

Bezwaar tegen mediation?

Een onderzoek naar de vraag in hoeverre mediation in de bezwaarschriftprocedure van de Algemene wet bestuursrecht mogelijk is.



Door:

Wouter Brinkman
Studentnr. 0055956

Onder begeleiding van:

Mr. drs. M. Harmsen
Prof.mr.dr. M.A. Heldeweg

13 januari 2011

Voorwoord

Héél lang geleden ben ik begonnen met de deeltijdstudie bestuurskunde aan de universiteit van Twente. Na de geboorte van onze vier kinderen, kon ik me er moeilijk toe zetten om de studie te voltooien. Ik had me er zelfs al bij neergelegd dat ik de opleiding niet zou volbrengen. Totdat mijn werkgever de gemeente Wierden meedeelde het wenselijk te vinden dat ik mijn studie alsnog zou afronden. Eigenlijk deelde ik die mening wel, want het niet afronden van de studie bleef me achtervolgen. Het afgelopen anderhalf jaar heb ik daarom een ultieme poging gedaan om alsnog te slagen. Met een groot gezin en een bijna volledige baan viel dat niet altijd mee. Het was dan ook niet gelukt zonder hulp en ondersteuning van een aantal mensen.

Wat de universiteit Twente betreft, gaat mijn dank uit naar Michiel Heldeweg voor het kritisch doorlezen van mijn voorlaatste versie van mijn scriptie en zijn constructieve opmerkingen daarover. Mijn dank gaat vooral uit naar Marc Harmsen. Van zijn analytische vermogen heb ik dankbaar gebruik gemaakt. Daarnaast heeft hij de noodzakelijke sturing gegeven wanneer dat nodig was. Ook zijn laagdrempelige toegankelijkheid heb ik gewaardeerd.

Mijn dank gaat ook uit naar iedereen de afgelopen periode interesse heeft getoond in de voortgang van scriptie. Vooral degenen die suggesties hebben aangedragen, concepten van op- en aanmerkingen hebben voorzien of me hebben geholpen met de lay-out, ben ik zeer erkentelijk. Ook familieleden die op de kinderen hebben gepast of op een andere wijze mij/ons hebben ondersteund, hebben ervoor gezorgd dat de voortgang in de scriptie niet stagneerde. Dank daarvoor!

Tot slot wil ik vooral mijn lieve vrouw Annette bedanken voor de ruimte, het vertrouwen en de positieve aanmoediging die ze me heeft gegeven om deze studie succesvol af te ronden, terwijl zij daarnaast thuis nog de zaak goed draaiende heeft weten te houden.

Warnsveld, december 2010.

Wouter Brinkman

Samenvatting

Achtergrond

“Bezwaar tegen mediation?” Zo luidt de titel van mijn scriptie. Deze titel heb ik gekozen omdat het gebruik van mediation in bezwaarschriftprocedures bij (lagere) overheden veelvuldig wordt toegepast om bestuursrechtelijke geschillen te beslechten. De vraag waarop ik in deze scriptie beoog antwoord te geven is in hoeverre mediation in de Algemene wet bestuursrecht mogelijk is. Immers, een aantal karakteristieken van het bestuursrecht verzet zich mediation.

Zo is het bestuursrecht grotendeels dwingend van aard en heeft het bestuursorgaan in die situaties geen mogelijkheden om ‘water bij de wijn’ te doen. Als de wet wél ruimte laat voor onderhandelingen, dan moet rekening worden gehouden met verschillende juridische aspecten die het sluiten van een vaststellingsovereenkomst bemoeilijken, zoals het legaliteitsbeginsel en het specialiteitsbeginsel, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de openbaarheid van bestuur. Ook is het nog maar de vraag als partijen tot overeenstemming zijn gekomen of dit het einde van het geschil betekent. Nadat overeenstemming is bereikt, moet het bestuursorgaan vaak nog een besluit nemen. Tegen dit besluit kunnen belanghebbenden vervolgens nog weer rechtsmiddelen aanwenden.

Onderzoeksvragen

In mijn scriptie beoog ik antwoord te geven op de in de eerste alinea genoemde centrale onderzoeksvraag in hoeverre mediation in de bezwaarschriftprocedure van de Algemene wet bestuursrecht mogelijk is. Daarnaast heb ik een drietal deelvragen geformuleerd:

- A. Wat is een bezwaarschriftprocedure en hoe heeft deze procedure zich in de loop der jaren ontwikkeld?
- B. Wat is mediation en hoe wordt mediation ingepast in de bezwaarschriftprocedure?
- C. Door welke juridische aspecten wordt mediation in de bezwaarschriftprocedure begrensd?

Belangrijkste bevindingen

Wanneer een bestuursorgaan besluit gebruik te maken van mediation mag dat, mits de uitkomsten van mediation niet in strijd komen met het dwingend recht. Daarnaast mag de vaststellingsovereenkomst die wordt gesloten na een geslaagde mediation geen onaanvaardbare doorkruising met de regels van het publiekrecht opleveren. Verder heeft een aantal algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belemmerende werking op het sluiten van een vaststellingsovereenkomst, terwijl een aantal andere beginselen van behoorlijk bestuur voor een bestuursorgaan normerend van aard zijn. Verder dienen partijen er rekening mee te houden dat de vertrouwelijkheid van de gesloten vaststellingsovereenkomst in het geding kan komen wanneer een verzoek wordt gedaan om de openbaarheid hiervan. Een laatste factor waarmee partijen rekening moeten houden is dat na het sluiten van de vaststellingsovereenkomst derde-belanghebbenden die de overeenkomst niet hebben ondertekend nog rechtsmiddelen kunnen aanwenden tegen het besluit of de besluiten die voortvloeien

uit wat in de vaststellingsovereenkomst is afgesproken. Dit betekent dat partijen hun geschil weliswaar bijgelegd kunnen hebben, maar het geschil is daarmee nog niet finaal beslecht.

Ik ben van mening dat mediation in de bezwaarschriftprocedure een nuttig instrument kan zijn, maar zeker niet in alle conflictsituaties zinvol is. Gezien de investering in tijd en geld en de genoemde belemmerende factoren waarmee bestuursorganen rekening moeten houden, dient mediation in de bezwaarschriftprocedure alleen toegepast te worden wanneer aan vooraf bepaalde criteria is voldaan.

Inhoudsopgave

bladzijde

Voorwoord	I
Samenvatting	II
1. Inleiding	1
1.1 Achtergrond	1
1.2 Probleemsituatie	2
1.3 Doelstelling en centrale onderzoeksvraag	4
1.4 Deelvragen	4
1.5 Afbakening	5
1.6 Onderzoeksmethode	6
1.7 Opbouw scriptie	6
2. Wat is een bezwaarschriftprocedure?	8
2.1 Inleiding	8
2.2 Wat is de plaats van de bezwaarschriftprocedure in het bestuurs(proces)recht?	8
2.3 Wat zijn de functies van de bezwaarschriftprocedure?	10
2.4 Waarom kwam er kritiek op de bezwaarschriftprocedure	12
2.5 Conclusie	15
3. Wat is mediation?	16
3.1 Inleiding	16
3.2 Wat wordt verstaan onder mediation?	16
3.3 Wat zijn de kenmerken van mediation?	17
3.3.1 Zelfbeschikking	17
3.3.2 Vrijwilligheid	17
3.3.3 Vertrouwelijkheid	18
3.4 Wat zijn de verschillende stappen in het mediationproces?	19
1. Voorbereidingsfase	20
2. Plenaire mediationfase	20
2.1 Openingsfase	20
2.2 Exploratiefase	21
2.3 Draai- en categorisatiefase	21
2.4 Onderhandelingsfase	21
2.5 Besluitvormingsfase	22
3. Afsluitfase	22

3.5	Hoe kan mediation in de bezwaarschriftprocedure worden ingepast?	22
3.5.1	Hoe verloopt de behandeling van een bezwaarschrift als mediation wordt toegepast?	23
3.5.2	Wanneer kan mediation worden toegepast en wat zijn de motieven om mediation toe te passen?	23
3.6	Wat zijn de voor- en nadelen van mediation in de bezwaarschriftprocedure?	24
3.7	Wat is de positie van een derde belanghebbende bij mediation in de bezwaarschriftprocedure?	26
3.8	Betekent het sluiten van een vaststellingsovereenkomst het einde van het geschil?	28
3.9	Conclusie	31
4.	Wat zijn de grenzen bij het toepassen van mediation in de bezwaarschriftprocedure?	
4.1	Inleiding	32
4.2	Wat zijn de verschillen tussen mediation in het bestuursrecht en mediation in het privaatrecht?	32
4.2.1	Bestuursrecht	32
4.2.2	Privaatrecht	33
4.3	Mag een bestuursorgaan een vaststellingsovereenkomst sluiten en zo ja op grond waarvan	34
4.4	In hoeverre vormen het legaliteitsbeginsel en het specialiteitsbeginsel een beletsel voor het toepassen van mediation in de bezwaarschriftprocedure?	35
4.4.1	De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel	35
4.4.2	De grenzen van het legaliteitsbeginsel aan mediation: de doorkruisingsleer	37
	- bespreking Staat-Lenger	37
	- bespreking Kunst- en Antiekstudio	38
4.5	Is de doorkruisingsleer ook van toepassing op een vaststellingsovereenkomst en de bevoegdhedenovereenkomst?	39
4.5.1	Welke vormen van overeenkomsten zijn te onderscheiden?	39
4.5.2	De bevoegdhedenovereenkomst	40
4.5.3	Tussenconclusie	41
4.6	Wat is de reikwijdte van artikel 3:4, eerste lid Awb en het specialiteitsbeginsel?	42
4.7	In hoeverre is er voor een bestuursorgaan verschil tussen het toepassen van mediation bij een beschikking met beleidsvrijheid en een gebonden beschikking?	46
4.8	Moet het bestuursorgaan bij het toepassen van mediation de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen?	50
4.8.1	Wat zijn algemene beginselen van behoorlijk bestuur?	50
4.8.2	Dient een bestuursorgaan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen?	51
4.8.3	Tussenconclusie	52
4.8.4	Wat is de mate van invloed van de a.b.b.b.'s bij het toepassen van mediation?	52
	1. Het beginsel van zorgvuldige voorbereiding	52

2. Het verbod op détournement de pouvoir	53
3. Het motiveringsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel	55
4. Het vertrouwensbeginsel	57
5. Het formele en materiële rechtszekerheidsbeginsel	58
6. Het evenredigheidsbeginsel	58
4.8.5 Conclusie	59
4.9 Wat is de invloed van de Wet openbaarheid van bestuur op mediation in het bestuursrecht?	59
4.9.1 Geheimhouding	59
4.9.2 Wet openbaarheid van bestuur	60
4.9.3 Jurisprudentie	60
4.9.4 Conclusie	61
5. Conclusies en aanbevelingen	62

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Achtergrond

Besluitvorming van de overheid is een proces van het afwegen van belangen. Vaak zijn deze belangen tegenstrijdig. Het gevolg hiervan is dat een besluit niet altijd voldoet aan de wensen van de betrokken belanghebbenden.

In het bestuursrecht is het uitgangspunt dat een belanghebbende bezwaar moet maken bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen¹. Het stelsel van rechtsbescherming tegen het bestuur is in zijn opzet weliswaar eenvoudig², maar een belanghebbende moet wel een lange procedure doorlopen voordat zijn bezwaren in hoogste instantie zijn behandeld en hij een finaal oordeel heeft over zijn geschil met een bestuursorgaan. Nadat een belanghebbende een bezwaarschrift heeft ingediend, neemt het bestuursorgaan vervolgens een besluit op dit bezwaar. Wanneer de belanghebbende het ook met dit besluit niet eens is, kan hij tegen dit besluit in beroep bij de rechtbank. Wanneer de uitspraak van de rechtbank hem niet gunstig is gezind en belanghebbende wil het er niet bij laten zitten, bestaat nog de mogelijkheid om tegen de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep te gaan bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Centrale Raad van Beroep of het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.

Er zijn echter ook alternatieven om een juridisch geschil te beslechten. Mediation is daar één van. In de literatuur wordt als een van de voordelen van mediation genoemd dat partijen op een betrekkelijke korte termijn hun geschil kunnen oplossen³.

Mediation is een onderwerp dat in het openbaar bestuur en in de rechtspraak volop in de belangstelling staat. De Minister van Justitie heeft bijvoorbeeld in 2004 een notitie over mediation aan de Tweede Kamer gestuurd. In deze notitie stonden voorstellen om mediation in te zetten bij zowel civiele als bestuursrechtelijke geschillen. In het bestuursrecht kan mediation, volgens de Minister, zowel in de fase van de primaire besluitvorming, in de bezwaarschriftprocedure, als in de procedure voor de rechtbank worden ingezet⁴. Vervolgens is in april 2005 binnen het rechtsbestel een aantal voorzieningen ingevoerd om de toepassing van mediation te bevorderen, zoals verwijzing naar mediation vanuit het Juridische Loket en de gerechten. Hiermee werd beoogd dat de burger een meer bewuste keuze zou maken bij de oplossing van geschillen en in de daartoe aangewezen gevallen (alsnog) zou kiezen voor mediation⁵.

¹ Artikel 7:1 Awb.

² Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag 2008, p.517

³ Kamerstukken II, 2009-2010, 29528, nr. 6, p.2

⁴ Kamerstukken II, 2003/2004, 29528, nr 1

⁵ Kamerstukken II, 2006-2007, 29 528, nr. 5, p.2

Ook bij de (lagere) overheden vindt mediation steeds meer toepassing. De provincie Overijssel heeft als eerste provincie in Nederland ervaring opgedaan met mediation als alternatief voor reguliere bezwaar- en klachtprocedures. Vanaf 1 januari 2001 loopt er in Overijssel een project dat inhoudt dat bezwaarmakers en indieners van klachten in bepaalde gevallen de gelegenheid wordt geboden om via mediation te proberen oplossingen te vinden voor het geschil dat aan hun bezwaar of klacht ten grondslag ligt⁶. Ook veel gemeenten waaronder Zwolle, Enschede en een aantal gemeenten in de Achterhoek zien in mediation een goed alternatief voor de afhandeling van klachten en juridische geschillen.

De ervaringen en resultaten uit evaluaties over het toepassen van mediation bleken positief en hoopgevend. Een rapportage van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) laat zien dat het aantal geaccepteerde mediationvoorstellen vanaf het begin van de implementatie is gegroeid van 134 in 2005 naar 1413 in 2006⁷. Wat de uitkomsten van deze mediationbijeenkomsten zijn geweest, wordt overigens niet benoemd.

Tijdens het mediationproject heeft de provincie Overijssel een klanttevredenheidsonderzoek uitgevoerd. Hieruit blijkt dat bezwaarmakers de 'methode Overijssel' als zeer prettig ervaren en dat zij vinden dat ze serieus genomen worden. Uit de cijfers blijkt verder dat gemiddeld op nog maar circa 10-15 procent van de ingediende bezwaarschriften de reguliere bezwaarschriftprocedure met hoorzitting volgt. Ook het percentage (gedeeltelijk) gegronde bezwaarschriften nam af van gemiddeld 16 procent naar 3 procent over de jaren 2006 en 2007. Dit is grotendeels het gevolg van het gestegen aantal oplossingen van bezwaarschriften op een andere manier. Daarnaast is door de nieuwe aanpak de gemiddelde behandelduur van een bezwaarschrift verminderd van meer dan 20 weken in 2000 naar 5 weken in 2007. Verder is gebleken dat bezwaarmakers van wie het bezwaarschrift op een alternatieve manier is opgelost, vaker een positief oordeel geven over de bezwaarschriftprocedure dan bezwaarmakers van wie het bezwaar op de reguliere manier is opgelost⁸.

1.2 Probleemsituatie

Ook de gemeente waar ik als juridisch adviseur werkzaam ben, is een aantal malen als partij betrokken geweest bij mediation. Ik heb hierbij diverse malen het college van burgemeester en wethouders bij de mediationbijeenkomsten vertegenwoordigd. Een aantal mediations verliep succesvol.

Na een mediation over een verleende bouwvergunning, begon ik te twifelen over de rechtmatigheid van mediation in deze procedure. Het betrof een mediation naar aanleiding van een bezwaarschrift tegen een bouwvergunning. Buurman A had een bezwaarschrift ingediend tegen de verleende bouwvergunning aan buurman B. Al in het eerste gesprek lag een oplossing binnen handbereik. Deze oplossing zou echter in strijd zijn met het bestemmingsplan. Het college stond hierdoor voor een

⁶ Kamerstukken II, 2006-2007, 29 528, nr. 5, p.4.

⁷ Binnenlands Bestuur, 30 november 2007, nr. 48

⁸ De Koning, Brouwer, Methode Overijssel: Bouwen aan vertrouwen. De inzet van mediationvaardigheden en mediation door overheden, Praktijkreeks Mediation, NMI kennisreeks, 2008, p.26

dilemma: het geschil kon worden opgelost, waarbij er in strijd met het bestemmingsplan een bouwvergunning zou worden verleend, of betrokkenen zou worden meegedeeld dat wegens strijd met het bestemmingsplan geen bouwvergunning kon worden verleend. Wij stelden ons op het standpunt dat niet in strijd met het dwingend recht een besluit kon worden genomen en weigerden daarom mee te werken aan de oplossing voor het geschil. De mediation slaagde daarom niet.

Ondanks de positieve ervaringen in het land met mediation heeft het mij vanaf dat moment geïnteresseerd wat de mogelijkheden en belemmeringen zijn om conflicten tussen overheid en burger door middel van mediation op te lossen.

De eerste belemmering heb ik al genoemd. Een bestuursorgaan mag niet een besluit nemen dat in strijd is met het dwingende recht. Hierop kom ik in hoofdstuk 4 van deze scriptie nog terug. Daarnaast gaat het in het bestuursrecht om de verhouding tussen burger en bestuur, waarbij het bestuur, als onderdeel van de overheid, beschikt over bijzondere bevoegdheden. Een bestuursorgaan kan bijvoorbeeld eenzijdig rechtsverhoudingen tussen het bestuursorgaan en een burger vaststellen. Een voorbeeld hiervan is bijvoorbeeld de al genoemde weigering van een bouwvergunning voor het uitbreiden van een woning, maar ook het besluit een subsidie te verlenen, een besluit bijstand te weigeren of een verkeersbesluit te nemen. Een geslaagde mediation eindigt daarentegen met een vaststellingsovereenkomst. De vraag is of het bestuur gebruik mag maken van deze wederkerige rechtsbetrekking, terwijl het over een eenzijdige publiekrechtelijke bevoegdheid beschikt. Ook is de verhouding tussen burger en bestuur niet gelijkwaardig. Bij mediation is gelijkwaardigheid juist een van de voorwaarden om tot een geschiloplossing te komen. Hoewel dit op voorhand niet de meest belangrijke kanttekening is, vraag ik me toch af of gelet op de bijzondere formele bevoegdheden die aan een bestuursorgaan zijn toegekend, een bestuursorgaan zich bij mediation gelijkwaardig aan een burger kan opstellen.

Een volgende kanttekening die ik bij het gebruik van mediation plaats, is of mediation niet in strijd is met de taak van het bestuursorgaan om het algemeen belang te dienen. Een van de uitgangspunten van mediation is namelijk dat partijen *gezamenlijk* naar een oplossing van het geschil zoeken. Het bestuursorgaan moet ook bij mediation het algemene belang centraal stellen en mag deze niet uit het oog verliezen. Het risico kan bestaan dat het bestuursorgaan bij mediation de nadruk te veel legt op de wensen van de betreffende burger. Het gevolg hiervan kan zijn dat het bestuursorgaan de belangen van een derde-belanghebbende uit het oog verliest. Het bestuursorgaan loopt het risico in strijd te handelen met artikel 3:4, eerste lid Algemene wet bestuursrecht (Awb). In dit artikel is onder andere bepaald dat het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen dient af te wegen.

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur bevatten normen waaraan het bestuurshandelen altijd moet voldoen, ook (en juist) wanneer de wettelijke regels beslissingsvrijheid laten. Ik kan me voorstellen dat mediation voor (ongewenste) precedentwerking zorgt, wat willekeur of zelfs strijd met

het gelijkheidsbeginsel kan opleveren.

Ik betwijfel voorts of een geslaagde mediation, dat tot stand is gekomen door middel van een vaststellingsovereenkomst, het einde van het geschil betekent. Het gaat immers om een privaatrechtelijke schikking naar aanleiding van een eenzijdig vastgesteld besluit. Kan bijvoorbeeld een bezwaarmaker via een achterdeur zijn bezwaar toch nog handhaven? Mijn vraag is welke mogelijkheden het bestuursrecht biedt om bij een bezwaarschriftprocedure tot een geldige vaststellingsovereenkomst te komen, zodat het geschil finaal is beslecht.

1.3 Doelstelling en centrale onderzoeksvraag

1.3.1 Doelstelling

Het doel van deze scriptie is te onderzoeken of het bestuursrecht mogelijkheden biedt voor het toepassen van mediation in de bezwaarschriftenfase en waar vervolgens de grenzen van deze mogelijkheden liggen.

1.3.2 Centrale onderzoeksvraag

De centrale vraag die uit de doelstelling is afgeleid, luidt als volgt:

*'In hoeverre is mediation in de bezwaarschriftprocedure van de
Algemene wet bestuursrecht mogelijk?'*

1.4 Deelvragen

Om de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden is het nodig om antwoord te krijgen op de volgende deelvragen.

A. Wat is een bezwaarschriftprocedure en hoe heeft deze procedure zich in de loop der jaren ontwikkeld?

Om de vraag te kunnen beantwoorden door welke factoren mediation in de bezwaarschriftprocedure wordt begrensd, is het wenselijk om eerst duidelijk te maken wat een bezwaarschriftprocedure is. Dit doe ik aan de hand van een beschrijving van de plaats van de deze procedure in het bestuursrecht. Verder richt deze vraag zich op een uiteenzetting van de functies van een bezwaarschriftprocedure en of deze functies wel voldoende tot hun recht komen. Tot slot heb ik onderzocht welke ontwikkelingen er de oorzaak van zijn geweest dat de bezwaarschriftprocedure ter discussie kwam te staan.

B. Wat is mediation en hoe wordt mediation ingepast in de bezwaarschriftprocedure?

Met de beantwoording van deze onderzoeksvraag beoog ik duidelijk te maken wat het begrip mediation betekent en geef ik inzicht in de wijze waarop mediation wordt toegepast. Net als bij de beschrijving van de bezwaarschriftprocedure is dit van belang om de laatste onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden.

Na deze algemene beschrijving van het begrip mediation en de wijze waarop het wordt ingezet, volgt een uiteenzetting van de wijze waarop mediation in de bezwaarschriftprocedure kan worden ingepast. Ik laat vervolgens zien dat mediation niet alleen voordelen heeft, maar dat aan toepassing ervan ook nadelen kleven.

Daarna beschrijf ik wat de positie van een derde-belanghebbende is wanneer een bestuursorgaan en een bezwaarmaker besluiten om te proberen hun geschil door middel van mediation op te lossen. Kunnen bezwaarmaker en het bestuursorgaan deze derde-belanghebbende zomaar negeren of moeten ze deze betrekken bij de mediation? Tot slot heb ik onderzocht of het sluiten van een vaststellingsovereenkomst tijdens een bezwaarschriftprocedure echt het einde van het bestuursrechtelijke geschil betekent.

C. Door welke factoren wordt mediation in de bezwaarschriftprocedure begrensd?

De beantwoording van deze vraag is van belang omdat het bestuursorgaan nadat een bezwaarschrift is ingediend tegen een besluit, gaat onderhandelen over een mogelijke oplossing. Bij een positief resultaat leidt het geschil over een eenzijdig vastgesteld besluit van het bestuursorgaan in de meeste gevallen tot een vaststellingsovereenkomst tussen het bestuursorgaan en belanghebbenden. De verhouding tussen het bestuursorgaan en belanghebbende verandert hierdoor. Immers het bestuursorgaan gebruikt een privaatrechtelijke rechtsfiguur om een bestuursrechtelijk doel te bereiken.

Daarnaast is het nog maar de vraag of deze constructie is toegestaan. Met deze onderzoeksvraag geef ik inzicht in het verschil tussen mediation in het privaatrecht en mediation in het bestuursrecht. Verder beoog ik inzicht te geven met welke factoren het bestuursorgaan en hun contractspartijen rekening moeten houden. Ik heb bijvoorbeeld onderzocht in hoeverre het legaliteitsbeginsel en het specialiteitsbeginsel een beletsel vormen voor mediation in de bezwaarschriftfase.

Ook heb ik onderzocht in hoeverre het bestuursorgaan en haar contractspartijen bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst rekening moeten houden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst spreken partijen in de meeste gevallen geheimhouding af. Hiermee ontstaat er een spanningsveld met de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Op grond van deze wet kunnen derden een verzoek doen aan een bestuursorgaan om informatie die tijdens een mediation is vastgelegd in een document, bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst openbaar te maken. Ik heb onderzocht in hoeverre de Wob de contractueel afgesproken geheimhouding zou kunnen doorkruisen.

1.5 Afbakening

Mijn onderzoek is beperkt tot mediation volgens de richtlijnen van het Nederlands Mediation Instituut (NMI). Het NMI is de onafhankelijke kwaliteitskoepel voor mediation in Nederland. De doelstellingen van het NMI zijn:

- het stimuleren van de toepassing van mediation in Nederland;
- het bevorderen en borgen van de kwaliteit van mediation en mediators;
- het geven van onafhankelijke informatie en voorlichting over mediation;
- kwantificering en onderzoek inzake mediation;

- het bieden van een overlegstructuur voor en over mediation;
- voorzien in een concreet kwaliteitssysteem (reglementen, modellen en het NMI Register van Mediators);
- accrediteren en registreren van mediators (via het NMI Register van Mediators);
- onderhouden van contacten met instellingen, bedrijven en overheden;
- ontwikkelen en verspreiden van documentatie en voorlichtingsmateriaal;
- op aanvraag selecteren van mediators uit het NMI Register;
- stimuleren van adequate opleidingsmogelijkheden voor mediators.

