspraak van de LCG WMS bij de Ondernemingskamer.²⁶¹ Eenmaal is een nalevingsgeschil door een medezeggenschapsraad voorgelegd aan de Ondernemingskamer. Afgezet tegen het aantal schoolbesturen werd en wordt er weinig gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot het voorleggen van geschillen bij de landelijke commissie voor geschillen WMS. Ook voor de invoering van de WMS bestond een lage frequentie van geschilbeslechting. De vraag is in hoeverre er

²⁶⁰ Research voor Beleid, onderdeel van Panteia, voerde in 2012 een evaluatie uit van de WMS: Bokdam, Bal & de Jonge 2012.

²⁶¹ Begin 2016 de balans opmakend: de Ondernemingskamer heeft drie arresten gewezen en vijf beschikkingen afgegeven. De Ondernemingskamer heeft zich uitgesproken over twee uitspraken van de Landelijke Commissie voor Geschillen WMS. Op 20 juli 2015 heeft de Ondernemingskamer een beroep tegen een uitspraak van de LCG WMS in een instemmingsgeschil over de fusie van twee basisscholen verworpen. Op 13 juli 2015 heeft de Ondernemingskamer een uitspraak van de LCG WMS in een interpretatiegeschil (106563) over de vraag of invoering nieuwe digitale rekenmethode een wijziging van het schoolplan is, vernietigd.

onnodige drempels tot de geschilbeslechting zijn (of worden ervaren) en of het wettelijk instrumentarium van zowel medezeggenschap als geschillencommissie in deze afdoende is.

In 2014 heeft de Ondernemingskamer geen geschillen, voortvloeiend uit de WMS, inhoudelijk behandeld. De geschillen die in 2014 bij de Ondernemingskamer aanhangig waren, zijn hetzij ingetrokken (2), hetzij geroyeerd (1). Opmerkelijk is dat in 2014 in twee bij de LCG WMS aanhangige geschillen op verzoek van partijen mediation is ingezet. Het jaarverslag 2014 vermeldt dat de verwachting is dat het aanbod van mediation ook bij medezeggenschapsgeschillen tot meer kwaliteit van conflictoplossing leidt. Wellicht is hier sprake van een ontwikkeling van de toch wat formele geschilbeslechtingsprocedure bij de LCG WMS naar een nog laagdrempeliger procedure onder leiding van een mediator.

In opdracht van de LCG WMS is in 2010 onderzoek uitgevoerd onder partijen die betrokken waren bij een geschil in de eerste anderhalf jaar van het functioneren van de commissie.²⁶² Uit dit onderzoek bleek onder meer dat een oordeel van de commissie ten gunste van het medezeggenschapsorgaan vaak samenging met een verdere escalatie van het conflict. Dit lijkt niet een specifiek gevolg van overheveling, maar dit geldt waarschijnlijk m.m. ook wanneer het een rechterlijke uitspraak zou betreffen. Wat betreft de overige onderzoeksbevindingen is interessant de uitkomst te vermelden van de vraag in hoeverre een gang naar de geschillencommissie als laagdrempelig werd ervaren. De meeste respondenten bleken geen beeld te hebben van de toegankelijkheid van de geschillencommissie, voor degenen die dat beeld wel hadden vonden ouders en leerlingen in ruim tweederde van de gevallen de commissie toegankelijk. Bij personeel, schoolleiders en bestuurders was dat aandeel nog wat hoger. De vraag of de geschilbeslechting inclusief de beroepsmogelijkheid werkt zoals beoogd door de wetgever kon in grote lijnen positief beantwoord worden. Wanneer een gang naar de Ondernemingskamer de aangewezen route is wordt die vrijwel nooit gekozen, omdat het voor partijen in het onderwijs een stap te ver is met een aantal aanvullende drempels.²⁶³

Met betrekking tot de kosten van rechtsbijstand is het arrest van de Ondernemingskamer d.d. 17 juli 2012 van belang. Hoewel er in deze zaak geen medezeggenschapsstatuut met een kostenregeling voorhanden was, heeft de Ondernemingskamer de vordering van de deelraad tot vergoeding van de kosten van rechtsbijstand toegewezen. Sinds dit arrest zijn er voor medezeggenschapsraden geen beletselen om de hulp van een advocaat in te roepen bij het voeren van procedures. Het lijkt daarbij overigens geen verschil te maken of de procedure gevoerd wordt bij een rechterlijke instantie of bij een geschillencommissie.

Waarborgen

Rechtseenheid en laagdrempeligheid waren de voornaamste argumenten om over te gaan tot de instelling van de LCG WMS. In de huidige situatie kent de WMS verschillende waarborgen in de wet, juist omdat de gang naar de rechter grotendeels is afgesloten. Met betrekking tot de samenstelling van de LCG WMS bepaalt de wet in artikel 30 WMS bijvoorbeeld dat belanghebbenden (ouders, werknemers, personeel, AOB, Ouders en Onderwijs) een bindende voordracht kunnen doen.²⁶⁴ Een

²⁶² Van Schoonhoven & Keijzer 2010.

²⁶³ Bokdam, Bal & de Jonge 2012, p. 74.

²⁶⁴ Artikel 30 lid 2 WMS bepaalt: De commissie bestaat uit drie leden en drie plaatsvervangende leden, van wie een lid en een plaatsvervangend lid worden benoemd op bindende voordracht van de landelijke besturenorganisaties en een lid en een plaatsvervangend lid op bindende voordracht van landelijke personeelsvak onderscheidenlijk ouder/leerlingenorganisaties; deze twee leden doen een bindende voordracht voor de

jurist moet voorzitter zijn van de landelijke commissie. De LCG WMS beoogt laagdrempelig te zijn, maar er zitten wel hoogleraren en gepromoveerde juristen in. Volgens de geraadpleegde deskundige is niettemin ‘gevoelsmatig’ de stap naar de LCG WMS laagdrempeliger dan naar de rechter.

De Stichting Onderwijsgeschillen waaronder de geschillencommissie ressorteert, streeft ernaar om de door haar ondersteunde commissies op een kwalitatief hoog niveau te ondersteunen. In dat kader maakt de stichting onder meer gebruik van een systeem van permanente *peer review*. In 2014 hebben de medewerkers die specifiek zijn belast met de ondersteuning van de LCG WMS een opfriscursus schrijven van uitspraken gevolgd. De training werd gegeven door een externe deskundige die dergelijke trainingen ook regelmatig voor de rechterlijke macht verzorgt. De deskundigheidsbevordering van de juridische staf die aan de LCG WMS is verbonden strekt zich overigens ook uit tot de fase die vóór een eventuele behandeling door de commissie ligt. Met behulp van mediationvaardigheden wordt in voorkomend geval getracht een procedure voor de LCG WMS overbodig te maken.

De eisen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid zoals bij rechters zijn bij de geschillencommissie niet met dezelfde waarborgen omkleed, maar in de praktijk wordt ernaar gestreefd om dicht in de buurt te komen. Volgens de geïnterviewde deskundige lijkt de geschillenbeslechting door de LCG WMS erg op die door een rechterlijke instantie; alleen de afdwingbaarheid is (nog) niet goed geregeld. In de toekomst zal dat verbeteren, wanneer de uitspraak een executoriale titel meekrijgt.

De gevolgen voor burgers, bedrijven en samenleving van de geschetste ontwikkeling rond geschilbeslechting inzake de WMS zijn op basis van de beschikbare informatie als positief te kwalificeren. Er is een eind gekomen aan de grote versnipperdheid van behandeling door civiele en bestuursrechters en de afzonderlijke commissies. De eenheid is gediend en de gespecialiseerde kennis is geconcentreerd op één punt in het land. Die concentratie zou een nadeel kunnen zijn, maar gezien de aantallen aangebrachte geschillen mag geen groot gewicht worden toegekend aan het ontbreken van geografische spreiding zoals bij de reguliere rechtspraak wel het geval is. Wellicht dat de beoogde laagdrempeligheid nog toeneemt wanneer de bemiddelende functie van de LCG WMS meer invulling krijgt. Zowel in de wet zijn waarborgen opgenomen voor onafhankelijk en onpartijdige geschilbeslechting, maar ook in de praktijk van ondersteuning door de secretarissen van de Stichting Onderwijsgeschillen wordt gewerkt aan deskundigheidsbevordering en verbetering van de rechtsbedeling, op een wijze die soms opvallende gelijkenis vertoont met die binnen de rechtspraak. De met deze vorm van geschilbeslechting gemoeide kosten – ook in vergelijking met rechterlijke geschilbeslechting – is voor zover bekend tot heden geen onderwerp van onderzoek.

4.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is ingegaan op verschillende voorbeelden van overheveling en verschuiving van taken of zaken van de rechter naar geschillencommissies.

benoeming van het derde lid, tevens voorzitter en diens plaatsvervanger. De benoeming geschiedt door Onze Minister.

Lid 3: De leden en de plaatsvervangende leden mogen niet deel uitmaken van het bevoegd gezag of van de medezeggenschapsraad van een school, regionaal expertisecentrum en centrale dienst waarover de commissie haar werkring uitstrekt.

Een belangrijk instituut op het terrein van civielrechtelijke geschillencommissies is de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC), die al bijna vijftig jaar bestaat. Deze stichting heeft als doel het beslechten van geschillen die voortvloeien uit klachten van consumenten over door ondernemers geleverde goederen en verrichte diensten. De stichting verwezenlijkt haar doel door het oprichten en in stand houden van geschillencommissies. Deze commissies beogen de consument een snel, goedkoop en eenvoudig alternatief te bieden voor lange, dure en ingewikkelde rechtsprocedures.²⁶⁵ Thans handelt de SGC met de Stichting Geschillencommissie Beroep en Bedrijf (SGB) onder één naam: De Geschillencommissie. Uit de in 2009 verrichte evaluatie van de Geschillencommissie kwam naar voren dat de formeel via regels gewaarborgde onpartijdigheid van de commissie door consumenten wisselend werd beoordeeld, onder andere sterk samenhangend met het feit of ze de zaak ‘gewonnen’ of ‘verloren’ hadden. Degenen die verloren hadden, waren veel vaker van mening dat de commissie partijdig was.²⁶⁶ De snelheid van procedures werd relatief slecht beoordeeld door zowel consumenten als ondernemers; de helft van de consumenten beoordeelde de commissie als deskundig.

De bedoeling van de (door de wetgever verplichte) aansluiting bij geschillencommissies is veelal om een laagdrempelig, goedkoop en snel alternatief te bieden voor het procederen bij de burgerlijke rechter. Soms ook is het ontlasten van de rechterlijke macht een uitdrukkelijke doelstelling.

In de gevallen dat de beoogde doelstellingen worden gehaald zijn de gevolgen van geschilbeslechting door geschillencommissies als positief voor burgers, bedrijven en de samenleving te kwalificeren. Dat is echter niet altijd het geval en bovendien worden soms vragen gesteld bij belangrijke aspecten als onpartijdigheid en onafhankelijkheid. Die vragen klemmen des te meer wanneer toegang tot de rechter is uitgesloten, of deze zich moet beperken tot marginale toetsing vanwege het bindendadvieskarakter van de beslissing van de geschillencommissie.

De geschillenregeling in de beschreven onderwijskasus lijkt in grote lijnen te beantwoorden aan de doelstelling van de wetgever en zal na inwerkingtreding van de Wet versterking bestuurskracht nog winnen aan positieve gevolgen voor betrokkenen.

Het is in zijn algemeenheid moeilijk te bepalen hoe de ervaringen van betrokkenen met de uitoefening van rechterlijke taken door niet-rechterlijke organen zijn. De verrichte evaluaties geven daar wel enig inzicht in. Een enkel aspect kan ter illustratie uit de evaluaties gelicht worden. Uit de evaluatie van De Geschillencommissie in 2009 werd bijvoorbeeld duidelijk dat slechts weinig consumenten en ondernemers de rechter inschakelen voor een ‘marginale toetsing’ van het oordeel van de geschillencommissie.²⁶⁷ De voornaamste redenen dat consumenten en ondernemers niet naar de rechter stappen voor een marginale toetsing blijken de veronderstelde kosten en de duur van de procedure. Wellicht is ook de bevinding dat een meerderheid van de consumenten (63%), indien nodig, van plan is opnieuw gebruik te maken van de diensten van De Geschillencommissie een indicatie voor de doeltreffendheid van de Geschillencommissie en voor het oordeel dat voor consumenten via geschillencommissies in ieder geval een weg is gecreëerd om hun recht te halen.

