

VAR-reeks

126

Alternatieven van en voor de bestuursrechter

Preadviezen uitgebracht door

Mr. B.J. van Ertekoen

Mr. M.A. Pach

Prof. dr. I.C. van der Vlies

Voor de algemene vergadering
van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht
op 11 mei 2001

Boom Juridische uitgevers

Den Haag

2001

Aanbevolen citeerwijze: VAR-reeks 126

© 2001 VAR, Vereniging voor Bestuursrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veeelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90 5454 098 2

NUGI 693

Inhoud

Alternatieven van de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn)	7
Mr. B.J. van Ettekoven	
Mediation in het bestuursrecht	
Het kan, het mag en het werkt	99
Mr. M.A. Pach	
Geschilbeslechting en conflictbehandeling, juridisch geregeld	145
Prof. dr. I.C. van der Vlies	
Bestuur en ereleden	209
Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR	210

Alternatieven van de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn)

*Mr. B.J. van Ettekoven**

1	Inleiding	9
1.1	Waarschuwing	9
1.2	Weerbericht	9
1.3	Inleiding	10
1.4	De taak van de (bestuurs)rechter	11
2	De factor tijd	13
2.1	Inleiding	13
2.2	Tijdige besluitvorming door het bestuur	14
2.2.1	Beslist het bestuur op tijd?	14
2.2.2	De toepassing van artikel 6:2 Awb	15
2.2.3	Het moet anders; voorstellen tot verbetering	17
2.2.3.1	Vóór het verstrijken van de termijn	17
2.2.3.2	Na het verstrijken van de termijn	17
2.2.3.3	De rol van de rechter	18
2.2.3.4	Verbeterde toepassing van artikel 6:2 Awb: zelfregulering of wetswijziging?	19
2.2.3.5	Een voorstel tot wetswijziging	23
2.3	De bestuursrechter, de procedure in (hoger) beroep en de redelijke termijn	25
2.3.1	Wat is een wenselijke doorlooptijd?	25
2.3.2	Over doorlooptijd, aanrakingstijd en werkvoorraad	27

* Alle meedenkers en meelezers wil ik hier dank zeggen, in het bijzonder Dick Allewijn, Jurjen Bade, Jaap Polak, Ben Schueler, Nico Verheij, Marc de Werd en mijn mede-adviseurs Manja Pach en Inge van der Vlies.

2.3.3	Zaaksmanagement: de drie zeven, screening en de poortzitting	30
2.3.4	Een wettelijke uitspraaktermijn voor de rechtbanken?	34
2.3.5	De wachtlijstproblematiek	35
2.3.6	Doorlooptijd versus kwaliteit; keuzes van het management	37
	Keuze 1: De inzet van rechters	38
	Keuze 2: Het tijdsbeslag van een zaak	38
	Keuze 3: De werkwijze: handwerk of delegatie?	41
	Keuze 4: Het roulatiebeleid	42
	Keuze 5: De rechter-plaatsvervanger	44
2.4	Overige suggesties tot verbetering	44
2.4.1	Het rechtstreeks beroep	44
2.4.2	De versnelde behandeling	46
2.4.3	De voorlopige voorziening	47
2.4.4	Appellabele tussenuitspraken en tussenbeslissingen?	49
2.5	De bijdrage van partijen aan de doorlooptijd	51
2.6	De factor tijd en ADR	52
3	De factor finaliteit	53
3.1	Inleiding	53
3.2	Opties voor verbetering	55
3.3	De bestuurlijke lus	58
3.4	De lussen nader bekeken	61
3.4.1	Herstel via een besluit, een voorgedragen beslissing of een schriftelijk stuk?	61
3.4.2	Tussenuitspraak of tussenbeslissing?	64
3.5	Nogmaals de lus; een poging tot uitwerking	68
3.5.1	Het schema	68
3.5.2	Toelichting op het schema	69
3.6	Een voorstel tot wijziging van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb	76
3.7	Zelf in de zaak voorzien	79
3.8	Tot slot	90
4	Stellingen	95

1 Inleiding

1.1 Waarschuwing

U gaat in mijn preadvies lezen, of – door tijdgebrek – er even in bladeren. Voordat u verder leest, wil ik u waarschuwen. De kans is niet gering dat wij, u en ik, het op een of meer punten oneens zijn.