Door het nastreven van haar doelstellingen beoogt het NMI om mediation een structurele plaats en functie te geven binnen het maatschappelijk bestel. Het NMI voorziet daarbij in een onafhankelijk kwaliteitskader voor mediation in Nederland.

Andere alternatieve vormen van geschilbeslechting zoals pre-mediation, of bemiddeling blijven buiten beschouwing. Daarnaast is mijn onderzoek beperkt tot de bezwaarschriftprocedure van de Awb⁹.

1.6 Onderzoeksmethode

Om antwoord te krijgen op de onderzoeksvragen heb ik literatuuronderzoek gedaan om zodoende tot de kern van het probleem van mediation in de bezwaarschriftfase te komen. Ik heb daarvoor de beschikbare wetgeving en literatuur over de bezwaarschriftprocedure bestudeerd. Daarnaast heb ik literatuur bestudeerd over mediation. Bij de beantwoording van de vraag door welke juridische aspecten mediation in de bezwaarschriftfase worden begrensd heb ik, naast de beschikbare literatuur, ook relevante jurisprudentie van de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State gelezen en wanneer van toepassing, in de scriptie verwerkt. Verder heb ik websites bezocht waar relevante informatie over mediation is te vinden, zoals de website van het Nederlands Mediation Instituut en de website van de Rechtspraak. Om de vraag te beantwoorden op welke wijze mediation in de bezwaarschriftprocedure is ingepast heb ik, naast literatuur, ook de website van de provincie Overijssel geraadpleegd. Deze provincie heeft als eerste overheidsinstantie het initiatief genomen om via een pilot mediation in de bezwaarschriftprocedure mogelijk te maken.

1.7 Opbouw scriptie

Naar aanleiding van onderzoeksvraag A. heb ik in hoofdstuk 2 beschreven welke plaats de bezwaarschriftprocedure inneemt in het bestuursrecht. Verder ga ik in dit hoofdstuk in op de ontwikkelingen die ertoe hebben geleid dat bestuursorganen alternatieve methoden zijn gaan ontwikkelen om bezwaarschriften te behandelen.

In hoofdstuk 3 geeft antwoord op onderzoeksvraag B. Voor de beantwoording van deze onderzoeksvraag heb ik beschreven wat mediation inhoudt, welke kenmerken het heeft en hoe een mediationproces verloopt. Daarnaast heb ik beschreven hoe mediation kan worden ingepast in de

⁹ www.nmi-mediation.nl

bezwaarschriftprocedure. Verder laat ik in dit hoofdstuk zien dat een geslaagde mediation niet altijd het einde van het geschil betekent.

In hoofdstuk 4 heb beschreven wat het verschil is tussen het bestuursrecht en het privaatrecht en dat er verschil is in het toepassen van mediation in deze rechtsgebieden. Verder heb ik onderzocht in hoeverre het legaliteitsbeginsel en het specialiteitsbeginsel een beletsel zijn voor het toepassen van mediation in de bezwaarschriftprocedure. Daarnaast beantwoord ik de vraag of het bestuursorgaan bij het toepassen van mediation de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen. Tot slot beschrijf ik wat de invloed van de Wet openbaarheid van bestuur op mediation in het bestuursrecht?

In hoofdstuk 5 tenslotte, presenteer ik de conclusies van mijn scriptie.

Hoofdstuk 2

Wat is een bezwaarschriftprocedure?

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk beschrijf ik wat de bezwaarschriftprocedure inhoudt en geef ik antwoord op de vraag of de volledige heroverweging van een bestreden besluit in de bezwaarschriftprocedure voldoende tot zijn recht komt. Ik beschrijf dat vanuit de literatuur en vanuit diverse geledingen uit het openbaar bestuur kritiek is geleverd op behandeling van bezwaren door middel van de bezwaarschriftprocedure van de Awb. Vervolgens beschrijf ik welke ontwikkelingen er aan ten grondslag hebben gelegen dat de bezwaarschriftprocedure ter discussie kwamen te staan. Deze ontwikkelingen hebben er toe geleid dat een aantal overheidsinstanties alternatieve geschilbeslechting, waaronder mediation, zijn gaan invoeren.

2.2. Wat is de plaats van de bezwaarschriftprocedure in het bestuurs(proces)recht

Het bestuursrecht is het recht betreffende het handelen van het openbaar bestuur¹⁰. Volgens Scheltema gaat het hierbij om de verhouding tussen burger en bestuur, waarbij bestuursorganen beschikken over bijzondere bevoegdheden. De overheid stelt zelf de regels voor de verhouding tussen haar en haar burgers vast en de bestuursorganen die deze regels uitvoeren, beschikken veelvuldig over de bevoegdheid eenzijdig de rechtspositie van de burger te wijzigen. Eenzijdige rechtshandelingen zoals algemeen verbindende voorschriften, plannen en beschikkingen zijn dan ook dominant in het bestuursrecht. Zij zijn verschijningsvormen van het in het bestuursrecht centraal staande begrip besluit¹¹.

Een belangrijke bevoegdheid van een bestuursorgaan is de bevoegdheid om een besluit te nemen. In artikel 1:3, eerste lid Awb wordt het besluitbegrip gedefinieerd als "een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling." Een bestuursorgaan ontleent zijn bevoegdheid om een besluit te nemen aan een speciaal voor het bestuursorgaan bij of krachtens de wet geschapen grondslag¹².

Deze besluiten van bestuurorganen kunnen burgers in hun rechten en belangen treffen. Daarom is er behoefte aan bescherming tegen besluiten van bestuurorganen. Bestuursorganen hebben vanwege de aan hun toegekende bevoegdheden en hun positie binnen een (groot) georganiseerd openbaar lichaam een sterkere positie dan burgers. De aanwezigheid van een stelsel van rechtsbescherming tegen bestuurshandelen (met name in de vorm van onafhankelijke rechtspraak) wordt beschouwd als een van de beginselen van de rechtsstaat. Dit is geregeld in artikel 6 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 112 van de Grondwet.

¹⁰ VWK, p.1

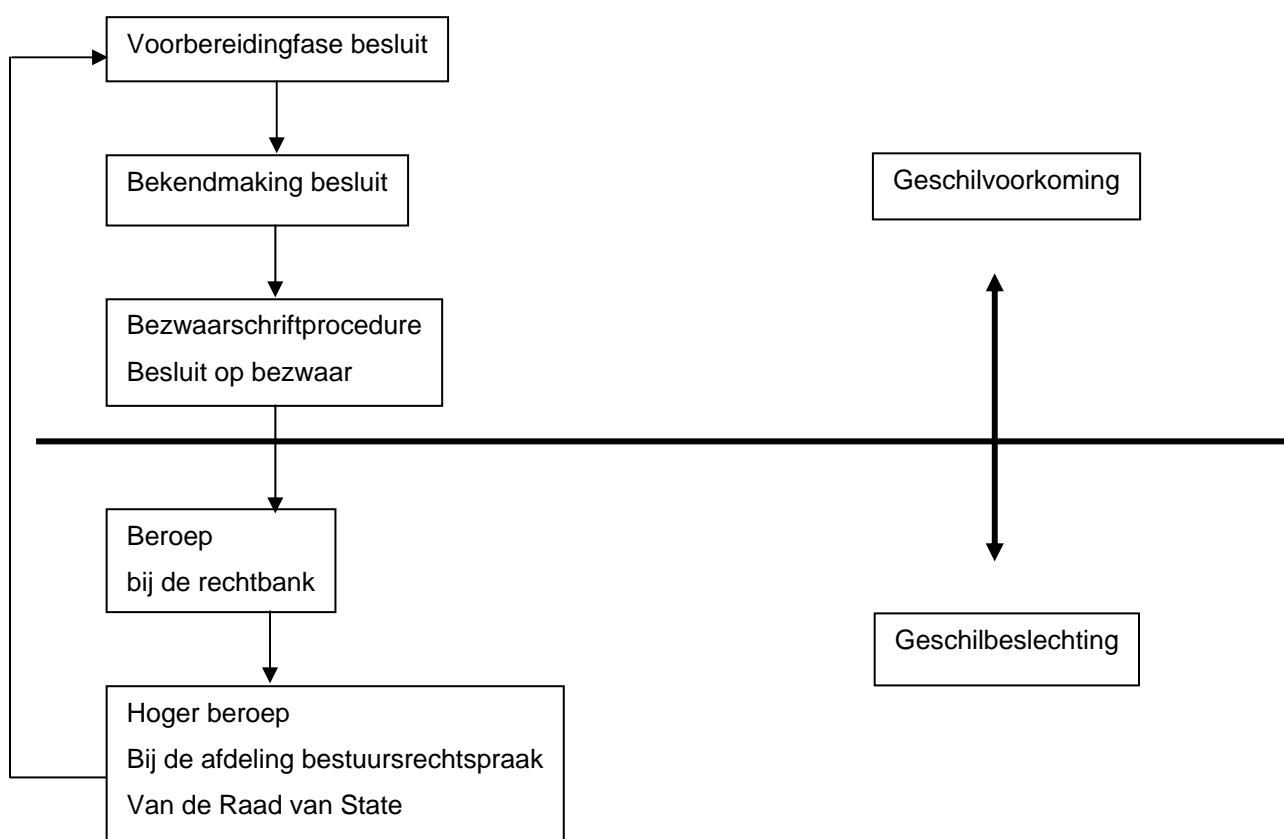
¹¹ Scheltema en Scheltema, *Gemeenschappelijk recht, Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan de Rijn, 2008, p.4

¹² Van Buuren/De Poorter, *Tekst & Commentaar Awb*, Deventer 2009, p. 23

In deze scriptie gaat het om rechtsbescherming die is toegesneden op de beoordeling van een besluit in de zin van de Awb. In het bestuursrecht geldt de hoofdregel dat de belanghebbende alvorens hij beroep kan instellen bij een rechter, eerst tegen dat besluit bezwaar moet maken bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen. Dit is bepaald in artikel 7:1, eerste lid van de Awb. Op deze hoofdregel bestaan een aantal uitzonderingen. Deze blijven overigens in deze scriptie onbesproken.

In artikel 1:5, eerste lid van de Awb wordt onder het maken van bezwaar verstaan: "het gebruik maken van de ingevolge en wettelijk voorschrift bestaande bevoegdheid, voorziening tegen een besluit te vragen bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen." In artikel 7:11 Awb is bepaald dat het primaire besluit op grondslag van het bezwaarschrift moet worden heroverwogen. Hieruit vloeit het hoofdkenmerk van het indienen van een bezwaarschrift voort, namelijk een verzoek aan een bestuursorgaan om het primaire besluit te heroverwegen.

De plaats van de bezwaarschriftprocedure in het bestuurs(proces)recht kan worden benaderd aan de hand van de ketenbenadering. Volgens de Gier e.a. bestaat deze keten uit de volgende schakels¹³.



¹³ De Gier e.a., Algemeen bestuursrecht 2001; de ketenbenadering in de Awb, Den Haag 2001, p. 1

In deze figuur is de complete keten overzichtelijk weergegeven, vanaf de voorbereiding van het primaire besluit tot en met de uitspraak in hoger beroep.

Kenmerkend voor de bezwaarschriftprocedure is dat de beslissing op het bezwaarschrift berust bij het bestuursorgaan dat het primaire besluit heeft genomen. De ratio hiervan is dat het bestuursorgaan de eigen besluitvorming afrondt¹⁴.

Het indienen van een bezwaarschrift leidt tot heroverweging van het besluit. Dit leidt vervolgens tot een beslissing op het bezwaarschrift (in de praktijk ook wel 'BOB' genoemd). Een belanghebbende kan, op grond van artikel 8:1, eerste lid Awb eventueel tegen het 'BOB', dus niet tegen het primaire besluit, beroep instellen bij de rechtbank.

2.3 Wat zijn de functies van de bezwaarschriftprocedure?

Wanneer een belanghebbende bezwaar maakt tegen een besluit van een bestuursorgaan, geeft hij hiermee aan dat hij het niet eens is met dit besluit. Hij wenst dat een of meerdere rechtsgevolgen van dit besluit ongedaan worden gemaakt. Zo kan een burger wiens aanvraag om een bouwvergunning door het college is geweigerd, eventueel door middel van het indienen van een bezwaarschrift bewerkstelligen dat het college dit besluit herroept en de gevraagde vergunning alsnog verleent. Kortom, voor een belanghebbende burger vormt het bezwaar een middel waarmee hij kan proberen een bepaalde als nadelig ervaren situatie in een voor hem gunstige richting te keren¹⁵.

Voor het bestuursorgaan is een bezwaarschriftprocedure een goed instrument om het besluit waartegen een belanghebbende is opgekomen in volle omvang nog eens tegen het licht te houden. Het bestuursorgaan krijgt opnieuw de gelegenheid om te beoordelen of de juiste wet- en regelgeving is toegepast en kan zich afvragen of deze goed is geïnterpreteerd. Daarnaast kan het beoordelen of de belanghebbende (onevenredig) in zijn belangen is geschaad. Voor een bestuursorgaan is de bezwaarschriftprocedure een middel om dit besluit volledig te heroverwegen op basis van actuele feiten en omstandigheden en rekeninghoudend met alle relevante belangen¹⁶. Daarbij geldt dat moet worden afgegaan op het dan geldende recht en beleid (toetsing ex nunc).¹⁷

Karakteristiek is dan ook de volledige heroverweging van het besluit, waarbij het bestuursorgaan zowel de rechtmatigheid als de doelmatigheid van het besluit nog eens toetst. Bij de doelmatigheid gaat het erom of een besluit of handeling op andere gronden, afgezien van juridische, juist, aanvaardbaar of gewenst moet worden geacht. De aan het bestuur overgelaten/opgedragen belangenafweging is daarvoor het beoordelingskader¹⁸.

¹⁴ Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure, prof. mr. M. Schreuder-Vlasblom, Kluwer 2008, p.261

¹⁵ Koenraad en Sanders, Besluiten op bezwaar, Monografieën Awb 2006, Deventer, p.12

¹⁶ artikel 7:11, eerste lid Awb.

¹⁷ VVK, p. 560

¹⁸ VVK, p. 525

Vanuit het oogpunt van de burger bekeken, heeft een bezwaarschriftprocedure een 'rechtsbeschermingsfunctie' tegen overheidsoptreden. Het betreffende bestuursorgaan daarentegen beschouwt de functie van deze procedure als 'verlengde besluitvorming' waarbij het bestreden besluit nog eens in volle omvang kan worden heroverwogen. Deze functie is gecodificeerd in artikel 7:11, eerste lid Awb.

Naast de genoemde functies van 'rechtsbescherming' en 'heroverweging', kunnen uit de memorie van toelichting op de Awb nog een viertal functies worden afgeleid:¹⁹

- de zeef- of filterfunctie;
- de geschiloplossingsfunctie;
- de signaal of leerfunctie;
- de verduidelijkingsfunctie.

Zoals al vermeld, dient degene aan wie het recht is toegekend tegen een besluit beroep bij een rechter in te stellen, eerst tegen dit besluit bezwaar te maken. Deze procedure laat twee functies van de bezwaarschriftprocedure zien; Zij wil de gang naar de rechter voorkomen. Dat is de zogenaamde 'zeef- of filterfunctie'. De praktijk heeft aangetoond dat die zeefwerking reëel is. Mocht een bezwaar niettemin door een beroep worden gevolgd, dan is er in elk geval het voordeel dat het geschil duidelijker en scherper omljnd aan de rechter kan worden voorgelegd dan zonder voorafgaande bezwaarschriftprocedure het geval zou zijn²⁰. Dit is de verduidelijkingsfunctie. Deze functie draagt er aan bij dat er een betere uitwerking en afbakening van het geschil plaatsvindt omdat er door het bezwaarschrift en de heroverweging meer informatie beschikbaar is gekomen. Notten noemt deze functie ook wel dossiervormingsfunctie, omdat de informatie die beschikbaar komt, gebruikt wordt voor het dossier.²¹

Een andere functie die in de Memorie van Toelichting wordt genoemd is de geschiloplossingsfunctie. Hierin staat vermeld dat uit onderzoek is gebleken dat de bezwaarschriftprocedure in een aanzienlijk aantal gevallen tot een oplossing van het geschil kan leiden. Volgens de VAR commissie Rechtsbescherming biedt de bezwaarschriftprocedure bijvoorbeeld volop mogelijkheden om mediation te gebruiken als vorm van geschilbeslechting. Dat verhoogt het conflictoplossendvermogen van deze procedure en vermindert de toenemende juridisering van deze procedure.²²

De 'signaalfunctie' is een niet te onderschatten functie van de bezwaarschriftprocedure.²³ Het onderzoek tijdens de bezwaarschriftprocedure, het horen en de omstandigheid dat ook anderen dan zij die het bestreden besluit hebben voorbereid aan de behandeling van het bezwaarschrift

¹⁹ Kamerstukken II, 1988-1989, 21 221, nr. 2, p.115-116

²⁰ Jacobs, Awb, TenC p., 311

²¹ Notten, de Algemene wet bestuursrecht en het maken van bezwaar. Zwaartepunten van een bestuurlijke voorprocedure, dissertatie Universiteit Maastricht, 1998, Den Haag, p.338

²² VAR-Commissie Rechtsbescherming, De toekomst van de rechtsbescherming in Nederland: van toetsing naar geschilbeslechting, Den Haag, 2004, p.161

²³ Vereniging voor Nederlandse Gemeenten (VNG), herziene modelverordening commissie bezwaarschriften, ledenbrief 02/60, 25 april 2002, p.4

deelnemen, leiden ertoe dat ook gebreken in de organisatie beter zichtbaar worden. Die 'signalen' kunnen ertoe leiden dat meer algemene verbeteringen in de organisatie zichtbaar worden aangebracht. Dit is bevorderlijk voor de kwaliteit en voor het voorkomen van nieuwe geschillen.

2.4 Waarom kwam er kritiek op de bezwaarschriftprocedure?

Al snel na de inwerkingtreding van de Awb in 1994 is de kritiek op de bezwaarschriftprocedure op gang gekomen. De ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken hebben op grond van hun verplichting die voortvloeit uit artikel 11:1 Awb een commissie verzocht een verslag uit te brengen over de werking van de Awb. Deze commissie evaluatie Awb, onder voorzitterschap van mr. J.M. Polak, heeft in de evaluatie 'Toepassing en effecten van de Awb 1994-1996' de eerste kanttekeningen geplaatst over het nut van de bezwaarschriftprocedures in het ruimtelijk bestuursrecht en het milieurecht. In de genoemde sectoren, zo stelt de commissie, speelt het vooroverleg voorafgaande aan de aanvraag van de beschikking vaak een belangrijke rol. De bezwaarschriftprocedure leidt daarom slechts zelden tot nieuwe gezichtspunten. Immers de standpunten van partijen zijn bekend en onderling uitgewisseld. De commissie Polak beschouwt de bezwaarschriftprocedures op het gebied van het ruimtelijk bestuursrecht en milieurecht als een onnodige doublure²⁴.

In het tweede evaluatierapport over de Awb, onder voorzitterschap van mr. P.J. Boukema refereert de commissie evaluatie Awb aan een (niet gepubliceerd) onderzoek van de Leerstoelgroep Bestuursrecht en Centrum voor Milieurecht van de Universiteit van Amsterdam over de ervaringen van burgers met de Awb²⁵. Dit onderzoek laat zien dat de bezwaarprocedure wel een zinvolle bijdrage kan leveren aan de geschilbeslechting. Deze vaststelling is van toepassing voor alle onderzochte besluiten. Vooral bij WAO-besluiten is de toegevoegde waarde groot vanwege de mogelijkheid om in deze fase nieuwe punten naar voren te brengen. Ook kan bij deze categorie van besluiten in de bezwaarfase het persoonlijke relaas van de werknemer bij de beslissing worden betrokken en kan nieuwe informatie beschikbaar komen die leidt tot nieuwe inzichten.

Uit genoemde evaluatie kwam ook naar voren dat de bezwaarschriftprocedure als een nodeloze herhaling van zetten werd ervaren. Anderzijds kwam uit het onderzoek naar voren dat dit niet altijd als negatief werd ervaren. Vanuit het perspectief van de burger wordt de toegevoegde waarde van een bepaalde fase in de besluitvorming niet uitsluitend of zelfs maar primair bepaald door het al dan niet aan de orde komen van nieuwe gezichtspunten, maar vooral door de mate waarin serieus met de argumenten van de burger wordt omgegaan. Voor de burger kan de toegevoegde waarde van de bezwaarschriftprocedure dus ook liggen in het feit, dat reeds eerder aangevoerde argumenten nog eens opnieuw worden bekeken. Deze toegevoegde waarde neemt vanuit het perspectief van de burger toe, naarmate degene die de zaak opnieuw beoordeelt, deskundiger en ten opzichte van de eerdere beslisser onafhankelijker is, en naarmate er meer ruimte is voor een echte inhoudelijke discussie²⁶.

²⁴ Commissie evaluatie Awb, toepassing en effecten van de Awb 1994-1996, p. 44 en 45

²⁵ De onderzoekers waren: Aalders, Boeve, Hazewindus, de Jong, Klap, Olivier, Schueler, Uylenburg en Van der Wilt

²⁶ Toepassing en effecten van de Awb, 1997-2001, Verslag van de Commissie Evaluatie Awb II, Den Haag 13 december 2001, p. 15

Uit de hoek van verschillende bestuurders en de rechterlijke macht kwam ook kritiek. Net na de eerste evaluatie van de Awb beklaagden een aantal rechters en bestuurders zich over de, in hun ogen, excessieve bestuurslasten die de Awb met zich meebracht en de juridisering die erdoor werd veroorzaakt. Objectieve informatie over de aard en omvang van de bestuurslasten ontbraken echter²⁷.

Een commissie onder leiding van J.A. van Kemenade doet in het rapport 'Bestuur in geding' een aantal aanbevelingen om de juridisering in het openbaar bestuur tegen te gaan.²⁸ De werkgroep definieert het begrip juridisering niet expliciet, maar geeft een opsomming van een aantal kenmerken van juridisering van het openbaar bestuur:

- te veel en te gedetailleerde regelgeving (toename van de regeldichtheid);
- een toename van besluitvormings- en rechtsbeschermingsprocedures;
- een te formele of brede taakopvatting van de rechter, wat voor het openbaar bestuur leidt tot onnodige, niet aanvaardbare vertraging van het besluitvormingsproces en uitholling van het politieke primaat van het openbaar bestuur bij het afwegen van belangen, ten gunste van de rechterlijke macht. Met andere woorden, de rechter zou te veel op de stoel van de bestuurder gaan zitten.

In het jaarverslag van 2008 'De burger in de ketens' beveelt de nationale ombudsman aan om de Awb te herijken in het licht van de, in zijn ogen, noodzakelijke verschuiving van juridische procedures naar probleemoplossing. Probleemoplossing vormt nu een afgeleide van juridische procedures als de betrokken overheid bereid is om op een niet-juridische wijze met geschillen en conflicten om te gaan. In het bestuursrecht zou het probleemoplossend werken centraal moeten komen te staan. Dat betekent ook dat andere waarden dan alleen 'juridische' in de Algemene wet bestuursrecht tot uitdrukking moeten komen²⁹.

Naast de discussie over functioneren van de bezwaarschriftprocedure, startte eind jaren '90 van de vorige eeuw ook de discussie over de juridisering van het openbaar bestuur en de gevolgen die dit heeft voor de kwaliteit van het bestuur. Onderwerpen als de omvang en inhoud van regelgeving (regeldichtheid), de omvang van de rechtsbescherming en vooral de opeenstapeling van besluitvormings- en rechtsbeschermingsprocedures bij het realiseren van bestuurlijke activiteiten en grote projecten werden onder het begrip 'juridisering' gebracht.

Onder juridisering wordt ook de mate waarin de burger gebruik maakt van de hem geboden inspraak- en rechtsbeschermingsmogelijkheden geschaard, evenals de wijze waarop conflicten worden opgelost tussen burgers onderling, tussen burgers en bestuursorganen en bestuurorganen onderling. Deze relaties dreigen uitsluitend te worden beheerst door juridische instrumenten en procedures. Hierbij is

²⁷ Tops, Opinions van rechters en burgemeesters over 'juridificering', NTB 1997, afl. 1, p.6

²⁸ Kamerstukken II, 1989-1999, 26 360, nr.1, p.12

²⁹ Verslag van de Nationale Ombudsman over 2008, De burger in de ketens

geen ruimte meer om op een andere en informele basis met elkaar om te gaan. Het kabinet ziet dit als een groot maatschappelijk probleem³⁰.

De visie van het kabinet over juridisering in het openbaar bestuur staat in het rapport 'Juridisering in het openbaar bestuur'. Het kabinet vindt dat alle uitvoerders van de Trias Politica, dus zowel de wetgever, bestuur als de rechterlijke macht, taken hebben om de juridisering het hoofd te bieden en heeft voor deze uitvoerders in het rapport de volgende maatregelen die betrekking hebben op de bezwaarschriftprocedure of alternatieve geschilbeslechting voorgesteld³¹.

Wetgevende macht

- uit de eerste evaluatie van de Awb kwam naar voren dat voor bepaalde besluiten de bezwaarschriftprocedure slechts een herhaling van zetten is. Voor dit soort besluiten kan daarom de bezwaarschriftprocedure worden overgeslagen. Resultaat hiervan is dat de Wet rechtstreeks beroep per 1 juli 2007 in werking is getreden³²;
- het kabinet wil de bezwaarschriftprocedure nieuw leven in blazen door regels te stellen die leiden tot het oorspronkelijke doel: integrale afweging³³.

Bestuurlijke macht

- de bezwaarschriftprocedure moet gebruikt worden waarvoor ze door de wetgever is ingesteld: integrale heroverweging;
- het kabinet vindt dat het openbaar bestuur meer gebruik moet maken van alternatieve vormen van geschillenbeslechting. De bezwaarschriftprocedure biedt hiervoor ruimte³⁴.

Rechterlijke macht

- ter ontlasting van de rechterlijke macht stimuleert het kabinet het gebruik van ADR³⁵.

