

De toekomst van de civiele rechtspraak

*Een pleidooi om de rechter niet te ontlasten*

*Voor mijn ouders*

# De toekomst van de civiele rechtspraak

*Een pleidooi om de rechter niet te ontlasten*

Rede

uitgesproken bij de openbare aanvaarding  
van het ambt van bijzonder hoogleraar  
Bijzondere aspecten van het Privaatrecht  
vanwege de Marcel Henri Bregstein Stichting  
(Bregstein-leerstoel)

aan de Universiteit van Amsterdam

op 22 juni 2017

door

R.H. de Bock

Zutphen 2017



---

UITGEVERIJ *Paris*



ISBN 978-94-6251-138-5  
NUR 822

© 2017, R.H. de Bock, Haren en Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Mevrouw de rector magnificus, mijnheer de decaan, zeer gewaardeerde collega's en oud-collega's, studenten en allen die deze plechtigheid met uw aanwezigheid vereert!

## 1. De afwachter rechter

De rechter gaat van zitting naar zitting, van dossier naar dossier. Het bureau van de rechter is nooit leeg, het wordt gevuld door een gestage stroom van nieuwe zaken.

Maar maakt het de civiele rechter eigenlijk iets uit, welke zaak hij of zij aantreft op het bureau? Of welke zaak oppiept in 'Mijn werkomgeving'? Een burenruzie, een onbetaalde rekening, een ontslagkwesie, een omgangsregeling met de hond, een inbreuk op een octrooi, een schadeclaim tegen de overheid, de uithuisplaatsing van een kind. Het civiele recht kent een bijzonder breed scala aan onderwerpen. Hoe verhoudt de rechter zich tegenover al die verschillende zaken? Is het denkbaar dat de rechter zaken terzijde legt, omdat zij het belang daarvan triviaal acht? En zich richt op zaken die zij belangrijk vindt?

Het antwoord op die vraag luidt ontkennend. Voor de individuele rechter maakt het niet uit welke zaak hij of zij behandelt. Alle zaken die partijen aanbrenen zijn van hetzelfde gewicht en hebben een gelijk belang. Niet omdat alles even leuk of interessant zou zijn. Maar omdat de rechter een neutrale houding heeft ten opzichte van het zaakaanbod. Het zijn *partijen* die beslissen om een zaak aan de rechter voor te leggen. Je zou dit kunnen zien als de kern van het klassieke begrip 'lijdelijkheid': de rechter is lijdelijk, afwachter en neutraal ten opzichte van de zaken waarin hem of haar om een beslissing wordt gevraagd.<sup>1</sup>

De rechter wacht slechts af. Maar is dat genoeg? Wordt met dit 'afwachten' niet iets over het hoofd gezien?

## 2. Doet de rechter de juiste dingen?

Want wie wil weten of de civiele rechter kwalitatief goede rechtspraak levert, kan er niet omheen zich af te vragen of de rechter eigenlijk wel de juiste dingen doet. We kunnen ons afvragen of de vonnissen die de rechter wijst goed zijn,<sup>2</sup> maar dat

- 
1. Dit volgt uit de op de rechter rustende verplichting om in elke zaak een beslissing te nemen, zie art. 26 Rv.
  2. Zie daarover R.H. de Bock, 'Grip op kwaliteit. Een model voor inhoudelijke kwaliteit van rechterlijke beslissingen', in: R.H. de Bock, P.J.P.M. van Lochem & R.A.J. van Gestel, *Kwaliteit als keuze. Kwaliteit(sbeoordeling) van rechtspraak, wetgeving en rechtswetenschappelijk onderzoek* (Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereniging 2015), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 27-139.

is maar de helft van het verhaal. Even belangrijk is in *welke zaken* de rechter uitspraak doet. Misschien behandelt de rechter zaken die zij eigenlijk niet zou moeten behandelen. Of worden er juist niet zaken aan de rechter voorgelegd waar dat eigenlijk wel zou moeten. Kortom, wat ligt er eigenlijk in al die kasten?

We stuiten hier op de bekende tweedeling in het denken over kwaliteit. Namelijk dat het niet alleen gaat om de vraag of we *wat we doen, goed* doen, maar ook of we de *juiste dingen* doen. In alle discussies over kwaliteit moeten beide vragen worden gesteld. Zo is er in het onderwijs veel nagedacht over hoe de leraar de aandacht van de leerlingen kan vasthouden bij klassikale kennisoverdracht, maar wordt in moderne onderwijsmethodes aangenomen dat kennisoverdracht beter thuis kan plaatsvinden door het volgen van webcolleges, en leerlingen in de klas onder begeleiding huiswerk maken.<sup>3</sup> Waar de thuiszorg vroeger vooral bezig was met het naar wens uitvoeren van huishoudelijk werk, wordt het nu belangrijker gevonden dat mensen zelf worden geactiveerd en een praatje wordt gemaakt.

De rode draad in deze voorbeelden is dat er bezinning plaatsvindt op waar het nu eigenlijk om gaat in het werk, gegeven de behoeftes van leerlingen, van patiënten. Die behoeftes zijn niet onveranderlijk. Om zinvol te blijven, om kwaliteit te leveren, moet het werk worden aangepast aan de behoeftes van mensen. Zo is het ook met rechtspraak. Het is niet mogelijk om te werken aan kwalitatief goede rechtspraak, *zonder* aandacht te besteden aan de vraag of we de juiste dingen doen, aan welke rechtspraak mensen behoefte hebben.<sup>4</sup>

De vraag of we de juiste dingen doen is niet alleen ingegeven door zorg om kwaliteit, maar ook door het feit dat rechtspraak in economische termen een 'schaars goed' is. De beschikbaarheid van rechtspraak is begrensd. Daarmee is gegeven dat er een verantwoordelijkheid bestaat om dit schaarse goed op een rechtvaardige manier te verdelen tussen iedereen die toegang wenst tot rechtspraak. Het gaat daarbij niet alleen om een rechtvaardige verdeling van de beschikbare rechtspraak tussen hen die al een procedure zijn begonnen. Bij een rechtvaardige verdeling van de beschikbare rechtspraak zal er ook aandacht moeten zijn voor hen die 'wachten in de rij'.<sup>5</sup> Dat zijn de mensen die behoefte hebben aan rechtspraak, maar de weg naar de rechter niet hebben gevonden.<sup>6</sup>

Er is nog een derde reden om ons af te vragen of we de juiste dingen doen, naast zorg voor kwaliteit en de beperkte beschikbaarheid van rechtspraak. Die is dat het antwoord op die vraag nodig is om gefundeerde keuzes te maken voor processuele

3. Het 'flipping the classroom'-principe.

4. Zie over de behoeftes van mensen op het gebied van het rechtssysteem Maurits Barendrecht, Krijn van Beek & Sam Muller, *Menselijk en rechtvaardig. Is de rechtsstaat er voor de burger?*, Den Haag: Hiil 2017.

5. Vgl. Adrian A.S. Zuckerman, 'Justice in Crisis: Comparative Dimensions', in: *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 51.

6. Wie dat zijn, is niet onveranderlijk. Er is geen bepaalde hoeveelheid onrecht in de wereld. Omstandigheden die vroeger als een gegeven werden beschouwd – geluidsoverlast, milieubelasting, aantasting van gezondheid, een hinderlijke ex-partner – kunnen nu aanleiding zijn om genoegdoening te zoeken, om een einde te maken aan een situatie van overlast of om schade te vorderen. Zie hierover Marc Galanter, 'Access to Justice in a World of Expanding Social Capability', *Fordham Urban Law Journal* 115 (2010), p. 115-128.

vernieuwingen. Zoals bekend zijn vernieuwingen in het procesrecht een soort constante factor voor de civiele rechter, meestal met het doel de efficiëntie van het civiele proces te vergroten.<sup>7</sup> Daar is een goede grond voor: tekortkomingen in het civiele proces op het gebied van tijdigheid en kosten vragen voortdurende aandacht, en niet alleen in Nederland. Het vinden van een juiste balans tussen tijdigheid, rechtvaardigheid en betaalbaarheid is een continue opdracht.<sup>8</sup>

Procesrechtelijke vernieuwingen zijn echter zinloos als we alleen naar de procedure kijken, zonder na te denken over wat voor rechtspraak we willen bieden.<sup>9</sup> Het belang van procesrecht is immers niet alleen gelegen in een rechtvaardig verloop van de individuele procedure. Procesrecht is ook van wezenlijke betekenis voor de vraag of het recht *beschikbaar* is voor mensen, of mensen daadwerkelijk de bescherming van het recht kunnen inroepen. Ook daarvoor moeten we weten welke rechtsbescherming geboden moet worden, aan welke rechtspraak *behoefte* is.