Buiten de evaluaties werd een potentieel nadelig gevolg voor burgers vastgesteld: hebben deze eenmaal gekozen voor een geschillencommissie in een zaak waarin (ook) een schadevergoeding aan de

²⁶⁵ De Vries, Rekko & van der Veen 1995, p. 1

²⁶⁶ Klapwijk & Ter Voert 2009. De Geschillencommissie werd elke vijf jaar geëvalueerd vanwege de subsidie die zij van het ministerie van Justitie ontving.

²⁶⁷ Van de dertien gevonden zaken (in tweeënhalve jaar tijd) werden er vijf door de rechter vernietigd.

orde is, dan kunnen het aldaar gehanteerde maximaal vast te stellen schadebedrag en de bindendheid van de toekenningsbeslissing, een mogelijk financieel gunstiger beslissing van de rechter verhinderen omdat de rechter zich moet beperken tot marginale toetsing.

De vraag in hoeverre maatregelen worden genomen (door de betreffende niet-rechterlijke organen of door de wetgever) om de rechtsbescherming van burgers te waarborgen en hoe die maatregelen werken in de praktijk kan voor een deel beantwoord worden door te verwijzen naar de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten (zie 4.4). Alle geschillencommissies op dat terrein zijn door de overheid goedgekeurd en voorafgaand aan de oprichting vindt overleg plaats met de SER en consumentenorganisaties.

Ook ten aanzien van de geschillencommissies die ressorteren onder de Stichting Onderwijsgeschillen worden (wettelijke) regels in acht genomen die waarborgen creëren voor rechtsbescherming, zoals ten aanzien van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Niettemin worden in de juridische literatuur wel kanttekeningen geplaatst bij de geschilbeslechtende bevoegdheden van niet-rechterlijke commissies vanwege mogelijke strijd met artikel 17 Grondwet en artikel 6 EVRM.

5 Overheveling naar de wetgever

Het gaat in dit hoofdstuk om overheveling van de rechter naar de wetgever, veelal doordat richtlijnen die rechters zelf voor de invulling van open normen in de wet ontwikkelden, worden vervangen door een regeling bij wet. Het gaat hier om een uitdrukkelijk door de wetgever bedoelde, opzettelijke wijziging en dus gebruiken we hier in de titel van het hoofdstuk de term overhevelen in plaats van verschuiven.

Allereerst gaan we in op de achtergronden die in het algemeen een rol spelen bij dit type van overheveling. Waartoe dient deze vorm van overheveling? Welke doelstellingen heeft de wetgever ermee? Wat zijn de bezwaren en voordelen van dit type van overheveling? Daarna worden de twee wetsvoorstellen behandeld die onder deze categorie van overheveling vallen en waarover in de onderzochte periode een advies door de Raad voor de rechtspraak is gegeven. In de beschrijving van de wetsvoorstellen ligt de nadruk op de gevolgen van de overheveling in de betreffende wet voor burgers, bedrijven en de samenleving.

5.1 Overhevelen van rechter naar wetgever in het algemeen

De wetgever bepaalt de algemene kaders waarbinnen de rechter discretionaire ruimte heeft. Hij spreekt recht binnen die kaders, bouwt jurisprudentie op en stelt aldus nadere regels. Daarnaast maken rechters voor sommige zaken gezamenlijke richtlijnen; dit is bijvoorbeeld gebeurd op het gebied van de straftoemeting, de hoogte van de alimentatie en de hoogte van ontslagvergoedingen. Aldus wordt de individuele beslissingsruimte van de rechter door een rechterscollectief ingeperkt. De politiek kan reageren op rechterlijke uitspraken of rechtersregels door codificatie, dat wil zeggen het vastleggen in de wet van onder andere rechtspraak. De wetgever implementeert dan de rechterlijke regels in de wet. De wetgever kan ook de rechterlijke regels afbreken of bijstellen, hij maakt dan de discretionaire ruimte voor de rechter groter of beperkt deze juist door nadere wet- en regelgeving. De wetgever wil dan niet zozeer vastleggen wat al eerder door rechters is bepaald, maar wil modificeren, dat wil zeggen wetgeving als beleidsinstrument gebruiken om verandering te bewerkstelligen, bijvoorbeeld als de rechtspraak een weg is ingeslagen die niet wenselijk wordt geacht door de politiek.²⁶⁸

Op zich kunnen de effecten van overheveling zowel ten voordele als ten nadele van burgers, bedrijven en de samenleving zijn. Dat is immers grotendeels een kwestie van de inhoud van het specifieke wetsvoorstel: daarop gaan wij onderstaand in als we de afzonderlijke wetsvoorstellen bespreken. De belangrijkste algemene maatschappelijke vraag over dit thema die in de literatuur wordt gesteld betreft de klassieke triasproblematiek: de relatie tussen rechter, politiek en bestuur. In de jaren negentig van de vorige eeuw kreeg dit onderwerp veel aandacht. In *Socialisme en Democratie* verschenen er artikelen over, *Ars Aequi* kwam in 1992 met een bijzonder nummer rond dit thema en in 1993 verscheen een bundel onder redactie van Rood.²⁶⁹ Destijds werd in wetenschappelijke en politieke kringen geconstateerd dat de rechter steeds meer medevormgever van de maatschappelijke orde was geworden. Premier Lubbers zei bijvoorbeeld in zijn rede bij de opening van het academisch jaar van

²⁶⁸ Vgl. Koopmans 1970.

²⁶⁹ Brenninkmeijer 1991, p. 193-203; Jurgens 1991, p. 475-477; Keman et al. 1992; Rood (red.) 1993.

de Katholieke Universiteit Nijmegen in 1990 dat rechters zijn gaan besturen en wetgeven onder andere doordat zij lacunes in wetten moesten opvullen. Ook veel rechters uit die tijd zijn van mening dat de rechter steeds meer optreedt als plaatsvervanger van de wetgever. De rechter heeft in hun ogen een veel grotere beslissingsruimte gekregen.²⁷⁰ Een ontwikkeling die ook wel gekarakteriseerd wordt als de verschuiving van een meer heteronome naar een meer autonome rechtsvinding door de rechter.²⁷¹ Daarbij werd nogal eens gesteld dat het hierbij onder andere ging om publiek omstreden kwesties, zoals destijds het stakingsrecht en euthanasie, die aan de rechterlijke macht werden overgelaten.

Die ontwikkeling heeft een tegenbeweging opgeroepen van steeds meer formele collegiale afspraken tussen rechters over hoe en wat te beslissen in standaardzaken. Op deze wijze wordt een als te groot ervaren ruimte voor de individuele rechter door het rechterscollectief ingeperkt en wordt niet alleen langs wettelijke maar ook langs rechterlijke weg uniformiteit bewerkstelligd. Belangrijke waarden als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid worden door rechterlijke zelfbinding gediend.²⁷² Zo ook zijn de rechterlijke richtlijnen tot stand gekomen onder meer op het terrein van straftoemeting, schuldsanering en alimentatie. Een interviewfragment uit 1991 ter illustratie: 'Er is veel meer collegiaal overleg tot stand gekomen, bijvoorbeeld het overleg met de rechtbanken om gezamenlijk een beleid te maken in vooral alimentatiezaken, dat zijn sjabloonzaken. We maken nu gezamenlijke richtlijnen. En zo gaat dat ook in de strafsectie'.²⁷³ Tegen het feit dat rechters in de regelingen zelf regels zijn gaan opstellen, beleid maken en dus – zo zou kunnen worden gesteld – de primaire taak van de wetgever uitvoeren, zijn wel staatsrechtelijke bezwaren gerezen. Zwaarwegende bezwaren zijn dat er geen wettelijke basis bestaat voor het opstellen van dergelijke rechterlijke beleidsregels en dat bij de ontwikkeling ervan de inbreng van rechtzoekenden niet gewaarborgd is.²⁷⁴

Thans, zo zou gesteld kunnen worden, is de wetgever op een aantal terreinen zelf weer actiever in het invullen van de open normen.²⁷⁵ Net als de rechters met hun rechtersregelingen, beoogt de wetgever daarmee rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. En zoals rechtersregelingen het risico met zich meebrengen dat de individuele rechter geen maatwerk kan leveren, zo draagt de nadere invulling van de normen door de wetgever het risico in zich dat het collectief van rechters zozeer wordt ingesnoerd dat rechters geen recht meer kunnen doen in het individuele geval. Zelfs in recente wetsvoorstellen van het kabinet Rutte II waarin een nadere invulling wordt gegeven van onze rechtsstaat, blijven de grenzen van de domeinen van de drie staatsmachten vaag, waardoor het mogelijk blijft dat ook na de inwerkingtreding van deze voorstellen het proces van inperken en uitbreiden van de beslissingsruimte opnieuw kan plaatsvinden.²⁷⁶

Op het terrein van het burgerlijke en het procesrecht is het verschuiven van de rechter naar de wetgever minimaal twee keer aan de orde geweest in de door ons onderzochte periode (2004-2014). Het

²⁷⁰ De Groot-van Leeuwen 1991, p. 166-169.

²⁷¹ Wiarda 1999.

²⁷² Zie voor empirisch onderzoek naar rechterlijke samenwerking op het gebied van vreemdelingenrecht Terlouw 2003; op het gebied van strafrecht De Roos & Schoep 2001; Mat 2003 Schuijt 2009; op het gebied van het civiele recht Huls & Schellekens 2001; Teuben 2004; Huls 2008. Zie voor een discussie omtrent voor- en nadelen van rechterlijke samenwerking uitmondend in afspraken en richtlijnen Dijksterhuis en Terlouw in de forumrubriek van *Recht der Werkelijkheid* 2008/2, p. 59-70.

²⁷³ De Groot-van Leeuwen 1991, p. 168.

²⁷⁴ De Bock 2015, p. 40-42.

²⁷⁵ Zie voor de inperking van bevoegdheden van de rechter op het gebied van het strafrecht o.a. Corstens & Limborgh 2011.

²⁷⁶ Vgl. Bovend'Eert 2015.

gaat om het initiatiefwetsvoorstel herziening kinderalimentatie en het wetsvoorstel werk en zekerheid. Wij behandelen onderstaand eerst kort het initiatiefwetsvoorstel Wet herziening kinderalimentatie dat is ingediend in februari 2015 en thans aanhangig is bij de Tweede Kamer (zie nr. 4 uit het overzicht van wetsvoorstellen in dit rapport) en gaan daarna wat uitvoeriger in op de Wet werk en zekerheid (zie nr. 6 uit het overzicht van wetsvoorstellen in dit rapport).

5.2 Casus: initiatiefwetsvoorstel herziening kinderalimentatie

Al decennia lang wordt de rekeningsmethodiek voor het bepalen van alimentatie en de invulling ervan bepaald door rechters. In 1975 werd de werkgroep Alimentatienormen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak ingesteld om de uniformiteit op het gebied van alimentatiehoogte te bevorderen. Deze stelde in 1976 landelijke richtlijnen op, de zogeheten Tremanormen.²⁷⁷ Keer op keer zijn de rekenmethodes sindsdien gewijzigd. Nog in 2013 is een gewijzigde methode ter vereenvoudiging van de berekening van de kinderalimentatie ingevoerd. Met het thans aanhangige wetsvoorstel wordt niet alleen vereenvoudiging en transparantie beoogd, maar uitdrukkelijk ook de wettelijke verankering van de berekeningsmethodiek voor kinderalimentatie.²⁷⁸ De rechtszekerheid wordt zo bevorderd en de verantwoordelijkheid voor de alimentatienormen komt bij de wetgever te liggen, aldus de initiatiefnemers. ‘De wetgever heeft nagelaten invulling te geven aan de berekeningsmethodiek van kinderalimentatie. (...) De regels over de hoogte van kinderalimentatie moeten niet door de rechterlijke macht worden vastgesteld zoals dat nu gebeurt. Dat betekent namelijk dat de rechterlijke macht zowel de regels bepaalt als deze regels toepast.’²⁷⁹ Gesteld wordt dat ‘door te veel macht neer te leggen bij een partij van de trias politica er onvrede en onzekerheid kan ontstaan bij de burgers over de uitvoering van de zelfopgelegde regel.’

De dissertatie van Dijksterhuis uit 2008 laat overtuigend zien hoe het touwtrekken tussen de rechterlijke macht en de wetgevende macht plaatsvond.²⁸⁰ Tot drie keer toe heeft de wetgever het wetgevingsproces ten aanzien van alimentatie voortijdig beëindigd omdat de werkgroep Alimentatienormen, bestaande uit rechters, zelf met initiatieven tot hervorming van de Tremanormen kwam. De werkgroepleden vonden hun eigen berekeningssysteem, dat maatwerk leverde beter voor justitiabelen en zij wensten geen ‘forfaitair berekeningssysteem, omdat dat een beperking zou zijn van de beslissingsvrijheid van rechters’.²⁸¹ Rechters gaven lange tijd de voorkeur aan hun eigen onderlinge afspraken neergelegd in de richtlijnen boven het codificeren of modificeren ervan door de wetgever en de wetgever legde zich bij deze voorkeur neer.

