

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer mr. dr. F.B.J. Grapperhaus
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Den Haag, 2 november 2017
dossiernummer: 104079
uw kenmerk: 2119073
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 68
e-mail: m.amersfoort@advocatenorde.nl

**Betreft: consultatie advies regeringscommissaris prof. mr. M. Scheltema inzake
geschilbeslechting in het sociaal domein**

Geachte minister,

Bij brief van 21 augustus 2017 heeft de toenmalige minister van Veiligheid en Justitie de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd het advies van regeringscommissaris prof. mr. M. Scheltema inzake geschilbeslechting in het sociaal domein. De NOvA voldoet graag aan het verzoek en heeft zijn adviescommissies bestuursrecht en mediation gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u de adviezen van de adviescommissies. De adviescommissies staan kritisch ten opzichte van het voorstel omdat het een oplossing betreft voor problemen die er wellicht niet zijn. Ook betreft het een fundamentele wijziging van rechtsbescherming tegen de overheid en wordt meer reflectie nodig geacht alvorens eventueel tot een wetsvoorstel gekomen zou worden. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissies en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,


R.A. Fibbe
lid algemene raad

bijlage: adviezen van de adviescommissies bestuursrecht en mediation

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35
Fax 070 - 335 35 31

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Van	: adviescommissie bestuursrecht
Datum	: 2 november 2017
Betreft	: advies regeringscommissaris prof. mr. M. Scheltema inzake geschilbeslechting in het sociaal domein

De adviescommissie heeft met veel belangstelling kennisgenomen van het "advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein" van regeringscommissaris prof. mr. M. Scheltema. Een effectieve wijze van geschilbeslechting geniet al geruime tijd de belangstelling in bestuursrechtelijk Nederland, getuige de introductie van artikel 8:41a in de Awb waarin is opgenomen dat de bestuursrechter het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief beslecht, en de introductie van de nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht, waarbij onder meer wordt getracht ook naar de werkelijke oorzaak van het geschil te kijken in plaats van enkel het aangevochten besluit binnen de aanvoerde beroepsgronden. Ook wordt bij decentrale overheden al vele jaren aandacht besteed aan de wijze waarop geschillen tussen overheid en burger op efficiënte en effectieve wijze kunnen worden beslecht; denk aan toepassen van pre-mediation bij de bezwaarschriftprocedure. Dit vindt plaats binnen het kader van de Awb en de strakke contouren van het besluitbegrip.

De richting die de regeringscommissaris thans inslaat, betekent een fundamentele wijziging van de Awb en een breuk met het verleden. Dit veronderstelt een gedegen voorbereiding, waarbij alle aspecten goed worden doordacht. Het vereist voorts een breed draagvlak. Dit advies kan als een interessante aanzet voor een nog te voeren discussie worden beschouwd, wat de adviescommissie betreft. Een wetsvoorstel ontbreekt, maar dat zou op dit moment al worden voorbereid. Naar het oordeel van de adviescommissie gaat dat allemaal veel te snel en de adviescommissie vreest dat de gewenste snelheid zal leiden tot wetgeving die het beoogde doel niet bereikt. Ook vreest de adviescommissie dat de gewenste veranderingen zullen leiden tot een groot aantal andere problemen, die met een aanpassing van de Awb niet kunnen worden opgelost.

Als de adviescommissie de regeringscommissaris goed heeft begrepen, is integrale geschilbeslechting in het sociaal domein noodzakelijk als gevolg van de decentralisatie van het sociaal domein waarbij een andere benadering noodzakelijk is dan bij klassieke overheidstaken, zoals de verlening van vergunningen, wordt gevolgd. In het advies staat vervolgens:

"De bedoeling is dat samen met de betrokken burger wordt nagegaan hoe in zijn specifieke geval tot de beste oplossing kan worden gekomen. Een integrale benadering is daarbij belangrijk omdat de verschillende voorzieningen van de kant van de overheid in samenhang beoordeeld moeten worden. Het op deze manier leveren van maatwerk vergt samenwerking van verschillende actoren: de gemeente, private instellingen aan wie de gemeente taken uitbesteedt, en de betrokken burger."