Al deze redenen maken het belangrijk om erover na te denken of de civiele rechter de juiste dingen doet; wat zijn haar kerntaken en wat is misschien minder belangrijk. Als we daar meer zicht op hebben, hebben we houvast bij het ontwikkelen van verdere procesrechtelijke vernieuwingen, bij het nadenken over de vormgeving van de civiele procedure.

### 3. Kerntaken cassatierechtspraak

Voor de cassatierechtspraak is deze discussie de afgelopen jaren uitgebreid gevoerd. Geconstateerd werd dat de Hoge Raad te vaak te maken had met zaken die daar niet thuishoorden. Het ging dan om zaken waarin noch een bijdrage aan rechtsontwikkeling, noch een bijdrage aan rechtsbescherming kon worden geleverd.<sup>10</sup> Bovendien kwamen zaken die wél thuishoren bij de Hoge Raad, daar vaak niet terecht. Deze observaties hebben ertoe geleid dat aan de ene kant instrumenten zijn ingevoerd om te bereiken dat zaken 'die er niet toe doen' – zoals deze in de wandelgangen zijn gaan heten – zo min mogelijk beslag op de rechterlijke capaciteit leggen. Instrumenten hiervoor zijn art. 80a Wet RO en een gespecialiseerde cassatiebalie.<sup>11</sup> Maar, veel belangrijker, er zijn ook middelen ontwikkeld om te bereiken dat zaken die er wél toe doen, de Hoge Raad inderdaad bereiken: de invoering van

---

7. De meest recente vernieuwing is de voor 2017 geplande invoering van de Wet Kwaliteit en Innovatie (KEI), die onder meer inhoudt dat door advocaten digitaal geprocedeerd moet worden, meer regie van de rechter plaatsvindt en strakkere termijnen gelden. Zie Wet van 13 juli 2016, *Stb.* 2016, 288.

8. 'Proportionaliteit' tussen deze factoren kan als een nieuw sleutelbegrip bij de ontwikkeling en vernieuwing van het civiele procesrecht worden beschouwd. B. Tronson, 'Toward Proportionality – The 'Quick, Cheap and Just' Balance in Civil Litigation', in: *The Dynamism of Civil Procedure – Global Trends and Developments* (eds. Colin B. Picker en Guy I. Seidman), Cham: Springer 2016, p. 183-202.

9. J. Leubsdorf, 'The Myth of Civil Procedure Reform', in: *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure* (ed. Adrian A.S. Zuckerman), Oxford: Oxford University Press 1999, p. 53-67, p. 67.

10. Zie het Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad (Commissie Hammerstein), *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag 2008.

11. Beide zijn met de Wet Versterking cassatierechtspraak ingevoerd per 1 juli 2012, *Stb.* 2012, 116.

de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen.<sup>12</sup> Zoals bekend is dit een groot succes geworden.<sup>13</sup>

De civiele cassatierechter is er dus in geslaagd om zich te bezinnen op haar kerntaken en bovendien, door processuele vernieuwingen meer inhoud te geven aan die kerntaken. Overigens betekent dat niet dat zij op haar lauweren kan rusten. Ook voor de Hoge Raad geldt dat het nadenken over de manier waarop hij een bijdrage levert aan rechtsbescherming en rechtsontwikkeling een doorlopend proces is, waar steeds opnieuw aandacht en energie in moet worden gestoken.<sup>14</sup>

#### 4. Kerntaken civiele rechtspraak

Voor de civiele feitenrechtspraak zou een vergelijkbare discussie moeten worden gevoerd. Wat zijn de zaken die ertoe doen? Bereiken die zaken de rechter? En: zijn er zaken die misschien helemaal niet thuishoren bij de civiele rechter? Wat is nu eigenlijk écht belangrijk? Welke zaken willen we koesteren en welke zaken zouden we juist moeten ontmoedigen? Daarbij gaat het er niet om wat *rechters* belangrijk of interessant vinden. Het uitgangspunt zou moeten zijn wat burgers belangrijk vinden, wat de *behoeften* zijn aan rechtspraak.<sup>15</sup> Rechtspraak moet dienend zijn aan die behoeftes. Zij moet voorkomen dat haar eigen, interne logica de boventoon gaat voeren. Rechtspraak staat in dienst van de samenleving, zoals het in het jaarplan van de Raad voor de rechtspraak staat.<sup>16</sup>

Het spreekt vanzelf dat de paaltjes rond deze discussie anders moeten worden geslagen dan bij de cassatierechtspraak. Anders dan geldt voor de Hoge Raad, is toegang tot de feitenrechter een grondwettelijk en verdragsrechtelijk verankerd recht, zodra de vaststelling van burgerlijke rechten of verplichtingen aan de orde is.<sup>17</sup> Voor die zaken zal dus altijd de deur naar de rechter open moeten staan.

De kerntaken-discussie voor de feitenrechter is complex, vooral omdat er zo'n grote verscheidenheid aan zaken is bij de civiele rechter. Het is moeilijk om daar goed zicht op te krijgen, ook omdat een uniforme landelijke registratie van zaakscategorieën ontbreekt.<sup>18</sup> Ik kan vandaag dan ook slechts een aanzet geven in deze discussie.

12. De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad is in werking getreden op 1 juli 2012.

13. I. Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Een tussentijdse evaluatie mede in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2016.

14. Zie voor verdere toekomstperspectieven A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011.

15. Zie voor deze invalshoek ook Maurits Barendrecht, Krijn van Beek & Sam Muller, *Menselijk en rechtvaardig. Is de rechtsstaat er voor de burger?*, Den Haag: Hiil 2017.

16. Raad voor de rechtspraak, *Jaarplan 2017. Rechtspraak maakt samen leven mogelijk*, Den Haag 2016.

17. Art. 17 Grondwet en art. 6 EVRM.

18. Er vindt wel registratie plaats van soorten zaken (bijvoorbeeld dagvaardings- versus verzoekschrift-zaken), maar de indeling is niet altijd even gedetailleerd.



## 5. Slachtoffers van aardbevingsschade

Eerst iets over de behoefte van mensen aan rechtspraak. Ik neem als voorbeeld de slachtoffers van aardbevingsschade in Groningen. Deze mensen hebben recht op vergoeding van de schade die ze hebben geleden als gevolg van de gaswinning, maar er bestaat veel onduidelijkheid over de juridische ijkpunten bij de beoordeling. Zo rijzen er vragen op het gebied van causaliteit, de soort schade die voor vergoeding in aanmerking komt, de zogeheten contourenlijn en de wijze van schadeberekening. Daarnaast is in geschil wie aansprakelijk is voor de schade: is dat alleen de NAM of ook de Staat? Het op grote schaal treffen van minnelijke regelingen lijkt niet meer in het verschiep te liggen, vooral door het verlies van vertrouwen van burgers in de NAM.<sup>19</sup> Kortom, er is behoefte aan een onpartijdige, onafhankelijke en deskundige beoordeling van schadeclaims. Wat zou er meer voor de hand hebben gelegen dan dat de rechter, als onafhankelijke en deskundige geschilbeslechter, uitsluitel zou hebben gegeven over de verschillende kwesties van aansprakelijkheid en beslist zou hebben welke schade voor vergoeding in aanmerking komt.

Maar dat is niet gebeurd. In plaats van een gang naar de rechter kiezen mensen massaal voor het inschakelen van de Arbiter bodembeweging. De rechter is daarmee grotendeels buiten spel gezet. Niet helemaal, want er lopen ook enkele rechtszaken.<sup>20</sup> Waarom de mensen voor het inschakelen van een arbiter kiezen, is snel duidelijk: de procedure is laagdrempelig en gratis.<sup>21</sup> Het inschakelen van een advocaat is niet nodig, er hoeft geen griffierecht te worden betaald en de Arbiters bodembeweging worden betaald door het ministerie van Economische Zaken.<sup>22</sup> De huiseigenaar die het niet eens is met de uitspraak van de arbiter kan bovendien daarna alsnog zijn claim voorleggen aan de rechter.<sup>23</sup>

Op het eerste gezicht lijkt dit een aantrekkelijke oplossing, omdat de toegang tot de Arbiter bodembeweging heel laagdrempelig is.<sup>24</sup> Maar – los van de wenselijkheid van de dubbelrol die het ministerie van Economische Zaken hier speelt<sup>25</sup> – het zet ook aan het denken. Een prangende vraag is waarom *binnen* het systeem van de civiele rechtspraak geen laagdrempelige en kosteloze geschilbeslechting kon worden geboden aan de Groningers. Waarom is gekozen voor een arbitrageprocedure, buiten de rechtspraak om?

19. Via het Centrum Veilig Wonen, het CVW.

20. Zie voor een aantal van deze vraagpunten Rb. Noord-Nederland 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4402 en Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715.

21. Misschien is ook gedacht dat de procedure bij de Arbiter bodembeweging sneller is, maar of dat inderdaad zo is, is de vraag. Inmiddels wordt de arbiter overstelpt met een 'hausse' aan zaken, zodat er flinke wachttijden zijn. Bovendien wordt bijna altijd een deskundige ingeschakeld wat, net als bij de gewone rechter, zorgt voor een aanzienlijke verlenging van de procedure.