Gevolgen

Allereerst moet worden gesteld dat deze wet nog niet in werking is getreden, alleen al daarom is empirisch onderzoek naar de gevolgen ervan voor burgers, door burgers naar hun ervaringen daarmee te ondervragen, niet op zijn plaats (voor bedrijven heeft deze wet sowieso geen gevolgen). Dat

²⁷⁷ Naar de praktijk van de alimentatietoepassing in 1982 werd door het WODC van het Ministerie van Justitie onderzoek gedaan: Van der Werff & Docter-Schamhardt 1987.

²⁷⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 34154, 3, p. 1.

²⁷⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34154, 3, p.3.

²⁸⁰ Dijksterhuis 2008.

²⁸¹ Dijksterhuis 2008, p. 220.

wil niet zeggen dat als deze wet in werking treedt sommige effecten niet te voorspellen zijn en soms al zijn onderkend en genoemd in beleidsstukken of in de wetenschappelijke literatuur.

Naast het feit dat door deze overheveling de bezwaren worden weggenomen die er in het algemeen zijn tegen het bepalen van regels door rechters, zouden met het betreffende wetsvoorstel burgers gediend kunnen zijn omdat de berekening eenvoudiger en transparanter is. Uit onderzoek van Dijksterhuis & Vels zou blijken dat meer dan de helft van de betrokkenen niet begrijpt hoe het bedrag via de kantonrechtersformule wordt berekend.²⁸² Dat is mede een reden voor het initiatief-wetsvoorstel. Maar of het daarin voorgestelde systeem voor de berekening van kinderalimentatie werkelijk eenvoudiger en transparanter is, daar wordt her en der aan getwijfeld.²⁸³ Klemmender nog kan het voor burgers zijn dat met de herziene berekeningswijze er minder ruimte dan voorheen is voor aanpassingen aan de individuele situatie van de partijen, in casu de alimentatieplichtigen en de alimentatiegerechtigden. Dit is een algemeen bezwaar, zoals hiervoor al aangestipt, dat kleefte aan iedere verschuiving van discretionaire bevoegdheid van de rechter naar de wetgever of het bestuur. Een soortgelijk probleem betreft het feit dat doordat de wetgever verfijndere regels opstelt, eventuele wijzigingen, in casu de vastgestelde hoogte van de alimentatie, moeilijker te realiseren zijn. In plaats van het vaststellen van een richtlijn door een vergadering met de betreffende werkgroep van rechters moeten er nieuwe overheidsregels komen, die alleen langs een veel moeizamer weg kunnen worden gerealiseerd.

Het voordeel dat rechters meer maatwerk kunnen leveren heeft een schaduwzijde, omdat beleid maken niet de primaire taak van de rechter is, zou deze het algemeen maatschappelijk belang in zijn regelgeving minder aandacht geven. Zo stelt Dijksterhuis in haar studie dat de familierechters daar minder oog voor hebben: de Werkgroep Alimentatienormen hield haars inziens te weinig rekening met de gevolgen van de Tremanormen voor de samenleving. De sociaal-economische aspecten ervan werden niet in ogenschouw genomen, waarmee het belang van de belastingbetalers werd geschaad, terwijl bovendien het belang van een eenvoudig systeem voor justitiabelen ondergesneeuwd raakte.²⁸⁴

5.3 Casus: Wet werk en zekerheid (WWZ)

Het wetsvoorstel Werk en zekerheid is eind november 2013 ingediend bij de Tweede Kamer en in juni 2014 aangenomen in de Eerste Kamer. De Wet werk en zekerheid (WWZ) bestaat uit twee delen. Het eerste deel, de hervorming van het Flexrecht is op 1 januari 2015 in werking getreden; het tweede deel is ingegaan per 1 juli 2015.²⁸⁵

De WWZ wordt beschouwd als de meest ingrijpende wijziging van het ontslagrecht sinds de Tweede Wereldoorlog. Met deze wet wordt beoogd het ontslagrecht te vereenvoudigen en de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid te bevorderen. De beoordelingsvrijheid van de rechter is op tweeërlei manieren ingeperkt. Gedetailleerde, concrete ontslagcriteria zijn geformuleerd waar de rechter zich bij

²⁸² Dijksterhuis & Vels 2011.

²⁸³ Zie bijv. het advies van de Raad voor de rechtspraak van 11 september 2015 en de Opinie van de Vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingsmediators (vFas).

²⁸⁴ Dijksterhuis 2008, p. 220.

²⁸⁵ Zie voor een overzicht van de teksten uit de kamerstukken over de Wwz gerubriceerd per thema, Verburg 2015.

de ontbinding van een arbeidsovereenkomst aan dient te houden en er is een uniform ontslagvergoedingssysteem in opgenomen.

Tevens beoogde de wetgever met deze wet onder meer het ontslag voor de werkgever minder kostbaar te maken, de rechtspositie van flexwerkers te versterken en het stelsel beter in te richten op het vinden van een nieuwe baan voor werknemers. Daartoe is een transitievergoeding ingesteld die dient als compensatie voor de gevolgen van het ontslag en ook bedoeld is om de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.²⁸⁶ Voor juli 2015 gold de zogeheten kantonrechtersformule. Dit is een aanbeveling van de Kring van kantonrechters over de uniforme berekening van de vergoeding bij ontslag. In deze oude kantonrechtersformule, ingegaan per 1 januari 1997, werd de hoogte van de ontslagvergoeding bepaald aan de hand van het genoten salaris waarbij tevens het aantal dienstjaren werd gewogen en waarbij rekening werd gehouden met de leeftijd van de werknemer. Sinds 1 januari 2009 gold een nieuwe kantonrechtersformule die over het algemeen minder gunstig uitviel voor de werknemer, maar de oude formule kon toch ook nog worden gebruikt. Vanaf 1 januari 2015 gebruiken de kantonrechters en het UWV de zogeheten transitievergoeding.

Gevolgen

De aanpassingen van het ontslagrecht in de wetgeving zouden ‘het stelsel eenvoudiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar’ moeten maken, maar voor wie dat nu werkelijk het geval is, is de vraag; om dat vast te stellen zijn de ervaringen met de wet eenvoudigweg nog te kort.²⁸⁷ Wel kan wetenschappelijke literatuur en berichtgeving uit de media zicht geven op de kant die het wellicht op zal gaan.

De transitievergoeding wordt aan de hand van een vaste formule bepaald en is gelijk voor zowel de rechter als het UWV. De gelijkheid tussen werknemers die worden geconfronteerd met ontslag is daarmee bevorderd. De hoogte van de vergoeding is in de wet vastgelegd. Daarmee is ten opzichte van de kantonrechtersformule een grotere uniformiteit van de ontslagvergoeding bereikt, conform een van de doeleinden van de regering. Eind 2015 waren 115 uitspraken gepubliceerd.²⁸⁸

Een groot verschil voor werkgever en werknemer ten opzichte van de oude regelgeving ligt in het feit dat bij een zwakke argumentatie voor het ontslag van de werknemer de rechter voorheen wat geld bovenop het bedrag van de kantonrechtersformule deed, als een soort smeerolie, aldus een advocaat in NRC Handelsblad.²⁸⁹ In de nieuwe wet rest slechts een ‘muizengatje’: de transitievergoeding kan uitsluitend worden gewijzigd indien er sprake is van ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’ van de werknemer of de werkgever.²⁹⁰ Dat kan leiden tot een (extra) billijke vergoeding aan de werknemer of tot een beperking van de transitievergoeding voor de werkgever. Hierdoor worden de additionele vergoedingen aan de werknemer beperkt tot duidelijke en uitzonderlijke gevallen, aldus de Raad van State in zijn advies. Houweling, hoogleraar arbeidsrecht, spreekt van ‘Russische roulette’ voor de werknemer. Over de hoogte van de billijke vergoeding is door de wetgever niets bepaald. In de brief van de minister van Sociale Zaken van november 2015 wordt geconstateerd dat de billijke vergoeding toegekend bij ernstige verwijtbaarheid van de werkgever in hoogte verschilt.²⁹¹

²⁸⁶ *Kamerstukken II 2013/2014*, 33818, 3 p. 38.

²⁸⁷ *Kamerstukken II 2013/2014*, 33818, 3, p. 5.

²⁸⁸ Rechtspraak.nl 15 december 2015.

²⁸⁹ De Koning 2015.

²⁹⁰ *Kamerstukken II 2013/2014* 33818, 4.

²⁹¹ *Kamerstukken II 2015/2016*, 3318, 79.

De transitievergoeding is veel lager dan de ontslagvergoeding van voorheen. Daar kan de billijke vergoeding bovenop komen als een werkgever zich slecht heeft gedragen, maar regels zijn daar niet meer voor. 'En dus zie je wildgroei', aldus Houweling.²⁹²

De transitievergoeding is laag, maar ook dat strookt met de doelstelling van de regering die de hoogte van de vergoeding wenste te beperken. Vergeleken met de situatie van voor 1 juli 2015 is deze werking van een aspect van de wetgeving een nadeel voor de werknemer.

Voor 1 juli 2015 kon een werkgever kiezen uit de ontslagroute via het UWV of de kantonrechter, die vrijheid is hem ontnomen. Nu kan een ontslag vanwege persoonlijke redenen alleen via de kantonrechter. Ontslag vanwege het financieel-economisch slecht functioneren van een bedrijf of vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer moet via het UWV en ook daar hoort, anders dan voorheen, een ontslagvergoeding bij. Bovendien moet een werkgever ook vergoeding aan zieke werknemers betalen indien zij twee jaar in dienst zijn geweest. Het is voor werkgevers, in plaats van makkelijker veel moeilijker geworden om werknemers te ontslaan, aldus Evert Verhulp, hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.²⁹³ Kortom voor het bedrijfsleven lijkt de Wet werk en zekerheid in dit opzicht negatief uit te pakken. Maar wat dat met het inperken van het domein van de rechter of het overhevelen van de taak van de rechter naar de wetgever van doen heeft?

Bij de Vaate onderzocht in haar dissertatieonderzoek de gevolgen en mogelijke bezwaren van de nieuwe wet.²⁹⁴ Zij constateert dat er inderdaad snel duidelijkheid is over het ontslag van een werknemer, maar dat diezelfde werknemer veel langer het ontslag kan ophouden, waardoor de ontslagvergoeding wordt opgedreven. Daar algemeen wordt ingezien dat de UWV-procedure in het oude stelsel in strijd is met artikel 6 EVRM is het wellicht belangrijker dat met het nieuwe ontslagrecht beroep mogelijk is geworden bij de kantonrechter en hoger beroep bij het hof en cassatie bij de Hoge Raad.²⁹⁵ Een voorbeeld van omgekeerde overheveling dus. De kantonrechter toetst aan dezelfde criteria als het UWV. Daarmee toetst de kantonrechter, aldus Bij de Vaate, in feite niet alleen de opzegging, maar ook de daaraan ten grondslag liggende beslissing van het UWV. In tegenstelling met voorheen is in het nieuwe ontslagstelsel wel een gerechtelijke toetsing mogelijk van de beslissing van het UWV die kan resulteren in het ongedaan maken ervan. Daarmee is de strijdigheid van de UWV-procedure met artikel 6 EVRM geheeld. Het nieuwe stelsel is aldus een verbetering in de rechtsbescherming, maar brengt met zich mee dat het lang kan gaan duren alvorens er duidelijkheid is over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Werkgevers die te maken krijgen met een weigering van het UWV zullen in een aantal gevallen naar de ontbindingsrechter gaan omdat zij van mening zijn dat er sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie. Voorts zouden werknemers vanwege de ten opzichte van de oude vergoeding op basis van de kantonrechtersformule lagere transitievergoeding weleens sterk gemotiveerd kunnen zijn om te verzoeken om herstel van de arbeidsovereenkomst.²⁹⁶

De WWZ is, zoals gezegd, ook bedoeld om de positie van flexwerkers te beschermen. Nu, na krap een jaar, steekt een storm van kritiek de kop op juist ten aanzien van deze doelstelling.²⁹⁷ Deze komt van advocaten, werkgevers en werknemers. Werkgevers pogen de nieuwe verplichting van het betalen van een ontslagvergoeding aan tijdelijke krachten die na twee jaar geen vast contract krijgen te ont-

²⁹² De Koning 2015.

²⁹³ Troost 2016.

²⁹⁴ Bij de Vaate 2015.