Uit bovenstaande maatregelen kan geconcludeerd worden dat de minister verwacht dat alternatieve vormen van geschillenbeslechting in onder andere een bezwaarschriftprocedure bijdraagt aan dejuridisering in het openbaar bestuur.

In dit kader kwam de regering eind 1999 met de beleidsbrief ADR 2000-2002³⁶.

ADR is een afkorting van¹⁴ Alternative Dispute Resolution. ADR is een verzamelnaam voor vormen van alternatieve geschillenbeslechting. Alternatieve wijzen van geschillenbeslechting zijn bijvoorbeeld

³⁰ Kamerstukken II, 1998-1999, 26 360 nr.1 p.4

³¹ Kamerstukken II, 1998-1999, 26 360 nr.1, p.5, 31, 32 en 33

³² Dit artikel is in de Awb opgenomen onder artikel 7:1a Awb

³³ Justitie.nl, Handreiking bezwaarschriftprocedure Awb. Het kabinet heeft samen met vertegenwoordigers van diverse bestuursorganen een handreiking geschreven voor het inrichten en voeren van een bezwaarschriftprocedure

³⁴ Kamerstukken II, 1998-1999, 26360, nr. 1, p.32

³⁵ Kamerstukken II, 1999-2000, 26 352, nr. 19

³⁶ Kamerstukken II, 1999-2000, nr.19, p.3

arbitrage, bindend advies en mediation. In deze brief brengt de regering de maatregelen naar voren die het voornemens was tegenover de tendens van juridisering in het openbaar bestuur en de wenselijkheid van dejuridisering te plaatsen. De regering ziet mediation als meest kansrijke alternatief hiervoor.

In de beleidsbrief worden de volgende vier doelstellingen gekoppeld aan het beleid van het bevorderen van ADR:

1. dejuridisering van geschillen;
2. het op de kwalitatief beste wijze afdoen van geschillen;
3. het creëren van een meer pluriforme toegang tot het recht;
4. het verminderen van de druk op de rechtspraak.

In een brief van juni 2003 informeert de minister van justitie de Tweede Kamer over de beleidsvorming op het gebied van ADR³⁷.

De minister lijkt de prioriteit die gegeven was aan de doelstellingen die waren verbonden aan het bevorderen van ADR, nu anders te leggen. De nadruk wordt er in deze brief op gelegd dat justitie verantwoordelijk is voor de waarborging van de toegang tot het recht. Hiervoor is onder meer de beschikking over een goed functionerend en toegankelijk gerechtelijk apparaat noodzakelijk. De rechterlijke macht wordt echter geconfronteerd met een steeds grotere toestroom van zaken. Daarom acht de minister het van belang om te zoeken naar mogelijkheden om deze toestroom te beperken. Om dit te realiseren, is het van belang eerst te zorgen voor vermindering van regeldruk en beperking van conflictopwekkende regelgeving. Daarnaast is het een wens om te bezien welke mogelijkheden er zijn voor bevordering van alternatieve afdoening van geschillen. Mediation wordt hierbij beschouwd als een goede methode.

2.5 Conclusie

De kritiek op de bezwaarschriftprocedure en de juridisering van het openbaar bestuur hebben er toe geleid dat bestuursorganen alternatieve methoden zijn gaan ontwikkelen om bezwaarschriften te behandelen. Veel gemeenten en provincies hebben inmiddels mediation of mediationachtige projecten ingevoerd. Dit heeft geleid tot succesvolle resultaten. In hoofdstuk 4 beschrijf ik wat de grenzen zijn aan het toepassen van mediation in de bezwaarschriftprocedure en met welke andere factoren bestuursorganen rekening moeten houden bij het toepassen van mediation in deze procedure.

³⁷ Kamerstukken II, 2002-2003, 26 352, nr.66

Hoofdstuk 3

Wat is mediation

3.1 Inleiding

Voordat ik beschrijf in hoeverre het bestuursrecht mogelijkheden biedt voor mediation in de bezwaarschriftprocedure van de Awb mag een nadere beschrijving over wat mediation precies inhoudt, welke kenmerken het heeft en hoe een mediationproces verloopt, daarbij niet ontbreken. Daarnaast heb ik beschreven hoe mediation kan worden ingepast in de bezwaarschriftprocedure.

3.2 Wat wordt verstaan onder mediation?

Het begrip mediation wordt in de literatuur verschillend gedefinieerd. Brenninkmeijer beschrijft mediation als een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de communicatie en onderhandelingen tussen partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale besluitvorming te komen³⁸.

Pel omschrijft mediation als een methode van conflictbemiddeling waarbij een onafhankelijke en neutrale derde, de mediator, conflictdeelnemers begeleidt om vanuit hun wederzijdse belangen in een kort tijdsbestek tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale dan wel acceptabele oplossing te komen van hun conflict³⁹.

In de beleidsbrief van het ministerie van Justitie ADR 2000-2002, 'Meer wegen naar recht' wordt mediation omschreven als een specifieke methode van conflictbemiddeling/- oplossing, met bepaalde regels ten aanzien van de procedure, het proces, de deskundigheid en het gedrag van de bemiddelaar. Het gaat er bij mediation om dat partijen zelf zoeken naar de oplossing van een geschil, onder leiding van een neutrale, onafhankelijke derde, de mediator⁴⁰.

Het Nederlandse Mediation Instituut (NMI) omschrijft mediation als een procedure waarbij partijen trachten met behulp van een mediator hun geschil in der minne op te lossen met toepassing van het NMI-mediationreglement⁴¹.

Uit de begripsomschrijvingen blijkt dat het begrip mediation verschillend wordt uitgelegd. Hierbij komt een aantal elementen wel steeds terug.

Het gaat bij mediation om een specifieke vorm van conflictbemiddeling, waarbij een onafhankelijke derde, de mediator, partijen begeleidt bij het oplossen van hun geschil. Deze mediator probeert de werkelijke belangen boven water te krijgen, waarbij partijen zelf oplossingen voor hun geschil aandragen. De mediator beslecht dus niet het geschil. De mediator begeleidt partijen slechts bij het oplossen van hun geschil, zonder zelf oplossingen aan te dragen. Deze methodiek van 'volgen en niet leiden' moet niet verward worden met een *laissez fair*-opstelling, want de mediator laat de deelnemers

³⁸ Brenninkmeijer, Bonenkamp, van Oyen, Prein, Handboek Mediation, Den Haag 2009, p. 6 (hierna geciteerd als Brenninkmeijer e.a.)

³⁹ Pel, Verwijzen naar mediation, praktijkgids voor een effectief mediationvoorstel, 2e dr., Den Haag 2008, p. 18

⁴⁰ Kamerstukken II 1999/2000, nr. 19, p.5

⁴¹ www.nmi-mediation.nl, geraadpleegd op 28 oktober 2010

niet zwemmen en laat hen niet aan hun lot over. Hij is voortdurend proactief bezig en luistert actief of hij aanknopingspunten ziet om er aan te werken dat deelnemers autonomer en besluitvaardiger worden in de overtuiging dat ze zelf keuzes kunnen maken en beslissingen kunnen nemen. Hij moedigt deelnemers constant aan tot een dialoog, nieuwe informatie en alternatieven onder ogen te zien, alternatieven te overwegen, duidelijkheid te krijgen, hardop te denken en te reflecteren op wat partijen doen en beslissingen te nemen voor zichzelf. De mediator verleent veiligheid en structuur door te luisteren, te spiegelen en samen te vatten. De deelnemers komen hierdoor tot meer duidelijkheid waarover ze nog onzeker en verward zijn en over wat ze eigenlijk willen en gaan zo steeds beter beseffen welke keuzes ze kunnen en moeten maken, waardoor ze steeds meer het heft in handen nemen.⁴²

3.3 Wat zijn de kenmerken van mediation?

In de vorige paragraaf heb ik uitgelegd wat mediation is. Daarnaast kent mediation een aantal eigenschappen, zoals zelfbeschikking, vrijwilligheid, vertrouwelijkheid en kent het een vaststaand proces met als doel het sluiten van een vaststellingsovereenkomst.⁴³ Deze eigenschappen worden in de volgende paragrafen verder uitgewerkt.

3.3.1 Zelfbeschikking

De kern van mediation is dat partijen *zelf* met behulp van een mediator nagaan hoe zij het conflict oplossen. Het gaat er daarbij om dat partijen geen uitspraak willen over hun gelijk of ongelijk over wat in het verleden is voorgevallen of afgesproken⁴⁴. Achtergrond van het mediationprincipe 'zelfbeschikking' is dat zelfgekozen oplossingen in de regel meer acceptabel zijn dan een opgelegde oplossing die door tenminste één van de partijen niet wordt gedragen. De mediator begeleidt de partijen bij hun overleg en beslist noch adviseert, maar treedt op als 'tussenpartijdige' bemiddelaar.

3.3.2 Vrijwilligheid

Partijen in een conflict kunnen op verschillende wijzen bij een mediator terechtkomen. Zij kunnen in een vroeg stadium van hun geschil voor mediation kiezen. Ook als zij besloten hebben de stap naar de rechter te zetten, kan deze rechter de partijen tijdens de zitting alsnog wijzen op mediation als een optie om hun geschil te beslechten. Daarnaast is het denkbaar dat de wetgever partijen verplicht om eerst maar eens met een mediator rond de tafel te gaan zitten, alvorens zij de rechtszaal zelfs maar mogen betreden. Voorbeelden van de laatst genoemde optie zijn terug te vinden in andere landen: zo is er de procedure voor het *bureau de conciliation*, van de Franse *Conseil de Prud'hommes*, bij individuele arbeidsgeschillen, de procedure voor de *Riksmeklingsmannen* bij een dreigende staking in Noorwegen, *family mediation* in Engeland bij een beroep op gefinancierde rechtshulp, het Noorse mediationprogramma voor scheidende ouders en de regionale Duitse procedures onder art. 15a *Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung (EGZPO)* voor – met name – burenruzies en

⁴² Brenninkmeijer e.a., p. 187

⁴³ Brenninkmeijer e.a., p. 20

⁴⁴ www.mediation.nl, Van der Hoek, Mediation is de op één na beste weg om conflicten op te lossen, 19 november 2004, p.1., geraadpleegd op 26 juli 2010

kleine vermogensrechtelijke geschillen. In deze 'verplichte' variant moet de voorgeschreven gang naar de mediator altijd gemaakt worden door partijen, op straffe van niet-ontvankelijkverklaring in de gerechtelijke procedure, waardoor het een voorportaalfunctie vervult en is geïncorporeerd in de betreffende rechtsstelsels. Behalve niet-ontvankelijkheid worden ook andere fatale sancties aan het niet volgen van de mediationprocedure verbonden, zoals het onthouden van een tegemoetkoming voor de gemaakte kosten voor rechtsbijstand (*family mediation*) of een stakingsverbod (*Riksmeklingsmannen*)⁴⁵.

Verplichte mediation als voorportaal voor de gerechtelijke procedure is niet in de Nederlandse wetgeving opgenomen. Dat het Nederlandse recht nog uitgaat van vrijwilligheid blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad van 20 januari 2006⁴⁶. De Hoge Raad oordeelt dat, gelet op de aard van het middel van mediation, het beide partijen te allen tijde vrij staat hun medewerking daaraan alsnog te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen. Dit is weliswaar een voorbeeld dat is toegesneden op de situatie dat partijen al zijn begonnen aan hun mediation. Dit neemt niet weg dat het aantoont dat deelname aan mediation een vrijwillige keuze is. Er is geen wet die mediation verplicht stelt.

In Nederland is mediation (nog altijd) een vrijwillig proces. Partijen mogen met een conflict naar de mediator om daar te proberen tot een oplossing te komen, echter men kan hiertoe niet worden verplicht. Dit betekent dat de drijfveren om aan mediation deel te nemen bij de partijen duidelijk aanwezig dienen te zijn en zij zich dienen in te zetten om tot een oplossing van het geschil te komen.⁴⁷ Gelet op het vrijwillige proces zijn partijen daarbij dus ook niet verplicht om tot een positief resultaat te komen. Onder vrijwilligheid wordt mede verstaan dat partijen ermee instemmen dat de mediator hen begeleidt in het mediationproces en dat de deelname aan het proces afgebroken kan worden wanneer een partij de zin van de mediation niet meer zinvol acht⁴⁸. Het aspect vrijwilligheid kent dus twee aspecten. Ten eerste de keuze om aan mediation deel te nemen en daarnaast de keuze om die deelname op elk gewenst moment te beëindigen. Het genoemde arrest van de Hoge Raad biedt een voorbeeld van dat laatste.

3.3.3 Vertrouwelijkheid

In de literatuur over mediation wordt vertrouwelijkheid beschouwd als een van de kernelementen van het mediationproces.⁴⁹ Er bestaat echter geen wettelijke geheimhoudingsplicht voor informatie die tijdens een mediationprocedure wordt verkregen. De deelnemende partijen leggen een geheimhoudingsplicht daarom contractueel vast in een overeenkomst waarbij de partijen en de mediator de inspanningsverplichting op zich nemen, het daarin omschreven geschil door mediation op te lossen. Het NMI heeft een modelovereenkomst voor mediation opgesteld waarin tevens een

⁴⁵ Jagtenberg en De Root, mediation: verplicht of vrijwillig?, *Justitiële verkenningen*, jaargang 29, nr.8 2003, p.60

⁴⁶ HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75.

⁴⁷ Pel, Verwijzen naar mediator, *Praktijkgids voor een effectief mediationvoorstel*, 2008, p. 133

⁴⁸ Brenninkmeijer e.a., p.20

⁴⁹ Santing-Wubs, *Mediation in juridisch perspectief*, Deventer, 2007, p.27

geheimhoudingsclausule is opgenomen. Deze modelovereenkomst wordt in de praktijk vaak gebruikt en wordt ondertekend voordat partijen aan het mediationtraject beginnen.

De geheimhoudingsclausule uit de NMI-modelovereenkomst luidt als volgt⁵⁰:

"7.1 Partijen verbinden zich om aan derden - onder wie begrepen rechter of arbiters - geen mededelingen te doen omtrent het verloop van de mediationprocedure, de daarbij door Partijen ingenomen standpunten, gedane voorstellen en de daarbij mondeling of schriftelijk, direct of indirect, door hen verstrekte informatie.

7.2 Partijen verbinden zich om geen stukken aan derden - onder wie begrepen rechters of arbiters - bekend te maken, te citeren, aan te halen, te parafaseren of zich daarop anderszins te beroepen, indien deze stukken door een bij de Mediation betrokken Partij bekend zijn gemaakt, getoond, geciteerd of geparafraseerd. Deze verplichting geldt niet indien en voor zover de desbetreffende Partij onafhankelijk van de Mediation reeds zelf over deze stukken beschikte of daarover had kunnen beschikken.

Onder stukken als bedoeld in dit artikel worden mede verstaan: door Partijen of door de Mediator in het kader van de Mediation opgestelde memories, notities, verslagen van zittingen, etc., alsmede andere gegevensdragers zoals geluidsbanden, videobanden en computerdiskettes.

7.3 Het gestelde in de voorgaande leden van dit artikel geldt overeenkomstig voor de Mediator.

7.4 Partijen verplichten zich nimmer de Mediator, Hulppersonen en/of andere bij de Mediation betrokkenen, als getuige of anderszins te horen of te doen horen over feiten, stukken, voorstellen, verklaringen etc. - alles in de ruimste zin des woords - die tijdens de Mediation aan de orde zijn geweest, indien en voor zover de desbetreffende Partij onafhankelijk van de Mediation daarover niet reeds zelf beschikte.

7.5 Alle informatie die tijdens een Afzonderlijk Gesprek door de daarbij aanwezige(n) aan de Mediator wordt verstrekt, wordt door de Mediator vertrouwelijk behandeld, tenzij anders is afgesproken.

Ik constateer naar aanleiding van het voorgaande wel dat er een spanningsveld is tussen het vertrouwelijke karakter van mediation in privaatrechtelijke verhoudingen en mediation in het bestuursrecht. Dit komt omdat vertrouwelijkheid in het bestuursrecht niet vanzelfsprekend is omdat in het bestuursrecht meestal de Wet openbaarheid van bestuur van toepassing is. Hierin is geregeld dat in beginsel een ieder recht heeft om aan een bestuursorgaan openbaarmaking te vragen van overheidsdocumenten die een bestuursaangelegenheid betreffen. In Hoofdstuk 4 van deze scriptie werk ik dit spanningsveld, onder andere aan de hand van jurisprudentie, verder uit bij de beantwoording van een van de onderzoeksvragen.

3.4 Wat zijn de verschillende stappen in het mediationproces?

De mediationprocedure is niet zoals de rechtsbeschermingsprocedure van de Awb aan wettelijke regels gebonden. Mediation is daarom flexibeler en informeler dan rechtsbescherming. Op een mediationprocedure zijn daarom verschillende variaties mogelijk. De te volgen procedure is afhankelijk van de aard van het conflict en de oplossing daarvan. De invloed van partijen is mede bepalend voor

⁵⁰ www.nmi-mediation.nl, geraadpleegd op 26 juli 2010

mediation en de uitkomst daarvan. Daarnaast kan ook tijdsdruk een rol spelen⁵¹. Ondanks dat er verschillende factoren van invloed kunnen zijn op het mediationproces, is er wel een drietal hoofdfasen te onderscheiden⁵²:

1. voorbereidingsfase;
2. plenaire mediationfase;
3. afsluitingsfase.

1. Vorbereidingsfase

Wanneer een van de partijen de mediator heeft benaderd, verkent de mediator het probleem en kijkt hij of het conflict naar zijn mening geschikt is voor mediation. Wanneer hij oordeelt dat er geen contra-indicaties bestaan voor mediation, start het traject met de openings- en kennismakingsfase.

Contra-indicaties voor het toepassen van mediation zijn bijvoorbeeld⁵³:

- partijen zijn niet in staat zelf te zoeken naar oplossingen;
- een partij dreigt met strafrechtelijke aangifte tegen de andere partij;
- de partijen willen niet gezamenlijk naar een oplossing zoeken;
- een van de partijen vindt het geschil een principekwestie en is van mening dat een rechter over het geschil dient te beslissen, waardoor het geen zin heeft om in overleg met de andere partij te treden;
- interpretatie van een wetsartikel;
- precedentwerking⁵⁴

2. Plenaire mediationfase

Deze fase is te onderscheiden in de volgende subvragen:

- 2.1 openingsfase
- 2.2 exploratiefase
- 2.3 draai- en categorisatiefase
- 2.4 onderhandelingsfase
- 2.5 besluitvormingsfase

2.1. *Openingsfase*

De mediator legt uit wat mediation is en vraagt aan de mensen of ze begrepen hebben wat de bedoeling is van het mediationtraject. De mediator stelt een vervolgpcedure voor en stelt eventueel een agenda vast voor iedere bespreking in het mediationproces.

In deze fase ondertekenen de partijen én de mediator de mediationovereenkomst⁵⁵.

⁵¹ Al, Alternatieve geschillenbeslechting. Conflictbeheersing in het openbaar bestuur, Den Haag, VNG Uitgeverij 2001 p.19

⁵² Brenninkmeijer p.105-135

⁵³ De Koning en Brouwer, Methode Overijssel: bouwen aan vertrouwen. De inzet van mediationvaardigheden en mediation door overheden, Praktijkreeks Mediation, NMI kennisreeks, 2008, p.73.

⁵⁴ Precedentwerking betekent dat een belanghebbende zich kan beroepen op een eerder genomen besluit of voorbeeld van het bestuursorgaan

⁵⁵ www.nmi.nl, artikel 1 van het NMI Mediation Reglement 2001, geraadpleegd op 26 juli 2010

2.2. Exploratiefase

In deze fase krijgen partijen de gelegenheid om hun visie op het geschil te geven en om de geschilpunten kenbaar te maken. Dit een belangrijke mediationfase waarin het conflict en de kern van het conflict worden onderzocht en ontdekt. Daarnaast brengen partijen hun onderliggende belangen, wensen, behoeften en emoties boven tafel. Door belangen en dergelijke te inventariseren blijkt vaak dat partijen ook gezamenlijke belangen hebben, bijvoorbeeld het in stand houden van een duurzame relatie. Daarnaast kan in deze fase ook blijken dat partijen in beginsel geen tegenstrijdige belangen hebben, maar dat dit door een gebrek aan communicatie niet duidelijk is geworden en het geschil door middel van een simpele onderlinge afspraak beslecht had kunnen worden.

Zo wordt op de website <http://www.erfwijzer.nl/mediation> het voorbeeld van de zussen genoemd die beiden een sinaasappel uit een nalatenschap wensten, waarna de rechter besliste dat de sinaasappel doormidden gesneden diende te worden en ieder van de zussen een helft toekende. Wanneer er beter was gecommuniceerd, waren de zussen erachter gekomen dat de ene zus alleen het sap van de sinaasappel wilde hebben en de andere zus alleen de schil. Na uitvoering van het rechtelijk vonnis kreeg geen van de partijen volledig wat werd gewenst. Wanneer de wensen van de zussen eerder waren besproken waren de wensen van beide gezusters waarschijnlijk wel uitgevoerd.

2.3 Draai- en categorisatiefase

Deze fase is een relatief korte fase in het mediationproces. Deze fase staat in het teken van bezinning, wijziging en verruiming van perspectief. De draaifase begint op het moment dat de mediator aan partijen verslag doet van de door hem in de exploratiefase gehoorde belangen en eindigt op het moment dat partijen opties gaan bedenken voor het behartigen van elkaars belangen. Dit is dan tevens het begin van de volgende fase, de onderhandelingsfase.

Het doel van deze fase is het perspectief van partijen op zichzelf, elkaar en op de totale problematiek te wijzigen, partijen in elkaars schoenen te laten staan, te helpen ontkokeren en aldus partijen in beweging te krijgen.

2.4 Onderhandelingsfase

Het is in deze fase van belang om opties te genereren die oplossingen vormen voor de problemen, waarbij tegelijkertijd de wederzijdse belangen zoveel mogelijk in acht genomen dienen te worden. De opties zullen, afhankelijk van de mate waarin ze de diverse belangen (tegengesteld, verenigbaar, gemeenschappelijk) dienen, meer of minder acceptabel zijn voor de partijen. De rol van de mediator is in deze fase belangrijk. Hij moet bevorderen dat partijen niet in hun oude onderhandelingspatroon of narratieve patroon terugvallen, maar dat ze op doelmatige wijze de kracht van de verschillende opties onderzoeken en dat ze de opties uitonderhandelen. De mediator begeleidt deze onderhandelingen. Het op gang brengen van dit proces is van groot belang, omdat het onderhandelingsveld wordt vergroot, de sfeer tussen partijen verbetert en de kans op een voor beide partijen positieve oplossing optimaal is.

2.5 Besluitvormingsfase

De mediator vat de bereikte onderhandelingsresultaten voor de laatste keer samen en overlegt over de wenselijkheid van het schriftelijke vastleggen van de door beide partijen aangedragen oplossing van het geschil in een vaststellingsovereenkomst. De mediator kan de vaststellingsovereenkomst zelf opstellen of hier een concept voor ontwerpen. Ook kunnen partijen afspreken dat zij (of hun advocaten) de vaststellingsovereenkomst zelf zullen opstellen, of dat hiervoor een derde onafhankelijke partij zoals een notaris wordt ingeschakeld. Meestal komen partijen bijeen voor een gezamenlijke ondertekening van de vaststellingsovereenkomst.

3. De afsluitingsfase

De afsluitingsfase begint als de mediator het laatste gesprek tussen partijen heeft afgesloten en eindigt als de vaststellingsovereenkomst door alle partijen is ondertekend en eventuele afsluitingsrituelen zijn afgerond.

3.5 Hoe kan mediation in de bezwaarschriftprocedure worden ingepast?

De Awb geeft in afdeling 7.2 het kader voor de afhandeling van bezwaarschriften. Veel gemeenten en provincies hebben in een verordening uitgewerkt op welke wijze bezwaarschriften worden behandeld. In de meeste gevallen maken overheden gebruik van een adviescommissie om zich te laten adviseren over de te nemen besluiten op bezwaar.

Veel gemeenten en provincies, waaronder de gemeenten Enschede, Zwolle en de provincie Overijssel hebben daarnaast alternatieve methoden gevonden om bezwaarschriften te behandelen. Vanaf 1 januari 2001 loopt bij de provincie Overijssel bijvoorbeeld een experiment dat inhoudt dat bezwaarmakers in bepaalde gevallen de gelegenheid wordt geboden te proberen via mediation een oplossing te vinden voor hun geschil met de provincie. Stemt de betrokkene met het aanbod van de provincie in, dan wordt de reguliere bezwaarschriftprocedure opgeschort en kan de mediation van start gaan.⁵⁶

Een ander voorbeeld waaruit blijkt dat alternatieve methoden in de bezwarenprocedure hun intrede hebben gedaan, is dat de Vereniging voor Nederlandse Gemeenten in 2010 de modelverordening behandeling bezwaarschriften heeft herzien. In deze verordening is een artikel opgenomen dat gaat over bemiddeling. Door deze bepaling is procedureel vastgelegd dat een bemiddelingspoging mogelijk is in het bezwaarschriftenproces.⁵⁷

⁵⁶ www.overijssel.nl, geraadpleegd op 28 oktober 2010

⁵⁷ www.modelverordeningen.nl, geraadpleegd op 28 oktober 2010

3.5.1 Hoe verloopt de behandeling van een bezwaarschrift als mediation wordt toegepast?

De behandeling van een bezwaarschrift met toepassing van mediation kent in het algemeen drie fasen. In de eerste fase wordt intern gekeken of een bezwaarzaak voor mediation in aanmerking komt en wordt, indien dat het geval is, de bezwaarmaker benaderd met het verzoek of hij wil proberen met behulp van mediation het conflict op te lossen. Bij een positieve reactie start de tweede fase, die van mediation. De mediation beslaat één of meerdere bijeenkomsten waarbij partijen (bestuursorgaan, bezwaarmaker en eventuele derden) onder leiding van de mediator overleg voeren om een oplossing te bereiken voor hun geschil. In de derde en laatste fase wordt de bereikte oplossing bezegeld door het sluiten van een vaststellingsovereenkomst.⁵⁸

In het geval dat partijen een mediation aangaan, wordt de behandeling van het bezwaar opgeschort. De Awb hoeft daarvoor op zich niet te worden gewijzigd. Artikel 7:10, vierde lid Awb laat nu al toe dat de termijn waarbinnen op het bezwaar moet zijn beslist, met instemming van de belanghebbenden wordt verlengd. Het bestuursorgaan moet dan wel zorgen voor tijdige verdaging. In de kennisgeving, als bedoeld in artikel 4:14, derde lid Awb, moet tevens worden vermeld tot welk moment de verdaging duurt. Dat zal tot het moment zijn waarop de mediation is afgerond met een vaststellingsovereenkomst en het bezwaarschrift wordt ingetrokken, dan wel wanneer partijen constateren dat mediation niet het gewenste resultaat heeft gehad.⁵⁹

3.5.2 Wanneer kan mediation worden toegepast en wat zijn de motieven om mediation toe te passen?

Volgens Brenninkmeijer zijn er twee aspecten die bepalen of een kwestie zich leent voor mediation. In de eerste plaats gaat het erom dat beide partijen bereid zijn om met elkaar aan tafel te overleggen over wat hen verdeeld houdt. In de tweede plaats is het van belang dat partijen voldoende mogelijkheden hebben om elkaar over en weer iets te bieden.⁶⁰

Uit onderzoek van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie (hierna: WODC) naar toepassing van mediation door het Juridisch Loket blijkt dat onder medewerkers van het Juridische loket en hun (potentiële) wederpartij de meest genoemde afwijzingsmotieven voor mediation zijn: het ontbreken aan onderhandelingsbereidheid, de ontkenning van het conflict, en het ontbreken aan onderhandelingsruimte.