22. De basis hiervoor is te vinden in het meerjarenprogramma 'Aardbevingsbestendig en Kansrijk Groningen 2016-2020' van de Nationaal Coördinator Groningen van 18 december 2015, zie par. 2.2.

23. Dit geldt alleen voor de eigenaar van een gebouw met schade en niet voor de NAM.

24. Het is wel de vraag hoe duurzaam de gekozen oplossing is. Demissionair minister van Economische Zaken Kamp lijkt alweer af te willen van het gebruik van de arbiters. Zie zijn brief aan de Tweede Kamer van 13 april 2017 (enigszins afgezwakt in een kort daarna gevolgde brief van 19 april 2017).

25. Het ministerie van Economische Zaken is zowel medegedaagde in de bij de rechter aanhangige schadeclaims als financier van de Arbiter bodembeweging.

## 6. Een bredere trend: verkleining van het rechterlijk domein

Dit voorbeeld staat niet op zichzelf.

Zo wordt al enige tijd getracht een betere rechtsbescherming te bieden aan slachtoffers van arbeidsongevallen en beroepsziekten, zoals schilders, bakkers of vrachtwagenchauffeurs. Zij kampen met het probleem dat moeilijk te bewijzen is dat de lichamelijke klachten die zij ondervinden zijn ontstaan door het werk dat zij hebben uitgeoefend. Daardoor is het onzeker of zij erin slagen in een rechterlijke procedure schadevergoeding te verkrijgen. Ook zal zo'n procedure hoe dan ook lang duren en veel geld kosten. Eén van de plannen die op tafel heeft gelegen om hier iets aan te doen, hield in dat slachtoffers het geschil met hun werkgever zouden kunnen voorleggen aan een bindend adviseur, verbonden aan het op te richten Expertise Centrum Causaliteit Beroepsziekten (ECCB).<sup>26</sup> Pas als dit niet tot resultaat leidt, kan de gang naar de rechter worden bewandeld.<sup>27</sup>

Een ander voorbeeld is het vorig jaar in consultatie gebrachte wetsvoorstel Bevordering mediation. Het kabinet wil daarmee stimuleren dat op veel grotere schaal mediation plaatsvindt. Voordat mensen naar de rechter gaan, zouden zij eerst een mediationtraject moeten bewandelen.<sup>28</sup> Op die manier zou kunnen worden bereikt dat meer zaken buiten de rechter om worden opgelost, zodat de rechter 'ontlast kan worden', zoals is vermeld in de toelichting op het wetsvoorstel.<sup>29</sup>

Dat sprake is van een bredere trend tot het beslissen van geschillen buiten het domein van de rechter,<sup>30</sup> wordt bevestigd door onderzoek van de Radboud Universiteit. Daaruit blijkt dat de afgelopen tien jaar in bijna vijftig wetsvoorstellen sprake is van een overheveling of verschuiving van rechterlijke taken naar geschillencommissies of andere instanties.<sup>31</sup> Denk aan geschillen rond de Zorgverzekeringswet, auteursrecht, het hoger onderwijs of aanbestedingsrecht.

26. Dit was onderdeel van een breder plan, namelijk de inrichting van een Expertise Centrum Causaliteit Beroepsziekten. Vanwege het ontbreken van draagvlak bij werkgevers voor de oprichting van zo'n centrum, zijn de voorbereidende werkzaamheden hiervoor recentelijk gestaakt. Zie de brief van minister Asscher van 21 maart 2017, ref. nr. 2017-0000037635.

27. Overigens zou dat de bestuursrechter zijn. Zie het rapport Verbeteren procesgang schadeverhaal Rapportage over de positionering van een Expertise Centrum Causaliteit Beroepsziekten van PriceWaterhouseCoopers van november 2016. Het rapport is een bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17, 25882, 289*. Zie over de problematiek ook G.J. Knotter, 'Naar een effectiever aansprakelijkheidsrecht: enkele notities en aanbevelingen naar aanleiding van het PWC-rapport (onafhankelijke medische beoordeling bij arbeidsongevallen en beroepsziekten)', *Tijdschrift letselschade in de rechtspraktijk* 2016, afl. 4.

28. Concept-wetsvoorstel bevordering mediation van 13 juli 2016. In het wetsvoorstel wordt beoogd het gebruik van mediation te bevorderen, onder meer door partijen te verplichten in het inleidend processtuk te vermelden of mediation is beproefd en, als dat niet het geval is, waarom niet.

29. Concept-memorandum van toelichting Wetsvoorstel bevordering mediation, p. 9.

30. Zie over de vraag naar het rechterlijk domein ook reeds N.J.H. Huls & M.A. Loth (red.), *Het domein van de rechter*, Rotterdam: Sanders Instituut/Deventer: Kluwer 2004.

31. Om precies te zijn: in 49 van de 356 adviezen die de Raad voor de rechtspraak in de periode 2004-2014 heeft uitgebracht over (concept)wetsvoorstellen, bleek sprake te zijn van overheveling of verschuiving van rechterlijke taken. In 28 gevallen ging het om bestaande taken van de civiele rechter of de bestuursrechter. De overheveling vond plaats naar bestuursorganen, geschillencommissies, mediators, gespecialiseerde rechterlijke instanties (niet vallend onder de rechterlijke organisatie) en de wetgever. Zie A. Böcker, L. de Groot-van Leeuwen & M. Laemers, *Verschuiving van rechterlijke taken. Een verkennend onderzoek op civiel- en bestuursrechtelijke terrein*, Nijmegen: Radboud Universiteit, mei 2016. Het onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het WODC.

En dan heb ik het nog niet over een immens terrein van buitenrechterlijke geschilbeslechting dat boven ons hoofd hangt: *investment arbitration*. *Investment arbitration* is een bedrijfstak die sinds een jaar of twintig bestaat, waarin door private arbiters – vaak dezelfde, verbonden aan een handvol internationale advocatenkantoren – geschillen worden beslecht tussen investeerders en individuele landen.<sup>32</sup> Zo heeft bijvoorbeeld Vattenfall een claim ingediend tegen Duitsland, vanwege het Duitse beleid om te stoppen met de productie van kernenergie. De basis voor dergelijke arbitrale claims wordt geboden door bepalingen in internationale handelsverdragen, waarin staat dat geschillen niet door de rechter maar door particuliere arbiters moeten worden berecht.<sup>33</sup> De rechter wordt hier geheel buiten spel gezet.

Het beeld is steeds hetzelfde: voor probleemoplossing of geschilbeslechting moeten mensen eerst hulp zoeken bij een mediator, een beroep doen op een arbiter, een bindend adviseur, een bestuursorgaan – je zou bijna zeggen: op wie dan ook – , maar het liefst niet op de rechter. De gang naar de rechter moet worden ontmoedigd, ook om de rechter te ontlasten. De rechter komt pas als laatste mogelijkheid in beeld, als er echt niets anders werkt. Waarbij het dan nog de vraag is of de rechter het geschil ten volle kan beoordelen; als er al een uitspraak van een arbiter of een bindend adviseur ligt, zal de rechter zich meestal moeten beperken tot een marginale toetsing van het bereikte resultaat.<sup>34</sup>

Oud-minister Klaas de Vries vergeleek onlangs de civiele rechter met een boer die nijver voortploegt en intussen vergeet anderen van zijn erf te jagen.<sup>35</sup> Ik zou zeggen: de rechter is de boer die ijverig zijn land bewerkt, zonder dat hij doorheeft dat er jaarlijks een strook grond van zijn akker wordt afgenomen. Het land dat van hem wordt afgenomen wordt in beslag genomen door hobbyboeren, anderen gebruiken het land om erop te kamperen of te voetballen, en een deel van het land komt gewoon braak te liggen.

De ontwikkeling om geschillen op andere wijze dan via de civiele rechter af te doen, berust op verschillende veronderstellingen. Bij die veronderstellingen wil ik enkele vraagtekens plaatsen.

## 7. Zelf oplossen van geschillen is vaak niet mogelijk

Een eerste veronderstelling is dat mensen in staat zijn hun geschillen zelf op te lossen. In veel wetsvoorstellen van de afgelopen jaren lezen we dat mensen een eigen verantwoordelijkheid dragen voor hun conflicten en problemen, en daarmee

---

32. De stand van zaken in deze procedure is niet bekend. Zie de website van het International Institute for Sustainable Development, [www.iisd.org](http://www.iisd.org).

33. Daarover onder meer Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2007; Pia Eberhardt & Cecilia Olivet, *Profiting from Injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Brussel/Amsterdam 2012.