Het lezen van dit preadvies kan dan ook leiden tot een meer of minder psychisch onbehagen en tot een zich gekwetst voelen.¹ Het kan voor u als betrokkene, want betrokken bij het bestuurs(proces)recht bent u, ook andere gevoelens van ongenoegen oproepen. De keus is aan u: doorlezen of niet.²

1.2 Weerbericht

Uit welke hoek waait de wind? Dit preadvies is geen wetenschappelijke verhandeling maar een aantal gedachten en suggesties van een productiemedewerker, die sinds 1985 onafgebroken werkzaam is in het bestuursrecht en sedert 1993 het fraaie beroep van bestuursrechter mag uitoefenen. Observaties en gedachten van een eerstelijnsrechter, werkzaam bij de Rechtbank Amsterdam (met zo'n 140 rechters) in een sector bestuursrecht (met zo'n 30 rechters). Een rechter, die als a-raio is opgeleid bij de Raden van Beroep in Amsterdam en Haarlem, de Ambtenarengerechten in dezelfde steden en bij de schorsingskolom van de toenmalige Afdeling rechtspraak van de Raad van State, die tot 1994 veel socialezekerheids- en ambtenarenzaken heeft gedaan, en die daarna vooral het algemene bestuursrecht heeft beoefend. Observaties vanuit de eerste lijn derhalve, gekleurd door de gegeven setting. Terzake.

1. Vrij naar CRvB 11 februari 1999, TAR 1999/54.

2. Ten onrechte bestaat de VAR-helpdesk voor acute hulp na lezing van preadviezen (nog) niet.

1.3 Inleiding

Het onderwerp van de vergadering doet veronderstellen dat er met de bestuursrechtspraak iets ernstig mis is. Immers, alternatieven van en voor de bestuursrechter zijn alleen nodig als de bestuursrechtspraak het niet goed doet. De vraag is dus of dat zo is. Fungeert de bestuursrechtspraak naar behoren? Is er maatschappelijke onrust? Nee, dat laatste niet. Maar er is wel een min of meer constante stroom kritische geluiden hoorbaar. Zo is er vanuit de hoek van het openbaar bestuur en de politiek geageerd tegen de juridisering, waar bestuursrechters een behoorlijke bijdrage aan zouden leveren, en tegen (te) ingrijpende uitspraken van bestuursrechters. Die kritiek is inmiddels gekanaliseerd. Een aantal voorstellen is uitgewerkt en heeft geleid tot voorstellen van wet ter verbetering van de procedures tot besluitvorming. Verder is juridisering door de Minister van Justitie geduid als met name meer een probleem van wetgeving, dan van rechtspraak.³ Het euvel moet volgens hem vooral worden bestreden met wetgevingskwaliteitsbeleid, teneinde soms te ingewikkelde, soms kwalitatief te magere of ondoelmatig georganiseerde wetgeving te voorkomen. Fijntjes wijst de minister er nog op dat een en ander niet betekent dat er geen problemen zijn in de rechtspraak. Het is van het grootste belang, aldus minister Korthals, dat de rechter zich bewust is en blijft van zijn staatsrechtelijke positie; de rechter moet, omdat hij geen democratische legitimatie heeft, de beleidsvrijheid van het bestuur respecteren en terughoudend toetsen. De Kwantum-uitspraak uit 1996⁴ wordt nog eens bejubeld.

Vanuit de hoek van de (sociale) advocatuur zijn andere geluiden hoorbaar. Daar is men van oordeel dat de bestuursrechter thans te weinig rechtsbescherming biedt door het verrichten van minder eigen feitenonderzoek, het minder raadplegen van (medisch) deskundigen en het (te) terughoudend toetsen van het besluit van het bestuursorgaan.