²⁹⁵ Verburg 2011.

²⁹⁶ Van Slooten 2015.

²⁹⁷ Onderzoek van Nieuwsuur onder arbeidsrechtadvocaten, zie onder andere het persbericht Arbeidsrechtadvocaten hekelen wet ANP 11 december 2015.

wijken door tijdelijke krachten aan te stellen voor een jaar en elf maanden. Dit is tegenstrijdig met de doelstelling die de wetgever voor ogen had, namelijk het beschermen van flexwerkers door ze in dienst te houden. Bovendien houden werkgevers, zonder dat zij dat zelf hoeven te betalen, zieke werknemers juist in dienst, want ook dat is voordeliger dan de zieke werknemers te ontslaan; dan moeten zij immers de transitievergoeding betalen. Wat er ook van waar moge zijn, die kritiek heeft weinig of niets te maken met het overhevelen van de taak van de rechter naar de wetgever.

Naast het feit dat door deze overheveling de bezwaren worden weggenomen die er in het algemeen zijn tegen het bepalen van regels door rechters (zie het voorgaande), geldt net als voor de kinderalimentatieberekeningen dat de ruimte van de rechter om de hoogte van de vergoeding te bepalen in het individuele geval aanzienlijk verkleind is. De flexibiliteit is gering omdat de hoogte van de transitievergoeding in de wet is vastgelegd en niet vrij door de rechter te bepalen, maatwerk is bijna niet mogelijk. De voordelen van de nieuwe wet van transparantie en rechtszekerheid vormen de andere zijde van dezelfde munt.

5.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is de verschuiving of overheveling van taken van de rechter naar de wetgever aan de orde gesteld. Deze raakt een deel van de klassieke triasproblematiek, te weten die van de gewenste relatie tussen de wetgevende en rechterlijke macht. Centraal staan daarin de vragen welke taakverdeling de juiste is en waar de grenzen van de domeinen van de staatsmachten liggen. In hoeverre de invulling van de normen door de wetgever of juist door de rechter dient te geschieden, daarover wordt weinig debat gevoerd. Wel werd in de negentiger jaren van de vorige eeuw in politieke en wetenschappelijke kringen geconstateerd dat de rechter steeds meer vormgever van de maatschappelijke orde was geworden, daar hij meer en meer door de wetgever open gelaten normen invulde, veelal met behulp van zogeheten rechtersregelingen. De laatste jaren is een tegenbeweging op gang gekomen; de wetgever trekt weer meer regelingen naar zich toe. Hij codificeert (en meestal ook modificeert) deze in een wet.

Twee recente voorbeelden van deze overheveling zijn in dit hoofdstuk onder de loep genomen: het initiatiefwetsvoorstel herziening kinderalimentatie en de Wet werk en zekerheid. Deze casus bevestigen het beeld dat in voorafgaande jaren naar voren kwam in de juridische en sociaalwetenschappelijke literatuur over de rechtersregelingen en de politieke respons erop. Overheveling van taken van de rechter naar de wetgever resulteert in: (1) meer inbreng van het algemeen maatschappelijk belang (2) meer rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en transparantie (3) minder maatwerk en minder flexibiliteit, dat wil zeggen minder mogelijkheden om de regeling soepel en snel aan te passen indien nodig.

Niet expliciet genoemd in de literatuur, maar wel de moeite waard om hier op te merken, is dat hoe duidelijker en onwrikbaarder regels zijn, hoe meer partijen worden verleid tot strategisch handelen. Dit gebeurt bijvoorbeeld vanwege de Wet werk en zekerheid: werkgevers besluiten onder andere tijdelijke werknemers aan te stellen voor de periode van een jaar en elf maanden, waardoor de verplichting van het betalen van een ontslagvergoeding wordt ontweken. Dit handelen kan een nadeel zijn van de verschuiving van de rechter die onvoorspelbaar maatwerk levert met zijn beslissing naar de wetgever die een ijzeren regelt opstelt.

6 Conclusies

Soms worden er door de wetgever taken gecreëerd die meteen naar andere organen gaan, terwijl zij ook door de rechter zouden kunnen worden uitgevoerd. Ook komen taken die eens bij de rechter lagen wel bij andere organen te liggen door wijzigingen in de wet. Deze verschuiving, die een inperking van het rechterlijk domein met zich meebrengt, kan een bewust doel zijn van de wetgever, maar ze kan ook optreden als neveneffect van een andere politieke wens. In het onderhavige onderzoek staat de verschuiving van taken van de civiele en de bestuursrechter centraal. De strafrechter wordt buiten beschouwing gelaten. In het onderstaande vatten wij de antwoorden samen die gevonden zijn op de onderzoeksvragen (zie hoofdstuk 1).

(1) Welke gevallen van ‘overheveling’ (in brede zin) van rechterlijke taken zijn te vinden in wetsvoorstellen waarover de Raad voor de rechtspraak in de periode 2004-2014 advies uitbracht?

Om inzicht te krijgen in de mate en de soort van verschuiving die de afgelopen tijd heeft plaatsgevonden zijn in het onderhavige onderzoek de (465) wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak bestudeerd die in de periode 2004-2014 zijn uitgebracht. Van deze adviezen hadden er 356 betrekking op een (concept)wetsvoorstel.

Overheveling in de strikte zin, dat een taak of bevoegdheid die tot dan toe bij de civiele rechter of de bestuursrechter berustte, daar wordt weggehaald om bij een niet-rechterlijk orgaan te worden belegd lijkt weinig voor te komen. Vaker is sprake van het creëren van een extra route naast of voorafgaand aan de gerechtelijke procedure, waardoor rechters minder zaken of geschillen te behandelen krijgen en/of hun rol wordt teruggebracht naar een marginaal toetsende.

In 28 van de (concept)wetsvoorstellen waarover de Raad voor de rechtspraak adviseerde, was sprake van een verschuiving van de bestuurs- of civiele rechter naar een niet-rechterlijke instantie.

(2) Welke organen kregen rechterlijke taken toebedeeld die tot dan toe door bestuursrechters of civiele rechters werden vervuld of die traditioneel aan deze rechters worden toebedeeld?

In de 28 (concept)wetsvoorstellen verschoven rechterlijke taken naar o.a. geschillencommissies, bestuursorganen, mediators, de wetgever en enkele overige organisaties, te weten jeugdhulpverleners en geneesheer-directeuren.

(3) Wat was de doelstelling van de overheveling en hoe werd deze onderbouwd?

Het inperken van het rechterlijk domein of het overhevelen van de taak van de rechter wordt veelal niet expliciet als doel van de wet genoemd. De genoemde argumenten voor het wijzigen van een wet zijn veelal het streven naar dejuridisering, efficiency, effectiviteit en het bieden van laagdrempelige alternatieven voor geschilbeslechting of de vermindering van de werklust van de rechter.

(4) Welke vormen en varianten van overheveling kunnen worden onderscheiden?

Drie hoofdvormen van overheveling kunnen worden onderscheiden. Allereerst kan (een deel van) de geschilbeslechtingstaak van de rechter naar bestuursorganen gaan. Deze in termen van de trias poli-

tica ingrijpende verandering wordt veelal beargumenteerd door overwegingen van snelheid, effectiviteit en expertise, maar ook door het kwalificeren van geschilbeslechting als handhavinginstrument. Dit laatste argument speelt alleen een rol bij marktautoriteiten met een geschilbeslechtingstaak. Ten tweede kan (een deel van) de geschilbeslechtingstaak van de rechter aan geschillencommissies worden overgelaten of opgedragen doordat in de wet wordt bepaald dat geschillen moeten worden voorgelegd aan een geschillencommissie. Deze commissies zijn er in talloze soorten en maten, vaak geven zij een bindend advies dat door de rechter alleen nog marginaal kan worden getoetst. Ten derde kan een deel van de taak die aanvankelijk bij de rechter lag door de wetgever worden teruggenomen. Hierbij wordt de vrije beslissingsruimte van de rechter vervangen door uniforme wettelijke regelgeving. Beoordelingskader en rechtsvormende taak van de rechter worden gedeeltelijk overgenomen door de wetgever.

(5) Wat zijn de gevolgen van de overheveling voor burgers, bedrijven en de samenleving?

De gevolgen van de overheveling voor justitiabelen (burgers en bedrijven) en de samenleving variëren naar vorm van overheveling. Als voordelen van een verschuiving van de geschilbeslechtingstaak naar bestuursorganen worden in beleidsstukken en in de literatuur onder meer de volgende genoemd: deskundigheid, snelheid en laagdrempeligheid. Als zwaarwegend en principiële nadeel wordt wel het gebrek aan onafhankelijkheid gezien, onder meer van ACM en van andere markttoezichthouders. Zo is erop gewezen dat de afstand tot de overheid relatief gering is en dat er nauwelijks geformaliseerde criteria zijn voor de benoeming van de leden. Ook bij de Wet structurele maatregelen wanbetalers zorgverzekering worden kritische kanttekeningen geplaatst met betrekking tot de rechtsbescherming van justitiabelen. Het gebrek aan onafhankelijkheid kan spelen op het niveau van de justitiabelen, een tekort aan de jure en de facto rechtsbescherming van de justitiabelen, maar het kan ook op macroniveau een rol spelen; dan wordt deze verschuiving beschouwd als een ondermijning van het evenwicht tussen de staatsmachten.

De verschuiving van de geschilbeslechtingstaak van de rechter naar geschillencommissies brengt volgens de beleidsstukken en de literatuur het volgende teweeg. Net als bij de bestuursorganen hebben ook de geschillencommissies als voordeel dat de geschilbeslechters deskundig zijn op het gebied waarin het geschil zich afspeelt. Bovendien is de procedure voor partijen goedkoop. De snelheid waarmee de procedures worden afgewikkeld wordt eveneens geroemd. Of dat in alle gevallen terecht is, valt te betwijfelen: uit onderzoek naar De Geschillencommissie blijkt dat de snelheid laag scoort. Er wordt in de literatuur eveneens openlijk getwijfeld aan de competentie van ADR-instanties, waaronder geschillencommissies, om het recht toe te passen. Als nadeel wordt het gebrek aan (de schijn van) onpartijdigheid gezien: deskundigen uit een bepaalde branche spreken recht over geschillen in die branche.

De inperking van de beslissingsruimte van de rechter door nadere regelgeving van de wetgever is principiële minder problematisch, maar brengt voor de justitiabelen met zich mee dat er minder maatwerk kan worden geleverd. Daar staat tegenover dat de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid met een dergelijke overheveling zijn gediend.

(6) In hoeverre nemen de betreffende niet-rechterlijke organen, al dan niet op instigatie van de wetgever, maatregelen om de rechtsbescherming van burgers te waarborgen; om wat voor maatregelen gaat het en hoe werken ze in de praktijk?

Om de rechtsbescherming te waarborgen bij uitvoering van een rechterlijke taak door bestuursorganen zijn diverse maatregelen geopperd, maar zijn er veel minder gerealiseerd. Bovendien zijn ze niet consistent doorgevoerd. Zo koos de wetgever er aanvankelijk in de Elektriciteitswet voor om de bevoegdheid tot het beslechten van geschillen en de toezichthoudende rol niet aan dezelfde instantie op te dragen, om de onafhankelijkheid van de tot geschilbeslechting bevoegde autoriteit te waarborgen. In de Gaswet daarentegen werden geschilbeslechting en toezicht bij één instantie ondergebracht. De Raad van State wierp in zijn advies de vraag op of de betreffende instantie in de praktijk door partijen als onafhankelijk zou worden beschouwd en adviseerde om een scheiding aan te brengen tussen geschilbeslechting, regulering en toezicht. Bij een wetswijziging enkele jaren later werden echter in de Elektriciteitswet geschilbeslechting, regulering en toezicht toch bij één instantie ondergebracht. Ook door de marktautoriteiten zelf zijn procedureregelingen en beleidsregels opgesteld die de rechtsbescherming dienen. Zij zijn er onder andere op gericht de transparantie te vergroten, de betrouwbaarheid van bepaalde informatie te verzekeren en de voortgang van de procedure te bewaken.