34. Art. 7:904 BW.

35. K. de Vries, 'De brave rechter. Zijn er nog rechters in Den Haag?', *NJB* 2017, p. 442-449, p. 446. De uitspraak van De Vries had betrekking op de positie van de rechter ten opzichte van de andere staatsmachten (wetgevende macht en uitvoerende macht), dus op de rechtsstatelijke functie van rechtspraak.

ook voor hun eigen conflictoplossing.<sup>36</sup> Zelfredzaamheid van de burger is hier het sleutelwoord.

Maar voor veel mensen is de vereiste zelfredzaamheid een brug te ver. Het was al vaak gezegd, maar het blijkt nu ook uit een rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen*.<sup>37</sup> De samenleving, de overheid, vraagt te veel van de zelfredzaamheid van burgers. Dat geldt niet alleen voor een kleine groep kwetsbaren, zoals laaggeletterden of mensen met een zwakke sociale positie. Iedereen kan in een situatie verzeild raken waarin zijn redzaamheid ontoereikend is, zeker op momenten dat het leven tegenzit en stress wordt ondervonden. Dan is het lastig om rationele beslissingen en afwegingen te maken.

Dit geldt ook voor het vermogen van mensen om zelf conflicten en geschillen op te lossen, situaties waarin mensen per definitie stress ervaren. Het zelf regelen van een geschil, ook als dat plaatsvindt in een mediationtraject, vergt dat informatie wordt verzameld en begrepen, dat voor- en nadelen van verschillende opties worden geïnventariseerd, dat planmatig wordt nagedacht. En, minstens zo belangrijk, dat mensen daarover met hun wederpartij op een goede manier kunnen communiceren, dat wil zeggen voor de ander begrijpelijk, redelijk, doelgericht en overtuigend. Als we op een of andere manier willen vasthouden aan het idee dat tot een eerlijke uitkomst wordt gekomen, moeten mensen bovendien inzicht hebben in de sterke en zwakke kanten van hun onderhandelingspositie.<sup>38</sup>

Het is geen realistisch perspectief om te veronderstellen dat mensen in conflictsituaties aan al deze eisen kunnen voldoen. Het is een *overvragen* van de burger. Heel duidelijk is dat te zien in de praktijk van mensen in schuldensituaties. Zelfs als er een bewindvoerder is aangesteld, lukt het velen niet om het schuldsaneringstraject tot een goed einde te brengen.<sup>39</sup> De autonome, zelfbeschikkende mens bestaat niet, en al helemaal niet in tijden van spanningen en conflicten.<sup>40</sup> Voor velen is het daarom niet haalbaar om zelf conflicten en geschillen op te lossen.

## 8. Zelf moeten oplossen van geschillen draagt niet bij aan dejuridisering

Een andere veronderstelling bij de gedachte dat burgers en bedrijven hun problemen zo veel mogelijk zelf moeten oplossen in plaats van naar de rechter te gaan, is dat

36. 'Zelfredzaamheid en het actief zoeken naar de oplossing van een probleem staan centraal in de visie van de regering op de toegang tot het recht', zo is vermeld in de ontwerp-memorandum van toelichting bij het concept Wetsvoorstel bevordering mediation, p. 4. En op p. 5: '(...) waarbij partijen (burgers, bedrijven, overheid) in de eerste plaats zelf verantwoordelijkheid dragen voor het behaalde resultaat [van geschiloplossing]'.

37. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag 2017.

38. Zie voor deze en andere aspecten van de 'tunnelvisie' van mediation ook Asser-Vranken, *Algemeen Deel \*\*\**, Vervolg, Deventer: Kluwer 2005, nrs. 127-133. Vergelijk voorts Asser-Vranken-Groen, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2006, p. 38-39.

39. Slechts driekwart van de schuldsaneringen eindigt met een schone lei (73%) of een akkoord (3%). Zie L. Combrink-Kuiters, S.L. Peters & C. Verkleij, *Monitor WSNP. Twaalfde meting over het jaar 2015*, Utrecht/Den Haag 2016.

40. Zie daarover ook Bas Heijne, 'De rechter tussen staat en straat (rechtspraaklezing 2016)', *Rechtstreeks* 2016.

dit leidt tot dejuridisering van de samenleving.<sup>41</sup> Dat klinkt natuurlijk goed, maar het is zeer de vraag of het juist is. Het is een gegeven dat de regeldichtheid in ons land hoog is, dat de regels complex zijn en dat het veel vraagt van burgers en bedrijven om aan al die regels te voldoen. Het is ook een gegeven dat mensen geconfronteerd worden met problemen op het gebied van werk, wonen, het afnemen of leveren van diensten en goederen, relatie- of familiekwesaties, geldproblemen. Onderzoek wijst uit dat het niet bereikbaar zijn van de rechter er eerder toe leidt dat mensen blijven zitten met onopgeloste problemen, dan dat zij meer problemen zelf oplossen.<sup>42</sup> Zo blijkt het mkb bij serieuze geschillen over de kwaliteit van geleverde diensten of goederen in behoorlijk veel gevallen géén oplossing te bereiken, met name doordat het inschakelen van een juridische dienstverlener te veel kost.<sup>43</sup> Met dejuridisering heeft dit natuurlijk niets te maken.

## 9. Private geschilbeslechting: inhoud onbekend

Ook aan private geschilbeslechting, geschilbeslechting door anderen dan de rechter, liggen veronderstellingen ten grondslag. Een eerste veronderstelling is dat private geschilbeslechting inhoudelijk van dezelfde kwaliteit is als geschilbeslechting door de rechter. Overheidsrechtspraak kan dus zonder problemen worden ingewisseld tegen private geschilbeslechting. Ook hier rijst de vraag of die veronderstelling juist is.

Het eerlijke antwoord op die vraag is dat we dat niet weten.<sup>44</sup> De uitkomsten van private geschilbeslechting zijn maar gedeeltelijk openbaar. Een van de redenen om voor private geschilbeslechting te kiezen – zeker voor ondernemingen – is immers juist het geheim houden van het geschil en de beslissing.<sup>45</sup>

Het is daarom moeilijk om iets te zeggen over de kwaliteit van de beslissingen van private geschilbeslechters.<sup>46</sup> Zo weten we niet of de uitspraken van geschillencommissies op het gebied van consumentenbescherming in overeenstemming zijn met

41. Concept-memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel bevordering mediation, p. 9.

42. M.J. ter Voert & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingsdelta 2014. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2015 (WODC).

43. M.T. Croes & G.C. Maas, *Geschilbeslechtingsdelta midden- en kleinbedrijf. Over het optreden en afhandelen van (potentieel) juridische problemen in het midden- en kleinbedrijf*, Den Haag: WODC 2009. In dit rapport is ook te lezen met welke problemen burgers het meest te maken hebben.

44. Zie ook reeds Asser-Vranken-Groen, *Een tussenbalans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2003, p. 52-54.

45. Uitspraken van geschillencommissies en arbitrale colleges worden lang niet altijd gepubliceerd en, als ze gepubliceerd worden, niet altijd op een inzichtelijke wijze. Zie over de ondoorzichtige manier van selectie en publicatie van uitspraken door de Geschillencommissie (koepel voor geschillencommissies consumentenzaken) V. Mak & M.B.M. Loos, 'Geschillencommissie, wees transparant!', *TvC 2017*, afl. 2, p. 72-77. De Raad van Arbitrage voor de Bouw publiceert zijn uitspraken wel op toegankelijke wijze. Zie over het ontbreken van de verplichting tot openbaarheid van uitspraken van consumentengeschillencommissies ook C. Cauffman, 'Critical Remarks on the ADR Directive', in: *The Citizen in European Private Law: Norm-setting, Enforcement and Choice* (eds. C. Cauffman and J. Smits), Antwerpen: Intersentia 2016.

46. Het INK-keurmerk dat de Geschillencommissie (de koepel van consumentengeschillencommissies) heeft, zegt daarover niets, evenmin als klanttevredenheidsonderzoeken. Zie over het functioneren van de Geschillencommissie: A. Klapwijk & M. ter Voert, *Evaluatie De geschillencommissie 2009*, Den Haag: WODC 2009.

het recht.<sup>47</sup> Misschien denkt u: dat is niet zo erg, het gaat maar om een kapotte wasmachine, een verkeerd gelegde parketvloer. Maar daar staat tegenover dat juist de wijze waarop dit soort zaken worden opgelost, van grote invloed is op de dagelijkse levens van mensen, of zij ervaren dat het recht er ook voor hén is. Mede daarom heeft het consumentenrecht veel dwingendrechtelijke regels, ter bescherming van de consument. Die regels moeten ambtshalve worden toegepast, niet alleen door rechters, maar ook door private geschilbeslechtters.<sup>48</sup>

Het is een merkwaardig fenomeen dat aan de ene kant een veelheid aan beschermende regels in het leven wordt geroepen, maar aan de andere kant voor lief wordt genomen – of zelfs wordt gestimuleerd – dat niet bekend is of die regels in een concreet geval de consument ook beschermen.<sup>49</sup> Verwezenlijking van het materiële recht – de gelding van de *Rule of Law*<sup>50</sup> – heeft hier blijkbaar geen prioriteit.