De provincie Overijssel heeft ook een aantal criteria opgesteld voor de beoordeling of een bezwaarschrift of klacht zich leent voor mediation. Mogelijke indicaties zijn:⁶¹

- er is sprake van onderhandelingsruimte;
- partijen hebben een doorlopende relatie met elkaar;
- er bestaat een emotionele component in het conflict tussen partijen;
- partijen interpreteren de feiten verschillend (communicatieprobleem);

⁵⁸ De Graaf en Marseille, de waarde van mediation in bezwaar, de Gemeentestem, 6 september 2003, nr. 7191, p. 457

⁵⁹ Bots, Conflictoplossing via mediation: naar een meer gestructureerd gebruik van mediation in het ambtenarenrecht; mogelijkheden en enige knelpunten, Tijdschrift voor Ambtenarenrecht, Kluwer, 2006, p. 652

⁶⁰ Brenninkmeijer, p. 23

⁶¹ De Graaf, Marseille, Herweijer, Mediation in bezwaar, Evaluatie Mediationproject Provincie Overijssel, Groningen 2003, p. 111

- partijen verwachten dat een gerechtelijke procedure geen soelaas biedt en/of duurder is dan mediation;
- partijen hebben er moeite mee met onderhandelingen te beginnen;
- partijen erkennen dat er sprake is van een conflict en willen het conflict snel opgelost hebben;
- partijen willen de zaak vertrouwelijk regelen.

Mogelijke contra-indicaties zijn:

- een partij kan zichzelf niet adequaat vertegenwoordigen en heeft geen bijstand;
- een partij dreigt met een strafrechtelijke aangifte;
- partijen zijn concurrenten in een hoog geconcentreerde markt;
- de sleutelfiguren willen niet;
- precedentwerking moet worden voorkomen;
- een van de partijen vindt het geschil een principekwestie en is van mening dat een rechter over het geschil dient te beslissen, waardoor het geen zin heeft om in overleg met de andere partij te treden;
- op voorhand is duidelijk hoe het juridisch oordeel zal uitvallen;
- kennelijk niet-ontvankelijk / (on) gegrond.

Een motief voor partijen om voor mediation te kiezen is dat zij vinden dat mediation beter is voor de toekomstige relatie met de andere partij. Andere belangrijke motieven voor partijen zijn de verwachting dat mediation een betere oplossing biedt dan een juridische aanpak en dat partijen de oplossing in eigen hand kunnen houden.⁶²

3.6 Wat zijn de voor- en nadelen van mediation in de bezwaarschriftprocedure?

Als een belanghebbende het niet eens is met een besluit dat een bestuursorgaan heeft genomen, kan hij daartegen bezwaar maken. Voor een bezwaarschriftprocedure betaalt een bezwaarmaker geen griffierecht en voor een bezwaarschriftprocedure geldt geen verplichte procesvertegenwoordiging door een advocaat. Om deze redenen wordt deze procedure 'laagdrempelig' genoemd. Gebleken is dat een bezwaarmaker zich echter lang niet altijd verzet tegen een besluit vanwege de juridische inhoud van het besluit. Vaak ligt er namelijk een andere reden aan het maken van bezwaar ten grondslag. Er is veelal sprake van:

- misvattingen en verkeerde aannames (ook soms overigens bij het bestuursorgaan);
- (naar later blijkt) misverstanden;
- miskennis en
- miscommunicatie⁶³

Het kan zijn dat de werkelijke reden om bezwaar te maken buiten het juridisch kader van het besluit valt of dat er een ander conflict speelt dan die in de procedure worden voorgelegd aan de rechter⁶⁴.

⁶² WODC, Eindrapport Mediation Monitor 2005-2008, november 2009, p. 57-59

⁶³ Apol, Mediation als "voorportaal" voor de bezwaarprocedure in het bestuursrecht, www.mediation, april 2006, p.5

Een voorbeeld waaruit blijkt dat in een bezwaarschrift niet altijd de werkelijke belangen worden vermeld, wordt hierna gegeven:

Een aantal bewoners van een villawijk hebben bezwaar gemaakt tegen het besluit van burgemeester en wethouders om een bouwvergunning te verlenen voor het uitbreiden van de bedrijfshal van een transportbedrijf dat grenst aan de villawijk. Tijdens de hoorzitting van de commissie bezwaarschriften bleek dat de bewoners niet zozeer bezwaar hadden tegen de uitbreiding van het bedrijf. Zij maakten zich echter zorgen over de toename van het aantal verkeersbewegingen van vrachtwagens en vroegen zich af of de toegangsweg naar het bedrijf kon worden verplaatst naar de andere kant van het perceel. Toen bleek dat de ondernemer hiertegen geen bezwaren had, hebben de bewoners hun bezwaar ingetrokken.

Mediation is een niet-formele procedure en omdat het proces vertrouwelijk van aard is, kunnen ook niet-juridische argumenten een rol spelen bij het oplossen van een conflict. Bij mediation gaat het om het zichtbaar maken van de onderliggende oorzaak van het conflict. Bij mediation wordt dus geprobeerd het werkelijke conflict op te sporen en vervolgens op te lossen. Dit is een ander uitgangspunt dan de bezwaarschriftprocedure. Uitgangspunt van de bezwaarschriftprocedure is dat het bestreden primaire besluit volledig wordt heroverwogen. Artikel 7:11 Awb maakt dat duidelijk door heroverweging op grondslag van het bezwaar voor te schrijven. Echter, onderdelen van het bestreden besluit die geheel los staan van de aangevoerde bezwaren, dienen in beginsel buiten beschouwing te blijven. Ook als bezwaarmaker de werkelijke reden van het maken van bezwaar (vaak de niet juridische argumenten) niet aanvoert, zal het bestuursorgaan deze niet betrekken bij de beslissing op het bezwaarschrift.

In situaties waarin partijen niet bereid zijn op een constructieve wijze naar een oplossing te zoeken, zal mediation falen. Mediation impliceert immers een proces waarbij getracht wordt om de onderhandelingen met respect voor de belangen van beide partijen op 'een hoger plan' te brengen.⁶⁵ Er wordt dus gezocht naar goede oplossingen voor alle betrokken partijen, waarbij gestreefd wordt naar een "win-win-situatie". Dit is een voordeel van mediation omdat beoogd wordt het werkelijke geschil op te lossen.

Een ander voordeel van mediation bij gerezen geschillen is dat partijen zelf in belangrijke mate invloed kunnen uitoefenen bij het zoeken naar een (door beide partijen gedragen) oplossing. De onafhankelijke en onpartijdige derde – de mediator – schept de voorwaarden voor partijen zodat zij de mogelijkheden hebben om er samen uit te komen. Hierdoor zullen partijen niet alleen beter met de uitkomst van de mediation kunnen leven, maar zal de mediation wellicht ook zijn vruchten kunnen afwerpen bij eventuele toekomstige geschillen tussen partijen. De gevonden oplossing is meer dan

⁶⁴ Apol, Mediation als "voorportaal" voor de bezwaarprocedure in het bestuursrecht, www.mediation.nl, april 2006, p.5

⁶⁵ Brenninkmeijer e.a. p. 10

een compromis: doordat partijen gezamenlijk naar een oplossing zoeken zal eerder sprake zijn van een “win-win-situatie” in plaats van een “win-verlies-situatie”⁶⁶.

Ten onrechte wordt wel eens verondersteld dat een voordeel van mediation is dat het hierbij voornamelijk gaat om het herstellen van de harmonie tussen personen of om het herstellen van de relatie op zich. Het gaat echter juist om de verbetering van de communicatie en interactie tussen de deelnemers, waardoor zij, als zij dat wensen, ook beter aan harmonieuzere verhoudingen, het herstellen van hun relatie of aan andere oplossingen kunnen werken.⁶⁷

Een nadeel van mediation is dat een partij, zoals eerder gesteld, op elk moment de mediation kan beëindigen. Het uitgangspunt van mediation is immers de vrijwillige deelname; partijen kunnen niet worden gedwongen tot mediation en kunnen te allen tijde stoppen met de procedure.

Een niet-succesvolle mediation kan voorts tot tijdverlies leiden. Een bezwaarschrift wordt in de regel aangehouden hangende de mediationprocedure. Wanneer de mediation niet slaagt, begint de bezwaarschriftprocedure weer te lopen, nadat de procedure is stopgezet. Wanneer partijen niet tot mediation hadden besloten, was de bezwaarschriftprocedure niet aangehouden en zou eerder duidelijk zijn hoe het besluit op bezwaar zou luiden. Partijen beginnen zodoende min of meer opnieuw.

Een ander nadeel is het gebrek aan externe controle: wat tijdens de mediation gebeurt, ontrekt zich aan het oog van de buitenwereld en dus ook aan controle door die buitenwereld. Partijen zijn in feite overgeleverd aan elkaar en aan de mediator. De professionaliteit van de mediator moet garanderen dat er geen akkoord wordt bereikt waardoor de sterkste partij sterker wordt en de zwakste partij zwakker. Het in stand houden en versterken van maatschappelijke ongelijkheid is iets waarvoor de mediator moet waken.⁶⁸

Een geslaagde mediation eindigt veelal met een vaststellingsovereenkomst. Deze is weliswaar bindend voor de deelnemende partijen, maar niet-partijen zijn hieraan niet gebonden. Ook deze enigszins beperkte werking van de vaststellingsovereenkomst vind ik een nadeel.

3.7 Wat is de positie van een derde-belanghebbende bij mediation in de bezwaarschriftprocedure?

De mogelijkheid om beroep in te stellen bij de rechter tegen een besluit van een bestuursorgaan (en daaraan voorafgaand meestal een bezwaarschrift in te dienen), geldt op grond van artikel 8:1, eerste lid van de Awb alleen voor belanghebbenden bij het betreffende besluit. Een belanghebbende bij een besluit is degene wiens belang rechtstreeks bij het besluit is betrokken. Dit is bepaald in artikel 1:2, eerste lid van de Awb. De vraag wie belanghebbende is, is dus niet alleen van belang voor de vraag

⁶⁶ Kocken, Mediation. Middel tegen juridisering van de behandeling van bezwaarschriften?, een onderzoek in opdracht van het bureau juridische zaken van de provincie Noord-Holland, Amsterdam: UVA, 2001, p.25

⁶⁷ Brenninkmeijer e.a. p. 186

⁶⁸ www.expertisecentrum.org, website van het expertisecentrum conflictmanagement, geraadpleegd op 29 oktober 2010

wie bezwaar en beroep kan instellen, maar bijvoorbeeld ook voor de vraag wie bij de voorbereiding van een besluit in de gelegenheid moet worden gesteld om zienswijzen naar voren te brengen⁶⁹. In artikel 7:2, eerste lid van de Awb is geregeld dat voordat een bestuursorgaan op een bezwaarschrift beslist, het belanghebbenden in de gelegenheid stelt om te worden gehoord. Het tweede lid van dit artikel vervolgt dat het bestuursorgaan van het horen in ieder geval de indiener van het bezwaarschrift en de belanghebbenden die bij de voorbereiding van het besluit hun zienswijzen naar voren hebben gebracht, op de hoogte stelt.

Een belanghebbende kan op de hoogte zijn van de werking van een besluit omdat het is bekendgemaakt. Voor het bekendmaken van een besluit stelt de Awb regels. In artikel 3:41 Awb is geregeld dat de bekendmaking van besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, geschiedt door toezending of uitreiking aan hen, onder wie begrepen de aanvrager. Ook in de bekendmaking van besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, voorziet de Awb. In artikel 3:42 Awb staat dat deze bekendmaking geschiedt door kennisgeving van het besluit of van de noodzakelijke inhoud ervan in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws-, of huis-aan-huisblad, dan wel op een andere geschikte wijze. Als het besluit is bekendgemaakt, kan een belanghebbende hiervan op de hoogte zijn en kan hij overwegen een bezwaarschrift in te dienen, bijvoorbeeld omdat hij vindt dat hij is benadeeld door de werking van dit besluit.

Uit het vorenstaande concludeer ik dat op het bestuursorgaan niet de verplichting rust om mogelijke belanghebbenden actief te informeren dat bijvoorbeeld een bouwvergunning is verleend. Voldoende is dat aan de bekendmakingsvereisten van artikel 3:41 Awb is voldaan. Als een besluit op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt, moeten belanghebbenden zelf het initiatief nemen om als partij deel te nemen in de bezwaarschriftprocedure door het indienen van een bezwaarschrift tegen het besluit. Dit is m.i. anders als 'hangende' een bezwaarschriftprocedure wordt besloten tot mediation. Deze stelling licht ik in de volgende alinea toe.

Anders dan bij een besluit in de zin van de Awb, is er geen wettelijke verplichting voor het bestuursorgaan om met toepassing van 3:41 Awb of 3:42 Awb bekend te maken dat na een traject van mediation met een of meerdere partijen een vaststellingsovereenkomst is gesloten. Dit is echter opmerkelijk en kan nadelig zijn, omdat deze overeenkomst eveneens van invloed kan zijn op de belangen van derden.

Uit jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Abrs)⁷⁰ blijkt dat de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst het bestuur niet van de verplichting ontslaat om op grond van artikel 3:4 Awb bij het nemen van een besluit alle betrokken belangen mee te wegen. Ook de belangen van derden die niet bij de onderhandelingen in het kader van de bemiddeling zijn betrokken. Omdat derde-belanghebbenden niet via de weg van artikel 3:41 Awb of 3:42 Awb op de

⁶⁹ Van Buuren en Borman, Awb, T&C, p.13

⁷⁰ waaronder LJV BA 5953, 30 mei 2007

hoogte zijn van het besluit, rust mijns inziens op het bestuursorgaan de verplichting om actief de kring van belanghebbenden te bepalen en hen ook te betrekken bij de mediationprocedure.

3.8 Betekent het sluiten van een vaststellingsovereenkomst het einde van het geschil?

Wanneer partijen er via mediation in slagen hun geschil te beslechten, sluiten zij meestal een vaststellingsovereenkomst. Met het sluiten van een vaststellingsovereenkomst kan worden aangenomen dat partijen de intentie hebben het geschil te beëindigen. Dat een vaststellingsovereenkomst een einde maakt aan het geschil, betekent echter nog niet dat het einde van het geschil in formele zin al is ontstaan. Om dat te bereiken kan het nodig zijn dat nadere bestuursbesluiten worden genomen of anderszins juridische of feitelijke handelingen worden verricht. De vraag is wat er moet gebeuren om het geschil ook in formeel juridische zin tot een einde te brengen.

Naar mijn mening zijn hiervoor twee mogelijkheden, waaraan wel complicaties kleven:

1. bezwaarmaker trekt het ingediende bezwaar in;
2. het bevoegde bestuursorgaan kan met toepassing van artikel 6:18 Awb juncto artikel 6:19 Awb een nieuw besluit nemen.

1. Bezwaarmaker trekt zijn bezwaar in.

In artikel 6:21, eerste lid Awb is bepaald dat het bezwaarschrift schriftelijk kan worden ingetrokken. Partijen kunnen in de vaststellingsovereenkomst opnemen dat de bezwaarmaker zich ertoe verplicht het bezwaarschrift in te trekken. Dit betekent dat op het moment dat de bezwaarmaker zijn bezwaar schriftelijk intrekt, het bestreden besluit formele rechtskracht verkrijgt.

Omdat het bestreden besluit vaak juist de reden van het geschil is, zal een bezwaarmaker zijn bezwaar niet intrekken zonder een 'tegemoetkoming' van de kant van het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen. In de vaststellingsovereenkomst zal daarom vaak zijn afgesproken dat het bestuursorgaan een gewijzigd besluit neemt conform hetgeen is vastgelegd in de vaststellingsovereenkomst. Vanuit het oogpunt van bezwaarmaker is het daarom raadzaam om te wachten met het intrekken van het bezwaar totdat het bestuursorgaan het gewenste gewijzigde besluit heeft genomen en dit besluit formele rechtskracht heeft gekregen, omdat derde-belanghebbenden opnieuw de mogelijkheid hebben om rechtsmiddelen aan te wenden tegen het op de vaststellingsovereenkomst gebaseerde gewijzigde besluit.

Om te voorkomen dat derde-belanghebbenden rechtsmiddelen aanwenden tegen het besluit dat voortvloeit uit de vaststellingsovereenkomst, is het verstandig om, voordat een vaststellingsovereenkomst wordt gesloten, alle mogelijke belanghebbenden te inventariseren, hun belangen te raadplegen en deze belangen en standpunten bij de overeenkomst te betrekken. Vervolgens ondertekenen alle belanghebbenden de vaststellingsovereenkomst. Dit heeft tot gevolg dat het geschil tussen partijen sneller ten einde is. Immers het indienen van beroep is onwaarschijnlijk omdat alle belanghebbenden de vaststellingsovereenkomst hebben ondertekend.

2. Het bevoegde bestuursorgaan kan met toepassing van artikel 6:18 Awb juncto artikel 6:19 Awb een nieuw besluit nemen

De artikelen 6:18 Awb en 6:19 Awb geven enkele regels voor het nemen van een nieuw besluit, terwijl er een bezwaar- of beroepsprocedure aanhangig is. De regeling strekt ertoe het bestuursorgaan de vrijheid te verlenen tot intrekking of wijziging van een besluit, waarbij daarnaast de rechtsbescherming wordt gewaarborgd. De wetgever heeft enerzijds willen voorkomen dat het besturen als gevolg van een ingesteld bezwaar (of beroep) stil zou komen te liggen en anderzijds dat de belanghebbende die de procedure doorloopt, steeds gedwongen zou zijn opnieuw bezwaar te maken of beroep in te dienen tegen nadere gevolgbesluiten.⁷¹ Dit laatste wordt geregeld in artikel 6:19 lid 1 Awb, doordat het aanhangige bezwaar mede geacht wordt te zijn gericht tegen het nieuwe besluit, tenzij dat besluit aan het bezwaar of beroep geheel tegemoet komt. De reden hiervoor is dat de bezwaarmaker immers al kenbaar heeft gemaakt bezwaar te hebben tegen een eerder aan het nieuwe besluit gerelateerde besluit.

Het bestuursorgaan kan dus tijdens een bezwaarschriftprocedure een nieuw besluit nemen, zonder dat de bezwaarmaker opnieuw bezwaar tegen het nieuwe besluit hoeft te maken.

Positie bezwaarmaker

Een wijzigingsbesluit dat met toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb na een succesvolle mediation wordt genomen, vloeit voort uit hetgeen is overeengekomen in de vaststellingsovereenkomst. Wanneer het wijzigingsbesluit overeenkomt met wat is afgesproken in de vaststellingsovereenkomst, kan worden aangenomen dat tegemoetgekomen wordt aan de bezwaren.⁷² De bezwaarmaker kan in een dergelijk geval zijn bezwaar intrekken omdat hij geen reden meer heeft om een beroepschrift in te dienen wegens het ontbreken van procesbelang, omdat er nu tegemoet is gekomen aan zijn bezwaar.

Positie derde-belanghebbende

Wederom is de aanwezigheid van mogelijke andere belanghebbenden een reden dat het geschil formeel nog niet is beëindigd na het nemen van een gewijzigd besluit dat tegemoet komt aan het bezwaar, of dat de goedkeuring van de bezwaarmaker heeft. Een wijzigingsbesluit is een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid Awb waartegen ook weer rechtsmiddelen openstaan voor derde-belanghebbenden. Belanghebbenden die niet waren betrokken bij de vaststellingsovereenkomst kunnen beroep bij de administratieve rechter instellen tegen het wijzigingsbesluit, mits zij, volgens artikel 6:13 Awb, ook een bezwaarschrift hebben ingediend tegen het primaire besluit.

⁷¹ Jacobs, Awb, T&C p.299

⁷² zie hiervoor ook Rechtbank Arnhem 24 juni 1999, LJN AA4705, zaaknr. 97/2741

Rechtsmiddelen ondertekenaars vaststellingsovereenkomst tegen het wijzigingsbesluit

De vraag is wat de positie van de bezwaarmaker en van andere belanghebbenden is bij het wijzigingsbesluit als zij allen hiervoor een vaststellingsovereenkomst hebben ondertekend. Kunnen zij nog rechtsmiddelen aanwenden tegen het wijzigingsbesluit?

Naar mijn mening zal een rechter de bezwaarmaker en alle andere belanghebbenden die als partij hebben deelgenomen aan de mediation en de vaststellingsovereenkomst hebben getekend, wanneer zij bij de administratieve rechter ageren tegen een wijzigingsbesluit, niet-ontvankelijk dienen te verklaren omdat het procesbelang ontbreekt. Deze belanghebbenden hebben immers de vaststellingsovereenkomst getekend en geven hiermee aan dat ze akkoord zijn met wat is opgenomen in de vaststellingsovereenkomst. Het is naar mijn mening niet consistent om toe te laten dat een belanghebbende die de vaststellingsovereenkomst heeft ondertekend (waarmee expliciet wordt verklaard dat wat is afgesproken in overeenstemming is met de betreffende wensen, en tevens wordt aangegeven dat hiermee zijn bezwaren van tafel zijn) in beroep bij de administratieve rechter de oorspronkelijke grieven alsnog tegen het wijzigingsbesluit kan aandragen. De rechtbank Arnhem redeneerde eerder in dezelfde lijn: *“ten aanzien van het besluit van 25 februari 1999 (het wijzigingsbesluit) zoals aangevuld op 15 maart 1999, stelt de rechtbank vast dat dit een neerlegging is van een tussen eisers en verweerder gesloten compromis, waarmee eisers zich kunnen verenigen, zodat hiermee aan het belang van eisers geheel is tegemoet gekomen. De rechtbank ziet mitsdien geen grond artikel 6:19, eerste lid Awb toe te passen.”*⁷³

De Graaf is van mening dat het sluiten van een overeenkomst, een schikking, het procesbelang doet vervallen. Hij vindt de situatie vergelijkbaar met die waarin een nieuw *besluit* geacht wordt volledig tegemoet te komen aan de bezwaren van de belanghebbende⁷⁴.

Belanghebbenden die niet betrokken zijn geweest bij de vaststellingsovereenkomst

Belanghebbenden die niet betrokken zijn geweest bij de vaststellingsovereenkomst of die hebben aangegeven dat hetgeen in de vaststellingsovereenkomst is opgenomen niet overeenkomt met wat hun wensen zijn, kunnen mijns inziens wel een ontvankelijk beroep tegen het gewijzigde besluit indienen, omdat zij niet expliciet hebben aangegeven in te stemmen met het gewijzigde besluit. Dit standpunt wordt bevestigd in de uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch.⁷⁵

De rechtbank oordeelde dat het UWV een vaststellingsovereenkomst die is gesloten in het kader van mediation niet kan tegenwerpen aan een derde, in die zin dat die derde gebonden zou zijn aan de besluitvorming zoals deze voortvloeit uit de slechts tussen partijen bij mediation gesloten overeenkomst, waarbij die derde geen partij is geweest. Het UWV mocht dan ook niet volstaan met de verwijzing naar de vaststellingsovereenkomst.

Een andersluidend oordeel zou betekenen dat door een slechts tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst het aan derden toekomende recht van bezwaar en beroep illusoir zou worden, zodat aan hen geen enkele rechtsbescherming meer toekomt. Een dergelijke consequentie

⁷³ Rechtbank Arnhem 24 juni 1999, LJN AA4705, zaaknr. 97/2741

⁷⁴ De Graaf, p. 181

⁷⁵ Rechtbank 's-Hertogenbosch, 3 april 2008 LJN:BC9943, zaaknr. AWB 07/1956

verdraagt zich naar het oordeel van de rechtbank niet met het wettelijke stelsel ten aanzien van aan te wenden rechtsmiddelen van de Awb. Dit stelsel mag niet worden doorkruist bij privaatrechtelijke overeenkomst, waarbij deze derden geen partij waren.

Het wijzigingsbesluit komt gedeeltelijk tegemoet aan de bezwaren

Een andere mogelijkheid is dat partijen een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten die slechts deels overeenkomt met de wensen van partijen. Het wijzigingsbesluit, dat wordt genomen na de vaststellingsovereenkomst, komt in dat geval niet volledig tegemoet aan de bezwaren. Tegen die punten in het wijzigingsbesluit waarover overeenstemming is bereikt, kunnen mijns inziens belanghebbenden geen rechtsmiddelen aanwenden. Over de resterende geschilpunten kan dat naar mijn mening wel, omdat daarover niet kenbaar is gemaakt dat over deze geschilpunten een akkoord is bereikt. Een beroep tegen een wijzigingsbesluit is daarom alleen ontvankelijk waar het gaat om de geschilpunten waarover geen overeenstemming is.