Vervolgens wordt in het advies aangegeven op welke problemen een burger zou kunnen stuiten indien hij rechtsbescherming zoekt. Deze problemen vloeien voort uit de gerichtheid van de Awb op het besluitbegrip en – meer in het algemeen – de rechtsmachtsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. In het advies lijkt de gehele gedachtenvorming te zijn gebaseerd op één voorbeeld ontleend aan het sociaal domein en dat is de huishoudelijke hulp waarbij in een beschikking het resultaat "schoon huis" is opgenomen. In het advies staat: "Het is doorgaans beter om niet tevoren in detail vast te leggen waarop de burger 'aanspraak' maakt, maar alleen het met die ondersteuning te bereiken resultaat te omschrijven." Het is naar het

oordeel van de regeringscommissaris weinig zinvol om tegen een dergelijke beschikking rechtsmiddelen aan te wenden omdat de burger tegen dit resultaat geen bezwaar gaat hebben. Het gaat om de invulling die de aanbieder aan het besluit van de gemeente heeft. Indien de burger hiermee niet tevreden is, staat hem niet de weg naar de bestuursrechter open. Maar is het wel juist dat gemeenten alleen resultaatverplichtingen opnemen in een beschikking. In het advies staat dat dat beter zou zijn, maar de wet noch de rechtspraak schrijft dit voor. In het advies staat verder dat er ook gemeenten kunnen zijn die de benodigde hulp wel concretiseren als gevolg waarvan de bestuursrechter wel kan oordelen over de toereikendheid ervan. In het advies wordt zelf al gewezen op de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 18 mei 2016 waarin is geoordeeld dat toekenning van huishoudelijke verzorging in termen van resultaat een duidelijke maatstaf mist en daardoor in strijd komt met het rechtszekerheid- en motiveringsbeginsel. Het voorbeeld van het "schone huis" lijkt daarmee meer theoretisch te zijn, dan ontleend aan de praktijk. De adviescommissie dringt er op aan om in de toelichting van het wetsvoorstel met meer voorbeelden te komen dan dit enkele voorbeeld.

Een van de grootste bezwaren die de regeringscommissaris constateert bij het sociaal domein is dat het formele besluit slechts een beperkte rol zou spelen (p.3). De wens wordt uitgesproken dat de burger die onenigheid heeft met de gemeente over de aard en omvang van de geboden ondersteuning dit aan de bestuursrechter moet kunnen voorleggen. Als de bestuursrechter hier geen rechtsbescherming zou kunnen bieden zou het concept van integraal bestuur worden doorkruist en zou het concept van het maatwerk onder druk komen te staan (p.3). Worden hiermee de zaken niet omgedraaid? De bestuursrechter en de burgerlijke rechter bieden voldoende rechtsbescherming, doch blijkbaar onvoldoende om een bepaalde bestuurlijke doelstelling te halen? Dit zijn veronderstellingen die niet overtuigen. En indien wordt gekozen voor een wetswijziging die op een fundamentele wijze de verhouding tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter aantast, zouden de veronderstellingen die hieraan ten grondslag liggen onmiddellijk moeten overtuigen.

Daarbij komt dat al decennia bekend is dat de burger slechts delen van een geschil aan de bestuursrechter kan voorleggen. Kort gezegd: publiekrechtelijk handelen in de vorm van besluit wordt beoordeeld door de bestuursrechter en civielrechtelijke handelen door de burgerlijke rechter. Bij grensgevallen heeft de rechtspraak altijd een weg gevonden. In het advies wordt gesproken over de uitbesteding van taken mede als gevolg waarvan een veelheid van procedures in aanmerking komt. Dat is juist, maar dat is ook buiten het sociaal domein het geval. En voor de goede orde: indien de gemeente de uitvoering zelf ter hand zou nemen in de zin dat ambtenaren bij de burgers zouden moeten zorgen voor een schoon huis, dan zou de wijze van schoonmaken ook worden gekwalificeerd als privaatrechtelijk handelen en zou een geschil hierover aan de burgerlijke rechter moeten worden voorgelegd. Het uitbesteden van taken heeft naar het oordeel van de adviescommissie niet tot gevolg dat burgers worden afgehouden van bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