## 10. Private geschilbeslechting: werking beperkt tot het individuele geval

Een effect van het gebrek aan openbaarheid van de uitspraken van geschillencommissies en arbiters is bovendien dat er geen publieke normstelling plaatsvindt.<sup>51</sup> Rechterlijke beslissingen hebben wél dat normstellende karakter. De beslissingen geven weer welk gedrag of handelen naar de huidige stand van het recht als maatschappelijk of moreel aanvaardbaar wordt beschouwd.<sup>52</sup> Die opvattingen fungeren vervolgens als gedragsregel met een ordenende werking in de samenleving.<sup>53</sup> Daarmee stijgt het belang van rechtspraak uit boven het belang van de in de individuele zaak betrokken partijen.

- 
47. Een (in zijn opzet beperkt) onderzoek van Pavillon hiernaar laat zien dat zeker niet alle uitspraken in overeenstemming zijn met het recht. Zie C.M.D. Pavillon, 'Geschillencommissies en dwingend recht. Over de gevolgen van een door de ADR-richtlijn gedwongen huwelijk', *TvC* 2015, afl. 5, p. 239-252.
48. Zie art. 11 ADR-richtlijn (Richtlijn 2013/11/EU van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen) en art. 10 lid 1 Implementatiewet (Wet van 16 april 2015, Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten). De consequentie hiervan is dat de vaak gebruikte maatstaf om te beslissen naar redelijkheid en billijkheid niet meer geldt. Zie Pavillon, a.w.
49. Een geschillencommissie kan geen vragen van uitleg stellen aan het Hof van Justitie, zie onder meer HvJ EU 27 januari 2005, C-125/04 (*Denuit and Cordenier*).
50. De 'Rule of Law' wordt hier opgevat in zijn functie van het bieden van bescherming tegen 'private macht'. Zie Robin West, 'The Limits of Process', in: *Getting to the Rule of Law* (ed. James E. Fleming), New York: New York University Press 2011, p. 32-52.
51. Zie over de nadelen van private geschilbeslechting onder meer Carlo Vittorio Giabardo, 'Private Law in the Age of the "Vanishing Trial"', in: *Private Law in the 21st Century* (eds. Kit Barker, Karen Fairweather and Ross Grantham), Oxford: Hart Publishing 2017, p. 547-560; Elisabeth Thornberg, 'Reaping what we sow: anti-litigation rhetoric, limited budgets, and declining support for civil courts', in: *Civil Justice Quarterly* 2011 (30), p. 74-92; Hazel Genn, *Why the Privatisation of Civil Justice is a Rule of Law Issue* (36th F.A. Mann Lecture) 2012; Hazel Genn, *Judging Civil Justice*, The Hamlyn Lectures 2008, Cambridge: Cambridge University Press 2010; Owen M. Fiss, 'Against Settlement', *Yale Law Journal* 1993/1073; David Luban, 'Settlements and the Erosion of the Public Realm', *The Georgetown Law Journal* 1995, p. 2619-2662; Marc Loth & Elaine Mak, 'The judicial domain in view. Figures, trends and perspectives', *Utrecht Law Review* 2007 (3).
52. Die opvattingen komen niet uit het hoofd van de rechter, maar weerspiegelen gedragsnormen die in de samenleving als wenselijk worden beschouwd. Morele normen en maatschappelijke waarden zijn hierbij als het ware gejuridiseerd door de rechter.
53. De zogenoemde 'shadow of law'.

We zijn hiermee gestuit op een tweede veronderstelling van private geschilbeslechting, namelijk dat het enige doel van rechtspraak is om het geschil tussen *partijen* op een goede manier tot een einde te brengen. Dat is echter een te beperkte visie op rechtspraak. Rechterlijke beslissingen hebben ook een ordenende, gedragsbeïnvloedende werking.

Neem bijvoorbeeld de zorgplicht die banken hebben voor hun klanten. Deze zorgplicht is ontwikkeld in de rechtspraak, in concrete gevallen waarover de rechter moest oordelen.<sup>54</sup> Maar de zorgplicht van banken geldt niet alleen in die concrete zaak, maar voor alle gevallen waarin belangen van hun klanten op het spel staan. Zo werken rechtsregels door in de samenleving. Vanwege het gebrek aan openbaarheid is bij geprivatiseerde geschillenbeslechting de werking van beslissingen onvermijdelijk beperkt tot het concrete geval. Als onbekend is wat precies de lijn is van een geschillencommissie bij een televisie die het na twee jaar begeeft, kunnen consumenten ook niet weten wat hun rechten zijn, laat staan dat de leverancier zijn gedrag daarop aanpast.

Verder kan publieke rechtspraak zorgen voor het openbreken van langstlepende discussies, zoals de verantwoordelijkheid van de Staat voor de moeders van Srebrenica<sup>55</sup> of het nemen van maatregelen tegen de CO<sub>2</sub>-uitstoot.<sup>56</sup> De rol van de rechter hier is niet zozeer die van geschilbeslechter. De rechter interfereert in breed levende maatschappelijke controverses, vaak tegen de achtergrond van een politieke impasse.

De gevalsoverstijgende betekenis van rechtspraak geldt niet alleen voor het juridische aspect van rechterlijke beslissingen. Ook het onderzoeken en vaststellen van de *feiten* door de rechter kan die ruimere betekenis hebben. Een goed voorbeeld hiervan biedt het vonnis van de Haagse rechtbank van begin dit jaar waarin, na zoveel jaren, een begin is gemaakt met opheldering van de exacte toedracht van de dood van twee Molukse treinkapers.<sup>57</sup> Dat is goed voor de publieke zaak, omdat het burgers het vertrouwen geeft dat niemand 'weg komt' met onrechtmatig handelen, dat geen dingen worden toegedekt of in de doofpot gestopt.

Maar ook de beoordeling van een op het eerste gezicht simpele vordering van een energie- of telecombedrijf vanwege een onbetaalde factuur, kan een gevalsoverstijgend effect hebben. Zo kan aan het licht komen dat energienota's structureel fouten vertonen of dat een als gratis aangeprezen mobiele telefoon, niet echt gratis is. In een samenleving met onoverzichtelijke krachtenvelden, waarin de individuele burger zich onmachtig kan voelen tegenover ongrijpbare machinaties van overheden of ondernemingen, is dit aspect van publieke rechtspraak van niet te onderschatten belang.<sup>58</sup>

54. Vanaf HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238 (*Rabobank/Everaars*).

55. HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999 (*Stichting Mothers of Srebrenica c.s./Staat en Verenigde Naties*) en Rb. Den Haag 16 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8562 (*Stichting Mothers of Srebrenica c.s./Staat*).

56. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda/Staat*).

57. Rb. Den Haag 1 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:782.

58. Zie eerder R.H. de Bock, 'Grip op Kwaliteit. Een model voor de inhoudelijke kwaliteit van rechterlijke beslissingen', in: R.H. de Bock, P.J.P.M. van Lochem & R.A.J. van Gestel, *Kwaliteit als keuze. Kwaliteit(sbeoordeling) van rechtspraak, wetgeving en rechtswetenschappelijk onderzoek* (Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereniging 2015), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 62.

Van grote betekenis hierbij zijn de middelen die de overheidsrechter heeft om ook machtige partijen, een multinational, een overheidsorgaan, een vastgoedondernemer, te dwingen om openheid van zaken te geven. De rechter kan inzage eisen in documenten, zelfs als het om geheime stukken gaat, kan getuigen horen of uitleg eisen. Daarmee nivelleert de rechter de ongelijkheid die tussen partijen kan bestaan. De rechter zorgt voor een *level playing field*. Die middelen hebben private geschilbeslechtters in veel mindere mate. Dat wil zeggen: we weten niet of hiervan gebruik wordt gemaakt en waar dat dan precies toe leidt.

### 11. Private geschilbeslechting: onttrokken aan het publieke domein

Een fundamenteel gemis van geprivatiseerde geschilbeslechting is bovendien dat deze vorm van geschilbeslechting onttrokken is aan het publieke domein. Het begrip ‘publiek domein’ is afkomstig van de filosofe Hanna Arendt.<sup>59</sup> In een pluriforme samenleving is het publieke domein de plaats waar verbinding tussen mensen kan plaatsvinden. Het publieke domein is als het ware ons gemeenschappelijke thuis, de plek waar alle verschillende stemmen kunnen worden gehoord. Dat dat gebeurt, is noodzakelijk om de wereld als gemeenschappelijk te ervaren, zegt Arendt.