Meer recentelijk heeft J.E.M. Polak aandacht gevraagd voor het geringe vermogen van de bestuursrechtspraak tot effectieve geschilbeslechting.⁵ Hij noemt als oorzaken dat de wetgever de rechter te weinig gereedschap heeft meegegeven om finale geschilbeslechting te bewerkstelligen, de toetsing ex tunc, en het feit dat de Algemene wet bestuursrecht (Awb) te zeer procedureel gericht is. De rechter krijgt het verwijt veelal te kiezen voor de minst zware vernietigingsgrond, vage normen (te) marginaal te toetsen en het zelf in de zaak voorzien te eng te hebben ingevuld. Een en ander leidt tot een praktijk, aldus Polak, waarin gegrondverklaringen van het beroep meestal gepaard gaan met ver-

3. NJB 2000, p. 209-214.

4. ABRS 9 mei 1996, JB 1996/158, ook wel bekend als de Maxis Praxis-uitspraak.

5. J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak*, Deventer: Kluwer 2000.

nietigingen om formele redenen, waarin de bal een of meer keren wordt teruggelegd bij het bestuursorgaan en waar de burger uiteindelijk ten materiële niets mee opschiet. Polak bepleit een systeem waarbij pingpongen, waar noch burger noch bestuur tevreden mee zijn, zoveel mogelijk wordt voorkomen.

Soortgelijke kritiek is geuit door Barkhuysen c.s., die er vanuit mensenrechtelijk perspectief voor pleiten dat de bestuursrechter – meer dan hij nu doet – een geschil in volledige omvang beoordeelt en het niet laat bij de vaststelling dat een besluit onrechtmatig is wegens een formeel gebrek indien het besluit ook in materiële zin gebreken vertoont. De rechter zou veel meer gebruik moeten maken van de mogelijkheid zelf in de zaak te voorzien, aangezien langs die weg de bestuursrechtelijke procedure meer bijdraagt aan de oplossing van het geschil in materiële zin en daarmee daadwerkelijke rechtsbescherming verschafft in de zin van de artikelen 6 en 13 van het EVRM.⁶

Bij zoveel kritiek is er geen aanleiding om tevreden te zijn en achterover te leunen. Wel rijst de vraag of alle criticasters tevreden kunnen worden gesteld met de uitspraak van de rechter. De vraag vanuit de sociale advocatuur naar een meer indringende toetsing van overheidsbesluiten lijkt nu eenmaal moeilijk te verenigen met de wens van minister en bestuur tot een (meer) afstandelijke toetsing. Ook de oproep aan de rechter om vaker de rechtsbetrekking tussen burger(s) en bestuur zelf vast te stellen, lijkt op het eerste gezicht lastig te rijmen met de van overheidszijde bepleite afstandelijke opstelling van de rechter. Dit roept de vraag op wat eigenlijk van de bestuursrechter mag worden verwacht; wat is de taak van de bestuursrechter?

1.4 De taak van de (bestuurs)rechter

De taak van de (bestuurs)rechter raakt de kwaliteit van rechtspraak. Het onderwerp kwaliteit van rechtspraak is momenteel erg populair. Er wordt veel over gedacht en geschreven. Het pVRO-project kwaliteit vat onder kwaliteit niet alleen het juridisch-technische niveau van uitspraken, maar ook het rechterlijk functioneren, waaronder bejegening van justitiabelen, toegankelijkheid van rechter en gerechtsgebouw, enzovoort.⁷ In dat kader wordt thans aan de hand van de in de Verenigde Staten vormgegeven ‘Trial court performance standards’ getracht een stelsel van prestatie-indicatoren te maken, waarmee de kwaliteit van rechtspraak ook in Nederland kan worden gemeten. Klantwaardering zal daarbij een indicator zijn.

6. T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, Vijftig jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht, in het aan 50 jaar EVRM gewijde speciale NJCM-bulletin van maart 2000.

7. pVRO staat voor project Versterking Rechterlijke Organisatie.