In het advies wordt ook aandacht besteed aan het klachtrecht. Hierbij zouden zich vergelijkbare problemen voordoen als voor de rechtsbescherming door de bestuursrechter. Ook hiervoor geldt naar het oordeel van de adviescommissie dat deze problemen niet uniek zijn voor het sociaal domein maar zich ook in het algemeen bestuursrecht voordoen. Bezwaar- en klachtprocedures lopen als gevolg van hun eigen aard en opzet wel vaker door elkaar en dat leidt niet altijd tot oplossing van het geschil.

De adviescommissie staat uit een oogpunt van rechtsbescherming zeer sympathiek tegenover de gedachte dat de burger op één plaats zijn geschil kan voorleggen. Zo zou niet alleen over het besluit zelf maar ook over voorbereidingshandelingen kunnen worden geoordeeld. Bij het sociaal domein zou dat dan de bestuursrechter moeten zijn. Dit is niet nieuw. Zo is de bestuursrechter ook bevoegd om te oordelen over verzoeken tot schadevergoeding waarbij als schadeoorzaak een voorbereidingshandeling wordt aangewezen. Grote twijfels heeft de adviescommissie over de gedachte dat de bestuursrechter ook zou moeten kunnen oordelen over feitelijk handelen. Daaronder wordt niet alleen begrepen het feitelijk handelen van de overheid, maar ook van private partijen die in het advies de "uitvoerende instelling" worden genoemd. Dit betreft een wijziging van de rechtsmachtsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, die niet enkel kan worden gebaseerd op de wens een geschil integraal te beslechten. Deze wens bestaat op veel rechtsgebieden, zonder dat een wetswijziging wordt voorgesteld. Dat geldt ook voor de wens om de ombudsman bevoegd te laten zijn te oordelen over privaatrechtelijk handelen. Dit is volledig in strijd met de gedachte achter het klachtrecht, waarin de – verstoorde – relatie tussen overheid en burger centraal staat. Aan welke normen de uitvoerende instelling dan moet voldoen, is ook onduidelijk. De behoorlijkheidstoets van de ombudsman lijkt hiervoor niet geschikt. Overigens is de opmerking dat de ombudsman wellicht toch een zekere bescherming zou kunnen bieden aan burgers door de gemeente verantwoordelijk te houden voor het toezicht op de uitbestede taak (p.5) in strijd met artikel 9:1 Awb. Indien dit mogelijk zou zijn, zouden alle overheden via het klachtrecht verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor gedragingen van hun contractspartners. Dit lijkt een doorkruising van het Burgerlijk Wetboek en zal leiden tot een bron van conflicten tussen overheden en de uitvoerende instellingen.

Het advies bevat een aantal concrete voorstellen. Een opmerkelijke is het verlengen van de bezwaartermijn van zes weken naar zes maanden. De reden zou zijn dat tegen de tijd dat de voorziening gestalte krijgt vaak meer dan zes weken is verstreken. De termijn van zes maanden is echter niet goed te plaatsen in het kader van de integrale geschilbeslechting. Ook na de ommekomst van zes maanden kunnen geschillen ontstaan te meer daar in het advies wordt gesproken over de beoordeling van het eindresultaat.