Met de omzetting van de kwaliteitseisen van richtlijn 2013/11/EU naar nationale wetgeving is gepoogd enkele van de bovengenoemde bezwaren die kleven aan geschillencommissies weg te nemen. Met de Implementatiewet richtlijn consumentenrechten is de richtlijn in het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten geïmplementeerd. Zo is bepaald dat de handelaar informatie verstrekt aan de consument - voor zover van toepassing - aangaande de mogelijkheid van toegang tot buitengerechtelijke klachten- en geschilbeslechtingsprocedures waarbij de handelaar zich heeft aangesloten, en de wijze waarop daar toegang toe is.²⁹⁸ Waarborgen strekken zich uit tot de benoemingstermijn van geschilbeslechtters, de samenstelling van de geschillencommissies, de eisen aan het voorzitterschap, de mogelijkheid tot het doen van bindende voordrachten voor commissieleden en de mogelijkheid om bij de rechter in beroep te gaan tegen een beslissing van de commissie (tenzij van dat recht uitdrukkelijk afstand is gedaan). Aldus worden geschillencommissies steeds meer met dezelfde waarborgen omkleed als de rechterlijke colleges.

De overheveling van rechter naar wetgever behoeft geen rechtsbeschermingsmaatregelen. Maatwerk is juist ingeleverd voor meer rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

(7) Hoe ervaren betrokkenen de uitoefening van rechterlijke taken door niet-rechterlijke organen?

Het blijkt buitengewoon moeilijk om iets te zeggen over de ervaring van betrokkenen met de uitoefening van rechterlijke taken door niet-rechterlijke organen. Daarover is weinig bekend. Evaluatieonderzoek over de door ons bestudeerde gevallen van overheveling is, met uitzondering van evaluaties van geschillencommissies, slechts in zeer beperkte mate verricht en betreft vrijwel nooit de geschilbeslechtende taak van instanties, laat staan de verschuiving als zodanig van taken van de rechter naar andere organen. Binnen het bestek van dit onderzoek was het niet mogelijk om zelf zinvol empirisch onderzoek te verrichten.

²⁹⁸ Artikel 230m, lid 1, sub t.

Slot

In de samenleving bestaat altijd een spanningsverhouding tussen de rechterlijke macht en de andere twee machten, waarbij uitbreiding van de rol en de positie van de ene staatsmacht veelal de inperking van de andere teweegbrengt. De verschuiving van bevoegdheden of taken naar bestuursorganen, alternatieve geschilbeslechtters en de wetgever is een uitvloeisel van het huidige politieke denken over deze relatie. Veel van de gesignaleerde voor- en nadelen die met overheveling van taken van de rechter gepaard gaan zijn geen ijzeren wet, maar zijn het resultaat van de politieke wil. Rechteren zijn niet per se duurder, trager, minder transparant, minder effectief, minder laagdrempelig of minder deskundig dan andere geschilbeslechtters. Maar het kan wel goedkoper voor de staat zijn als een deel van de geschilbeslechtingstaak bij andere organen komt te liggen. De kosten komen veelal, al dan niet na verloop van tijd, grotendeels bij de burgers en de branches terecht en er is – ondanks de door geschilbeslechtingorganen zelf genomen maatregelen en de gerealiseerde waarborgen waaraan nu eenmaal volgens de wet moet worden voldaan – in termen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid - minder rechtsbescherming.

Wel is het inherent aan de positie van de rechterlijke macht en de andere machten in onze democratische rechtsstaat dat rechters meer maatwerk kunnen leveren in het individuele geval en meer flexibiliteit bieden, terwijl de wetgever zorg kan dragen voor meer rechtszekerheid en rechtseenheid.

Uit ons onderzoek blijkt dat er inderdaad sprake is van verschuiving van rechterlijke taken naar bestuursorganen, geschillencommissies en de wetgever. Uit het overzicht van wetsvoorstellen, gebaseerd op de adviezen van de Raad voor de rechtspraak, kan niet precies worden afgeleid in welke mate er sprake is van verschuiving. Wel wordt bij nadere analyse duidelijk dat de impact ervan heel divers is en mede afhankelijk is van de maatregelen die organen treffen om de rechtsstatelijke en andere bezwaren, zoals het gebrek aan rechtsvorming of het mindere maatwerk, te ondervangen.

Om tot meer inzicht te komen in de ervaringen van burgers en bedrijven met de uitoefening van taken door rechters en andere organen zou empirisch onderzoek moeten worden gehouden. Dat zou kunnen door gebruik te maken van onderzoek dat al eerder is verricht. Zo zouden identieke enquête- en interviewvragen die in het recente verleden gebruikt zijn voor evaluatieonderzoek van geschillencommissies voorgelegd kunnen worden aan justitiabelen die een gelijksoortig geschil aan de rechter hebben voorgelegd.

Geraadpleegde literatuur

Aarts 2005

Aarts, V.P., 'Aspecten van toezicht, handhaving en geschillenbeslechting onder de Zorgverzekeringswet', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2005, afl. 1, p. 65-73.

ACM 2014

ACM, *ACM jaarverslag 2014*, Den Haag: Autoriteit Consument en Markt 2015.

Baas e.a. 2015

Baas, R., T. Havinga, M.T.A.B Laemers, & H. Den Tonkelaar, 'Inleidende vogelvlucht', in: R. Baas e.a. (red.), *Rechtspleging en rechtsbescherming*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 3-10.

Barels 2011

Barels, M., 'De strafrechter buitenspel?', in: F.W. Bleichrodt, J.A.W. Lensing & P.C. Vegter (red.), *De rechter in het geding. Liber amicorum mr. J.P. Balkema*, Deventer: Kluwer 2011, p. 3-12.

Barkhuysen e.a. 2014

Barkhuysen, T., e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechten beperkend overheidsingrijpen. Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014.

Blankenburg 1994

Blankenburg, E., 'The infrastructure for avoiding civil litigation: Comparing cultures of legal behavior in the Netherlands and West Germany', *Law & Society Review* 1994, afl. 4, p. 789-808.

De Bock 2015

Bock, R.H., 'Voorbij vrijblijvendheid. Leidraden voor het versterken van de inhoudelijke kwaliteit van rechterlijke beslissingen', *Rechtstreeks* 2015, p. 11-69.

De Bock 2015 (2)

Bock, R.H. de, 'Grip op kwaliteit. Een model voor inhoudelijke kwaliteit van rechterlijke beslissingen', in: *Kwaliteit als keuze, Kwaliteit(s)beoordeling van rechtspraak, wetgeving en rechtswetenschappelijk onderzoek* (Handelingen Nederlandse Juristen-vereniging 2015-I), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 27-140.

Bokdam, Bal & de Jonge 2012

Bokdam, J., J. Bal & J. de Jonge, *Evaluatie Wet Medezeggenschap op Scholen. Eindrapport. Zoetermeer: Research voor Beleid* 2012.

Bovend'Eert 2015

P.P.T. Bovend'Eert, 'Herstel het domein van de rechter in de rechtsstaat', *NJB* 2015/2059.

Brekelmans & Sperling 2011

Brekelmans, F.H.J.G. & J. Sperling, *Doeltreffender en meer effect. Juridische evaluatie van drie knelpunten in de Wet medezeggenschap op scholen uit de praktijk van de Landelijke Commissie voor Geschillen WMS (LCG WMS)*, Utrecht: Expertisecentrum Onderwijsgeschillen 2011.

Brekelmans & Sperling 2011 (2)

Brekelmans, F.H.J.G. & J. Sperling, 'Een voorstel tot verbetering van de procedure tot naleving van de WMS 1', *School en Wet* 2011, afl. 6, p. 9-13.

Brenninkmeijer 1991

Brenninkmeijer, A.F.M., 'Politiek en rechtspraak', *Socialisme en Democratie* 1991, afl. 5, p. 193-203.

Van den Broeke 2004

Broeke, M. van den, 'Het domein van de rechter; een eerste verkenning', in: N.J.H. Huls & M.A. Loth (red.), *Het domein van de rechter*, Deventer: Kluwer 2004, p. 1-42.

Bruning & de Jong-de Kruijf 2015

Bruning, M.R. & M.P. de Jong-de Kruijf, 'Van gesloten jeugdzorg naar gesloten jeugdhulp: de nieuwe regeling nader beschouwd', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2015, afl. 6, p. 134-143.

Corstens & Limborgh 2011

Corstens, G.J.M. & W.M. Limborgh, 'Inperkingen van het rechterlijk domein', in: F.W. Bleichrodt, J.A.W. Lensing & P.C. Vegter (red.), *De rechter in het geding. Liber amicorum mr. J.P. Balkema*, Deventer: Kluwer 2011, p. 13-20.

Croes e.a. 2005

Croes, M.T., e.a., *Niet-judiciële activiteiten van de Rechtspraak (Cahier 2005-20)*, Den Haag: WODC 2005.

CTW 1994

CTW, *Handhaving door bestuurlijke boeten. Advies aan de minister van Justitie*, Den Haag: Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten 1994.

Daalder 2004

Daalder, E.J., 'Van geschillen, advocaten en geschilbeslechting door de overheid' in: N.S.J. Koeman, A. ten Veen & J.R. van Angeren (red.), *Overheid en Markt*, Deventer: Kluwer 2004, p. 23-32.

Danopoulos 2009

Danopoulos, A., *Geschilbeslechting door de OPTA*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009.

Dijksterhuis 2008

Dijksterhuis, B.M., *Rechtens normeren de alimentatiehoogte. Een empirisch onderzoek naar rechterlijke samenwerking in de Werkgroep Alimentatienormen (1975-2007)*, Amsterdam: Leiden University Press 2008.

Dijksterhuis 2008(2)

Dijksterhuis, B.M., 'Rechterlijke samenwerking is rechterswerk', *Recht der Werkelijkheid* 2008, afl. 2, p. 59-62.

Dijksterhuis & Vels 2011

Dijksterhuis, B.M. & N. Vels, rapport *alimentatieberekening, Onderzoek naar de mening van burgers over de mening van kinderalimentatie*, Hoge School van Amsterdam en LBIO, 2011.

Van Eijk 2011

Eijk, N.A.N.M. van, 'ACM onafhankelijk?', *NJB* 2011/2252.

Ernste 2012

Ernste, P.E., *Bindend advies*, Deventer: Kluwer 2012.

Van Erp & Klein Haarhuis 2006

Erp, J. van & C.M. Klein Haarhuis, *De filterwerking van buitengerechtelijke procedures Een verkennend onderzoek*, Den Haag: WODC 2006.

Eshuis, Dalm & de Jong 2014

Eshuis, R.J.J., S.J.P.J. Dalm & P.O. de Jong, *Evaluatie Competitiegrensverhoging 2011* (Cahier 2014-1), Den Haag: WODC 2014.

Eshuis & van Tulder 2014

Eshuis, R.J.J. & P.F. van Tulder, *Daling instroom civiele handelszaken onderzocht* (Cahier 2014-4), Den Haag: WODC 2014.

Evaluatie Directie Toezicht Energie 2006

Evaluatie Directie Toezicht Energie. Evaluatie voor het Ministerie van Economische Zaken (15 november 2006), Amersfoort: Twynstra Gudde 2006.

Evaluatie Raad van Bestuur NMa 2010

Eindrapport. Evaluatie van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), Den Haag: Kwink Groep 2010.

Evaluatie wanbetalersregeling 2011

Eindrapportage. Evaluatie van de wanbetalersregeling. "Kort op de bal", Utrecht: Zorgvuldig Advies/Berenschot 2011.

Evaluatieonderzoek ACM 2015

Evaluatieonderzoek ACM. Eindrapport, Den Haag: Kwink Groep 2015.

Galanter 2004

Galanter, M., 'The Vanishing Trial: An examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts', *Journal of Empirical Legal Studies*, 2004, p. 459-570.

Van Gastel-Goudswaard 2007

Van Gastel-Goudswaard, J., 'Contouren geschilbeslechting Nederlandse Mededingingsautoriteit', *Tijdschrift voor Energierecht* 2007, afl. 3, p. 121-127.

Van Gestel, Eijlander & Peters 2006

Gestel, R.A.J. van, Ph. Eijlander & J.A.F. Peters, 'The Regulatory Powers of Quangos in the Netherlands: Are Trojan Horses Invading Our Democracy?', in: J.H.M van Erp & L.P.W. van Vliet (red.), *Netherlands Reports to the Seventeenth International Congress of Comparative Law*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 421-450.

De Groot-van Leeuwen 1991

Groot-van Leeuwen, L.E. de, *De rechterlijke macht in Nederland*, Deventer: Gouda Quint 1991.

De Heer-de Lange, Diephuis & Eshuis 2013

Heer-de Lange, N.E. de, B.J. Diephuis & R.J.J. Eshuis, *Rechtspleging Civiel en Bestuur 2012. Ontwikkelingen en samenhangen*, Den Haag: Boom/Lemma 2013.

Huls 2008

Huls, N., *Actie en reactie. Een inleiding in de rechtssociologie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008.

Huls & Loth 2004

Huls, N.J. & M. Loth (red.), *Het domein van de rechter*, Deventer: Kluwer 2004.