Van alle kwaliteitsaspecten wil ik me beperken tot de taak van de rechter bij de concrete beoordeling en behandeling van geschillen. De taak van de rechter daarbij is mijns inziens om binnen een zo kort mogelijke termijn een rechtens juiste uitspraak te doen, die geschiloplossend werkt, of zoveel mogelijk bijdraagt aan finale geschilbeslechting. Daarbij moet de rechter zoveel mogelijk coherent geschillen beslechten.

Kwaliteit van rechtspraak wordt daarmee niet alleen bepaald door de juridisch-technische kwaliteit van de uitspraak, maar ook door de factoren tijd, finaliteit en rechtseenheid.

Hoewel alle vier de factoren belangrijk zijn voor de kwaliteit van de bestuursrechtspraak, zal ik me hierna concentreren op de factoren tijd (hoofdstuk 2) en finaliteit (hoofdstuk 3) en een aantal aspecten daarvan nader bespreken en uitwerken voor het bestuurs(proces)recht. Ik benader de problematiek daarbij met name vanuit de positie van de bestuursrechter.

De juridisch-technische kwaliteit van rechtspraak komt hierna niet afzonderlijk aan bod. Mijns inziens is in confesso dat die kwaliteit hoog moet zijn bij de rechtbank en zeer hoog bij de hogerberoepsrechters. Daar waar de bespreking van genoemde factoren de juridische-inhoudelijke kwaliteit raakt, zal ik dat op die plaats aangeven.

Ook de factor rechtseenheid laat ik hier onbesproken. Ten eerste omdat er een grens is aan wat in het kader van een preadvies besproken kan worden. Ten tweede omdat over (het gebrek aan) rechtseenheid al veel is en wordt gepubliceerd, denk bijvoorbeeld aan de wijze waarop de bestuursrechter in (hoger) beroep omgaat met artikel 8:69 Awb, waaronder de omvang van het geding en de vaststelling van de feiten. En ten slotte omdat het debat over de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie, en de voors en tegens van (partiële) integratie of concentratie, niet alleen wordt beheerst door de ratio maar vooral ook door de factoren emotie en macht. Om deze redenen geef ik er de voorkeur aan de op 11 mei beschikbare tijd niet ook met dit onderwerp te belasten.

2 De factor tijd

2.1 Inleiding

Wat is een acceptabele termijn voor een (definitieve) uitspraak van de bestuursrechter? Deze vraag kan worden gezien vanuit de optiek van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 van het EVRM. Het (mensen)recht op behandeling van een zaak binnen een redelijke termijn, dat slechts een minimum-waARBorg beoogt te geven, is van toepassing op het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen¹ en op het vaststellen van de (on)gegrondheid van een ingestelde vervolging (*criminal charge*, waaronder in ieder geval de bestuurlijke boete valt).

De vraag naar de redelijkheid van de termijn wordt in het kader van de toepassing van artikel 6 EVRM per individueel geval beoordeeld aan de hand van de complexiteit van de zaak, de gedragingen van de burger, de gedragingen van de lidstaat (bestuursorgaan en bestuursrechter), en – in het verlengde hiervan – het belang van de zaak. Hoewel Nederland het op dit punt niet onaardig doet, zeker in verhouding tot bijvoorbeeld Italië,² duren bestuursrechtelijke procedures ook in Nederland met regelmaat te lang. Daarbij is relevant dat niet alleen de procedure bij de rechter meetelt, maar dat de termijn aanvangt bij het ontstaan van het geschil. Dat zal in de regel het moment zijn waarop tegen een primair besluit bezwaar wordt gemaakt of administratief beroep wordt ingesteld, maar onder omstandigheden al eerder. Onlangs heeft de Centrale Raad van Beroep een periode van 14 maanden nog in strijd geoordeeld met artikel 6 EVRM.³

-
1. Onder 'civil rights and obligations' valt nagenoeg het gehele Nederlandse bestuursrecht, met uitzondering van de rechtspositie van ambtenaren, het kiesrecht, de rechtspositie van vreemdelingen en fiscale procedures voorzover niet vallend onder de *criminal charge*.
 2. In Italië duurt een civiele procedure in de regel meer dan 8 jaar met uitschieters naar 51 jaar. Zie EHRM d.d. 12 oktober 2000 inzake Aldo Tripoli, genoemd in EHRC van 15 november 2000, p. 697.
 3. CRvB 27 juli 2000, USZ 2000/267.