De adviescommissie vreest ook dat de wens tot integrale geschilbeslechting de toch al precare verhouding tussen de gemeente en de uitvoerende instelling nog meer onder druk zal zetten. Indien de gemeenten rechtstreeks aansprakelijk zouden kunnen worden gesteld voor het handelen van de uitvoerende instellingen, dan doet de gemeente er verstandig aan de wijze van regres contractueel volledig vast te leggen. Overigens valt niet uit te sluiten dat een burger de gemeente of de uitvoerende instelling ook na wetswijziging rechtstreeks aansprakelijk zou kunnen stellen bij de burgerlijke rechter. Op de relatie tussen 8:88 Awb e.v. en de burgerlijke rechter wordt in het advies niet ingegaan. Op dit moment kan de bestuursrechter een private partij niet veroordelen tot schadevergoeding.

De adviescommissie is van mening dat de voorgestelde wijziging van het systeem van rechtsbescherming zodanig fundamenteel en ingrijpend is, dat nadere gedachtenvorming noodzakelijk is. Ook is een breed draagvlak vereist voordat een wetsvoorstel wordt opgesteld. De adviescommissie vreest dat indien het advies wordt vertaald in een wetsvoorstel de rechtsbescherming van de burger – ondanks alle goede bedoelingen – er niet beter op zal worden. Wellicht zou de wetgever eerst moeten afwachten of de knelpunten die worden verwacht zich wel zullen voordoen alvorens de rechtsbescherming in Nederland te wijzigen?

ADVIES

Van	: adviescommissie mediation
Datum	: Klik hier als u een datum wilt invoeren.
Betreft	: advies regeringscommissaris prof. mr. M. Scheltema inzake geschilbeslechting in het sociaal domein

Inleiding

De adviescommissie mediation ontving professor Scheltema's advies aan de Minister van BZK. In de consultatie wordt impliciet gerefereerd aan mediation. Er wordt namelijk verwezen naar het project 'Prettig contact met de overheid' (een pilot project mediation in het bestuursrecht). Zie pagina 1:

"De nieuwe manier van werken vergt een omslag in het denken. De Raad van State wijst er in dit verband op dat ook een aanpassing van het juridisch kader noodzakelijk is, en dat de centrale overheid tevens het voortouw zou moeten nemen bij het ontwikkelen van best practices voor de uitvoering. Dit advies geeft aan hoe die juridische aanpassing vorm kan krijgen, waarbij met name wordt ingegaan op de geschilbeslechting als meest urgent juridisch vraagstuk. Parallel daaraan wordt voorgesteld de ontwikkeling van best practices voor de geschilbeslechting door het project Prettig contact met de overheid (PCMO) te intensiveren, ook door meer aandacht te geven aan het primaire proces, zoals het keukentafelgesprek."

De adviescommissie mediation heeft de volgende observaties over de mogelijkheden die mediation en alternatieve vormen van geschilbeslechting bieden in het bestuursrechtelijke domein. Althans in zoverre bestreken door het advies.

De notitie betreft een aanpassing van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Het streven is om met een wetwijziging een integrale geschillenbeslechting mogelijk te maken bij de bestuursrechter en de ombudsman. Er kan dan in één keer worden geprobeerd geschillen op te lossen over bestuursbesluiten en over de uitvoering van zaken door private instellingen op verzoek van bestuursorganen (denk bijvoorbeeld aan zorgverlening door private zorginstellingen op verzoek van een gemeente). Het idee is dat straks zowel in bezwaar als bij de bestuursrechter een geschil integraal aan de orde kan worden gesteld (één loket). In de eerste instantie wordt gedacht aan een toepassingsbereik van de Wmo 2015, de Participatiewet en de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening. Verder wordt aanbevolen om vooruitlopend op een wetwijziging al te gaan werken volgens het model van het project 'Prettig Contact met de Overheid'.