Overheidsrechtspraak is bij uitstek een verschijningsvorm van het publieke domein, van een plek waar meningen worden gehoord, waar ook plaats is voor minderheidsstandpunten, nieuwe gezichtspunten, voor op het eerste gezicht onhaalbare of misschien onsympathieke claims.<sup>60</sup> Publieke rechtspraak biedt een platform voor alle standpunten, voor alle meningen, belangen en inzichten. Of deze nu afkomstig zijn van een individu, een onderneming, een belangengroepering of de overheid. En of de inzet nu een financieel belang is, of een immaterieel belang, zoals geluidsoverlast, vrijheid van meningsuiting of overhangende takken. Rechtspraak is daarmee niet alleen een pijler van de rechtsstaat, maar is zelf ook te beschouwen als een democratische praktijk.

Maar het gaat niet alleen om het bieden van een platform voor al die meningen. Partijen hebben ook de garantie dat de rechter die meningen en belangen serieus neemt en meeweegt bij de beslissing. Het motiveringsbeginsel brengt mee dat de rechter verplicht is om zich in de beslissing rekenschap te geven van alle essentiële stellingen en standpunten van partijen. Wat daarbij uiteindelijk het zwaarste weegt, is – gegeven de wettelijke context, die soms meer en soms minder ruimte biedt voor afweging – afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. De rechter zal zich daarbij ook laten leiden door morele waarden, rechtsbeginselen en grondrechten.

Deze taal – het juridisch-moreel narratief – is van essentieel belang voor behoud en versterking van het publieke domein. Volgens de Britse historicus Tony Judt zijn we in het neoliberale denken van de afgelopen decennia, waarin het alleen ging om kosten en baten, om efficiency, om marktwerking, *de woorden vergeten*. De

59. Hanna Arendt, *De menselijke conditie* (oorspronkelijk verschenen als *The Human Condition*, 1958). Amsterdam: Boom uitgevers 2009. Zie met name p. 51-59.

60. Zie daarover uitvoerig David Luban, ‘Settlements and the Erosion of the Public Realm’, *The Georgetown Law Journal* 1995, p. 2619-2662.



woorden om in niet-economische termen, in morele begrippen, te spreken en denken over mens en maatschappij.<sup>61</sup> Het hervinden van die woorden, het herijken van de publieke conversatie, is van wezenlijk belang om de samenleving bij elkaar te houden, om te voorkomen dat zij fragmenteert in miljoenen privébelangen. *We hebben woorden nodig.*

Publieke rechtspraak kan daarbij een belangrijke rol spelen. Niet omdat de rechter verzint wat goed is of morele waarden oplegt. Maar omdat het het dagelijkse werk is van de rechter om te zoeken naar onderliggende beginselen in het recht, om gedeelde morele waarden te expliciteren, om steeds te zoeken naar een rechtvaardige beslissing, naar een verbinding van het juridische met het morele.<sup>62</sup> Hierdoor is de rechter vertrouwd met het spreken over rechtvaardigheid, over normen en waarden, over redelijkheid en billijkheid, goede trouw, een redelijke uitleg, gerechtvaardigd vertrouwen. Bij het terugvinden van een moreel *discours* in het publieke domein, dat verder gaat dan 'je fatsoen houden' of 'normaal doen', is de functie van rechtspraak daarom van niet te onderschatten belang.

Het publieke karakter van rechtspraak geeft burgers bovendien de mogelijkheid hun mening te geven over rechterlijke uitspraken en te controleren of een eerlijke afweging van alle argumenten heeft plaatsgevonden. Het is geen vrolijk stemmende gedachte dat wezenlijke beslissingen over bijvoorbeeld energie, infrastructuur en milieu, worden genomen in een geheime setting van private geschilbeslechting.<sup>63</sup> Niemand weet welke belangen daar worden gewogen, en via welke beslissingsmechanismes tot een uitkomst wordt gekomen. Sterker nog, de uitkomst weten we vaak niet eens.<sup>64</sup>

Openbaarheid van rechtspraak is een element waaraan zij sedert duizenden jaren haar legitimiteit ontleent.<sup>65</sup> In alle tijden, van het Romeinse Rijk, de Germaanse periode tot de late middeleeuwen – heeft rechtspraak in het openbaar plaatsgevonden, te midden van de samenleving.<sup>66</sup> Volgens historici was publieke rechtspraak zelfs een van de eerste functies van de in de middeleeuwen opkomende steden.<sup>67</sup> Niet alleen als middel tot geschilbeslechting, maar ook om door een praktijk van openbare rechtsuitoefening in de rechtbanken een stempel te zetten op het moreel-juridische *discours*.<sup>68</sup> Het is dan ook geen toeval dat in het hart van

61. Tony Judt, *Ill Fares the Land*, Londen: Penguin 2010, met name p. 167-173 ('*Recasting Public Conversation*').

62. Zie hierover Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton: Princeton University Press 2006.

63. Dergelijke geschillen zijn aan de orde bij *investment arbitration*, maar kunnen ook spelen bij 'gewone' arbitrages.

64. Terzijde: ook overheidsrechtspraak kan zich op het punt van openbaarheid nog verbeteren. Denk aan ruimere en betere publicatie van uitspraken op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) (daarover Claudette Althoff e.a., 'Publicatie van feitenrechtspraak', *Trema* 2017, p. 59-66), het *online* zetten van zittingsagenda's (zoals bijvoorbeeld de Ondernemingskamer doet) en het *streamen* van zittingen die voor een breder publiek interessant zijn (zoals pleidooien in de *Urgenda*-zaak).

65. Zie over de verschillende aspecten van het beginsel van openbaarheid van rechtspraak *Asser Procesrecht/Giesen I* 2015, nrs. 337-385.

66. J.Ph. de Monté ver Loren, bew. door J.E. Spruit, *Hoofdlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling*, Deventer: Kluwer 2000 (7e druk), p. 25-38.

67. Judith Resnik, 'Bring Back Bentham: Open Courts, Terror Trials and Public Sphere(s)', *Law & Ethics Human Rights* 2011, p. 1-69.

68. F.W.G.W. Camphuijsen, *Scripting Justice. Legal practice and communication in the late medieval law courts of Utrecht, York and Paris* (diss. Amsterdam UvA), 2017 (uitgegeven in eigen beheer).

elke stad, van elk dorp van enige omvang, een gerechtsgebouw werd gebouwd, dat voor iedere burger herkenbaar was.<sup>69</sup>

Het feit dat de afgelopen decennia in een groot aantal Nederlandse dorpen en steden gerechtsgebouwen onttrokken zijn aan de rechtspraak, is dan ook symbolisch.<sup>70</sup> Voor sommigen misschien een symbool van efficiëntie, van rationalisatie van het rechterlijk bedrijf, maar we kunnen het ook zien als een symbool van de teloorgang van het publieke karakter van rechtspraak.

## 12. Bescherming en versterking van het rechterlijke domein

Er zijn dan ook veel goede redenen om niet passief toe te zien hoe het rechterlijk domein stapje voor stapje afbrokkelt. Dat is de boer, die niet door heeft hoe zijn land hem wordt afgenomen. Die boer moet wat assertiever worden. Omdat hij van zijn land houdt, omdat hij het belangrijk vindt dat hij ook over tien jaar nog een goed bedrijf heeft.

Zo is het ook met de rechtspraak. Er moet juist worden ingezet op *versterking* van het rechterlijk domein, in plaats van verschuiving van taken naar private geschilbeslechtters. De rechtspraak moet niet *onflast* willen worden, zij moet juist streven naar *belasting*. Zij moet zich er hard voor maken dat slachtoffers van aardbevingschade, mensen met beroepsziekten, burgers en bedrijven met geringe claims, ook – of eigenlijk *juist* – bij haar terecht kunnen.

Daarvoor is het om te beginnen nodig dat de rechter wat meer zelfbewustzijn, zelfvertrouwen ontwikkelt. Soms lijkt het alsof de boer zelf niet meer in zijn project gelooft. Dat hij het daarom stiekem niet zo erg vindt dat er wat van zijn land wordt afgesnoept.

Als mij één ding is opgevallen bij de vele gesprekken die ik de afgelopen jaren met rechters heb gevoerd over kwaliteit van rechtspraak, dan is dat wel een aangeslagen zelfvertrouwen.<sup>71</sup> In veel gerechten is sprake van een matte sfeer, waarbij rechters veel energie steken in de individuele zaaksbehandeling – en dat staat natuurlijk ook voorop – , maar er weinig affiniteit meer is met de organisatie. Laat staan een positief zelfbewustzijn, een gevoel om samen vóór de rechterlijke organisatie te staan. Dat is enorm jammer en dat matte gevoel vormt geen vruchtbare basis voor een versterking van het rechterlijk domein. Er moet de overtuiging zijn dat rechters iets te bieden hebben.

69. Zo bepleitte Jeremy Bentham een bepaalde vormgeving van gerechtsgebouwen, met het oog op de openbaarheid van rechtspraak. Zie Judith Resnik, a.w.