Voor de redelijke-termijn-discussie is het traject van de bestuurlijke besluitvorming dus van wezenlijk belang. Vanwege de raakvlakken met de taak van de bestuursrechter ga ik hierna eerst in op de bestuurlijke besluitvorming en de rol van de rechter daarbij (paragraaf 2.2), om daarna de bijdrage van de rechter aan het tijdsverloop in het kader van (hoger) beroep onder de loop te nemen (paragraaf 2.3).

2.2 Tijdige besluitvorming door het bestuur

2.2.1 *Beslist het bestuur op tijd?*

Volgens het kabinet maakt besluitvorming door het bestuur binnen een redelijke termijn onderdeel uit van het rechtszekerheidsbeginsel.⁴ Het recht op tijdige besluitvorming raakt volgens het kabinet het mensenrechtelijk fundament van het recht op behandeling binnen een redelijke termijn. Beslistermijnen voor het bestuur, zoals neergelegd in de Awb en in de bijzondere wetten, dienen de rechtszekerheid van burger en bestuur, maar verschaffen ook het bestuur zelf duidelijkheid over de vraag wanneer een besluit (uiterlijk) moet zijn genomen en wanneer een besluit in rechte onaantastbaar wordt. Bovendien is tijdige besluitvorming van groot economisch belang, aldus de ministers, omdat het in een snel veranderende samenleving essentieel is dat belangrijke beslissingen binnen een redelijke en voorspelbare termijn worden genomen. Stroomlijning van procedures en tijdigheid van besluitvorming zijn dan ook kernbegrippen van het kabinetsbeleid tot bestrijding van te ver gaande juridisering van het openbaar bestuur.

Daarmee komt de vraag op of het bestuur tijdig beslist op aanvragen, bedenkingen en bezwaar- en administratief-beroepschriften. Het antwoord luidt in zijn algemeenheid ontkennend. Natuurlijk zijn er bestuursorganen die hun zaken goed op orde hebben. Een extra prikkel tot tijdige besluitvorming is er als de besluiten worden genomen in het belang van de overheid zelf. Dan gaat het doorgaans wel goed. Veel minder goed gaat het als bij rechtsbescherming tegen de overheid de rechtspositie van individuele burgers in het geding is, bijvoorbeeld in socialezekerheidszaken of in vreemdelingenzaken. Uit mijn praktijk ken ik de IND en sommige sociale diensten als notoire niet (tijdige) beslissers. Met de kreet 'dubbele fictieve' plegen wij zaken aan te duiden, waarin zowel een fictief primair besluit, als een fictieve beslissing op bezwaarschrift voorligt. Bij de IND gaat het dan niet om een enkele beroepszaak.

Ook de nationale ombudsman klaagt jaar in jaar uit over de (on)tijdigheid van besluitvorming. De huidige nationale ombudsman Fernhout hoorde ik onlangs in een

4. Zie de Notitie inzake termijnen voor bestuur en rechter, TK 2000-2001, 27 461, nr. 1 van de ministers De Vries en Korthals, waarin het kabinetsstandpunt is verwoord.

radioprogramma verzuchten dat ongeveer de helft van de bij hem ingediende klachten betrekking heeft op niet (tijdige) besluitvorming, hetgeen hem ertoe bracht te vragen om een sterkere financiële prikkel voor het bestuur om tot tijdige besluitvorming te komen.

Hoewel in het socialeverzekeringsrecht een aantal beslistermijnen onlangs nog is verkort en teruggebracht naar de Awb-termijn (artikel 4:13), zien de ministers de oplossing niet in het stellen van kortere wettelijke beslistermijnen, omdat daarmee de naleving van die termijnen niet is verzekerd. Zij zoeken het ten aanzien van het bestuur in organisatorische en kwaliteitsbevorderende maatregelen.