Advies en opmerkingen

- 1) De Jeugdwet blijft in de nieuwe opzet buiten schot. Gemeenten zouden (te) ver afstaan van de daadwerkelijke uitvoering van die wet. Zo zou de gemeente niet altijd degene zijn die beslist over het inzetten van jeugdhulp, kinderschermingsmaatregelen of jeugdreclassering. Daarvoor zijn ook jeugdrechters, bepaalde artsen en gecertificeerde instellingen verantwoordelijk. Instellingen en hulpverleners in de Jeugdwet hebben een eigenstandig kwaliteitsregime dat gehandhaafd wordt door de Rijksinspectie en door de tuchtrechter. Hierdoor kan een geïntegreerde klachtbehandeling ingewikkeld zijn om te regelen. Dat maakt de behoefte aan een dergelijke aanpak in die sector niet minder. Hierbij

wordt aangetekend, dat de Jeugdwet ook buiten schot blijft bij de op 1 januari 2016 in werking getreden Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg ("Wkkgz").

- 2) De notitie is nog wat fragmentarisch. Waarom kan er niet meteen doorgepakt worden naar een geïntegreerde geschillenbeslechting in diverse combinaties? Nu is er de Wkkgz en straks de aangepaste Awb, terwijl er nauw verwante problematiek aan de orde kan zijn. Voorzien is een regeling waarbij de bestuursrechter en de ombudsman niet dezelfde geschillen gaan behandelen. Dat zou niet gewenst zijn. Bij de ombudsman kan ook een integrale beoordeling van problematiek gewenst zijn. Hij kan ook te maken krijgen met private instellingen die bijdragen aan de uitvoering van een gemeentelijke taak. In het nieuw gedachte systeem zou dan de situatie kunnen ontstaan dat de ombudsman zich ook buigt over een deel van de door de burger ingediende klacht (over het optreden van de overheid enerzijds en de klachtprocedure uit de Wkkgz anderzijds). De vraag is of dat erg is. De ombudsman beslist immers niet. Wanneer dat aan de burger voldoende duidelijk wordt gemaakt, dan hoeft dat niet zo ingewikkeld te zijn dat verschillende regelingen moeten blijven bestaan.
- 3) Op zichzelf is het streven naar een geïntegreerde geschillenbeslechting in het sociaal domein en in de care sector een goed streven. Samen met de burger zoeken naar oplossingen, past in het kader van dejuridisering, waarnaar met het oog op de kosten welke met procederen voor de overheid en burgers gemoeid zijn moet worden gekeken. Niettemin moet gewaakt worden dat *access to justice* in de vorm van een beroep op een overheidsrechter niet met het badwater van de goede bedoelingen weggegooid wordt. De overheidsrechter meer armslag geven voor geïntegreerde zaakbehandeling, valt toe te juichen.
- 4) Er past in het kader van de goede bedoelingen nog een woord van voorzichtigheid. Streven is een samengevoegde behandeling in de eerste lijn van de procedures van bezwaar en klacht. Er lopen enkele pilots. De gemeente moet beide procedures dan zo inrichten dat een gezamenlijke behandeling mogelijk is. Keukentafelgesprekken in het kader van een project als 'Prettig Contact met de Overheid' brengen zekere rechtstatelijke risico's mee. Met wie krijgt de burger te maken? Welke kwalificaties op het terrein van geschillenbeslechting kent de betrokken ambtenaar? Is het onderscheid tussen de rol van helper en beslisser voldoende duidelijk voor de burger? Is mediation met behulp van een gecertificeerde mediator dan niet een zuiverder oplossing?
- 5) We bevelen aan dat ambtenaren worden opgeleid in mediation-vaardigheden. Dat heeft in de praktijk al ruimschoots zijn waarde bewezen. Het integreren van de hoedanigheden van helper, oplosser en beslisser, vraagt echter ook om rechtstatelijke waarborgen. Deze moeten voorkomen dat verwarring en wellicht zelfs belangenverstrengeling optreedt aan de zijde van de vertegenwoordiger van de overheid.
- 6) Het is niet de bedoeling om voor elke oplossing een probleem te bedenken. De inspanningen van de Wkkgz en de plannen met betrekking tot de Awb zijn toe te juichen. Wat de adviescommissie betreft, mogen die nog wel wat ambitieuzer door nog meer verbindingen te zoeken met de nodige aandacht voor de rechtstatelijke aspecten van het traject voorafgaande aan de procedure bij de bestuursrechter.