3.9 Conclusie

Mediation is naar mijn mening een instrument dat in de bezwaarschriftprocedure goed kan worden toegepast omdat hierbij de communicatie en interactie tussen het bestuursorgaan en betrokkenen kan worden verbeterd. Daarnaast werkt het oplossingsgericht. Dit zijn naar mijn mening de voordelen die in de bezwaarschriftprocedure het belangrijkste zijn omdat overheid en burger van elkaar afhankelijk zijn en in de toekomst ook samen verder moeten.

Wanneer mediation in de bezwaarschriftprocedure wordt toegepast, is er echter wel een aantal juridische beperkingen waarmee bij de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst en in de vaststellingsovereenkomst rekening moet worden gehouden. Deze factoren bespreek ik in hoofdstuk 4 van deze scriptie.

Dat een vaststellingsovereenkomst een einde maakt aan het geschil, betekent echter nog niet dat het einde van het geschil in formele zin al is ontstaan. Om dat te bereiken kan het nodig zijn dat nadere besluiten worden genomen of anderszins handelingen worden verricht. Een bezwaarmaker kan zijn bezwaar intrekken of het bestuursorgaan kan met toepassing van de artikelen 6:18 Awb en 6:19 Awb een gewijzigd besluit nemen. Tegen het gewijzigde besluit kunnen belanghebbenden wederom rechtsmiddelen aanwenden. Wanneer belanghebbenden beroep instellen tegen het gewijzigde besluit is het geschil formeel nog niet ten einde gebracht. Het is daarom raadzaam om bij mediation te inventariseren of er nog andere belanghebbenden zijn bij het geschil en deze te betrekken bij de mediation. Het doel hiervan is het creëren van een breed draagvlak voor de oplossing van het geschil. Daarnaast zijn deze belanghebbenden naar mijn mening niet-ontvankelijk wanneer zij tegen het wijzigingsbesluit ageren bij de administratieve rechter wanneer het resultaat van de mediation is vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst en zij deze overeenkomst mede hebben ondertekend. Zij hebben immers kenbaar gemaakt in te stemmen met het compromis. Hiermee geven zij, volgens de genoemde jurisprudentie, aan in te stemmen een eventueel nieuw besluit.

Hoofdstuk 4

Wat zijn de grenzen bij het toepassen van mediation in de bezwaarschriftprocedure?

4.1 Inleiding

In de inleiding heb ik beschreven dat mediation als conflictbeslechting in het bestuursrecht wordt gestimuleerd. De reden hiervoor is dat wanneer een geschil door mediation wordt beslecht, dit de mogelijkheid biedt om een geschil definitief binnen een redelijk korte termijn en zonder veel kosten te beëindigen. Het kan de besluitvorming versnellen zonder dat er juridische procedures, die voor langdurige vertraging kunnen zorgen, aan zijn verbonden. Voor bestuursrechtelijke geschillen is er dus een aantal redenen te noemen om via mediation een geschil op te lossen. Maar mag een bestuursorgaan wel mediation toepassen en als blijkt dat dit mag, met welke juridische aspecten moeten contractpartijen dan rekening houden? In dit hoofdstuk geef ik antwoord op deze vragen.

Om het verschil duidelijk te maken tussen mediation in het privaatrecht en mediation in het bestuursrecht, is het wenselijk om inzichtelijk te maken wat de karakteristieken zijn van deze rechtsgebieden. Daarna geef ik antwoord op de vraag of mediation in het bestuursrecht wel is toegestaan en zo ja, met welke juridische grenzen een bestuursorgaan en diens contractpartij(en) rekening moeten houden wanneer in plaats van de bezwaarschriftprocedure mediation wordt toegepast.

Deze juridische grenzen van het toepassen van mediation in de bezwaarschriftprocedure bespreek ik aan de hand van het legaliteitsbeginsel en het specialiteitsbeginsel. Daarnaast bespreek ik of, en zo ja, aan welke algemene beginselen van behoorlijk bestuur een bestuursorgaan zich dient te houden bij de mediation en op welke wijze dit dient te geschieden. In paragraaf 4.5 wordt besproken wat de invloed van de Wet openbaarheid van bestuur op mediation in het bestuursrecht is. In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk wordt besproken of en zo ja in hoeverre de mogelijkheden van mediation verschillen bij een beschikking met beleidsvrijheid voor het bestuursorgaan of bij een gebonden beschikking.

4.2 Wat zijn de verschillen tussen mediation in het bestuursrecht en in het privaatrecht

Om de verschillen tussen mediation in het privaatrecht en mediation in het bestuursrecht aan te tonen, bespreek ik eerst het verschil in de beide rechtsgebieden. Vervolgens bespreek ik of mediation in de bezwaarschriftenprocedure is toegestaan en zo ja op welke gronden.

4.2.1 Bestuursrecht

Het bestuursrecht is het recht dat het handelen van het openbaar bestuur beheerst, waarbij aan het bestuur bijzondere bevoegdheden zijn toegekend waardoor het over een duidelijke machtspositie beschikt⁷⁶. De overheid stelt zelf de regels voor de verhouding tussen haar en haar burgers vast. De bestuursorganen die deze regels uitvoeren beschikken veelvuldig over de bevoegdheid eenzijdig de rechtspositie van een burger te wijzigen. Eenzijdige rechtshandelingen zoals beleidsregels, plannen

⁷⁶ Scheltema, p. 4

en beschikkingen zijn dan ook nadrukkelijk aanwezig in het bestuursrecht. De in de vorige zin genoemde voorbeelden zijn verschijningsvormen van het besluitbegrip dat in het bestuursrecht een centrale rol inneemt. Aan een bestuursorgaan is een wettelijke bevoegdheid toegekend een besluit te nemen. Omdat een burger geen wettelijke bevoegdheid heeft om een besluit in bestuursrechtelijke zin te nemen, is er een duidelijk onderscheid in de positie van een bestuursorgaan en een burger. Daarnaast is het ook nog zo dat een burger zich niet kan onttrekken aan wat een bestuursorgaan besluit.

Het materiële bestuursrecht lijkt niet goed afgestemd te zijn op het bereiken van een schikking tussen een bestuursorgaan en een burger. Volgens de Graaf verzetten belangrijke karakteristieken van het bestuursrecht zich daar namelijk tegen. Hierbij kan worden gedacht aan de bijzondere positie van het bestuur dat eenzijdig publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefent en daarbij het algemeen belang behartigt en wellicht ingrijpt in het belang van (derde) belanghebbenden⁷⁷. Een bestuursorgaan kan de overeenkomst aangaan binnen de grenzen van het geschreven en ongeschreven recht. Het materiële bestuursrecht is dwingend van aard, waardoor de contractvrijheid van het bestuursorgaan in beginsel wordt bepaald door de discretionaire ruimte van het bestuursorgaan bij het uitoefenen van de publiekrechtelijke bevoegdheid⁷⁸.

In artikel 2.1 van de Wet Algemene Bepalingen Omgevingsrecht (hierna: Wabo) staat bijvoorbeeld dat het verboden is zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit het bouwen van een bouwwerk. Wanneer in de vaststellingsovereenkomst is overeengekomen dat burgemeester en wethouders verplicht zijn een bouwvergunning te verlenen, wordt er een rechtsbetrekking tussen twee partijen in het leven geroepen. Ik ben van mening dat dit niet is toegestaan omdat het college van burgemeester en wethouders uitsluitend op grond van de Wabo de bevoegdheid is toegekend om bouwvergunning te verlenen. Voor inmenging door een andere partij is nu juist door de wetgever geen ruimte overgelaten. Hiermee geef ik aan dat het sluiten van een vaststellingsovereenkomst strijd op kan leveren met een publiekrechtelijke regeling die een dwingend rechtelijk karakter heeft.

Van Wijk en Konijnenbelt merken op dat de vraag of het rechtens überhaupt acceptabel is dat een bestuursorgaan contracteert over de wijze waarop het van een of meer bestuursbevoegdheden gebruik zal maken, eigenlijk geen vraag is. Zij zijn van mening dat het alleen maar bevorderlijk is voor de rechtszekerheid als het bestuur het te voeren beleid formaliseert in een overeenkomst. Voor zover het bestuur beslissingsvrijheid heeft, is het vrij zijn 'beleid' zelf te bepalen en ook om te beslissen of het zich in dat verband door middel van een overeenkomst wil binden. Bij een volstrekt gebonden bevoegdheid is, naar hun oordeel, een overeenkomst eigenlijk ondenkbaar.⁷⁹ Immers omdat bij een gebonden besluit de bevoegdheid ontbreekt om te beslissen over de vraag een bevoegdheid toe te passen en zo ja, hoe?

⁷⁷ K.J. de Graaf, Schikken in het bestuursrecht, een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden en consequenties van schikken in bestuursrechtelijke procedures, Boom juridische uitgevers, 2004, p.8

⁷⁸ De Graaf, p. 68

⁷⁹ VVK, p.254

4.2.2 Privaatrecht

Het privaatrecht is gebaseerd op heel andere uitgangspunten. Het wordt gekenmerkt door een grote mate van vrijheid. In het privaatrecht gaat het niet om rechtsverhoudingen met een ongelijke verhouding. Het privaatrecht regelt de verhouding van partijen onderling, waarbij de gelijkheid van partijen in een wederkerige rechtsverhouding het uitgangspunt is⁸⁰.

Het privaatrecht kent overigens ook verhoudingen waarin de ene partij structureel over een sterkere positie beschikt dan de andere. In deelgebieden van het privaatrecht, zoals in het arbeidsrecht, huurrecht of het consumentenrecht, wordt met die verschillen ook rekening gehouden. Maar het uitgangspunt bij algemene leerstukken van het privaatrecht is toch de gedachte dat het gaat om rechtsbetrekkingen tussen in beginsel gelijkwaardige partijen. De overeenkomst als tweezijdige rechtshandeling speelt in het privaatrecht een uiterst belangrijke rol⁸¹. Het privaatrecht is niet nodig als basis voor het bestaan van de bevoegdheid tot het verrichten van concrete rechtshandelingen; die bevoegdheid ligt besloten in het zijn van (natuurlijk) persoon.⁸² Ook verder laat het privaatrecht veel ruimte tot het in leven roepen van zelf gewilde rechtsgevolgen.⁸³ Bij mediation over private belangen zijn deze uitgangspunten dus aan de orde.

4.3 Mag een bestuursorgaan een vaststellingsovereenkomst afsluiten en zo ja op grond waarvan?

Bij privaatrechtelijke overeenkomsten waarbij het bestuur contractspartij is, wordt onderscheid gemaakt tussen twee uitersten van een glijdende schaal: de zogenoemde 'potlodenovereenkomsten' en overeenkomsten waarmee meer een specifiek 'algemeen belang' wordt behartigd.⁸⁴

Dit verschil is van belang voor de mate waarin publiekrechtelijke normen doorwerken. Bij de 'potlodenovereenkomsten' gaat het om contracten die burgers onderling ook sluiten, zoals over de aankoop van een nieuw softwarepakket, of kantoormeubilair. Bij het andere type overeenkomst beoogt het bestuur een specifiek algemeen belang te dienen. Bijvoorbeeld in een vaststellingsovereenkomst naar aanleiding van een bezwaar tegen een verleende bouwvergunning wordt overeengekomen dat het gemeentebestuur een gewijzigde bouwvergunning verleent onder voorwaarde dat de wederpartij grond verkoopt aan de gemeente. In titel 7.15 BW en artikel 7:900 BW is een regeling opgenomen over een vaststellingsovereenkomst.

In het privaatrecht geldt dat partijen in beginsel vrij zijn om te handelen. De vraag die nu voorligt, is of het bestuur ook vrij is een (privaatrechtelijke) vaststellingsovereenkomst te sluiten om publieke doelen na te streven. Deze vraag komt pas aan de orde als vaststaat dat de overheid aan het privaatrechtelijk verkeer kan deelnemen. Het antwoord hierop is bevestigend. Uit artikel 2:1 BW in combinatie met 2:5 BW kan worden afgeleid dat overheidslichamen kunnen deelnemen aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer. Dat staat buiten kijf voor handelingen waarbij de overheid niet of nauwelijks een

⁸⁰ Pitlo, Gerver, Het systeem van het Nederlandse privaatrecht, Deventer 1995, p.7

⁸¹ Scheltema, p. 5

⁸² Art.1, lid 1 Grondwet, art. 3:32 BW

⁸³ Art.3:13 BW, 3:40 BW

⁸⁴ Tolsma, p. 71

bijzondere positie inneemt, zoals bij de 'potlodenovereenkomst'. Op deze overeenkomst zijn in ieder geval de rechtsnormen van het burgerlijk recht van toepassing. Echter het huidige BW en de Awb bevatten kruisverwijzingen in schakelbepalingen. Zo luidt artikel 3:14 BW dat 'een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van het publiekrecht'. Voor overheidsinstanties betekent dit artikel dat zij zich bij het gebruik van maken van privaatrechtelijke rechtsnormen hebben te houden aan de normen van de Awb én aan de ongeschreven a.b.b.b's.

De genoemde schakelbepaling in de Awb is artikel 3:1, tweede lid Awb. Hierin is, samengevat, bepaald dat 'op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten' het grootste deel van hoofdstuk 3 van de Awb van toepassing is, dus ook op privaatrechtelijke rechtshandelingen.

Nu vaststaat dat overheidsinstanties, onder bovengenoemde voorwaarden, gebruik mogen maken van het privaatrecht om private doelen na te streven, beantwoord ik hieronder de, voor deze scriptie veel belangrijkere vraag, of en op grond waarvan zij ook een vaststellingsovereenkomst mag sluiten om publieke doelen na te streven. Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van de in de jurisprudentie ontwikkelde 'doorkruisingsleer'. De kernoverweging van de Hoge Raad in het (in paragraaf 4.4.2 nader te bespreken) Windmill-arrest maakt duidelijk of het gebruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid door de overheid in plaats van of naast een publiekrechtelijke bevoegdheid is toegestaan. Deze overweging luidt:

"het gaat hier om de vraag of de overheid, in geval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken *van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden*"

Op deze zin volgt de doorkruisingsleer aan de hand waarvan in concrete gevallen moet worden beoordeeld of privaatrechtelijk optreden ter behartiging van de publieke taak inderdaad mogelijk is. Als dat niet het geval is, dan is dat omdat een specifieke wettelijke bepaling of regeling zich er kennelijk tegen verzet, dat in concreet geval gebruik wordt gemaakt van de algemene bevoegdheid tot privaatrechtelijk optreden op grond van artikel 2:5 BW in combinatie met artikel 2:1 BW.

4.4 In hoeverre vormen het legaliteitsbeginsel en het specialiteitsbeginsel een beletsel voor het toepassen van mediation in de bezwaarschriftprocedure?

4.4.1 De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel

Een bestuursorgaan heeft een bijzondere positie en beschikt te allen tijde, ook tijdens een mediationprocedure, over een duidelijke machtspositie. De overheid stelt zelf de verhouding tussen haar en haar burgers vast, en de bestuursorganen die deze regels uitvoeren, beschikken veelvuldig over de bevoegdheid eenzijdig de rechtspositie van een burger te wijzigen. Een burger kan zich niet onttrekken aan wat de overheid besluit.⁸⁵

⁸⁵ Scheltema, p4

Het legaliteitsbeginsel heeft betrekking op alle bevoegdheden van bestuursorganen die inbreuk kunnen maken op vrijheid van eigendom van bestuurden, van burgers.⁸⁶ Deze machtspositie wordt onder andere ingeperkt door het legaliteitsbeginsel. Op grond van het legaliteitsbeginsel mag een bestuursorgaan geen verplichtingen opleggen zonder wettelijke grondslag.⁸⁷ Een bestuursorgaan als het college van burgemeester en wethouders mag dus niet ‘zomaar’ besluiten om bestuursdwang toe te passen wanneer iemand bijvoorbeeld de Wabo overtreedt. Hiervoor is op grond van het legaliteitsbeginsel een wettelijke grondslag benodigd. Bijvoorbeeld, wanneer zonder bouwvergunning een woning is gebouwd, is er sprake van een overtreding van de Wabo. Als het college handhavend wenst op te treden, moet er ten eerste dus sprake zijn van een overtreding. Daarnaast ontleent het college van burgemeester en wethouders de bevoegdheid om een last onder bestuursdwang op te leggen aan artikel 125 van de Gemeentewet.

Artikel 125 Gemeentewet luidt als volgt:

- 1. Het gemeentebestuur is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang.*
- 2. De bevoegdheid tot oplegging van een last onder bestuursdwang wordt uitgeoefend door het college, indien de last dient tot handhaving*

In de literatuur spitst de discussie zich toe op de vraag in hoeverre ook voor presterend of begunstigend overheidsoptreden een wettelijke basis is vereist.

Volgens Van der Vlies zou het legaliteitsbeginsel zodanig geïnterpreteerd moeten worden dat het bestuur geen ingrijpende besluiten mag nemen, maar slechts ingrijpende besluiten van de wetgever mag uitvoeren. De wetgever is bevoegd om ingrijpende besluiten te nemen en die bevoegdheid is daartoe tevens beperkt⁸⁸. Dit ingrijpendheids criterium is door Van der Vlies mede gebaseerd op het zogenaamde Fluorideringsarrest⁸⁹. In dit arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat fluoridering van drinkwater zo'n ingrijpende maatregel is dat daarvoor een wettelijke basis behoort te zijn.

Schlössels is voor een ruime uitleg van het legaliteitsbeginsel in die zin dat ook bij begunstigend bestuurshandelen een wettelijke grondslag is vereist. Volgens Schlössels dient een eenzijdige rechtsvorming door het bestuur, voor zover deze van invloed is op de rechtspositie van burgers, te berusten op een wettelijke grondslag, ongeacht of er sprake is van “Eingriffs- of Leistungsverwaltung”⁹⁰. Het standpunt van Schlössels is gebaseerd op de ratio van het legaliteitsbeginsel dat mede zijn basis vindt in de scheiding van statelijke machten, waarbij het bestuur

⁸⁶ VWK, p.36

⁸⁷ Scheltema, p. 19

⁸⁸ Van der Vlies, Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving. De veranderingen van het legaliteitsbeginsel in de twintigste eeuw, dissertatie universiteit van Amsterdam, Den Haag, p. 107-108)

⁸⁹ HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386)

⁹⁰ Met Eingriffsverwaltung wordt bedoeld het bestuurshandelen waarbij vrijheid van eigendom van burgers wordt beperkt. Met Leistungsverwaltung wordt het bestuurshandelen aangeduid waarbij de vrijheid van de burger wordt vergroot door het toekennen van geld of feitelijke voorzieningen

als uitvoerende macht gescheiden is van de democratisch gelegitimeerde wetgever. Alle eenzijdige rechtsvorming dient volgens Schlössels daarom te berusten op een democratische grondslag.⁹¹

Van Ommeren stelt dat het legaliteitsbeginsel betekent dat voor verplichtingen die de overheid oplegt, in ieder geval een wettelijke grondslag is vereist. Onder verplichtingen verstaat hij eenzijdig bindende bepalingen. De opvatting van Van Ommeren leidt tot een belangrijke beperking van het vereiste van een wettelijke grondslag. Een wettelijke grondslag is volgens hem niet vereist als geen sprake is van eenzijdig overheidshandelen.⁹²

4.4.2 De grenzen van het legaliteitsbeginsel aan mediation: doorkruisingsleer

Het gebruik door het bestuur van de in beginsel krachtens het privaatrecht toegekende bevoegdheden is niet vrij. Het gebruik mag het publiekrecht niet op onaanvaardbare wijze doorkruisen. Bij de beantwoording van de vraag of er hiervan sprake is, vormt het zogenaamde Windmill-arrest van de Hoge Raad een richtlijn, in welk arrest de doorkruisingsleer nader wordt uitgewerkt.⁹³

De kern van dit arrest is de vraag of de overheid, ingeval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden, zoals de bevoegdheid naar burgerlijk recht overeenkomsten te sluiten. Wanneer de betrokken publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, is voor de beantwoording van deze vraag beslissend of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling niet op onaanvaardbare wijze doorkruist.

Ter beoordeling van het feit of er sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht door het privaatrecht, dient er te worden gelet op:

- de inhoud en de strekking van de (publiekrechtelijke) regeling;
- de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van
- burgers zijn beschermd (hierbij wordt gekeken naar geschreven en ongeschreven regels);
- het antwoord op de vraag of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid.

Na voornoemd arrest zijn door de Hoge Raad nog andere arresten op dit punt geweest.

Relevante arresten die betrekking hebben op het gebruik van het burgerlijk recht in relatie tot het legaliteitsbeginsel worden hieronder besproken.

⁹¹ Schlössels, 'Het specialiteitsbeginsel: over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid Sdu Uitgevers, 1998, p. 112-113

⁹² van Ommeren, De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële rechtsbegrip, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, p. 397

⁹³ HR 26 januari 1990, AB 1990, 408 (Staat-Windmill)

Staat-Lenger⁹⁴

In dit arrest heeft de Hoge Raad de vordering van de Staat jegens Lenger tot vergoeding van renteschade in verband met te laat betaalde belasting op grond van de aan het privaatrecht ontleende bevoegdheid tot vordering tot vergoeding van schade door een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) met een beroep op het legaliteitsbeginsel afgewezen. De Hoge Raad heeft in deze zaak niet de tweewegenleer hoeven toe te passen, maar kon volstaan met een beroep op het legaliteitsbeginsel: de Algemene wet inzake rijksbelastingen bood geen grondslag voor de vordering van rente. Omdat artikel 104 van de Grondwet bepaalt dat belastingen van het Rijk worden geheven uit kracht van een wet, was er in casu geen publiekrechtelijke grond om de vordering tot vergoeding van de rente in te stellen. Volgens de Hoge Raad bracht dit mee dat die rente ook niet kon worden gevorderd langs de privaatrechtelijke weg, door een beroep op een vordering op grond van een onrechtmatige daad, dat in het Burgerlijk Wetboek is opgenomen.

Het legaliteitsbeginsel stond in het onderhavige geval in de weg aan toepassing van het gebruik van een civielrechtelijke bevoegdheid.

Over het gebruik van een privaatrechtelijke overeenkomst wanneer het bestuur over een publiekrechtelijke bevoegdheid beschikt, neemt de Hoge Raad in het Kunst- en Antiekstudio Lelystad-arrest een ruimer standpunt in.

Kunst- en antiekstudio⁹⁵

In cassatie werd aangevoerd dat een gemeente niet in een overeenkomst tot gronduitgifte voorwaarden mag opnemen die ertoe strekken het gebruik van de uitgegeven grond te reguleren. Dit zou volgens de insteller van het hoger beroep met name het geval zijn wanneer die voorwaarden het gebruik van de grond beperken of zelfs verbieden, wanneer dit volgens het vigerende bestemmingsplan geoorloofd is. Op grond van de hiervoor besproken Windmill-criteria moet eerst worden onderzocht of de (toenmalige) Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) voorziet in het antwoord op de vraag in hoeverre het gemeenten vrijstaat om de belangen ter behartiging van haar in de WRO genoemde bevoegdheden over gronduitgifte in een overeenkomst op te nemen. De WRO die destijds van toepassing was, bevatte geen uitdrukkelijke beantwoording van deze vraag. De toenmalige WRO stond echter ook niet in de weg aan het opnemen van voorwaarden over grondgebruik in overeenkomsten, ook niet als door of krachtens de voorwaarden in bepaalde gevallen gebruik van de grond werd beperkt of verboden wat volgens het bestemmingsplan wel geoorloofd is. Een andere aanvullende overweging die de Hoge Raad aan dit vonnis ten grondslag legde, was dat wanneer de overeenkomst tot gronduitgifte ontoelaatbaar zou worden geacht, er een algemeen gebruikelijke, reeds tientallen jaren bestaande gemeentelijke praktijk opeens door de rechter als ontoelaatbaar zou worden bestempeld, hetgeen met het oog op de rechtszekerheid over de stand van

⁹⁴ HR 08-05-1998, NJ 1998, 890

⁹⁵ HR 08-07-1991NJ 1991, 691

het onroerend goed uitermate bezwaarlijk zou zijn. Volgens de Hoge Raad zou dit ook meer een zaak voor de wetgever zijn, die dan tevens een regeling van overgangsrecht zou kunnen geven.⁹⁶

In het algemeen kan geconcludeerd worden dat de overheid gebruik kan maken van privaatrechtelijke bevoegdheden, zoals zij die heeft op grond van haar eigendomsrechten, of tot het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst daaromtrent: er bestaat met betrekking tot deze onderwerpen geen principiële (legaliteits)bezwaar tegen het hanteren van het middel van de privaatrechtelijke overeenkomst door de overheid.⁹⁷

4.5 Is de doorkruisingsleer ook van toepassing op een vaststellingsovereenkomst en de bevoegdhedenovereenkomst?

Bij een succesvolle mediation wordt er veelal een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW gesloten. In deze subparagraaf ga ik in op de vraag of de hiervoor in paragraaf 4.2.2 besproken doorkruisingsleer eveneens van toepassing is op de vaststellingsovereenkomst en op een hierna te bespreken bevoegdhedenovereenkomst.

4.5.1 Welke vormen van overeenkomsten zijn te onderscheiden

Uitgangspunt bij een vaststellingsovereenkomst is dat deze privaatrechtelijk van aard is (zie paragraaf 3.5). Afhankelijk van de aard van de uit te oefenen bevoegdheid zoals hierboven beschreven kan een overeenkomst met een overheidsinstantie als contractpartner, waarbij wordt beoogd een geschil te beslechten, als volgt worden onderscheiden.