Nu hoop ik zeer dat deze maatregelen het beoogde effect zullen sorteren en ik wil ook graag de vreugde delen van elk overheidsonderdeel dat zijn ISO-certificaat heeft behaald of nog zal behalen, maar er moet wel een krachtig middel zijn voor de rechtzoekende om bij niet (tijdig) beslissen door het bestuur alsnog besluitvorming af te dwingen. Een burger heeft er immers weinig aan te weten dat de overheid het risico loopt zijn kwaliteitskeurmerk te verliezen als in zijn zaak niet (tijdig) wordt beslist. Hij zal het dan moeten hebben van het aanwenden van een rechtsmiddel op grond van artikel 6:2 aanhef en onder b Awb. Daar komt de rechter weer in beeld.

2.2.2 De toepassing van artikel 6:2 Awb

Er zijn momenteel enkele aandachtspunten ten aanzien van de rechtsbescherming tegen niet (tijdig) beslissen. Het eerste is dat de bestuursrechters niet altijd snel genoeg reageren op beroepen tegen fictieve besluiten (hierna ook: 6:2-beroepen). Ik vind het niet acceptabel dat 6:2-beroepen langer dan een half jaar in de kast liggen te wachten op behandeling. Verder wordt verschillend met 6:2-beroepen omgegaan. Bij de ene rechtbank worden 6:2-beroepen ambtshalve versneld behandeld (artikel 8:52), de andere rechtbank doet die beroepen buiten zitting af via de vereenvoudigde behandeling (artikel 8:54), en weer andere rechtbanken beschouwen 6:2-beroepen als gewone bodemzaken, die dan vervolgens met enige regelmaat te lang liggen te wachten op afhandeling. Het tweede punt is, dat niet zeker is of eenstemmigheid bestaat tussen de hoogste bestuursrechters over het voorwerp van geding. Is het fictieve besluit kleurloos of mag het worden ingekleurd? De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in de zaak *De Gier/Haarlemmermeer* geoordeeld, in afwijking van de benadering onder artikel 3 van de *Wet Arob* waarin het niet (tijdig) beslissen werd gelijkgesteld met de (fictieve) weigering en die weigering ook inhoudelijk werd getoetst, dat het 6:2-beroep in beginsel een strikt procedurele functie heeft en dient als (procedureel) middel om het bestuursorgaan tot besluitvorming te bewegen.⁵

5. ABRS 3 december 1998, AB 1999, 107 en JB 1999/13.

De Afdeling heeft de deur naar een inhoudelijke beoordeling echter niet geheel dichtgedaan. Indien tijdens het beroep bij de rechtbank blijkt welk besluit genomen had moeten worden, hoeft de rechter niet te volstaan met de uitspraak dat het bestuur niet tijdig heeft beslist, maar kan hij ook een oordeel geven over de inhoud van dat besluit. Mij is niet duidelijk of de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven er ook zo over denken.

Bij de rechters die het 6:2-beroep procedureel benaderen, valt op dat het gereedheidskistje van artikel 8:72 niet steeds op dezelfde wijze wordt ingezet. Sommigen verklaren alleen het beroep gegrond (omdat een niet bestaand besluit volgens hen niet kan worden vernietigd), terwijl anderen het ingevolge artikel 6:2, aanhef en onder b, met een besluit gelijkgestelde niet tijdig nemen van een besluit, vernietigen. De één stelt altijd een termijn voor het alsnog nemen van een besluit, terwijl een ander dat aan het bestuursorgaan overlaat. Bij de termijnstellers: de één sluit aan bij de oorspronkelijke beslistermijn, de ander geeft standaard vier of zes weken. De één doet zijn uitspraak vergezeld gaan van een proceskostenveroordeling en/of een dwangsom, de ander doet dat niet. De één beoordeelt het gewicht van de zaak als gemiddeld, de ander als licht. Hoewel er per rechtbank protocollen bestaan over de afhandeling van 6:2-beroepen, is de conclusie dat er landelijk gezien onvoldoende eenduidigheid bestaat.