Huls & Schellekens 2001

Huls, N. & V.M. Schellekens, "*Je ziet de gaten in hun handen*". *De eerste ervaringen van rechtbanken en gerechtshoven met de toepassing van de Wet schuldsanering natuurlijke personen*, Utrecht: Lemma 2001.

Van der Jagt-Jobsen, Rijken & Verduijn 2014

Jagt-Jobsen, J.A.J van der, J.J. Rijken & M.A.M. Verduijn, 'Van AWBZ naar Wlz: een trendbreuk met het verleden?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2014, p. 540-552.

Janssen & Croes 2005

Janssen, S.H.E. & M.T. Croes, *Niet-rechterlijke actoren in de rechtspraak van Nederland, Denemarken en Duitsland* (Cahier 2005-18), Den Haag: WODC 2005.

Jungmann 2006

Jungmann, N., *De bedoelde en onbedoelde effecten van de wet schuldsanering natuurlijke personen*, Leiden: Leiden University press 2006.

Jungmann & Kruis 2014

Jungmann, N. & G. Kruis, *Het verhaal achter de cijfers. De doorstroming van de minnelijke schuldhulpverlening naar de wettelijke schuldsanering*, Amsterdam/Utrecht: Regioplan/hogeschool Utrecht 2014.

Jungmann, Niemijer & ter Voert 2001

Jungmann, N., E. Niemeijer & M.J. ter Voert, *Van schuld naar schone lei. Evaluatie Wet Schuldsanering natuurlijke personen*, Den Haag: WODC 2001.

Jungmann e.a. 2012

Jungmann, N., A.J. Moerman, H.D.L.M. Schruer & I. van den Berg, *Paritas passé. Debiteuren en crediteuren in de knel door ongelijke bevoegdheden*, Den Haag: Sdu 2012.

Jurgens 1991

Jurgens, E., 'Naar een duas politica', *Socialisme en Democratie* 1991, afl. 5, p. 475-477.

Kas 2014

Kas, A., 'Mag dat allemaal zomaar, zonder rechter?', *NRC Handelsblad*, 25 november 2014, p. 8-9.

Keman 1992

Keman, J.E., 'Politiek en samenleving en de rol van het recht', *Ars Aequi* 1992, p. 663-669.

Klapwijk & Ter Voert 2009

Klapwijk, A. & M. Ter Voert, *Evaluatie De Geschillencommissie 2009*, Den Haag: WODC

Knapen 2013

Knapen, M., 'De overbodige rechter', *Mr.* 2013, afl. 9, p. 73-78.

Kocken 2011

Kocken, J., 'Mediation een alternatief voor rechtspraak bij het beslechten van geschillen?', in: M. Hertogh & H. Weyers (red.), *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechtssociologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 225-251.

De Koning 2015

Koning, P. de, 'Met nieuwe ontslagwet zijn werknemers speelbal', *NRC Handelsblad*, 30 november 2015.

Koopmans 1970

Koopmans, T., 'De rol van de wetgever', in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *Honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 221-235.

Kramer e.a. 2012

Kramer, X.E., e.a., *Verkrijging van een executoriale titel in incassozaken*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2012.

Krijnen 2015

Krijnen, B., 'Is een wettelijk verplichte geschillencommissie in strijd met het recht op toegang tot de rechter?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2015, p. 264-270.

Laemers 2012

Laemers, M.T.A.B., *Onderwijsrecht in het geding*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

Laemers 2014

Laemers, M.T.A.B., 'Het perspectief van de burger anno 2013', in: B. Marseille & L. van der Velden (red.), *Vertrouwen verdient, verdiend vertrouwen. Visies op geschilbeslechting door de overheid*, Den Haag: Ministerie BZK 2014, p. 186-204.

Lavrijssen 2015

Lavrijssen, S.A.C.M., 'Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief', *Regelmaat* 2015, p. 182-200.

Loth & Mak 2007

Loth, M. & E. Mak, 'The judicial domain in view. Figures, trends and perspectives', *Utrecht Law Review* 2007, afl. 1, p. 75-100.

Marseille 2015

Marseille, B., *Bestuurlijke organisatie en geschilbeslechting in het sociaal domein*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2015.

Marseille & van der Velden 2014

Marseille, B. & L. van der Velden (red.), *Vertrouwen verdient, verdiend vertrouwen; visies op geschilbeslechting door de overheid*, Den Haag: Ministerie BZK 2014.

Mat 2003

Mat, J.J., 'Boetetje, niet te hoog: de binnenwereld van de rechterlijke macht', *NRC Handelsblad*, 4 oktober 2003, p. 27.

Meurkens 2014

Meurkens, R.C., *Punitive damages: The civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe*, Kluwer: Deventer 2014.

NMa 2013

Nma, *NMa jaarverslag 2012*, Den Haag: Nederlandse Mededingingsautoriteit 2013.

OPTA 2012

OPTA, *OPTA jaarverslag 2011*, Den Haag: OPTA 2012.

Ottow 2000

Ottow, A.T., 'De procedures bij OPTA: geen sinecure', *Markt & Mededinging* 2000, afl. 1, p. 3-10.

Ottow 2002

Ottow, A.T., 'De bevoegdheidsverdeling tussen OPTA en de civiele rechter', *Mediaforum* 2002, afl. 10, p. 316-319.

Ottow 2003

Ottow, A.T. 'Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie. De bestuursprocesrechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt', in: B.J.M van der Meulen & A.T. Ottow, *Toezicht op markten (VAR-preadvies)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Ottow 2003(2)

Ottow, A.T., 'Review van het toezicht', *Computerrecht* 2003, afl. 1, p. 12-18.

Ottow & Schong 2002

Ottow, A.T. & I.M. Schong, 'De sectorspecifieke toezichthouders en het kamermodel NMa', *Markt & Mededinging* 2002, afl. 4, p. 128-134.

Ottow e.a. 2004

Ottow, A.T., M.J. Konert, N.A.N.M. van Eijk & B.J. Schueler, *De Telecommunicatiewet en handhaving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2004.

Pavillon 2015

Pavillon, C.M.D.S., 'Geschillencommissies en dwingend recht', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2015, p. 239-252.

Peters, Combrink-Kuiters & Verkleij 2015

Peters, S.J., L. Combrink-Kuiters & C. Verkleij, *Monitor Wsnp. Elfde meting over het jaar 2014*, Oijsterwijk: Wolf Legal Publishers 2015.

De Poorter 2003

Poorter, J. de, *De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Raad voor de rechtspraak 2007

Agenda van de rechtspraak 2008-2011. Onafhankelijk en betrokken, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2007.

De Rijke 2004

Rijke, M. de, 'De Dienst Uitvoering en Toezicht energie (DTe)', in: F.B. Falkena & M.E. Koppenol-Laforce (red.), *Markten onder toezicht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 302-312.

RMO 2004

RMO, *Toegang tot recht (Advies 32)*, Den Haag: Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling 2004.

Roggenkamp 2000

Roggenkamp, M.M., 'De nieuwe Nederlandse Gaswet: een proces van regulering en liberalisering', *Markt & Mededinging* 2000, afl. 6, p. 201-210.

Rood 1993

Rood, M.G. (red.), *Rechter en politiek nationale en internationale beschouwingen*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1993.

Roording 2011

Roording, J., *Met beleid bestraffen. Verschuivingen tussen strafrecht en bestuurlijke boete bezien vanuit het handhavingsbeleid*, Den Haag: Academie voor wetgeving 2011.

De Roos & Schoep 2001

Roos, T.A. de & G.K. Schoep, 'Samenwerkend straffen: coördinatie van straftoemeting in een eerlijk proces', in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 33-48.

De Ru 2003

Ru, H.J. de, 'Toezicht moet geen nieuwe staatsmacht worden. Commentaar op de preadviezen voor de VAR 2003 over: Toezicht op markten', *Markt en Mededinging* 2003, afl. 5, p. 178-181.

Sackers 2010

H.J.B. Sackers, *Herder, hoeder, en handhaver*, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen, 2010.

Van Schoonhoven en Keijzer 2010

Schoonhoven, R. van & M. Keijzer, *Een geschil is geen ruzie*, Rotterdam/Utrecht: Actis Onderzoek/Stichting Onderwijsgeschillen 2010.

Schuyt 2009

Schuyt, P.M., *Verantwoorde straftoemeting: een wetenschappelijke proeve op het gebied van de rechtsgeleerdheid*, Deventer: Kluwer 2009.

Simons 1996

Simons, Th.G.M., *De rechterlijke organisatie in Nederland*, Zwolle : W.E.J. Tjeenk Willink, 1996.

SKGZ 2011

SKGZ, *Jaarverslag 2010 Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen*, Zeist: Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen.

Van Slooten 2015

Slooten, J. van, 'Wat er niet in de Ontslagregeling staat en de gevolgen daarvan', *NJB* 2015/1139.

Smits 2014

Smits, U., *De geschillenregeling in het wetsvoorstel kwaliteit, klachten en geschillen zorg. Is de rechtspositie van de klagende cliënt daadwerkelijk met voldoende waarborgen omkleed? Afstudeerscriptie Nederlands Recht, OU 2014.*

Steyger 2007

Steyger, E., 'Awb en Europa. Het bestuursorgaan in het licht van het Europese recht: houdbaar of aan wijzigingen onderhevig?' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren*, Deventer: Kluwer 2007, p. 9-28.

Steyger 2010

Steyger, E., 'De Awb en het economisch orderingsrecht: een ontregelende relatie', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 655-668.

Terlouw 2003

Terlouw, A.B., *Uitspraak en afspraak: samenwerking tussen vreemdelingenrechters bij ontbreken hoger beroep*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Terlouw 2008

Terlouw, A.B., 'Rechtspreken is rechterswerk dat bij voorkeur in samenwerking geschiedt', *Recht der Werkelijkheid* 2008, afl. 2, p. 63-70.

Teuben 2004

Teuben, K., 'Rechterlijke samenwerking op de helling?', *NJB* 2004, afl. 14, p. 737-738.

Troost 2016

Troost, N., 'Ontslaan lastiger door nieuwe wet', *De Volkskrant*, 26 januari 2016.

Van Tulder 2014

Tulder, F. van, *In de schaduw van de rechter* (Research Memorandum 2014-4), Den Haag: Sdu Uitgevers 2014.

Bij de Vaate 2015

Vaate, V. bij de, *Bijzonder ontslagprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Velthoven & Klein Haarhuis 2010

Velthoven, B.C.J. van & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingdelta 2009*, Den Haag: WODC 2010.

Verburg 2011

Verburg, L., 'Het Nederlands ontslagrecht en artikel 6 EVRM. Geteld, geteld, gewogen en te licht bevonden', *Ars Aequi* 2011, p. 284-289.

Verburg 2015

Verburg, L., *Kanttekeningen bij de Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015.

Verhey & Verheij 2005

Verhey, L.F.M. & N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters. Markttoezicht in constitutioneel perspectief' in: A.A. van Rossum, L.F.M Verhey & N. Verheij, *Toezicht* (NJV-pleadviezen), Deventer: Kluwer 2005.

Ter Voert & Klein Haarhuis 2015

Voert, M.J. ter & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingdelta 2014*, Den Haag: Boom Lemma 2015.

De Vries, Rekko & van der Veen 1995

Vries, H.H. de, A.H.M.J. Rekko & G. van der Veen, *Het maatschappelijk belang van geschillencommissies*, Den Haag: SWOKA, 1995.

Wenders 2010

Wenders, D.W.M., *Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedures*, Deventer: Kluwer 2010.

Werff & Docter-Schamhardt 1987

Werff, C. van der & B.J.W. Docter-Schamhardt, *Alimentatie na scheiding in 1982, een landelijk dossieronderzoek*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1987.

Werkgroep alimentatiebeleid 2002

Werkgroep alimentatiebeleid, *Het kind centraal: verantwoordelijkheid blijft. Eindrapport van de werkgroep alimentatiebeleid*, Den Haag: Interdepartementaal beleidsonderzoek.

Wiarda 1999

Wiarda, G.J., *Drie typen van rechtsvinding*, W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Widdershoven 1989

Widdershoven, R.G.J.M., *Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratieve recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Wiggers-Rust 2014

Wiggers-Rust, L.F., *"Collectieve" acties. Een interne rechtsvergelijking tussen privaatrecht en bestuursrecht*, Den Haag: WODC 2014.

Wit 2004

Wit, P., 'De telecombestuurder als civilist: blijf toch bij je leest!', *Nieuwsbrief BW* 2004, afl. 7/8, p. 109-113.