1. een (zuiver, privaatrechtelijke) vaststellingsovereenkomst. Hiervan is sprake wanneer er een afspraak wordt gemaakt over bevoegdheden die op grond van het privaatrecht aan een publiekrechtelijk rechtspersoon worden toegekend. Een voorbeeld hiervan is wanneer een gemeente en een softwareleverancier besluiten om door middel van mediation een complex ICT-geschil te beslechten. Deze overeenkomst beoogt enkel privaatrechtelijke rechtsgevolgen.
2. een bevoegdhedenovereenkomst. Bij een publiekrechtelijke bevoegdhedenovereenkomst worden tussen een bestuursorgaan en een andere partij afspraken gemaakt over de wijze waarop een bestuursorgaan van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid gebruik zal maken.
3. een gemengde overeenkomst. Hiervan is sprake wanneer een bestuursorgaan zowel haar op grond van het publiekrecht als het privaatrecht toegekende bevoegdheden uitoefent. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin de gemeente en een groot afvalverwerkingsbedrijf een

⁹⁶ De Hoge Raad bepaalde hierbij tevens op dat het hanteren van de civielrechtelijke clausules onderworpen is aan het uit het privaatrecht afkomstige begrip van de redelijkheid en billijkheid en dat ook het privaatrechtelijk handelen van de gemeente moet voldoen aan de (destijds nog geheel tot het ongeschreven recht behorende) beginselen van behoorlijk bestuur.

⁹⁷Tolsma, p. 238

overeenkomst hebben gesloten over de exploitatie van een stortplaats. In die overeenkomst is bepaald dat de afvalverwerker, zonder daarvoor kosten in rekening te brengen, van de burgers van een aantal gemeenten bijvoorbeeld drie maal per jaar een maximaal gewicht aan huishoudelijk afval dient te accepteren. De publieke taak is de plicht van de gemeente om afval in te zamelen op grond van de Wet milieubeheer. Het privaatrechtelijke aspect is het kosteloos innemen van huishoudelijk afval door de afvalinzamelaar.

4.5.2 Bevoegdhedenovereenkomst

De inhoud van een zuivere bevoegdhedenovereenkomst wordt beheerst door het materiële bestuursrecht. Een bestuursorgaan kan de overeenkomst aangaan binnen de grenzen van het geschreven en ongeschreven bestuursrecht. Het materiële bestuursrecht is dwingend van aard, waardoor de contractsvrijheid van het bestuursorgaan in beginsel wordt bepaald door de discretionaire ruimte van het bestuursorgaan bij het uitoefenen van de publiekrechtelijke bevoegdheid.⁹⁸ Een bevoegdhedenovereenkomst wordt gesloten met een bestuursorgaan, niet met de publiekrechtelijke rechtspersonen, want zij zijn geen dragers van de desbetreffende bestuursbevoegdheden. Omdat er echter nog (steeds) geen eigen publiekrechtelijk overeenkomstenrecht is, moeten de regels uit het Burgerlijk Wetboek waar mogelijk analoog worden toegepast.⁹⁹

De bevoegdhedenovereenkomst is echter eenzijdig van aard, omdat voor slechts één partij een verbintenis ontstaat. Het bestuur verbindt zich immers ten opzichte van de burger tot het nemen van een bepaald besluit. Met het nemen van het besluit wordt de rechtspositie van de burger uiteindelijk eenzijdig voor de burger vastgesteld. Het kan zijn dat de burger bij de onderhandelingen de prestatie op zich neemt dat hij handelt overeenkomstig de met het bestuur gemaakte afspraken. De inhoud van deze prestatie van de burger moet juridisch gekwalificeerd worden als privaatrechtelijk. Indien in de overeenkomst over de vergunning een dergelijke afspraak is opgenomen, is juridisch sprake van een gemengde overeenkomst. Enerzijds bevat de overeenkomst een bestuursrechtelijk deel waarin het bestuur zich tegenover de burger verbindt tot het nemen van een bepaald besluit, en anderzijds een privaatrechtelijk deel, waarin de burger zich ten opzichte van het bestuur verbindt tot het handelen overeenkomstig het besluit dat is genomen ter uitvoering van de overeenkomst. Omdat voor beide partijen verbintenissen ontstaan, heeft de overeenkomst een wederkerig karakter (artikel 6:21 e.v. BW).¹⁰⁰

Bij mediation tussen een overheidsinstantie en een burger, kan het voorkomen dat afspraken zijn gemaakt over de uitoefening van een publieke bevoegdheid, maar dat ook de burger een prestatie voor zijn rekening neemt. Indien niet alleen afspraken zijn gemaakt over het uitoefenen van een publiekrechtelijke bevoegdheid, maar partijen tevens privaatrechtelijke rechtsgevolgen beogen, wordt gesproken van een gemengde overeenkomst.¹⁰¹

⁹⁸ de Graaf, p. 68

⁹⁹ Heldeweg, p. 239

¹⁰⁰ Tolsma, p. 50

¹⁰¹ De Graaf, p.66

Scheltema is van mening dat bij een bevoegdhedenovereenkomst principieel geen sprake kan zijn van doorkruising van het publiekrecht door het gebruik van aan het privaatrecht ontleende bevoegdheden. Volgens Scheltema wordt de bevoegdhedenovereenkomst in haar geheel beheerst door het publiekrecht. Ten aanzien van bevoegdhedenovereenkomsten is voor de geldigheid alleen van belang of een dergelijke overeenkomst in strijd komt met publiekrechtelijke regels.

Ik kan me echter niet geheel vinden in hetgeen Scheltema stelt omtrent de bevoegdhedenovereenkomst en sluit me dan ook liever aan bij wat Van Rossum heeft geschreven¹⁰². Zij is namelijk niet de mening toegedaan dat bevoegdheidsovereenkomsten enkel als publiekrechtelijke overeenkomsten dienen te worden beschouwd.

Er kan hierbij bijvoorbeeld gewezen worden op het fiscaal compromis: dit is een bekend verschijnsel in het belastingrecht. De fiscus (de inspecteur) maakt met belastingplichtigen afspraken om daarmee onzekerheid en geschillen over de heffing en de invordering van belasting te voorkomen of te beëindigen. Bij een fiscaal compromis verplicht de inspecteur zich in het algemeen om belastingaanslagen op een bepaalde wijze vast te stellen of van het opleggen van bepaalde aanslagen af te zien. Op deze wijze verkrijgt de belastingplichtige burger of onderneming zekerheid over zijn rechtspositie.

De vraag hoe het fiscaal compromis moet worden gekwalificeerd, is in het verleden al meerdere malen gesteld. De Hoge Raad kwalificeert het fiscale compromis als een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 e.v. BW¹⁰³. Het fiscaal compromis is allereerst een overeenkomst. De vraag bij de kwalificatie van deze overeenkomst is of deze overeenkomst als een publiekrechtelijke bevoegdhedenovereenkomst of als een privaatrechtelijke overeenkomst moet worden beschouwd. Het fiscaal compromis heeft een publiekrechtelijk karakter omdat het een bevoegdheid betreft die enkel door een bestuursorgaan kan worden uitgeoefend. Het fiscaal compromis wordt in het algemeen gekwalificeerd als een publiekrechtelijke bevoegdhedenovereenkomst: fiscus en belastingplichtige sluiten een overeenkomst over de wijze waarop de fiscus van zijn bevoegdheid om belastingaanslagen op te leggen gebruik zal maken. Daarnaast is het fiscaal compromis naar het oordeel van de Hoge Raad een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW. Het fiscaal compromis is dus zowel een publiekrechtelijke bevoegdhedenovereenkomst als een privaatrechtelijke vaststellingsovereenkomst.

In tegenstelling tot Scheltema ben ik het dan ook met mevrouw Van Rossum eens dat bij bevoegdhedenovereenkomsten wel sprake kan zijn van doorkruising van het publiekrecht door middel van het privaatrecht.

¹⁰² Van Rossum 'Contracteren met de overheid: Wanneer mag de overheid gebruik maken van het privaatrecht en welke normen zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing?', Tijdschrift 'Contracteren', 2005, p.9

¹⁰³ HR 12 april 1978, NJ 1979, 533

4.5.3 Tussenconclusie

Een vaststellingsovereenkomst die wordt gesloten na een succesvolle mediation, is een privaatrechtelijke overeenkomst. In het privaatrecht geldt dat partijen in beginsel vrij zijn om te handelen. Partijen bepalen zelf of en met wie zij een overeenkomst aangaan. Daarnaast bepalen partijen zelf de inhoud van de overeenkomst. Dit geldt ook voor de situatie als een bestuursorgaan betrokken is bij een mediation. Wanneer er bij mediation niet de uitoefening van een publiekrechtelijke, maar enkel een privaatrechtelijke bevoegdheid centraal staat, die op grond van het privaatrecht wordt toegekend, is de doorkruisingsleer hierbij niet aan de orde.

Echter, wanneer een bestuursorgaan partij is bij een mediation en er een overeenkomst wordt gesloten waarbij publieke belangen aan de orde zijn, zoals bij een bevoegdhedenovereenkomst, is steeds van belang te beoordelen of het bestuursorgaan vrij staat bij de behartiging van (zijnerzijds) betrokken belangen gebruik te maken van een (privaatrechtelijke) overeenkomst. Maatgevend hierbij zijn nog steeds de Windmill-criteria, aan welke criteria in de jurisprudentie verder invulling is gegeven. Bij toepassing van mediation zal er mijns inziens dan ook eerst de vraag moeten worden beantwoord of aan de eisen het legaliteitsbeginsel is voldaan, waarna vervolgens de vraag aan de orde komt of het bestuursorgaan privaatrechtelijk mag handelen als er daarnaast over het geschil een publiekrechtelijke regeling bestaat. Bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst moet het bestuursorgaan onderzoeken of de inhoud van de overeenkomst kan worden opgenomen in een besluit. Gelet op de doorkruisingsleer is het naar mijn mening zeer twijfelachtig of het aanvaardbaar is dat de (privaatrechtelijke) vaststellingsovereenkomst wordt gebruikt, in plaats van een (publiekrechtelijk) besluit.

4.6 Wat is de reikwijdte van artikel 3:4, eerste lid Awb en het specialiteitsbeginsel?

In artikel 3:4, eerste lid van de Awb is bepaald dat het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afweegt, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. Het eerste lid is een codificatie van de tot het zorgvuldigheidsbeginsel behorende norm, dat een bestuursorgaan de verschillende bij een besluit betrokken belangen bij zijn besluitvorming dient te betrekken.¹⁰⁴ Indien binnen de ruimte die de wet daarvoor laat, in beginsel alle relevante belangen die door de te nemen beslissing zullen worden geraakt, moeten deze worden gewogen.¹⁰⁵

In het tweede deel van artikel 3:4, eerste lid is dus beschreven dat afweging van de rechtstreeks betrokken belangen moet plaatsvinden, tenzij er sprake is van een beperking die voortvloeit uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid. Een voorbeeld hiervan is de reguliere bouwvergunning. Op grond van artikel 44, eerste lid van de voormalige Woningwet “mag en moet deze worden geweigerd” op een vijftal in dit artikel genoemde gronden. Indien geen van die gronden aanwezig is, dan heeft de aanvrager recht op de verlangde bouwvergunning, ongeacht hoe

¹⁰⁴ Van Buuren, Awb, TenC, p.68

¹⁰⁵ Van Buuren, Awb, TenC, p. 68

dringend en op zichzelf respectabel de bezwaren van omwonenden of concurrenten ook zijn. Met die belangen mag dan geen rekening worden gehouden. (Vanaf 1 oktober 2010 is de Wabo van kracht. De bouwvergunning maakt onderdeel uit van de omgevingsvergunning)

Het geheel van de in de belangenafweging te betrekken belangen wordt op twee manieren beperkt. In de eerste plaats is er de beperking van het wettelijk voorschrift of van de strekking van de bevoegdheid.

In de tweede plaats is er de beperking dat er bij de belangenafweging slechts wordt gekeken naar belangen die rechtstreeks bij het besluit zijn betrokken. Hiermee wordt beoogd dat een bestuursorgaan geen rekening hoeft te houden met belangen die slechts in een meer verwijderd verband en dus niet rechtstreeks door de te nemen beslissing kunnen worden getroffen. Gedacht moet worden aan min of meer toevallige effecten die het bestuursorgaan niet zonder zeer vergaande informatieverzameling zou kunnen kennen.¹⁰⁶

Op grond van artikel 3:4 Awb dient het bestuursorgaan er voor te zorgen dat bij de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst en het eventueel daaruit voortvloeiende besluitvorming alle relevante belangen worden meegewogen, dus ook de belangen van belanghebbenden die geen contractspartij zijn.

Bij de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst schuilt echter het gevaar dat bepaalde belangen een grotere invloed hebben op de uitkomst van de belangenafweging dan andere ofwel dat de belangen van niet bij de onderhandeling betrokken derden in de afweging geen plaats meer krijgen.¹⁰⁷

Over de uitleg van het specialiteitsbeginsel wordt in de literatuur verschillend gedacht. In deze scriptie beperk ik mij tot een behandeling van de denkbeelden van de drie hoofdstromingen: de precieze, de rekkelijke en de gematigde.¹⁰⁸ De discussie spitst zich toe op de vraag in hoeverre het specialiteitsbeginsel de bestuurlijke belangenafweging beperkt. Dit is op haar beurt weer van belang voor de vraag in hoeverre het specialiteitsbeginsel de bevoegdheid van het bestuur beperkt om tijdens de bezwaarschriftprocedure te onderhandelen over een besluit met als beoogd resultaat het sluiten van een vaststellingsovereenkomst. Zoals eerder beschreven worden immers bij de vaststellingsovereenkomst alle belangen betrokken. Het enkel met de indiener van een bezwaarschrift onderhandelen over een vaststellingsovereenkomst zou strijd kunnen opleveren met het specialiteitsbeginsel.

Precieze

¹⁰⁶ Kamerstukken II, 1988-1989, 21 221, nr. 3 p.68

¹⁰⁷ Pront-van Bommel, Stout en Van der Vlies, Juridische kwaliteiten van onderhandelend bestuur, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1998, p.9

¹⁰⁸ Schössels, Het specialiteitsbeginsel. Over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid UM, Den Haag: SDU, 1998, hoofdstuk 7.

Kenmerkend voor de precieze opvatting is dat stevig wordt gewaakt tegen beïnvloeding van het specifieke afwegingskader door uitzonderlijke algemene belangen. Alleen belangen die ten grondslag liggen aan een door de wetgever aan een bestuursorgaan verleende bevoegdheid kunnen bijvoorbeeld de weigering van een vergunning of het verlenen van een vergunning onder belastende voorschriften rechtvaardigen. Deze uitleg heeft tot gevolg dat belangen van derden die niet samenvallen met het specifieke publiekrechtelijke belang dat ten grondslag ligt aan de aan een bestuursorgaan toegekende bevoegdheid, niet beschermd kunnen worden door middel van voorschriften. Volgens deze uitleg van het specialiteitsbeginsel kunnen bijvoorbeeld bij de beoordeling van een bouwvergunning voor het uitbreiden van een woning aan de achterzijde het belang van verminderde lichtinval niet worden betrokken omdat dit een (privaatrechtelijk) aspect is dat niet samenvalt met het specifieke publiekrechtelijke belang dat de Woningwet beoogt te beschermen.

Volgens de uitleg van de “precieze” is mediation binnen een bezwaarschriftenprocedure mijns inziens alleen mogelijk als het bestreden belang samenvalt met het specifieke belang dat de regeling beoogt te beschermen en waarvoor de wetgever een bevoegdheid aan een bestuursorgaan heeft toegekend om dit belang te beschermen. Bij het verlenen een bouwvergunning kunnen dit bijvoorbeeld aspecten zijn die betrekking hebben op de redelijke eisen van welstand. Afspraken die in een vaststellingsovereenkomst worden opgenomen die betrekking hebben op de in het bezwaar bestreden belangen die in het geheel niet in een andere publiekrechtelijke regeling of in een privaatrechtelijke regeling worden gereguleerd, zijn, wanneer men de lijn van de preciezen volgt, niet geldig.

Rekkelijke

De opvatting die door de rekkelijken wordt aangehouden is dat er een ‘integrale’ afweging van (algemene) belangen centraal dient te worden gesteld. De rekkelijken hechten beduidend minder waarde aan een strikte scheiding van bestuursbevoegdheden, zeker als verwante bevoegdheden worden uitgeoefend door bestuursorganen die tot één territoriale overheid behoren, bijvoorbeeld een gemeente. In dat geval wordt een brede afweging van belangen voorgestaan. De ‘integralisten’, zoals de rekkelijken ook wel worden aangeduid, beogen overigens niet zozeer afstand te nemen van de eis van wetmatigheid van bestuur, maar zij zoeken de legitimatie van besluiten minder in vóóraf door de wetgever gestructureerde doelgebonden bevoegdheden en méér in een open belangenafwegingsprocessen door het bestuur. De gedachte is dat de wetgever het bestuur voldoende ruimte moet laten om alle belangen die bij een besluitvormingsproces zijn betrokken af te wegen.

Deze uitleg impliceert dat in beginsel alle in een bezwaarschrift aangehaalde belangen in het besluit op bezwaar kunnen worden betrokken. Niet alleen de specifieke belangen die bijvoorbeeld de Woningwet beschermd, maar ook andere publiekrechtelijke belangen en zelfs privaatrechtelijke belangen kunnen, volgens deze uitleg in de belangenafweging worden betrokken.

Volgens de uitleg die de rekkelijken geven aan het specialiteitsbeginsel, heeft een bestuursorgaan de mogelijkheid om te onderhandelen over een bezwaarschrift, waarbij ook de belangen die in een andere publiekrechtelijke regeling worden beschermd en private belangen, bijvoorbeeld het belang van het verdwijnen van lichtinval, bij de onderhandelingen kunnen worden betrokken. Het resultaat van deze belangenafweging kan in een vaststellingsovereenkomst worden opgenomen. Het bestuursorgaan kan, volgens de rekkelijke uitleg met andere woorden rechtsgeldig een vaststellingsovereenkomst sluiten over een besluit, zonder dat hierbij het specialiteitsbeginsel wordt doorkruist.¹⁰⁹

Gematigde

Naast de “precieze” en “rekkelijke” opvattingen staat de “gematigde” stroming. Tot deze stroming kunnen visies worden gerekend die een brug proberen te slaan tussen de “precieze” en de “rekkelijke” opvattingen. Wanneer er wordt toegespitst op beschikkingsbevoegdheden erkennen de gematigden het belang van het verbod van détournement de pouvoir. Uitzonderlijke algemene belangen moeten daarom in beginsel worden uitgesloten van het proces van belangenafweging. Het gaat hier om belangen van publiekrechtelijke aard die in beginsel bescherming vinden in andere wettelijke regelingen.

Hieruit kan worden afgeleid dat de gematigden als uitgangspunt nemen dat particuliere belangen van derden betrokken kunnen worden in het besluitvormingsproces, tenzij belangen in een andere publiekrechtelijke regeling worden beschermd of blijkt dat de wetgever de belangen buiten de belangenafweging heeft willen houden.¹¹⁰

De vraag is nu welk standpunt de gematigden in zouden nemen op de vraag of een bestuursorgaan met belanghebbenden een vaststellingsovereenkomst mag sluiten naar aanleiding van een ingediend bezwaarschrift tegen een besluit. Het lijkt me waarschijnlijk dat volgens de opvatting van de gematigden, belangen die in andere publiekrechtelijke regelingen worden beschermd niet in een vaststellingsovereenkomst kunnen worden opgenomen. In de visie van de gematigden worden privaatrechtelijke belangen niet uitgesloten in het proces van belangenafweging en zou volgens deze uitleg een vaststellingsovereenkomst gericht op de bescherming van privaatrechtelijke belangen mogelijk zijn. Naar mijn mening is dit vreemd, omdat deze belangen noch in de specifieke wettelijke regeling waarop het bezwaar betrekking heeft, noch in aanverwante regeling zijn geregeld. Het is mij dan ook onduidelijk waarom, volgens deze visie, privaatrechtelijke belangen wel en andere publiekrechtelijke belangen juist weer niet in een vaststellingsovereenkomst mogen worden betrokken.

Conclusie

Het specialiteitsbeginsel belemmert een bestuursorgaan om een vaststellingsovereenkomst te sluiten. In hoeverre het specialiteitsbeginsel een bestuursorgaan belemmert, is afhankelijk van welke uitleg er wordt uitgegaan. Volgens de precieze uitleg is mediation binnen een bezwaarschriftprocedure alleen

¹⁰⁹ Tolsma, p. 99

¹¹⁰ Tolsma, p. 99

mogelijk als het specifieke publiekrechtelijke belang waarin belanghebbende stelt te worden geschaad, samenvalt met het specifieke belang dat de regeling beoogt te beschermen en waarvoor de wetgever een bevoegdheid aan een bestuursorgaan heeft toegekend om dit belang te beschermen.

Volgens de rekkelijke uitleg heeft het bestuursorgaan de bevoegdheid om in een vaststellingsovereenkomst alle belangen te behandelen. Bij deze uitleg wordt minder waarde gehecht aan een scheiding van bevoegdheden en geeft daarom dus ruimte voor mediation. Deze uitleg verhoudt zich echter niet goed met het legaliteitsbeginsel.

Bij een gematigde uitleg van het specialiteitsbeginsel betekent dat het bestuur rekening moet houden met de bevoegdheden van bestuursorganen in de verschillende publiekrechtelijke regelingen. Daarnaast houdt deze visie op het specialiteitsbeginsel het meest rekening met de belangen van derden alvorens een vaststellingsovereenkomst wordt gesloten.

Naar mijn mening is het sluiten van een vaststellingsovereenkomst rekening houdend met het specialiteitsbeginsel niet problematisch, mits het bestuursorgaan afspraken maakt binnen de reikwijdte van haar eigen bevoegdheid. Het bestuur dient er voor te waken dat het hierbij geen afspraken maakt die strekken tot de bescherming van particuliere belangen van derden, tenzij deze belangen al in een andere publiekrechtelijke regeling worden beschermd. Dit betekent, naar mijn mening, dat de gematigde visie op het specialiteitsbeginsel het meest recht doet aan de wijze waarop het bestuur als contractspartij tot een overeenstemming van het geschil zou moeten komen.

4.7 In hoeverre is er voor een bestuursorgaan verschil tussen het toepassen van mediation bij een beschikking met beleidsvrijheid en een gebonden beschikking?

In paragraaf 4.6 is aan de orde gekomen dat het materiële bestuursrecht dwingend van aard is, waardoor de contractvrijheid van het bestuursorgaan in beginsel wordt bepaald door de discretionaire ruimte van het bestuursorgaan bij het uitoefenen van de publiekrechtelijke bevoegdheid. Een bestuursorgaan kan derhalve een overeenkomst aangaan binnen de grenzen van het geschreven en ongeschreven recht. In deze paragraaf bespreek ik de invloed op de mogelijkheden van mediation ingeval van een beschikking met beleidsvrijheid voor het bestuursorgaan en een beschikking waarbij het bestuursorgaan geen beleidsruimte heeft; de gebonden beschikking.

Beschikkingen zijn er in verschillende vormen. Een besluit om een last onder dwangsom op te leggen is aan te merken als een belastende beschikking. Een besluit een vereniging subsidie te verlenen is aan te merken als een begunstigende beschikking, terwijl eventuele voorschriften aan deze subsidiebeschikking weer belastend zijn.

Bij een puur gebonden beschikking ontbreekt bij het bestuursorgaan de bevoegdheid om naar vrij inzicht deze bevoegdheid toe te passen.

Een sterk gebonden beschikking/bevoegdheid geeft bijvoorbeeld de Wabo in combinatie met de Woningwet. Op grond van deze wetten *moet* een bouwvergunning worden geweigerd bij strijd met in dit artikel genoemde gevallen, zoals met het bestemmingsplan of de bouwverordening.

Als een bevoegdheid van het bestuursorgaan vrijheid laat aan het betreffende bestuursorgaan bij de vraag óf de bevoegdheid wordt toegepast en zo ja, hoe, dan spreken we van een vrije of discretionaire beschikkingsbevoegdheid¹¹¹. Bij een vrije, of discretionaire, bevoegdheid kan het bestuursorgaan dus wel verschillende belangen afwegen en een eigen bestuurlijk oordeel geven.¹¹²

Volkomen vrije rechtsscheppende beschikkingen zijn eigenlijk ondenkbaar. De meest vrije soort die denkbaar is, is bijvoorbeeld de beslissing over een subsidieaanvraag waarvoor behalve de omschrijving van de begrotingspost geen enkele nadere, specifieke normering bestaat. Overigens is ook dan de beschikking op de volgende aanvragen reeds minder vrij dan die op de eerste aanvraag was: er gaat zich geleidelijk een beleidslijn aftekenen, waaraan het bestuursorgaan in beginsel is gebonden.¹¹³

Volkomen gebonden beschikkingen zijn denkbaar, maar zeldzaam. Een voorbeeld hiervan is een rechtsvaststellende, declaratoire beschikking, zoals wie kiesgerechtigd is, hetgeen volgt uit de Kieswet.

De meeste beschikkingen bevinden zich in het gebied tussen vrij en volstrekt gebonden. De vraag in hoeverre een beschikking vrij of gebonden is, is dan ook van belang voor de mogelijkheden voor mediation naar aanleiding van een ingediend bezwaarschrift. Wanneer een beschikking een vrij karakter heeft, is de ruimte om via mediation tot een oplossing voor het geschil te komen groter. Bij de mediation is een bestuursorgaan in mindere mate gebonden aan wettelijke regels die de inhoud van een besluit al vastleggen en waarbinnen het bestuursorgaan moet opereren. Bij vrije beschikkingen kan mediation goed worden toegepast en heeft het bestuursorgaan de mogelijkheid om een oplossing met de belanghebbende tot stand te brengen.

Als een bezwaarschrift wordt ingediend tegen een besluit dat een gebonden beschikking is, heeft een bestuursorgaan geen armslag om te onderhandelen over het bezwaar en om tot een beschikking op maat te komen. Immers bij een gebonden beschikking is de wettelijke regeling die de inhoud van een beschikking vastlegt, wel aanwezig.