In de literatuur is de uitspraak van de Afdeling inzake De Gier/Haarlemmermeer bekritiseerd en is de terugkeer van de oude benadering bepleit, waarin het voorwerp van geschil werd geduid als een fictieve weigering.⁶ Dit met een beroep op rechtsvorming ten materiële binnen een redelijke termijn.

Opmerkelijk is dat het kabinet die kritiek lijkt te delen. Ten aanzien van de nieuwe koers van de Afdeling, die ertoe leidt 'dat de rechter bij het uitblijven van een besluit niet meer inhoudelijk toetst, maar slechts vaststelt dat het besluit niet tijdig is genomen en alsnog moet worden genomen' merkt het kabinet op: 'Een rechtzoekende schiet daar vaak weinig mee op, terwijl het hem wel veel tijd en geld kost om een dergelijke zaak aanhangig te maken.' Volgens het kabinet behoeft (de toepassing van) artikel 6:2 Awb verbetering. Als opties worden genoemd:

- a. wijziging van artikel 6:2 Awb in die zin dat het uitblijven van een beschikking met een fictieve weigering wordt gelijkgesteld; of
- b. het creëren van een snelle en simpele procedure bij de rechter, die het bestuur kan bevelen binnen een bepaalde termijn alsnog een besluit te nemen.

6. B.M.J. van der Meulen, Vooruit te branden bestuur, over rechtsbescherming tegen uitblijven van besluiten en een requiem voor de fictieve weigering, JB-plus 11 september 1999.

De commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht (commissie Scheltema) is gevraagd hierover te adviseren; indien mogelijk zal de wijziging van artikel 6:2 worden meegenomen in de Tweede Evaluatiewet Awb.

2.2.3 *Het moet anders; voorstellen tot verbetering*

2.2.3.1 *Vóór het verstrijken van de termijn*

Hier geldt, zoals zo vaak, dat voorkomen beter is dan genezen. Laat bestuursorganen die geroepen zijn te beslissen via welke methode dan ook hun verantwoordelijkheid nemen en zorgen dat er tijdig wordt beslist. Mocht de (wettelijke) beslistermijn dreigen te verstrijken, zorg dan dat tijdig wordt verdaagd onder vermelding van de reden van de vertraagde besluitvorming.⁷

Indien het eind van de beslistermijn, rekening houdend met opschorting of verdaaging, in zicht is en dreigt te worden overschreden, zorg dan voor goede communicatie met de aanvrager of de bezwaarde. De wet zou bestuursorganen dienen te verplichten om tijdig vóór het verstrijken van de beslistermijn (zowel bij primaire beschikkingen op aanvraag als bij heroverwegingsbesluiten) een kennisgeving te verzenden, waarin uitleg wordt verschaft over de reden van de vertraging, en – nog belangrijker – waarin wordt aangegeven binnen welke termijn het reële besluit te verwachten valt.⁸

Het is mijn stellige overtuiging dat bij een goede voorlichting over de stand van zaken ten aanzien van de besluitvorming het beroep op artikel 6:2 drastisch zal dalen. Een tijdige kennisgeving kan een niet geringe bijdrage leveren aan het voorkomen van onnodige procedures en het tegengaan van juridisering. Hoewel het de overheid niet zou misstaan in de kennisgeving een rechtsgangverwijzing op te nemen, zou ik dat niet wettelijk willen regelen. Het al te prominent opnemen van zo'n verwijzing zou wel eens onnodig juridiserend kunnen werken.

2.2.3.2 *Na het verstrijken van de termijn*

Wat als de beslistermijn toch wordt overschreden? Bij niet tijdige primaire besluiten is het aan het bestuursorgaan dit zelf te corrigeren. Dit kan door tijdens het bezwaar alsnog een reëel primair besluit af te geven, of door bij de beslissing op bezwaarschrift niet alleen te reageren op het bezwaar tegen het niet tijdig beslissen, maar tevens een inhoudelijke beslissing te nemen.⁹ Beide varianten hebben voor- en nadelen. Wordt een reëel

7. Voor de beslissing op bezwaarschrift is de verdagingsmogelijkheid geregeld in artikel 7:10 lid 3 Awb. Een dergelijke mogelijkheid ontbreekt bij primaire besluiten; misschien dat die er moet komen.