70. Sinds begin jaren negentig van de vorige eeuw is in 61 plaatsen het kantongerecht opgeheven. De meeste van deze gebouwen zijn verkocht. Daarnaast zijn in verschillende grotere plaatsen nieuwe gerechtsgebouwen neergezet, waardoor de vaak karakteristieke en in het stadscentrum gelegen oude gerechtsgebouwen hun functie hebben verloren.

71. Zie ook p. 38 van het rapport van de Raad voor de rechtspraak, *Verder bouwen aan het huis van de rechtsstaat. Scenarioplaning rechtspraak 2030*, Den Haag 2017.

### 13. Kerntaken van civiele rechtspraak

Ik kom terug op de vraag waarmee ik begon: wat zijn kerntaken van de civiele feitenrechtspraak en wat is misschien minder belangrijk? Wat zou ook aan anderen kunnen worden overgelaten of op zijn minst anders kunnen worden georganiseerd?

Om met dat laatste te beginnen: in de honderdduizenden incassozaken die jaarlijks binnenkomen<sup>72</sup> is de rechterlijke taak grotendeels beperkt tot die van stempelautomatomaat.<sup>73</sup> Die incassozaken zouden op een andere manier moeten worden behandeld omdat de rechterlijke interventie nu weinig toevoegt.<sup>74</sup> Of neem de grote aantallen bewindvoeringszaken waarmee de kantonrechter tegenwoordig druk is.<sup>75</sup> Het gaat hier niet om geschilbeslechting, maar om de uitoefening van een toezichthoudende taak, die ook nog eens marginaal wordt uitgeoefend.<sup>76</sup> Het ligt voor de hand hier te zoeken naar andere manieren om adequaat toezicht uit te oefenen, waarin de rol van de rechter beperkt is tot het bieden van rechtsbescherming wanneer dit werkelijk aan de orde is. Ook zijn te noemen de tienduizenden claims over zaken als schadevergoeding na vluchtvertraging<sup>77</sup> of woekerpolissen.<sup>78</sup> Ondanks dat soms bundeling plaatsvindt in massaclaims worden er ook grote aantallen losse zaken aangebracht. Hierover zou op institutioneel niveau meer regie en overleg moeten plaatsvinden, zodat deze zaken op een meer gestroomlijnde wijze worden afgedaan – en met misschien iets minder individueel maatwerk.

Dan de kerntaken van de civiele rechter, de zaken die er werkelijk toe doen. Dat zijn zaken waarin mensen behoefte hebben aan rechtsbescherming of geschilbeslechting, maar de rechter onbereikbaar blijkt te zijn.

Het is duidelijk dat de vlucht in private geschillenbeslechting niet los kan worden gezien van twee grote tekortkomingen van civiele rechtspraak: het is te duur en het duurt te lang. Het onderliggende probleem is in feite dat procederen over eenvoudige claims te moeilijk is.

72. In 2016 kwamen bij de sector kanton ruim 300.000 verstekzaken binnen. Deze bestaan grotendeels uit incassozaken. Dat was 82% van de totale instroom van civiele zaken in de kantonsector (minus de zaken die na dagvaarding werden ingetrokken).

73. Grotendeels, omdat de rechter de plicht heeft om ook in verstekzaken over te gaan tot ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden die ten grondslag liggen aan de te incasseren vordering. Zie onder meer HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, NJ 2013/374, m.nt. M.R. Mok (Azië).

74. Zie reeds Asser-Vranken-Groen, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2006, p. 110-114. Zie ook de voorstellen in het in opdracht van de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG) door CapGemini Consulting in 2013 uitgebrachte rapport 'Filtermodel' over een meer efficiënte wijze van afdoening van incassozaken.

75. Eind 2016 waren er landelijk 326.100 lopende bewindzaken (meerderjarigen) bij de sector kanton.

76. Waardoor de daadwerkelijke bescherming van onderbewindgestelden tekortschiet. Bij minderjarigen is dit een nijpend probleem, zie J.H.M. ter Haar, W.D. Kolkman, W.M. Schrama & L.C.A. Verstappen, *Toezicht op het bewind van ouders en voogden over het vermogen van minderjarigen. Onderzoek naar toezicht op vermogensbeheer bij minderjarigen en vier overige, aanverwante onderwerpen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2017.

77. In 2016 had de Rechtbank Noord-Holland 537 luchtvaartzaken en in het eerste kwartaal van 2017 ongeveer 300.

78. Zoals *Dexia*-zaken.

Dat maakt het onvermijdelijk om kritisch te kijken naar de werking van het civiele procesrecht, naar de vormgeving van de civiele procedure met het oog op de versterking van het rechterlijk domein. Mijn benoeming op de Bregstein-leerstoel wil ik gebruiken om hierover verder na te denken, graag samen met anderen. Ik moet mij nu beperken tot het kort aanstippen van enkele mogelijkheden.

Als we er in zouden slagen de toegang tot de procedure ingrijpend te vereenvoudigen zodat mensen daadwerkelijk zonder advocaat naar de rechter kunnen – voor vorderingen tot € 25.000 kan dat nu ook, maar slechts een zeer klein percentage rechtszoekenden doet dat ook echt<sup>79</sup> – , kan voor geringe vorderingen ook binnen het rechterlijk domein aantrekkelijke geschilbeslechting worden geboden.<sup>80</sup> Dat zou kunnen door een mondelinge procedure mogelijk te maken, zoals nu gebeurt bij de experimentele spreekuurrechter bij de Rechtbank Noord-Nederland.<sup>81</sup>

Voor het aanhangig maken van een vordering bij de Arbitrer aardbevingsschade volstaat het invullen van een simpel formulier.<sup>82</sup> Waarom zou het niet mogelijk zijn om te regelen dat met zo'n formulier toegang tot de rechter wordt verkregen? Met een projectsubsidie van het ministerie van Economische Zaken – dat nu de arbiters betaalt – had de rechtspraak dan zélf een kosteloze voorziening voor de Groningers kunnen bieden. De infrastructuur en kennis is beschikbaar; de omweg van het inschakelen van gepensioneerde rechters en advocaten zou niet nodig zijn geweest.

Ook het mkb kan profiteren van een eenvoudige, laagdrempelige procedure. Het mkb heeft te maken met veel geschillen – meestal over de betaling van diensten of goederen – , maar slechts in een minderheid van die zaken wordt de rechter benaderd, omdat de kosten daarvan te hoog zijn in verhouding tot de omvang van de vordering. Veel geschillen blijven dan ook onopgelost. Daarmee is in feite sprake van een rechtstekort.<sup>83</sup>

Voor consumentenbescherming zou gedacht kunnen worden aan een 'mini-deel-geschilprocedure' bij de rechtbank, ten behoeve van geschillencommissies. In zo'n mini-procedure zouden geschillencommissies juridische vragen over het consumentenrecht aan de rechtbank kunnen voorleggen.<sup>84</sup> Daarmee kan het juridische ele-

79. Zie R.J.J. Eshuis & T. Geurts, *Lagere drempels voor rechtzoekenden. Evaluatie van de competentiegrens in 2011*, Den Haag: WODC 2016.

80. De kosten van rechtsbijstand vormen (voor wat betreft de kosten van procederen) het grootste beletsel voor mensen om naar de civiele rechter te gaan. De hoogte van het griffierecht speelt in mindere mate een rol, althans voor natuurlijke personen. Voor bedrijven (mkb) ligt dat anders, omdat voor niet-natuurlijke personen het griffierecht ook voor geringe vorderingen snel oploopt.

81. Het bij de Rechtbank Noord-Nederland per 1 oktober 2016 gestarte experiment 'spreekuurrechter', maakt het veel eenvoudiger om zonder juridische bijstand een procedure te beginnen, omdat geen schriftelijke stukken hoeven te worden ingediend. Zie voor meer informatie de website van de Rechtbank Noord-Nederland.

82. Zie de website [www.arbiterbodembeweging.nl](http://www.arbiterbodembeweging.nl).

83. M.T. Croes & G.C. Maas, *Geschilbeslechtingsdelta midden- en kleinbedrijf. Over het optreden en afhandelen van (potentiele) juridische problemen in het midden- en kleinbedrijf*, Den Haag: WODC 2009.

84. Zoals is voorgesteld in art. 1019ee Rv van het concept-wetsvoorstel bevordering mediation. Daarin wordt mogelijk gemaakt dat in het kader van een mediationtraject de rechter tussentijds vaststelt 'wat rechtens is', waarna de mediation wordt hervat. Vergelijk ook de aanbevelingen in Christopher Hodges, Iris Benöhr & Naomi Creutzfeldt-Banda, *Consumer ADR in Europe*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2012, p. 453: 'Consumer ADR bodies should refer issues of law to a court for determination'.

ment binnen de geschillenprocedure worden verstevigd. Dat kan met name nuttig zijn als het gaat om de naleving van dwingendrechtelijke, consumentbeschermende bepalingen. Door het maken van zo'n 'u-bocht' kan rechtspraak versterking bieden aan buitengerechtelijke geschilbeslechting.