Uit het voorgaande zou kunnen worden afgeleid dat een bezwaarschrift tegen een gebonden beschikking niet voor mediation in aanmerking komt. Hooguit kan de discussie gaan over de vraag of het bestuursorgaan de wettelijke regels goed heeft uitgevoerd. Toch wil ik aan de hand van een

¹¹¹ Heldeweg, Bestuursrecht en beleid, 2006, p.203

¹¹² Van Ballegooij, Bakhuijsen, Den Ouden, Polak, Bestuursrecht in het Awb-tijdperk, Kluwer, Deventer, 1999, 6^e druk, p. 70, 71

¹¹³ VVK p.200

voorbeeld aantonen dat ook bij een bezwaarschrift tegen een besluit op grond van een gebonden beschikking, mediation mogelijk is.

De heer X heeft een perceel grond met een bungalow gekocht en geleverd gekregen. Hij is van plan om deze bungalow te slopen en hiervoor in de plaats een nieuwe woning te bouwen. De bungalow bestaat uit één bouwlaag en staat op de hoek van twee straten. De woning staat vrij van de woning van buurman Y. De nieuwbouw bestaat uit een woning met twee bouwlagen en een garage.

Het college van burgemeester en wethouders heeft het bouwplan beoordeeld en is tot de conclusie gekomen dat het nieuwbouwplan van buurman X mogelijk is op grond van het bestemmingsplan. Buurman Y heeft bezwaar tegen het bouwen van de garage. Deze is nu aan de andere zijde van de woning gelegen en is tegen zijn garage gebouwd. Y vindt dat het karakter van vrijstaande woning daarmee verloren gaat. Daarnaast vindt hij het dak op de nieuwe woning van buurman X 'geen gezicht' naast zijn woning met maar één bouwlaag. De welstandscommissie deelt deze bezwaren niet.

Het bouwplan past binnen het bestemmingsplan en voldoet aan de redelijke eisen van welstand. Daarnaast voldoet het plan aan de bepalingen van het Bouwbesluit en de Bouwverordening. Op grond van artikel 44 van de Woningwet moet een bouwvergunning worden verleend als geen van de daarin genoemde weigeringsgronden zich voordoet. Dat is het geval. Andere dan in artikel 44 vermelde aspecten mag het college niet bij de beoordeling van het bouwplan betrekken. Het college moet daarom de bouwvergunning verlenen.

De oprit naar de garage die nu aangebouwd wordt tegen de garage van buurman B, was in de oude situatie gelegen om de hoek van de straat. Het college van burgemeester en wethouders heeft daarvoor destijds een inritvergunning verleend. Deze vergunning "moet" nu worden verleend voor de andere situering van de oprit, naast die van buurman Y. Voor een inritvergunning geldt een ander wettelijk regime dan de bouwvergunning, namelijk de Algemene Plaatselijke Verordening. Het college van burgemeester en wethouders heeft onder andere moeten beoordelen of met het realiseren van de inrit de verkeersveiligheid in het geding is. Voor het college maakte de situering niet uit. Beide situaties zijn even veilig.

Buurman Y heeft besloten om zowel bezwaar te maken tegen de bouwvergunning als tegen de inritvergunning.

De burens X en Y en het college worden uitgenodigd voor een hoorzitting van de commissie bezwaarschriften. De voorzitter constateert tijdens de hoorzitting dat het college terecht bouwvergunning en inritvergunning heeft verleend en vraagt aan partijen of er ruimte is voor mediation. Hiertoe zijn alle partijen bereid, waarbij de vertegenwoordiging van de gemeente opmerkt dat het eigenlijk gaat om een geschil tussen de twee burens. Het college wil hierbij niet als partij betrokken raken. Wel wil het college over de schouder van partijen meekijken of de mogelijke oplossingen wel binnen het van toepassing zijnde wettelijke kader passen.

Met behulp van de mediator zijn partijen om de tafel gegaan. De mediator geeft (in vogelvlucht) een toelichting op het mediationproces en legt de spelregels uit. Hij controleert vervolgens of er overeenstemming is over het uitgangspunt om er samen uit te komen, maakt afspraken over het vertrouwelijke karakter en vraagt waar nodig om duidelijkheid over de bevoegdheid om te beslissen. Vaak is er nog een achterban, bijvoorbeeld een college van burgemeester en wethouders. Na een nadere kennismaking krijgen partijen de gelegenheid om hun versie van het conflict te vertellen. Dit is ook het stadium waarin de mediator door vragen te stellen het conflict en de werkelijke belangen in volle breedte op tafel dient te krijgen. Wanneer deze van de betrokken partijen bekend zijn, probeert de mediator partijen in beweging te krijgen door ze in elkaars schoenen te laten staan. Hierdoor kan wederzijds begrip ontstaan. Bijvoorbeeld, het dak op de woning blijkt dan voor buurman X essentieel te zijn vanwege de ruimte voor zijn kinderen.

De mediator stelt bijvoorbeeld de vraag: "Kunt u zich voorstellen dat een dak op de woning belangrijk is voor de heer X?" Al heel snel kwam de bevestiging van de buurman omdat hij zelf ook opgroeiende kinderen heeft, maar voor hem weegt de aanbouw aan zijn garage veel zwaarder dan het dak. Na overleg met de ambtenaar van de afdeling Bouw- en Woningtoezicht blijkt het ook mogelijk te zijn om de woning van buurman X een kwartslag te draaien, waardoor de garage en de oprit om de hoek van de straat komen te liggen. Buurman X vindt bij nader inzien deze situering ook voor zijn kinderen toch wel veiliger dan naast de oprit van buurman B. Partijen vinden elkaar in deze oplossing. Het college van burgemeester en wethouders hebben geen bezwaar tegen dit plan want deze oplossing is ook volgens het bestemmingsplan mogelijk en ook vanuit het oogpunt van welstand is geen bezwaar. Het college heeft dus een gewijzigde bouwvergunning en een inritvergunning verleend.

Uit deze casus kan worden opgemaakt dat de gebondenheid van de beschikking niet in het geding is. Het college heeft weliswaar een gewijzigde bouwvergunning verleend, maar ook deze is niet in strijd met de Wabo. Het college heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheden van het bestemmingsplan en alternatieve plannen onderzocht. Binnen de grenzen van het wettelijk kader bleek, dus zonder afbreuk te doen aan de gebondenheid van de Woningwet, bleek toch nog voldoende ruimte aanwezig om naar tevredenheid van alle partijen een goede oplossing te vinden.

Ik heb hier een casus geschetst die 'volgens het boekje' is verlopen. Er zitten hier echter wel kanttekeningen aan.

Het is de vraag of het college in deze casus als contractspartij zou moeten optreden of als partij die langs de zijlijn meekijkt en de aangedragen alternatieven van de private partijen die hun geschil door middel van mediation proberen op te lossen, beoordeelt. Strikt genomen heeft het bestuurorgaan geen conflict. Het heeft 'slechts' het bouwplan beoordeeld, geconstateerd dat het aan de wettelijke eisen om bouwvergunning te verlenen voldoet en hiervoor vergunning verleend. Met andere woorden, het college had geen andere keuze dan bouwvergunning te verlenen.

Indien partijen overeenstemming hebben bereikt over het bouwplan, maar deze niet, ook niet na vrijstelling of wijziging van het bestemmingsplan, blijkt te passen binnen het bestemmingsplan, dan

lopen partijen dus tegen het feit aan dat het college geen bouwvergunning mag verlenen. Partijen moeten zich realiseren dat een bestuursorgaan gebonden is aan de kaders die de wet geven.

Naar mijn mening zou het college in een situatie waarbij bezwaar wordt gemaakt tegen een besluit met een dwingendrechtelijk karakter, niet als contractspartij hoeven op te treden. In de beschreven casus had het college immers de bouwvergunning terecht verleend. Bezwaarmaker en vergunninghouder zijn het niet eens. Het college staat in principe buiten het geschil dat deze partijen onderling hebben. Wel heeft het college veel te winnen bij een alternatieve vorm van geschilbeslechting. Dat is niet alleen beter voor het vertrouwen in het bestuursorgaan, maar ook goedkoper. Juridische procedures kunnen bijvoorbeeld lang duren als een van de partijen, de vergunninghouder of bezwaarmaker 'de hakken in het zand zet'. Daarnaast streeft het bestuursorgaan op het gebied van ruimtelijke ordening (en andere beleidsterreinen) beleidsdoelen na en heeft een belang bij een gezamenlijke oplossing.

Mijn mening is dat bij besluiten met een dwingendrechtelijk karakter geen mediation past volgens de normen van het NMI waarbij een overheidsinstantie contractspartij is. Wel past het bij moderne beleidsdoelen als 'klantgerichtheid' en 'de service verlenende overheid' dat het bestuur de regie neemt om bij de behandeling van bezwaarschriften mediationachtige technieken toe te passen zonder een volledig opgetuigde mediation. Dit kan, zoals beschreven, leiden tot een meer open en oplossingsgerichte houding bij alle betrokkenen.

4.8 Moet het bestuursorgaan bij het toepassen van mediation de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen?

Met deze vraag geef ik antwoord op de vraag óf en in hoeverre bestuursorganen bij het toepassen van mediation de a.b.b.b.'s in acht moet nemen. In paragraaf 4.4.1 beschrijf ik eerst wat a.b.b.b.'s zijn. In de paragrafen 4.4.2. en 4.4.3 beschrijf ik de relatie tussen een aantal a.b.b.b.'s en mediation. In paragraaf 4.4.4. sluit ik af met een aantal conclusies over deze relatie.

4.8.1 Wat zijn algemene beginselen van behoorlijk bestuur?

Er zijn geschreven en ongeschreven normen van toepassing op bestuurshandelen. Sinds het begin van de jaren vijftig van de vorige eeuw worden deze aangeduid als algemene beginselen van behoorlijk bestuur (hierna te noemen: 'a.b.b.b.'). Deze beginselen zijn thans voor een belangrijk deel gecodificeerd in bepalingen van de Awb in hoofdstuk 3 in de afdelingen 3.2 tot en met 3.4.¹¹⁴ Voor zover dat niet het geval is gelden ze als regels van ongeschreven recht.

De a.b.b.b.'s vormen in de eerste plaats normen voor overheidshandelen. Daarnaast dienen zij als toetsingsmaatstaven en vernietigingsgronden bij de toetsing door ondermeer de rechter.¹¹⁵

¹¹⁴ VWK, p. 281

¹¹⁵ Krol, Checklists en leidraden juridische kwaliteitszorg, derde druk, Deventer 2005

De a.b.b.b.'s vallen uiteen in twee hoofdgroepen: formele en materiële beginselen. De formele beginselen betreffen de voorbereiding alsmede de besluitvorming en inrichting van besluiten. De materiële beginselen betreffen de inhoud, het 'dictum' van de besluiten, dat bepalend is voor het rechtsgevolg van het besluit.

Het belang van deze tweedeling is gelegen in het verschil in het herstel van een mogelijk gebrek. Een materieel gebrek heeft per definitie betrekking op de inhoud van het besluit, zodat het herstel daarvan in beginsel altijd tot een andere inhoud van het besluit zal leiden. Het herstel van een formeel gebrek kan tot een andere inhoud van het besluit leiden, maar dit is vooraf niet geheel zeker.

Als formele a.b.b.b.'s kunnen worden genoemd: het zorgvuldigheidsbeginsel, het fairplaybeginsel, het verbod van détournement de pouvoir, het gebod op belangenafweging (het specialiteitsbeginsel), het gebod van draagkrachtige motivering, het gebod van kenbare motivering en het formele rechtszekerheidsbeginsel.

Materiële a.b.b.b.'s zijn: het beginsel van materiële rechtszekerheid, het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het verbod van détournement de pouvoir, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

4.8.2 Dient een bestuursorgaan bij mediation in de bezwaarschriftenfase de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen?

In artikel 3:1, tweede lid Awb is bepaald dat op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten de afdelingen 3.2 tot en met 3.4. van overeenkomstige toepassing zijn, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet. Uit de toelichting op dit artikel blijkt dat met 'andere handelingen dan besluiten' met name op privaatrechtelijk handelen wordt bedoeld. Hieronder kan ook het onderhandelen, het mediaten, met een bezwaarmaker worden begrepen. Van de van overeenkomstige toepassing verklaarde afdelingen is vooral afdeling 3.2 Awb van belang. Hierin is een aantal beginselen van behoorlijk bestuur gecodificeerd, waaronder bijvoorbeeld het zorgvuldigheidsbeginsel en het verbod van détournement de pouvoir.

In aansluiting op artikel 3:1, tweede lid Awb is artikel 3:14 BW van belang. In dit artikel is bepaald dat "een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht."

Dit artikel is een spiegelbeeld van artikel 3:1, tweede lid Awb. Deze artikelen vullen elkaar ten dele aan. Artikel 3:1, tweede lid Awb stelt buiten twijfel dat de geschreven publiekrechtelijke regels ook bedoeld zijn om zich mede tot het overheidshandelen op grond van het privaatrecht uit te strekken. Anderzijds heeft artikel 3:14 BW een ruimere strekking, doordat in die bepaling ook over ongeschreven publiekrecht gesproken wordt.¹¹⁶ Volgens de parlementaire geschiedenis stelt dit artikel

¹¹⁶ Van Buuren, Awb, TenC, p.64 en 65

buiten twijfel dat de overheid ook bij de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹¹⁷

Het IKON arrest van de Hoge Raad was een belangrijke mijlpaal op de weg van toetsing van overheidsoptreden door de burgerlijke rechter aan de beginselen van behoorlijk bestuur.¹¹⁸ Hetgeen ten tijde van het arrest nog omstreden was, is sindsdien geldend recht geworden: alle rechters toetsen elk bestuursoptreden aan de a.b.b.b.'s. Dit geldt dus voor de burgerlijke rechter evenzeer als voor de bestuursrechter. Nu de Hoge Raad in het IKON arrest besliste dat (zelfs) bij het gebruik van het privaatrecht de overheid is gebonden aan de a.b.b.b.'s, staat daarmee uiteraard ook vast dat die beginselen het publiekrechtelijk handelen van de overheid beheersen.¹¹⁹ Een aantal a.b.b.b.'s is inmiddels gecodificeerd in de Awb en een aantal niet. Het IKON arrest heeft nog steeds zijn uitwerking waar het gaat om de toepasselijkheid van ongeschreven a.b.b.b.'s.

4.8.3 Tussenconclusie

In de literatuur is het uitgangspunt dat een bestuursorgaan bij het gebruik van privaatrecht gebonden is aan de a.b.b.b.'s niet weersproken. Gelet hierop en het IKON arrest blijkt dat het onmiskenbaar vaststaat dat een overheid bij mediation de a.b.b.b.'s in acht moet nemen, ongeacht de vraag of de mediation wordt toegepast naar aanleiding van een privaatrechtelijk of publiekrechtelijk geschil.

4.8.4 De invloed van de a.b.b.b.'s bij het toepassen van mediation

Zoals hiervoor beschreven gelden voor het bestuur bij het toepassen van mediation in de bezwaarschriftenfase de a.b.b.b.'s. Voor het toepassen van mediation in de bezwaarschriftfase zijn vooral de volgende a.b.b.b.'s relevant:

1. het beginsel van zorgvuldige voorbereiding;
2. het verbod op détournement de pouvoir;
3. het gebod op belangenafweging (het specialiteitsbeginsel);
4. het motiveringsbeginsel;
5. het gelijkheidsbeginsel;
6. het vertrouwensbeginsel;

In de volgende paragrafen besteed ik per a.b.b.b. aandacht aan de mogelijke knelpunten die een a.b.b.b. kan opleveren wanneer een bestuursorgaan en een bezwaarmaker beslissen om te proberen door middel van mediation hun geschil te beslechten.

1. Het beginsel van zorgvuldige voorbereiding

In artikel 3:2 Awb is bepaald dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen dient te vergaren. Deze norm, die ingevolge artikel 3:1, eerste lid Awb ook geldt voor vaststellingsovereenkomsten tussen overheid en

¹¹⁷ Scheltema, AB Klassiek, zesde druk, Deventer 2009, p.198

¹¹⁸ HR 27 maart 1987, AB 1987, 273

¹¹⁹ Scheltema, AB Klassiek, zesde druk, Deventer 2009, p.194 en 195

bestuur, eist dat het bestuur zowel bij het aangaan van een (vaststellings)overeenkomst als bij het nemen van een besluit, zorgvuldig handelt en kennis vergaart over de voor het besluit relevante feiten en omstandigheden.¹²⁰

Een bestuursorgaan kan dus bij mediation niet zomaar een aantal feiten en omstandigheden die van belang zijn terzijde schuiven om het geschil met bezwaarmaker en eventuele andere belanghebbenden te beslechten en een vaststellingsovereenkomst op te stellen.

Bovendien behoren potentiële contractpartners van het bestuursorgaan op grond van dit beginsel zorgvuldig te worden benaderd. Vanwege de ongelijkheid van partijen is het niet ondenkbaar dat een zorgvuldige benadering inhoudt dat het bestuursorgaan de wederpartij voldoende dient te informeren over de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst, waarbij de wederpartij bovendien in de gelegenheid dient te worden gesteld daarover juridisch advies in te winnen.¹²¹

Tolsma heeft in haar proefschrift over de juridische aspecten van bemiddeling bij de bestuurlijke besluitvorming onderzocht of het zorgvuldigheidsbeginsel zo ver strekt dat een bemiddelende rol van het bestuursorgaan mag worden verlangd als tegen een besluit bezwaar is ingediend. Zij kwam tot de volgende conclusie¹²²:

“de literatuur en de jurisprudentie over het zorgvuldigheidsbeginsel bieden aanknopingspunten voor een bemiddelende rol van het bestuur in de besluitvormingsfase. Opmerkelijk is dat het bestuur door de voorzieningenrechter in een tweetal gevallen uitdrukkelijk op zijn bemiddelende rol is gewezen. De onderzoeksplicht van artikel 3:2 Awb omvat in deze jurisprudentie de plicht voor het bestuur om de mogelijkheid van een minnelijke oplossing te onderzoeken. Uit de functie die de wetgever heeft toegekend aan de hoorplicht, blijkt dat het bestuur een bemiddelende rol mag aannemen. Indien het bestuur beschikt over beleidsvrijheid, dan kan een bemiddelende rol van het bestuur nodig zijn om de materiële eisen te verwezenlijken, die ingevolge artikel 3:4 Awb gesteld worden aan de inhoud van een besluit. De kern van artikel 3:4 Awb is dat het bestuur uiteindelijk een besluit neemt waarmee de lasten van burgers zoveel mogelijk worden beperkt. Dit vloeit voort uit het beginsel van de minste pijn, het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten.

Deze conclusie kan naar mijn mening ook worden toegepast op de vraag of op het bestuursorgaan de verplichting rust om met toepassing van de artikelen 3:2 en 3:4 Awb te onderzoeken of mediation na het indienen van een bezwaar tegen een besluit tot de mogelijkheden behoort. Immers in beide situaties betreft het een alternatieve vorm van geschilbeslechting.

2. Het verbod op détournement de pouvoir

Het verbod van détournement de pouvoir houdt in dat het bestuursorgaan de bevoegdheid tot het nemen van een besluit niet voor een ander doel mag gebruiken dan waarvoor die bevoegdheid is bedoeld.

Dit verbod is gecodificeerd in artikel 3:3 Awb.

¹²⁰ Addink, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, Deventer, Kluwer 1999, p.386

¹²¹ De Graaf, Schikken in het bestuursrecht, Boom juridische uitgevers, 2004, p.39

¹²² Tolsma, p. 24

Het verbod van détournement de pouvoir omvat tweeërlei: a. Overheidsbevoegdheden mogen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van het algemeen belang (dus niet worden ingezet vanwege persoonlijke motieven); en b. binnen het algemeen belang mogen de bevoegdheden alleen worden aangewend voor de specifieke doeleinden die de wetgever voor ogen heeft gehad.¹²³ Dit houdt in dat een bestuursrechtelijke bevoegdheid niet mag worden misbruikt door die uit te oefenen ten behoeve van rechtens niet relevante belangen.

Op deze wijze beperkt het verbod van détournement de pouvoir in samenhang met het specialiteitsbeginsel de mogelijkheden van het bestuur om aan bijvoorbeeld vergunninghouder voorwaarden te stellen aan het uitoefenen van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Indien bij een besluit of schikking het uitoefenen van een publiekrechtelijke bevoegdheid afhankelijk wordt gesteld van voorschriften of voorwaarden die in onvoldoende mate proportioneel of redelijk zijn ten opzichte van de algemene belangen die door het betreffende besluit dienen te worden beschermd, moet het handelen van het bestuur als onrechtmatig worden gekwalificeerd op grond van het verbod van détournement de pouvoir¹²⁴. Contractpartijen dienen er rekening mee te houden dat bij onderhandelingen over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden gehandeld moet worden binnen de kaders van die bevoegdheid.

Een nadere uitleg van dit beginsel beschrijf ik hieronder.

Als er détournement de pouvoir in het spel is, zullen vaak tenminste twee wettelijke bepalingen worden overtreden: niet alleen artikel 3:3 Awb, maar ook de bepaling waarop de gehanteerde bevoegdheid berust. Vaak zal de rechter dan alleen vernietigen wegens strijd met laatstgenoemde bepaling, artikel 3:3 Awb kan worden gezien als een hulpregel, een interpretatienorm: het betekent dat de voor een bepaald doel gegeven bevoegdheid uitsluitend voor dat doel mag worden aangewend. De jurisprudentie biedt betrekkelijk weinig voorbeelden van uitdrukkelijke vernietigingen van besluiten wegens détournement de pouvoir¹²⁵.

Een geval waarin de Hoge Raad oordeelde dat het verbod van détournement de pouvoir wel werd geschonden, was de zaak die centraal stond in het arrest Alkemade-Hornkamp.¹²⁶ De Hoge Raad oordeelde dat de gemeente, door bij de aan haar toekomende bevoegdheid om vrijstelling te weigeren en die vrijstelling vervolgens afhankelijk te stellen van de contractuele aanvaarding door Hornkamp van de voorwaarde betreffende verkoop of verhuur aan uitsluitend ingezetenen en/of economisch gebonden van de gemeente, de aan haar verleende bevoegdheid voor een ander doel heeft gebruikt dan waarvoor zij is verleend.

¹²³ VWK, 337

¹²⁴ De Graaf, p.36

¹²⁵ VWK, p.337

¹²⁶ HR 3 april 1998 AB 1998, 241, NJ 1998, 388.

3. Het motiveringsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel

3.1 Het motiveringsbeginsel

Volgens artikel 3:46 Awb dient een besluit te berusten op een deugdelijke motivering. Het artikel codificeert het uit vroegere rechtspraak bekende motiveringsbeginsel dat meestal werd omschreven als het a.b.b.b. dat vereist dat de motivering de beschikking of het besluit moet kunnen dragen.¹²⁷

In paragraaf 4.2.1. van deze scriptie heb ik aan de hand van artikel 3:1, tweede lid Awb en 3:14 BW (schakelbepaling) al beschreven dat een bestuursorgaan ook bij het gebruik van privaatrecht gebonden is aan de a.b.b.b.'s en dat het IKON arrest van de Hoge Raad belangrijk was voor toetsing van overheidsoptreden door de burgerlijke rechter aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Artikel 3:1, tweede lid Awb bepaalt dat 'op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten de afdeling 3.2 tot en met 3.4 van overeenkomstige toepassing zijn, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet.

Echter het motiveringsbeginsel is beschreven in afd. 3.7 Awb. Deze afdeling valt daarom buiten de reikwijdte van artikel 3:1, tweede lid Awb. Artikel 3.14 BW heeft weliswaar een ruimere strekking doordat in die bepaling staat dat 'een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven recht. Maar een besluit in de zin van artikel 1:3, tweede lid Awb wordt niet toegepast vanwege een bevoegdheid krachtens het burgerlijk recht. Blijft over het IKON-arrest, waarin, zoals in paragraaf 4.2.1 is gesteld, is uitgesproken dat het niet is uitgesloten dat ook het motiveringsbeginsel van toepassing is bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst.

Naar mijn mening is het motiveringsbeginsel niet direct van invloed op het sluiten van een vaststellingsovereenkomst. Een bestuursorgaan is verplicht besluiten kenbaar en deugdelijk te motiveren. Dit geldt niet alleen voor een besluit op grond van een publiekrechtelijke grondslag, maar ook voor de beslissing om een vaststellingsovereenkomst te sluiten. Deze a.b.b.b. zal voornamelijk een 'normerende invloed' hebben waarmee het bestuursorgaan wel rekening dient te houden.

3.2. Het gelijkheidsbeginsel

Het gelijkheidsbeginsel is een a.b.b.b. en een algemeen rechtsbeginsel, zie bijvoorbeeld artikel 1 van de Grondwet, dat overigens niet nogmaals expliciet in de Awb is opgenomen. Het beginsel gebiedt het bestuursorgaan om in gelijke gevallen gelijk te handelen en in ongelijke gevallen ongelijk, naar de mate waarin zij verschillen.

De Graaf stelt dat het gelijkheidsbeginsel de mogelijkheden van consensuele geschilbeëindiging in het bestuursrecht aanzienlijk beperkt.¹²⁸

De Graaf vervolgt zijn redenering dat dit beginsel het bestuursorgaan dwingt om stelselmatig en consistent op te treden. Dit brengt met zich mee dat het optreden van het bestuur precedentwerking kan hebben voor een voldoende vergelijkbaar geval. Toepassing van het gelijkheidsbeginsel op

¹²⁷ Van Buuren, Awb, TenC, p. 105.

¹²⁸ De Graaf, p.37

overeenkomsten tussen een bestuursorgaan en een belanghebbende kan uiteindelijk tot reële beperkingen leiden van de schikkingsmogelijkheden. Het toekennen van voordeel aan een bepaalde belanghebbende door middel van een overeenkomst staat op gespannen voet met het gelijkheidsbeginsel, omdat vervolgens in vergelijkbare gevallen op dezelfde wijze dient te worden gehandeld.