WRR 2002

WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

Bijlage 1: Samenstelling begeleidingscommissie

Voorzitter

Prof. mr. dr. E. Niemeijer Academie voor Overheidsjuristen/Wetgeving

Leden

Dr. F.C.J. van der Doelen Ministerie van Veiligheid en Justitie, Directoraat-Generaal
Rechtspleging en Rechtshandhaving

Mw. mr. R.M. Driessen Raad voor de rechtspraak, Afdeling Strategie

Dr. R.J.J. Eshuis Ministerie van Veiligheid en Justitie, Wetenschappelijk On-
derzoek- en Documentatiecentrum (WODC)

Mw. mr. W.M. de Jongste Ministerie van Veiligheid en Justitie, Wetenschappelijk On-
derzoek- en Documentatiecentrum (WODC)

Mw. mr. M.H.A.F. Lokin Ministerie van Financiën

Bijlage 2: Geraadpleegde experts

Prof. mr. E. Bauw (Raad voor de rechtspraak/ Universiteit Utrecht)

Mr. dr. J.J. van den Broek (Radboud universiteit)

Mw. mr. dr. S. Hillegers (Radboud universiteit)

Prof. mr. dr. A.T. Marseille (Rijksuniversiteit Groningen)

Prof. mr. R.J.N. Schlössels (Radboud universiteit)

Mw. mr. dr. J. Sperling (Stichting Onderwijsgeschillen)

Mr. J.W.M. Tromp (Gerechtshof Amsterdam)

Prof. mr. L.G. Verburg (Radboud Universiteit)

Bijlage 3: Expertmeeting bestuursrecht

Beknopt verslag van de expertmeeting te Nijmegen op 3 oktober 2015

Naast de onderzoekers en de student-assistent waren de volgende experts aanwezig:

Mw. mr. dr. S. Hillegers (omgevingsrecht; RUN)

Mr. dr. J.J. van den Broek (belastingrecht; RUN)

Prof. mr. R.J.N. Schlössels (bestuursrecht; RUN)

Prof. mr. dr. A.T. Marseille (bestuurskunde, in het bijzonder de empirische bestudering van het bestuursrecht; RUG)

Doel van de bijeenkomst:

- 1) bespreking van de voorliggende inventarisatie van wetsvoorstellen waarin sprake is van overheveling en
- 2) verkenning van de vraag of experts buiten de voorgelegde gevallen andere gevallen van overheveling kennen.

Afbakening

- In de inventarisatie gaat het om gevallen waarin geschilbeslechtende of toezichthoudende taken worden/zijn overgeheveld. Mediation in de bestuursrechtspraak was onderwerp van een wetsvoorstel, maar mediation wordt door een van de experts niet beschouwd als geschilbeslechting omdat aan de partijen wordt overgelaten om het geschil op te lossen. Bovendien zijn de betreffende wetsvoorstellen ingetrokken.
- Vastgesteld wordt dat in het onderzoek het begrip bestuursorgaan ruim is opgevat doordat ook overheveling/verschuiving naar andere organen dan bestuursorganen is meegenomen. Bij sommige wetsvoorstellen is sprake van overheveling naar de wetgever, bijvoorbeeld het wetsvoorstel Taverne (toetsing aan verdragen niet langer door de rechter, maar toetsing wordt voorbehouden aan wetgever).
- Voor *bestuursjuristen* heeft overheveling vooral betrekking op bestuurlijk handhavingsrecht (bestuurlijke boetes e.d.) omdat boetes in de plaats gekomen zijn van strafrechtelijke boetes, maar die vallen niet binnen het onderzoek. De bestuursrechter kan de rechtmatigheid van het opleggen van bestuurlijke boetes (achteraf) beoordelen.
- De burgemeester heeft ter handhaving van de openbare orde veel bevoegdheden, die evenwel eerder preventief ingezet kunnen worden dan als reactie op een overtreding. Deze bevoegdheden berustten eerder ook niet bij de rechter.

Belastingrecht

- Vanuit het belastingrecht worden geen gevallen van overheveling gemeld. Wel is er de praktijk van horizontaal toezicht: belastingplichtigen wisselen tegenwoordig steeds vaker informatie uit met de belastingdienst om conflicten te vermijden. Deze praktijk bestaat sinds ongeveer acht

jaar en wordt vooral door grote ondernemingen toegepast (mede) om procedures voor de rechter te voorkomen.²⁹⁹

- Een tweede ontwikkeling in het belastingrecht is de invulling van open normen door de wetgever, bijvoorbeeld de norm 'goed koopmansgebruik'. Zoals de civiele rechter redelijkheid en billijkheid invult, zo deed de belastingrechter dat met 'goed koopmansgebruik', maar de wetgever beperkt nu de invloed van deze open norm. Ook waar de afschrijving van een gebouw in het verleden door de rechter werd beoordeeld, geeft de wetgever thans aan in hoeveel jaar dat moet/mag gebeuren. Vaste normen zijn er ook gekomen voor zaken als 'waardering van onderhanden werk van advocaten' en het gebruik van forfaits bij de bepaling van belasting van personenauto's en motorrijwielen (BPM). Hoe de wetgever open normen invult, correspondeert niet per se met hoe het in de jurisprudentie werd ingevuld (de wetgever kan strenger zijn).

Bestuursrecht

- In het bestuursrecht is in zekere zin ook sprake van een omgekeerde ontwikkeling: door de finale geschilbeslechting, het rechtstreeks beroep en de bestuurlijke lus heeft de rechter juist meer bevoegdheden gekregen.
- Als het bestuursorgaan zelf open normen mag/moet invullen, resteert er voor de rechter slechts marginale toetsing. Met andere woorden: dan valt er niet veel over te hevelen.
- Overheveling van een bestuursrechter naar een bijzondere rechter komt wel voor, maar dat speelt zich af binnen het rechterlijk domein en is dus geen onderwerp van dit onderzoek.
- Echte gevallen van overheveling buiten die van de inventarisatie komen niet boven tafel. De Wet BOPZ wordt interessant genoemd, omdat een taak van de rechter naar het bestuur gaat.
- Wetsvoorstellen die de toegang tot de rechter beperken, zoals de Wet maatschappelijke ondersteuning (WMO), leveren eerder overheveling van de rechter naar de wetgever op, dan van de rechter naar het bestuur. De bezwarencommissie kan bijvoorbeeld niets met WMO-bezwaren omdat belangrijke beslissingen in een zorgplan staan, waarover het bestuur niets te zeggen heeft. Het bestuur beslist voor een burger: u krijgt een schoon huis. Als de uitvoerder vervolgens het schoonmaken beperkt opvat, dan valt er bestuursrechtelijk niet veel te procederen.
- Een groot deel van de voorstellen in het overzicht ziet op beperking van de toegang tot de rechter, verkleining van de beslissingsruimte en het inbouwen van filters en zeeffuncties. De kerntaak van de rechter, geschilbeslechting, kan volgens een van de experts niet overgeheveld worden naar bestuursorganen. Als taken bij de bestuursrechter worden weggehaald, moet de civiele rechter in ieder geval als vangnet fungeren om aan de normen van artikel 6 EVRM te (blijven) voldoen.

²⁹⁹ Mogelijk worden door horizontaal toezicht procedures bij de rechter vermeden en leidt deze praktijk dus indirect tot verschuiving. Uit informatie op de website en in brochures van de Belastingdienst blijkt dat met horizontaal toezicht primair wordt beoogd de naleving van belastingregels en de kwaliteit van belastingaangiften te bevorderen en ondernemers sneller duidelijkheid te geven over hun belastingaanslag (wat bedrijfseconomisch gunstig is). De Belastingdienst beoordeelt of de administratie van de ondernemer voldoet aan bepaalde eisen die het indienen van een juiste aangifte waarborgen. Ook wordt gekeken naar de nalevingsbereidheid van de ondernemer. Als aan de eisen wordt voldaan, kan een convenant worden gesloten met de Belastingdienst. Aangiften van deze ondernemers (of door hun intermediair ingediende aangiften) kunnen sneller worden behandeld en de Belastingdienst heeft meer zekerheid over de juistheid. Bij grote ondernemingen worden de conventanten tussen Belastingdienst en onderneming gesloten, bij het MKB tussen Belastingdienst en fiscaal intermediair. Zie onder meer de brochure 'Horizontaal toezicht biedt ondernemers meer zekerheid', gepubliceerd op www.belastingdienst.nl (zoek op 'horizontaal toezicht').

Conclusie is dat er buiten de in het overzicht genoemde gevallen niet veel voorbeelden te melden zijn van overheveling. Er zijn wel veel maatregelen die het effect kunnen hebben dat ze de toegang tot de rechter beperken. Een groot deel van die maatregelen is terug te voeren op de discussie over dejuridisering die in 1997 plaatsvond. Het administratief beroep (buitengerechtelijke route) is echter niet succesvol gebleken.

Keuze voor casus

Voor casus komen zuivere voorbeelden van overheveling het meest in aanmerking, maar die zijn er weinig. Het voorbeeld van overheveling van medezeggenschapsgeschillen in het onderwijs betreft een overheveling van de taak van de kantonrechter naar geschillencommissies die dateert van voor 2004. Dat mag volgens de experts geen beletsel zijn om voor deze casus te kiezen.

Bijlage 4: Gevallen van verschuiving

Verschuiving van taken van bestuurs- of civiele rechter

Casus nr.	Advies Rvdr	Dossiernr. wetsvoorstel	Titel wet	Overheveling in welke zin?	Motivering
1	2005/06 Beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst	29676 (verworpen)		Overheveling echtscheidingsprocedures van civiele rechter naar mediators.	- echtscheiding dejuridiseren - rechter ontlasten en daardoor ook kosten besparen
2	2005/07 Bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding	30145	Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding	Rechter kan partijen verwijzen naar mediator; anders dan aanvankelijk voorgesteld, is hij niet verplicht om weigering aanbod mediation mee te wegen in oordeel over ontvanke-lijkheid verzoekschrift. 'Omgekeerde' overheveling door afschaffing flitsscheiding.	- scheidings- en omgangs- problematiek verminderen - problemen met erkenning flitsscheiding in buitenland en ontbreken executoriale titel bij flitsscheiding
3	2014/09 Scheiden zonder rechter	34118 (aanhangig)		Overheveling echtscheidingsprocedures van civiele rechter naar ambtenaar burgerlijke stand.	- echtscheiding vereenvou- digen en voor burgers goed- koper maken
4	2011/46, 2015/25 Nieuwe bereke- ning kinderalimen- tatie	34154 (aanhangig)		Vervanging Tremanormen (door rechters ontwikkeld) door gedetailleerde wettelijke rege- ling. Het aanvankelijke voorstel om bij geschillen tussen ouders de alimentatie te laten vaststellen door een bestuursorgaan (LBIO), werd niet in het wets- voorstel opgenomen.	- verantwoordelijkheid voor de alimentatienormen bij wetgever leggen; - rechtszekerheid bevorde- ren; - berekeningsmethodiek vereenvoudigen
5	2005/28 Wijziging WW en ontslagrecht	30370	Wet wijziging WW- stelsel	Vermindering pro forma ont- slagprocedures bij kanton- rechter door nieuwe regels voor verwijtbaarheidstoets (geen overheveling naar ander orgaan). Het aanvankelijke voorstel om cao-partijen de bevoegdheid te geven om zelf selectiecriteria vast te stellen voor bedrijfseco- nomische ontslagen en om eventuele bezwaren van werk- nemers tegen een voorgeno- men ontslag door een door cao- partijen ingestelde commissie te laten toetsen, werd ingetrok- ken.	- minder pro forma ontslag- procedures en daarmee minder kosten voor over- heid, werkgevers en werk- nemers - rekening kunnen houden met specifieke omstandig- heden in een onderneming of bedrijfstak
6	2004/28 Normering van de vergoeding bij	(niet inge- diend)		Vervanging kantonrechtersfor- mule door wettelijke regeling.	