Een andere, rigoureuze processuele vernieuwing zou zijn om in zaken waarin vaak een bepaald soort deskundigheid is vereist – bijvoorbeeld bouwgeschillen – zitting te houden met deskundigen die géén lid zijn van de rechterlijke macht. Net als in de Ondernemingskamer zouden zij direct bij de beoordeling van de zaak kunnen worden betrokken, zonder dat eerst de zeer omslachtige weg van benoeming van een deskundige wordt gevolgd. Dit zou voor de kleinere bouwgeschillen – waarvan er behoorlijke aantallen zijn bij de rechtbanken – een veel snellere, meer effectieve en minder kostbare rechtsgang opleveren. Hiervoor zouden enkele gespecialiseerde kamers in het leven kunnen worden geroepen.

#### 14. Belangen in de markt voor private geschilbeslechting

Het zou trouwens naïef zijn te denken dat met het aantrekkelijker maken van de civiele procedure op de aspecten kosten en duur, de overheveling van rechtspraak naar private geschilbeslechting tot staan wordt gebracht. Er zijn grote commerciële belangen gemoeid met de markt voor private geschilbeslechting. Er wordt veel geld verdiend aan private geschilbeslechting en velen staan te trappelen om een graantje mee te pikken. Arbitrage is in zijn algemeenheid ook zeker niet goedkoper dan overheidsrechtspraak. Voor mediators, arbiters en andere geschilbeslechters is private geschilbeslechting een goede verdienste. En, het moet gezegd worden, ook sommige rechters profiteren daarvan, wanneer zij optreden als private geschilbeslechter. Dat rechters geliefd zijn als private geschilbeslechter is niet zo vreemd: zij zijn verbonden aan een onafhankelijk en onpartijdig instituut (de rechterlijke organisatie) waar zij kennis en ervaring hebben opgedaan en zij hun deskundigheid op peil kunnen houden.<sup>85</sup> Zo sponsort de rechterlijke organisatie de markt voor private geschilbeslechting.

Daarnaast hebben grote partijen belang bij private geschilbeslechting, omdat zij dan invloed kunnen uitoefenen op de keuze van de persoon die hun geschil gaat beslechten.<sup>86</sup> Dat is best handig voor wie veel te winnen of te verliezen heeft. Bij *investment arbitration* is het bepaald niet buiten twijfel dat de gekozen arbiters op geheel onafhankelijke wijze geschillen beslechten tussen investeerders en landen.<sup>87</sup> Eén van de grote voordelen van overheidsrechtspraak is dat rechters onafhankelijk en onpartijdig zijn en er ingebouwde voorzieningen zijn voor degenen die daaraan in een concreet geval zou twijfelen.

---

85. Dat geldt althans voor de meeste voorzitters van de verschillende geschillencommissies.

86. Bij arbitrage is het gebruikelijk dat elke partij een eigen arbiter benoemt, na diepgaand onderzoek naar de *credentials* van de betreffende persoon. De twee arbiters benoemen dan een derde.

87. Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2007, m.n. p. 167-175. Pia Eberhardt & Cecilia Olivet, *Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Brussel/Amsterdam 2012. Overigens wordt de helft van de kosten van *investment arbitration* (het deel dat voor rekening komt van het land waartegen de claim wordt ingediend) betaald uit de algemene middelen.

## 15. Rechtspraak als institutie: meer regie

Tegen deze achtergrond is er reden temeer om een duidelijk en krachtig geluid vóór overheidsrechtspraak te laten horen. Nederlandse rechtspraak staat internationaal hoog in aanzien en scoort steeds bovenaan in de ranglijsten.<sup>88</sup> Het is niet alleen voor de aantrekkelijke belastingdeals dat al die buitenlandse vennootschappen en Russische bedrijven zo graag een brievenbus op de Zuidas willen hebben. Het geeft vertrouwen dat al die miljarden in goede handen zijn in Nederland, en het bezit daarvan zo nodig bij een onafhankelijke en deskundige rechter kan worden verdedigd.

Daarmee ligt er een ijzersterk argument op tafel om niet 'de markt haar werk te laten doen', zoals dat tegenwoordig heet (waarmee dan meestal bedoeld wordt vrij spel te geven aan de economisch bovenliggende partij of de *status quo* te handhaven). De rechtspraak zou zich moeten inzetten om *zelf* voor iedereen bereikbaar te blijven als geschilbeslechter. Want wat is het bestaansrecht van de civiele rechter, waaraan ontleent zij betekenis en legitimiteit, als zij niet bereikt wordt in situaties waarin de noden van mensen groot zijn, wanneer in de meest letterlijke zin sprake is van rechtzoekenden. Rechtsbescherming bieden aan slachtoffers van aardbevingsschade, aan mensen die door hun werk een beroepsziekte hebben opgelopen, aan burgers en het mkb, zijn niet onbelangrijke zijstraatjes van het recht. Het gaat om kerntaken, het bieden van rechtsbescherming aan hen die dat nodig hebben. Als de rechtspraak die taak niet oppakt, blijven er dingen liggen die wezenlijk zijn voor een goede taakvervulling. We doen dan niet de juiste dingen, waardoor uiteindelijk geen goede rechtspraak wordt geboden.

De verantwoordelijkheid hiervoor kan niet bij de individuele rechter worden gelegd. Die kan weinig anders dan afwachten welke zaak zij krijgt toebedeeld. Het is een verantwoordelijkheid die rust op rechtspraak als institutie, als staatsmacht, zo nodig in samenspraak met de andere staatsmachten. Daarom is het hard nodig, zoals de afgelopen tijd al vaker is bepleit, dat de rechterlijke organisatie een Hoog College van Staat krijgt, met een eigen begroting.<sup>89</sup> Rechtspraak kan daarmee op institutioneel niveau een eigen positie krijgen. Die positie kan gebruikt worden om zelf actief te onderzoeken waar zij betekenisvol kan zijn, op welke terreinen een niet vervulde behoefte is aan geschilbeslechting. Het moet niet van toevallige marktomstandigheden afhangen of de gang naar de overheidsrechter wordt gevonden. Rechtspraak, als institutie, moet daar zelf sturend in optreden en waar mogelijk de regie in handen nemen. Organisatorische flexibiliteit zal daarbij een van de grote uitdagingen zijn. Zo kan het rechterlijk domein versterkt worden in plaats van verzwakt, en wordt de rechter *belast* in plaats van *onflast*. Dat is essentieel om

88. Zo staat Nederland op nummer 5 in de mondiale *Rule of Law Index 2016* (World Justice Project). Als het gaat om civiel recht staat Nederland in deze *ranking* zelfs op 1. Ook de score van Nederland in de *EU Justice Scoreboard* (Europese Commissie) is bovengemiddeld goed. Zie op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) > Uitspraken en nieuws > Thema's > Nederlandse rechtspraak in internationaal perspectief.

89. Zie onder meer het jaarverslag 2015 van de Raad voor de rechtspraak (*Rechtspraak maakt samen leven mogelijk*) alsmede A. Brenninkmeijer & H. Grootelaar, 'De strijd om de rechterlijke macht', *Rechtstreeks* 2016/2. De vraag is wel of de Raad voor de rechtspraak in zijn huidige wijze van samenstelling daarvoor het meest aangewezen is.

civiele rechtspraak toekomstbestendig te maken, om civiele geschillenbeslechting *binnen* het publieke domein te houden.

## 16. Tot slot

Ik voel mij zeer vereerd met het vertrouwen dat de leden van het bestuur van de Bregstein-stichting in mij hebben gesteld. Ik ben hen veel dank verschuldigd voor het mogen vervullen van de Bregstein-leerstoel.

De benoeming heeft nog extra glans omdat ik de eerste vrouw ben die de Bregstein-leerstoel mag bekleden. Dat ik een vrouw ben zou niet bijzonder moeten zijn, maar dat is het daarmee wel.<sup>90</sup> Gezien het feit dat 61% van de rechtenstudenten aan de Universiteit van Amsterdam vrouw is (dit is ook ongeveer het landelijke percentage), ga ik ervan uit dat de komende jaren veel vaker vrouwen zullen worden benoemd. Ook in de academische wereld zullen zij snel een inhaalslag moeten maken.

Verder dank ik de collega's van de afdeling Privaatrecht, in het bijzonder van het vak Nationaal en Internationaal Burgerlijk Procesrecht voor de hartelijke ontvangst in hun midden. Ik heb met veel plezier college gegeven in dit vak en zal ook de komende tijd een bijdrage aan het onderwijs geven. Het overbrengen van mijn liefde voor rechtspraak is daarbij leidend.

Ik heb gezegd.

---

90. In Nederland is slechts 18% van de hoogleraren vrouw. Zie de website van het Landelijk Netwerk Vrouwelijke Hoogleraren.