Hoewel ik onderschrijf dat het bestuursorgaan bij mediation en hierna bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst moet onderzoeken of de zaak die aan de orde is uniek is of overeenkomsten met een andere zaak vertoont (en als deze gelijk is aan een ander geval moet het bestuursorgaan op dezelfde wijze handelen), lijkt het mij dat in de praktijk identieke situaties te verwaarlozen zijn. Er wordt dan ook bij de rechter zelden met succes een beroep op dit beginsel gedaan omdat gevallen nooit exact gelijk zijn en vaak zijn de verschillen tussen twee gevallen voor de te nemen besluiten zodanig relevant dat de besluiten niet gelijk (hoeven) uit (te) vallen.¹²⁹

In aansluiting op wat ik in deze paragraaf heb beschreven, beschrijf ik hieronder aan de hand van een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Abrs) een situatie waarin het gelijkheidsbeginsel in combinatie met het motiveringsbeginsel het sluiten van een vaststellingsovereenkomst kan begrenzen.

Het betreft een uitspraak van de Abrs¹³⁰, waarbij het college van burgemeester en wethouders van Utrecht aan Hennes en Mauritz (H&M) een last onder dwangsom hebben opgelegd om op het pand op het perceel Steenweg 34 in Utrecht de aangebrachte reclame-uitingen te verwijderen en verwijderd te houden. Het betoog van H&M dat voor mijn redenering van belang is, luidde, samengevat, dat de rechtbank niet heeft onderkend dat het college handelt in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het verbod op willekeur omdat het college andere winkeliers niet controleert op vergunningplicht op etalages op een afstand van minder dan 0,5 meter van de ramen van winkels. Daarnaast maakt het college niet duidelijk of andere afbeeldingen op folie of folie zonder afbeeldingen ook als reclame worden aangemerkt. Verder treedt het college volgens H&M niet op tegen andere winkels die hun ramen met folie beplakken.

De Abrs redeneert als volgt. Het gelijkheidsbeginsel vergt evenwel een consistent en doordacht bestuursbeleid. Het veronderstelt dat het bestuur welbewust richting geeft en derhalve een algemene gedragslijn volgt ten aanzien van zijn optreden in vergelijkbare gevallen. H&M heeft in het kader van haar beroep op het gelijkheidsbeginsel reeds in de bezwaarfase een aantal volgens haar vergelijkbare gevallen genoemd, ze heeft haar betoog met foto's onderbouwd en dit betoog bij de rechtbank en de Abrs steeds herhaald. Het lag op de weg van het college om aannemelijk te maken dat geen sprake is van rechtens vergelijkbare gevallen. Het college is hierin niet geslaagd omdat zij niet is ingegaan op de relevante verschillen tussen de aan de orde gestelde panden, de aangebrachte beplakkingen en

¹²⁹ VVK, p.335

¹³⁰ LJN: BD3618, Raad van State, 200707396/1

de relaties tussen het pand en de beplakking. Verder is gebleken dat het college tegen H&M is opgetreden na eigen constatering. Bij andere winkels is het college opgetreden naar aanleiding van het beroep van H&M op het gelijkheidsbeginsel. Daarnaast is na constatering van een overtreding aan H&M een vooraankondiging last onder dwangsom of last onder bestuursdwang gestuurd, terwijl aan de overige winkeliers na constatering van de overtreding een informatieve brief is gestuurd. Hieruit blijkt een verschil in handelswijze tussen het optreden jegens H&M en jegens andere winkels.

Ondanks dat H&M een beroep doet op het gelijkheidsbeginsel, vernietigt de ABR het besluit op bezwaar van het college van Utrecht omdat, gelet op het bovengenoemde, geen deugdelijke motivering ten grondslag ligt aan het besluit.

Wanneer een belanghebbende aan het college verzoekt om mediation en er op wijst dat het college in vergelijkbare gevallen ook heeft ingestemd met mediation, dan dient het college naar mijn mening goed te motiveren waarom het niet instemt met dit verzoek. Wanneer het college onvoldoende uitlegt waarom het verzoek anders is dan de gestelde vergelijkbare gevallen, is er gelet op de H&M jurisprudentie strijd met het motiveringsbeginsel.

4. Het vertrouwensbeginsel

Het vertrouwensbeginsel verlangt dat bestuursorganen gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen niet mogen beschamen. Wie op goede gronden meende te mogen vertrouwen dat een bestuursorgaan een bepaald beleid zou voeren en op grond hiervan een bepaald besluit zou nemen, wordt door het vertrouwensbeginsel beschermd. Dit zal met name het geval zijn wanneer iemand op grond van dat vertrouwen dingen heeft gedaan die hij anders niet, of op een andere wijze zou hebben gedaan. Of een verwachting door het vertrouwensbeginsel wordt beschermd, hangt af van wie de verwachting heeft gewekt, welke verwachtingen in redelijkheid mochten worden gekoesterd ten gevolge van het handelen, hangt af van factoren zijn die zich verzetten tegen het honoreren van het vertrouwen zoals een wettelijke regeling of het algemeen belang.¹³¹

Het rechtskarakter van de vaststellingsovereenkomst na mediation brengt mee dat partijen gebonden zijn aan de in die overeenkomst besloten liggende vaststellingen, zodat de partijen erop mogen vertrouwen dat de eventuele verplichtingen die in een dergelijke overeenkomst zijn opgenomen, zullen worden uitgevoerd¹³². Niet nakoming van een overeenkomst kan leiden tot een in gebreke stelling wegens wanprestatie.

Wanneer een bestuursorgaan met een contractpartij een vaststellingsovereenkomst sluit, zal deze het bestuursorgaan dus in sterke mate binden. Wanneer het bestuursorgaan zich bindt om met toepassing van de artikelen 6:18 Awb en 6:19 Awb een gewijzigd besluit te nemen, zal het deze in beginsel, mede gezien het vertrouwensbeginsel, moeten uitvoeren.

¹³¹ VWK, p. 326

¹³² zie bijvoorbeeld Hoge Raad, 11 juli 2008LJN: BA0613

Toch moeten de contractpartijen er rekening mee houden dat het bestuursorgaan kan beslissen af te wijken van de vaststellingsovereenkomst indien het individuele belang van de contractpartner niet opweegt tegen de schade die daardoor aan het algemeen belang of de belangen van derden wordt toegebracht.¹³³ Uit het arrest GCN/Nieuwegein II, overweegt de Hoge Raad¹³⁴ dat voor een geslaagd beroep op onvoorziene omstandigheden ingevolge artikel 6:258 BW onder meer moet worden gelet op de aard van de overeenkomst en de aard van de overheidstaak waar het overheidslichaam zich op beroept. Er kan sprake zijn van zodanige omstandigheden dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verwachten. Als het publieke belang een actie tot nakoming verlangt, is het bestuursorgaan in beginsel wel gehouden tot het vergoeden van de hierdoor ontstane schade.

5. Het formele en het materiële rechtszekerheidsbeginsel

Het formele rechtszekerheidsbeginsel houdt in dat bestuursbesluiten duidelijk moeten zijn en ondubbelzinnig moeten zijn geformuleerd. De betekenis van een besluit mag niet afhankelijk zijn van uitleg door een ander. Wie geconfronteerd wordt met een overheidsbesluit, moet kunnen weten waar hij aan toe is. Hierdoor dient een wederpartij dus ook bij mediation te weten waar hij aan toe is en is een bestuursorgaan gehouden dit beginsel in acht te nemen bij de onderhandelingen en bij het sluiten van een overeenkomst met een bezwaarmaker of andere belanghebbenden.

Het materiële rechtszekerheidsbeginsel betekent vooral dat het geldende recht ook moet worden toegepast en dat besluiten niet met terugwerkende kracht mogen worden gewijzigd ten nadele van betrokken burgers.

In een opsomming van beginselen van behoorlijk bestuur wordt vaak als afzonderlijk beginsel het verbod van kennelijk onredelijke belangenafweging genoemd, dikwijls aangeduid als 'willekeurverbod'¹³⁵. Het willekeurverbod is gecodificeerd in artikel 3:4, tweede lid Awb. In dit artikel is bepaald dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot het met het besluit te dienen doelen.

De rechter kan een vaststellingsovereenkomst of een besluit toetsen aan de hand van de vraag of het bestuursorgaan onder afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid tot die overeenkomst of dat besluit heeft kunnen komen. Hiervoor geldt wel dat de rechter een marginale toets uitvoert.

6. Artikel 3:4 lid 2 Awb: het evenredigheidsbeginsel

Het tweede lid van artikel 3:4 Awb codificeert ook het evenredigheidsbeginsel. Uit het evenredigheidsbeginsel kunnen een drietal eisen worden afgeleid:¹³⁶

1. de lasten die uit een besluit voortvloeien, mogen voor belanghebbenden niet zwaarder zijn dan strikt noodzakelijk;

¹³³ De Graaf, p. 38

¹³⁴ HR 23 juni 1989, AB 1989, 551

¹³⁵ VWK, p. 344

¹³⁶ VWK, p. 328-333

2. de lasten van een besluit mogen niet onevenredig zwaar zijn in verhouding tot de doelen die het besluit dient;
3. onevenredig nadelige gevolgen van een besluit mogen niet ten nadele van een individu, of een beperkte groep burgers of instellingen komen, maar moeten gelijkmatig over de gemeenschap worden verdeeld. Dit beginsel wordt ook wel het rechtsbeginsel van 'égalité devant les charges publiques' of het égalitébeginsel genoemd.¹³⁷

Gelet op deze drie eisen moet een bestuursorgaan bij de totstandkoming van een vaststellings-overeenkomst zich er steeds van vergewissen of het resultaat van mediation (de vaststellingsovereenkomst) voor belanghebbenden niet onevenredig zware prestaties of lasten met zich meebrengt.

4.8.5 Conclusie

Een bestuursorgaan dient bij het gebruik van het publiekrecht als het privaatrecht alle a.b.b.b.'s in acht te nemen. Een aantal a.b.b.b.'s werkt normerend. Bijvoorbeeld het motiverings-, zorgvuldigheidsbeginsel dwingen bestuursorganen tot zorgvuldige voorbereiding van de overeenkomst en tot motivering van het besluit tot het aangaan van de overeenkomst en eventueel tot deugdelijke motivering van het besluit dat voortvloeit uit deze overeenkomst.

Daarnaast heeft een aantal a.b.b.b.'s een belemmerende werking op het sluiten van een vaststellingsovereenkomst. Het verbod op détournement de pouvoir begrenst de mogelijkheden van bestuursorganen om in een vaststellingsovereenkomst aan de contractpartij voorwaarden te stellen die het bestuursorgaan niet had kunnen stellen bij een besluit. Op grond van het gelijkheidsbeginsel behoren er geen ongerechtvaardigde verschillen te bestaan tussen vergelijkbare gevallen. Tot slot zijn bestuursorganen in principe gebonden aan hetgeen is overeengekomen in de vaststellingsovereenkomst.

4.9 Wat is de invloed van de Wet openbaarheid van bestuur op mediation in het bestuursrecht?

In deze paragraaf beschrijf ik dat er een spanningsveld is tussen de Wet openbaarheid van bestuur en de geheimhoudingsverplichting van het bestuursorgaan en zijn contractpartijen in de vaststellingsovereenkomst in het kader van een mediation.

4.9.1 Geheimhouding

In de meeste mediationprocedures is het uitgangspunt dat alles wat ter sprake komt vertrouwelijk is en later niet mag worden gebruikt voor eigen gewin. Er bestaat echter geen wettelijke geheimhoudingsplicht voor uit mediation verkregen informatie. Een geheimhoudingsverplichting van partijen moet dan ook contractueel worden vastgelegd. Wanneer dit niet gebeurt, dreigt in een procedure voor de rechter steeds het gevaar dat de inhoud van de mediation naar buiten wordt gebracht.¹³⁸ Wanneer er echter wel een contractuele geheimhoudingsverplichting bestaat en deze

¹³⁷ Van Buuren, Awb, TenC, p.71

¹³⁸ Brenningmeijer 259

wordt overtreden, pleegt de betreffende partij wanprestatie, waarna er een vordering tot schadevergoeding kan worden ingesteld.

4.9.2 Wet openbaarheid van bestuur

Op grond van artikel 3 van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) heeft in beginsel een ieder recht om aan een bestuursorgaan te verzoeken om openbaarmaking van documenten die een nader aan te geven bestuurlijke aangelegenheid betreffen. Hierbij kan worden gedacht aan bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk document, maar ook aan ander materiaal zoals foto's of elektronische bestanden. Wanneer een bestuursorgaan als partij bij een mediation is betrokken, zijn de verslagen van mediationbijeekomsten, de vaststellingsovereenkomst en alle andere informatie aan te merken als documenten die een bestuurlijke aangelegenheid betreffen.

Op grond van de Wob rust op het bestuursorgaan in beginsel de verplichting om informatie die is neergelegd in documenten en een bestuurlijke aangelegenheid betreffen, op verzoek van een derde openbaar te maken. Uitzonderingen hierop vormen de gronden die zijn genoemd in artikel 10 van de Wob. In dit artikel is overigens niet de uitzondering opgenomen voor het verstrekken van informatie met betrekking tot een mediationprocedure waarbij een bestuursorgaan is betrokken.

Gelet op het voorgaande kan op voorhand geconcludeerd worden dat de eis van openbaarheid van bestuur zoals deze is neergelegd in de Wob, van invloed is op het vertrouwelijke karakter van mediation. Onderstaande uitspraak van rechtbank Assen bevestigt deze conclusie.

4.9.3 Jurisprudentie

Het vonnis van de rechtbank Assen van 31 maart 2009 bevestigt dat de Wob prevaleert boven de geheimhouding van de documenten van het mediationtraject.¹³⁹ De casus was als volgt:

Het college van burgemeester en wethouders van Westerveld hebben besloten inzage te weigeren in de rapporten die hebben geleid tot de schorsing van de directeur van de basisschool. Het verzoek om openbaarmaking is afgewezen op grond van de Wob vanwege het onevenredig benadelen van betrokkenen. Daarbij is volgens het college van belang dat er tussen partijen een mediationtraject is afgerond waarbij in de vaststellingsovereenkomst onder andere is vastgelegd dat de gemeente en de directeur zich terughoudend opstellen en geen inhoudelijke of negatieve uitlatingen doen over het arbeidsgeschil.

Het college is van mening dat naast onevenredige benadeling van betrokkenen ook de verplichting van geheimhouding reden is om het verzoek om documenten op grond van de Wob te weigeren en dat deze belangen zwaarder wegen dan de belangen van openbaarmaking.

De rechtbank is echter een ander oordeel toegedaan. De rechtbank oordeelt dat de vaststellingsovereenkomst partijen slechts in de tussen *hen* bestaande rechtsverhouding kan binden. Het staat partijen vrij in het kader van deze rechtsverhouding afspraken te maken over geheimhouding van bepaalde informatie, maar indien een derde een beroep doet op een mogelijke wettelijke plicht tot

¹³⁹ LJN:08/232 LJN: BH9172

openbaarmaking op grond van de wet, kunnen de door de gemeente en de directeur gemaakte afspraken daaraan niet in de weg staan. Nakoming van (de geheimhoudingsplicht uit) een overeenkomst is dan ook niet een in de Wob genoemde absolute of relatieve weigeringsgrond. Dit staat er echter niet aan in de weg dat de belangen die door de gemeente bij de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst zijn gewogen, ook in het kader van de Wob een rol kunnen spelen, zij het dat deze vervolgens tegen het belang van de openbaarheid dienen te worden afgewogen. Het gaat daarbij niet om de waarde van de geheimhoudingsplicht, maar om het voorkomen van onevenredige benadeling van partijen.

De rechtbank oordeelde dat het college inzage dient te verschaffen in de gevraagde documenten, waarbij per onderdeel van de in het geding zijnde documenten de vraag dient te worden beantwoord of sprake is van strikt persoonlijke gegevens en of aan de belangen van de afzonderlijke ambtenaar een zodanig gewicht toekomt dat openbaarmaking van de gevraagde gegevens achterwege mag blijven. Deze belangen kunnen afdoende worden beschermd door anonimisering en/of beperking van de openbaarmaking tot gedeelten van de documenten.

4.9.4 Conclusie

Uit de Wob en de besproken uitspraak van de rechtbank is af te leiden dat het vertrouwelijke karakter van mediation waarbij een bestuursorgaan betrokken is, in het geding is.

Dit is naar mijn mening geen reden voor het bestuursorgaan om af te zien van mediation, maar het is wel een beperkende factor waarmee het bestuursorgaan en de contractpartijen rekening moeten houden. De contractpartners moeten zich er van bewust zijn dat wanneer ze met een bestuursorgaan een traject van mediation inslaan, het vertrouwelijke karakter ervan niet gegarandeerd kan worden. Partijen kunnen er voor kiezen om in de vaststellingsovereenkomst afspraken te maken over de mate van vertrouwelijkheid. Het is uiteraard ook mogelijk dat een contractpartij weinig waarde hecht aan het belang van vertrouwelijkheid, zodat hij er geen bezwaar tegen heeft als het bestuursorgaan documenten over de mediation openbaar dient te maken.

Daarnaast is het in verband met de mogelijke verplichting tot openbaring van informatie te overwegen om zo weinig mogelijk documenten op te stellen. De vertrouwelijkheid van de mediationbijeentkomsten kan het beste worden gewaarborgd als er geen gespreksverslagen worden gemaakt. Er kan bijvoorbeeld voor gekozen worden, om een 'verslag op hoofdlijnen' op te stellen en alleen de gemaakte afspraken vast te leggen.

Uit bovenstaande uitspraak blijkt dat het bestuursorgaan een verzoek op grond van de Wob kan afwijzen op grond van het voorkomen van onevenredige benadeling of het eerbiedigen van de persoonlijke levenssfeer. Op het bestuursorgaan rust dan wel de plicht om bij ieder verlangd document te beoordelen of er sprake is van strikt persoonlijke gegevens en of aan de belangen het eerbiedigen van de persoonlijke levenssfeer een zwaarder gewicht toekomt dan het openbaar maken van de gevraagde documenten.

Hoofdstuk 5

Conclusies en aanbevelingen

De laatste tien jaren hebben steeds meer overheden gezocht naar alternatieve methoden om bezwaarschriften te behandelen. Aanleiding hiervoor was enerzijds het onvoldoende functioneren van de bezwaarschriftprocedure. Anderzijds beschouwden overheden alternatieve geschilbeslechting, waaronder mediation, als instrument tegen de overmatige juridisering in het openbaar bestuur.

Een bestuursorgaan kan echter niet zonder meer besluiten om via mediation een geschil op te lossen en vervolgens hetgeen is afgesproken in een vaststellingsovereenkomst vastleggen. In deze scriptie heb ik een aantal juridische aspecten beschreven die contractpartijen bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst en een bevoegdhedenovereenkomst niet uit het oog mogen verliezen. In de eerste plaats zijn dat het legaliteits- en specialiteitsbeginsel. Beide beginselen vormen een belemmering om mediation toe te passen. Uitgangspunt is immers dat de positie van de overheid als contractpartij een wezenlijk andere is dan die van een particulier. Dat komt omdat de overheid geacht wordt het algemeen belang te behartigen.

De bijzondere positie waarin de overheid zich bevindt, brengt met zich mee dat de overheid zich niet zonder meer kan conformeren aan de regels van mediation. Een belemmerende factor voor het sluiten van een vaststellingsovereenkomst is dat een bezwaarschrift tegen een besluit met een dwingendrechtelijk karakter of een gebonden beschikking niet voor mediation in aanmerking komt. Hooguit kan de discussie gaan over de vraag of het bestuursorgaan de wettelijke regels goed heeft uitgevoerd. Toch heb ik aan de hand van enkele voorbeelden aangetoond dat ook bij een bezwaarschrift tegen een besluit op grond van een gebonden beschikking, mediation mogelijk is. Het bleek mogelijk om binnen de wettelijke kaders een oplossing te vinden voor het geschil. Het bestreden besluit werd ingetrokken. Hiervoor in de plaats werd een nieuw besluit genomen, waarmee alle belanghebbenden zich konden verenigen. Het bestuursorgaan dient naar mijn mening in dergelijke situaties uitdrukkelijk aan te geven dat het bereid is om 'mee te denken' over oplossingen, maar dat het niet als contractspartij deelneemt aan de mediation.

In het geval een bestuursorgaan en contractspartijen besluiten om mediation volgens de normen van het NMI toe te passen naar aanleiding van een bezwaarschrift, sluiten zij bij een succesvolle mediation een vaststellingsovereenkomst. Vaak komt het voor dat wordt overeengekomen dat het bestuursorgaan een nieuw besluit neemt. Tegen dit nieuwe besluit kunnen belanghebbenden wederom rechtsmiddelen aanwenden. Partijen kunnen wel tot overeenstemming zijn gekomen, echter voor belanghebbenden die niet aan de mediation hebben deelgenomen, staan nog steeds de mogelijkheden van bezwaar of beroep open tegen het besluit dat voortvloeit uit de vaststellingsovereenkomst. Het sluiten van een vaststellingsovereenkomst betekent dus niet altijd dat het geschil beslecht is. Ik heb in paragraaf wel 3.8 beschreven dat partijen die hebben deelgenomen aan de mediation en de vaststellingsovereenkomst hebben ondertekend, niet nog eens via de

bestuursrechtelijke weg het besluit dat volgt uit de mediation kunnen aanvechten. Dit zal leiden tot een niet-ontvankelijk beroep.

De basis van mediation is vrijwilligheid, vertrouwelijkheid en beslotenheid. Deze eisen maken het mogelijk dat partijen met elkaar in overleg kunnen treden en vrijuit met elkaar van gedachten kunnen wisselen over hun achterliggende belangen en de oorsprong van het conflict. De Wet Openbaarheid van bestuur echter verplicht bestuursorganen tot informatieverstopping over bestuurlijke aangelegenheden aan een ieder die hierom verzoekt. De genoemde uitgangspunten van mediation kunnen hiermee in het geding komen. Jurisprudentie wijst uit dat partijen die met bestuursorganen een vaststellingsovereenkomst sluiten er rekening mee moeten houden dat de vertrouwelijkheid en beslotenheid niet zonder meer gegarandeerd kan worden.

Tot slot dient een overheid te allen tijde de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. Ook bij de voorbereiding tot het sluiten van een vaststellingsovereenkomst zijn voor de overheid, ter bescherming van de burger, de a.b.b.b.'s van toepassing. Niet alle a.b.b.b.'s wegen even zwaar. Een aantal a.b.b.b.'s heeft voor bestuursorganen een beperkende werking, zoals het verbod op détournement de pouvoir. Anderen zijn meer normerend van aard, zoals het motiverings-, zorgvuldigheidsbeginsel.

Is mediation een beter alternatief dan de reguliere bezwaarschriftprocedure

Een bestuursorgaan dat procedures goed hanteert en deugdelijke besluiten neemt 'wint' bij een geschil vaak een juridische procedure. Echter de burger of een bedrijf die heeft geageerd tegen dit besluit blijft dan vaak gefrustreerd en vol onbegrip achter. Mediation kan door haar uitgangspunten draagvlak en begrip creëren voor het bestuurshandelen.

In deze scriptie heb ik een aantal belemmerende en normerende aspecten beschreven waarmee partijen rekening moeten houden als ze besluiten tot mediation met een bestuursorgaan. Deze aspecten zorgen ervoor dat mediation in de bezwaarschriftprocedure complexer is dan mediation op andere terreinen zoals echtscheidingszaken. Echter, dit moet er naar mijn mening niet aan de in de weg staan dat mediation niet kan worden toegepast in deze fase. Wanneer een bestuursorgaan de bovengenoemde belemmerende en normerende aspecten als randvoorwaarde voor toepassing van mediation hanteert en daarnaast indicaties en contra-indicaties stelt, kan mediation in de bezwaarschriftprocedure een aantrekkelijk alternatief zijn ten opzichte van de reguliere bezwaarschriftprocedure. Indicaties voor een gemeente om in de bezwaarschriftprocedure te besluiten tot mediation, zijn naar mijn mening:

- De gemeente is als partij betrokken bij het geschil. De gemeente zou naar mijn mening niet als partij betrokken moeten zijn naar aanleiding van een bezwaarschrift waarbij een dwingend rechtelijk voorschrift ten grondslag ligt aan het bezwaar.
- Er is sprake van een emotionele component in het geschil;
- Het gaat om een juridisch geschil maar er is daarnaast ook een 'achterliggend probleem';
- Partijen hebben de wil om tot een oplossing te komen;
- Partijen willen zelf greep houden op het proces om tot een oplossing van het conflict

te komen. Het moet daarom niet gaan om een principekwestie. Deze bezwaren kunnen beter via de formele weg worden behandeld zodat de rechter er na het indienen van een beroepschrift een oordeel over kan geven;

- Er is bij partijen voldoende onderhandelingsruimte om tot een oplossing te kunnen komen kortom, men is bereid om water bij de wijn te doen;
- De deelnemers aan mediation hebben mandaat om daadwerkelijk toezeggingen te kunnen doen (dit speelt met name wanneer de gemeente zelf partij is in het geschil of wanneer het gaat om een belangengroepering of andere rechtspersoon).

Tenslotte

Als aan genoemde juridische randvoorwaarden en indicaties is voldaan, kan het bestuursorgaan voor mediation als alternatief voor de reguliere bezwaarschriftprocedure kiezen. Mediation moet dan wel zijn ingevoerd in de bedrijfsprocessen van de overheden en juridisch, bijvoorbeeld in een verordening, zijn gelegitimeerd. Als mediation eenmaal 'tussen de oren' zit bij bestuurders en medewerkers, zou er ook eens over kunnen worden nagedacht over het toepassen van mediation bij de voorbereiding van een besluit. Nu wordt mediation pas ingezet als het nodige is misgegaan en er een bezwaarschrift is ingediend. Met mediationachtige technieken/vaardigheden in de voorbereidingsfase van een besluit, kan het bestuursorgaan draagvlak en begrip voor het voorgenomen besluit creëren. Ik veronderstel dan ook dat hierdoor veel misverstanden, conflicten en dus bezwaren voorkomen kunnen worden.