Casus nr.	Advies Rvdr	Dossiernr. wetsvoorstel	Titel wet	Overheveling in welke zin?	Motivering
	ontbinding van de arbeidsovereenkomst				
6	2013/17 Wijziging ontslagrecht en WW	(niet ingediend)		Overheveling ontslagprocedures van kantonrechter naar UWV, doordat route via kantonrechter zou vervallen.	
6	2013/30a Hervorming flexrecht, ontslagrecht en Werkloosheidswet	33818	Wet werk en zekerheid	Overheveling ontslagprocedures van kantonrechter naar UWV én omgekeerd, doordat wet dwingend voorschrijft in welke gevallen welke ontslagroute moet worden gevolgd. Vervanging kantonrechtformule door gedetailleerde wettelijke regeling. Inperking beoordelingsvrijheid kantonrechter door opneming gedetailleerde ontslagcriteria in wet.	- ontslagrecht eenvoudiger, sneller, en minder kostbaar voor werkgevers maken; - rechtsgelijkheid en rechtszekerheid bij ontslag bevorderen
7	2004/15 Herziening schuldsanering natuurlijke personen	29942	Wijziging Faillissementswet i.v.m. herziening van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen	Beoogd werd een sterkere filtering van schuldsaneringszaken, waardoor civiele rechter minder verzoeken om toelating tot Wsnp-traject te behandelen zou krijgen. Beperking beoordelingsvrijheid rechter door invoering imperatieve weigeringsgronden.	- werklast rechterlijke macht en bewindvoerders verlichten - werkbesparing voor rechter
8	2008/13 Structurele maatregelen wanbetalers zorgverzekering	31736	Wet structurele maatregelen wanbetalers zorgverzekering	Overheveling wanbetalerszaken van civiele rechter naar bestuursorgaan, doordat Zorginstituut bevoegdheid krijgt om zonder tussenkomst rechter een 'bestuursrechtelijke premie' te laten inhouden op inkomensbronnen of bij dwangbevel in te vorderen.	- effectievere aanpak wanbetalersproblematiek
9	2009/08 Opsporing en verzekering onverzekerden zorgverzekering	32150	Wet opsporing en verzekering onverzekerden zorgverzekering	Bestuursorgaan (Zorginstituut) krijgt bevoegdheid om zorgverzekering af te sluiten voor onverzekerde; een dergelijke bevoegdheid was tot dan toe voorbehouden aan civiele rechter (art. 3:300 BW).	- effectievere aanpak onverzekerdenproblematiek
10	2004/18 Zorgverzekeringwet	29763	Zorgverzekeringwet	Wet voorziet in geschillencommissie als alternatief voor civiele rechter; rechter kan uitspraak geschillencommissie slechts marginaal toetsen.	- verzekerden een laagdrempelig, goedkoop en snel alternatief voor procederen bij burgerlijke rechter; - belasting rechterlijke macht beperken
11	2005/10 Marktordening gezondheidszorg	30186	Wet marktordening gezondheidszorg	Bestuursorgaan (NZa) krijgt bevoegdheid om bepaalde geschillen tussen zorgaanbie-	(In memorie van toelichting ontbreekt motivering.)

Casus nr.	Advies Rvdr	Dossiernr.-wetsvoorstel	Titel wet	Overheveling in welke zin?	Motivering
				ders en ziektekostenverzekeraars te beslechten.	
12	2013/33 Maatschappelijke Ondersteuning	33841	Wet maatschappelijke ondersteuning 2015	Filtering van potentiële aanvragen in 'onderzoeksfase' voorafgaand aan indiening aanvraag, met als mogelijk (indirect) gevolg minder beroepen bij bestuursrechter.	- aantal formele aanvragen beperken en daarmee ook werklast gemeenten en rechterlijke macht beperken
13	2012/41 Jeugdwet	33684	Jeugdwet	Wettelijk recht en individuele aanspraken worden vervangen door voorzieningsplicht voor gemeente, met als mogelijk (indirect) gevolg minder beroepen bij bestuursrechter. Jeugdhulpaanbieders krijgen een bevoegdheid die in andere situaties van vrijheidsbeneming bij kinderrechter berust.	- het jeugdstelsel vereenvoudigen en efficiënter en effectiever maken
14	2013/45a Langdurige intensieve zorg	33891	Wet langdurige zorg	Filtering van geschillen over zorgplannen, doordat verzekeren in voortraject naar (bestuurs)rechter vele stappen moeten doorlopen. Bepaling die voorschreef dat bepaalde beroepen versneld zouden moeten worden behandeld, werd uit wetsvoorstel geschrapt.	- meer ruimte voor maatwerk bieden
15	2009/16 Cliëntenrechten zorg	33243	Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg	Wet voorziet in geschillencommissie als alternatief voor civiele rechter; rechter kan uitspraak geschillencommissie slechts marginaal toetsen.	- cliënten een laagdrempelig en goedkoop alternatief voor de gang naar de civiele rechter bieden
16	2009/12, 2012/17, 2014/06, 2014/29 Verplichte geestelijke gezondheidszorg	32399 (aanhangig)	Wet verplichte GGZ	Oorspronkelijke voorstel voorzag in instelling commissie die rechter zou adviseren over afgeven zorgmachtigingen, waardoor inhoudelijke werk rechter zou worden verlicht; in gewijzigde voorstel is deze commissie geschrapt.	- zorgvuldiger voorbereiding van beslissingen tot verplichte zorg - werk rechter verlichten
17	2005/14 Rechtsbescherming studenten voor Wet op het hoger onderwijs en onderzoek	30832 (ingetrokken), 31821	Wet versterking besturing	Overheveling van bepaalde geschillen van 'gewone' bestuursrechter en civiele rechter naar gespecialiseerd bestuursrechterlijk college (CBHO).	- behoefte aan een transparante procedure voor alle geschillen bij één instantie die direct toegankelijk is - met het CBHO zijn goede ervaringen opgedaan; het wordt door studenten als laagdrempelig ervaren en het beslist redelijk snel
18	2014/31 Versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen	34251 (aanhangig)		Overheveling van bepaalde geschillen van civiele rechter (Ondernemingskamer) naar geschillencommissie (LCG WMS), doordat wetsvoorstel	- behoefte aan één 'loket' voor alle medezeggenschapsgeschillen - de gang naar de LCG WMS is veel laagdrempeliger dan

Casus nr.	Advies Rvdr	Dossiernr. wetsvoorstel	Titel wet	Overheveling in welke zin?	Motivering
				voorziet in verplichte eerste gang naar geschillencommissie.	die naar de Ondernemingskamer
19	2013/22, 2014/27 Initiatiefwetsvoorstellen Mediation	33722, 33723, 33727 (alle drie ingetrokken)		Beoogd werd een sterkere filtering van geschillen, waarvoor (register)mediators meer geschillen en civiele rechter en bestuursrechter minder geschillen te behandelen zouden krijgen. Voorgestelde deelgeschilprocedure zou ook tot inhoudelijke inperking van rol civiele rechter bij behandeling betreffende geschillen leiden.	- toepassing van mediation bevorderen omdat deze vorm van geschilbeslechting voordelen boven rechtspraak heeft maar nog relatief weinig wordt gebruikt - partijen in een mediation de mogelijkheid van een snelle en goedkope interventie door de rechter bieden
20	2009/11 Implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden	32027	Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden	Niet civiele rechter, maar bestuursorgaan (NMa) heeft bevoegdheid gekregen om sanctie op te leggen aan aanbestedende dienst in gevallen waarin vernietiging aanbestedingsovereenkomst niet billijk zou zijn.	- het past niet in het Nederlandse rechtsstelsel dat de civiele rechter een straf oplegt en het introduceren van de voor Nederland nieuwe rechtsfiguur van <i>punitive damages</i> is onwenselijk
21	2008/29 Geschillencommissie auteursrecht	31766	Wijziging Wet toezicht collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten	Wet voorziet in instelling geschillencommissie (als alternatief voor civiele rechter) voor beslechting van geschillen over vergoeding voor gebruik beschermde werken en prestaties. Overheveling rechtsvormende taak van rechter naar geschillencommissie en beperking beoordelingsvrijheid van rechter doordat rechter voorafgaand aan beslissing omtrent geschil over billijkheid vergoeding advies moet vragen aan de geschillencommissie.	- een laagdrempelig en efficiënt procedureel kader bieden om tariefgeschillen te beslechten - bundeling bij één geschillencommissie kan leiden tot een vastomlijnde jurisprudentie over tarieven en praktijken van collectieve beheersorganisaties - vastomlijnde jurisprudentie zal draagvlak voor in rekening gebrachte vergoedingen vergroten en bijdragen aan rechtszekerheid - dankzij verplichte karakter advies wordt bundeling expertise over tariefstelling bij geschillencommissie ook bereikt ten aanzien van geschillen die bij rechter aanhangig zijn
22	2013/15 Initiatiefwetsvoorstel Taverne	33359 (aanhangig)		Overheveling verdragsrechtenbeschermingstaak van rechter naar parlement	- volksvertegenwoordiging ertoe aanzetten om zelf uitvoeriger op verenigbaarheid wetten met internationaal recht te beoordelen - rechtspraak ontheffen van taak die onderdeel van wetgevingsproces behoort uit te maken

Casus nr.	Advies Rvdr	Dossiernr. wetsvoor- stel	Titel wet	Overheve- ling in wel- ke zin?	Motivering
23	2014/12 Wet terugkeer en vreemdelingenbe- waring	34309 (aanhan- gig)		Wetsvoorstel voorziet in nieu- we rechtsgang voor beroepen over tenuitvoerlegging vreem- delingenbewaring, waardoor deze beroepen worden overge- heveld van 'gewone' bestuurs- rechter naar gespecialiseerde rechterlijke instantie (RSJ)	- vragen over de wijze van tenuitvoerlegging van de vreemdelingenbewaring ho- ren niet thuis bij de bewa- ringsprocedure van de be- stuursrechter - inrichting van een speciale kamer waarborgt expertise en kan bijdragen aan ver- dere ontwikkeling expertise - bestuursrechter wordt ontlast

Verschuiving van taken van strafrechter

Advies Rvdr	Dossiernr. wetsvoorstel	Geldend recht?
2004/20 Wijziging Meststoffenwet	29930	Wijziging van de Meststoffenwet (invoering gebruiksnormen)
2004/27 Bestuurlijke boete kleine ergernissen	30101	Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte
2005/01 Puntenstelsel rijbewijzen	30324	Wijziging Wegenverkeerswet 1994 inzake invoering puntenstelsel rijbewijzen
2005/10 Marktordening gezondheidszorg	30186	Wet marktordening gezondheidszorg
2005/21 Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid	30566	Nee, wetsvoorstel is ingetrokken
2005/25 Informatie-uitwisseling ondergrondse netten	32874	Wijzigingswet informatie-uitwisseling ondergrondse netten
2006/03 Wijziging 1rt. 13b Opiumwet	30515	Wijziging Opiumwet i.v.m. met de mogelijkheid voor de burgemeester om bestuursdwang toe te passen in woningen en lokalen of bijbehorende erven
2006/22 Uitbreiding bestuurlijke handhaving volksgezondheidswetgeving	31122	Wet tot uitbreiding van de bestuurlijke handhavinginstrumenten in de wetgeving op het gebied van de volksgezondheid
2007/20 Kansspelen	30362	Nee, wetsvoorstel is verworpen
2007/21 Dieren	31389	Wet dieren
2009/03 Beperken van de mogelijkheden om een taakstraf op te leggen voor ernstige zeden- en geweldsmisdrijven	32169	Wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het beperken van de mogelijkheden om een taakstraf op te leggen voor ernstige zeden- en geweldsmisdrijven en bij recidive van misdrijven
2009/06 Regulering prostitutie	32211	Wetsvoorstel (novelle) is in behandeling
2009/24 Invoering thuisdetentie en verruiming mogelijkheden elektronisch toezicht	30513	Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten in verband met de wijziging van de vervroegde invrijheidstelling in een voorwaardelijke invrijheidstelling
2010/05 Vermulderen Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen	32438	Wet verbetering handhaving verzekering motorrijtuigen
2010/09 Opheffen samenloop van regelingen inzake het tijdelijk verlaten van de inrichting tijdens de voorlopige hechtenis en uitsluiten schorsing voorlopige hechtenis van een ongewenst vreemdeling	32882	Wetsvoorstel is in behandeling
2011/22 Minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven	33151	Nee, wetsvoorstel is ingetrokken
2011/43 Conservatoir beslag voor slachtoffers	33295	Aanpassing Wetboek van Strafvordering, Wetboek van Strafrecht en Uitvoeringswet Internationaal Strafhof in verband met de introductie van de mogelijkheid conservatoir beslag te leggen op het vermogen van de verdachte ten behoeve van het slachtoffer

Advies Rvdr	Dossiernr. wetsvoorstel	Geldend recht?
2011/44 Aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving	33207	Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving
2012/44 Versterking van het presterend vermogen van de politie	33747	Wetsvoorstel is in behandeling
2013/13 Herijking van de wijze van tenuitvoerlegging van vrijheidsbenemende sancties en invoering van elektronische detentie	33745	Nee, wetsvoorstel is verworpen door Eerste Kamer
2013/14 Aanscherping bestrijding voetbalvandalisme	33882	Wet aanscherping maatregelen ter bestrijding van voetbalvandalisme en ernstige overlast
2013/25 WWB maatregelen 2014	33801	Wet maatregelen Wet werk en bijstand en enkele andere wetten