8. Vergelijk artikel 4:14 Awb en de voorgestelde wijziging van dat artikel in de Eerste evaluatiewet Awb, TK 1998-1999, 26 523, nrs. 1-2.

9. Artikel 6:20 lid 2 onder a Awb staat daaraan niet in de weg.

primair besluit genomen waarmee niet geheel aan het bezwaar ten materiële wordt tegemoetgekomen, dan kan de inhoud in de heroverweging worden betrokken. De procedure wordt er meestal minder overzichtelijk van. Wordt de inhoudelijke beslissing neergelegd in de beslissing op bezwaarschrift, dan kan de inhoud ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd. Het voordeel is een vereenvoudiging van de procedure en tijdwinst; nadeel is het verlies van een instantie.

2.2.3.3 De rol van de rechter

De rechter komt in de fase van bezwaar tegen een fictief primair besluit alleen in beeld indien hangende bezwaar een verzoek om een voorlopige voorziening wordt gedaan. Gelet op het voorwerp van geding, het niet tijdig beslissen, kan dat verzoek uitsluitend betrekking hebben op afgifte van een reëel besluit. De president dient het verzoek aldus op te vatten en zal, bij geconstateerde overschrijding van de termijn, een voorlopige voorziening treffen waarbij het bestuursorgaan wordt gelast alsnog een reëel besluit te nemen binnen een door de president te stellen termijn, eventueel vergezeld van een dwangsom.

Hoe is de situatie bij beroep tegen het niet tijdig beslissen op bezwaar of administratief beroep? Hiervoor is al aan de orde gekomen de lijn De Gier van de Afdeling. De vraag is of het voor de rechtsbescherming erg is dat de fictieve weigering exit is? Mijn antwoord daarop luidt ontkennend. Toetsing van de fictieve weigering op inhoud levert niets op; een dergelijk besluit is namelijk standaard genomen in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Maar met een vernietiging op formele gronden van de fictieve weigering schiet de rechtzoekende niets op. Dan is het effect hetzelfde als bij de procedurele benadering. De burger heeft er pas wat aan als de rechter aan de inhoud van de zaak kan toekomen. En dat kan pas als het bestuur op enig moment heeft laten weten welke beslissing moet worden genomen. Bij beroep tegen een fictief heroverwegingsbesluit is dat indien alsnog een reëel heroverwegingsbesluit is genomen, of als dat ontbreekt, bij verweerschrift of bij een op zitting gegeven toelichting over de inhoudelijke kant van de zaak. Hoewel niet uitgesloten is dat de rechter in een 6:2-beroep aan de inhoud toekomt, is het wel problematisch. De heroverweging ten materiële ontbreekt. Het kan alleen indien voldoende duidelijkheid bestaat over de relevante feiten, de goede procesorde kan in de weg staan aan het meenemen van een eerst ter zitting gegeven inhoudelijke toelichting, en het belang van derden kan er aan in de weg staan. Daar waar het meenemen van de inhoud problematisch is, en mijns inziens zal dat in de regel zo zijn, verdient het niet de voorkeur.

De inhoud kan wel goed aan bod komen als via artikel 6:20 lid 4 Awb een alsnog genomen reëel heroverwegingsbesluit in de toetsing kan worden betrokken. Maar dan zijn we precies waar we wilden zijn, namelijk bij de situatie dat het bestuursorgaan heeft gedaan wat het moest doen, een besluit nemen en afgeven. Het heeft daarom mijn voorkeur als die situatie via de rechter veel eerder wordt bereikt.

2.2.3.4 *Verbeterde toepassing van artikel 6:2 Awb: zelfregulering of wetswijziging?*

Hiervoor heb ik geschetst dat de wijze waarop de bestuursrechtshouders thans met 6:2-beroepen omgaan verre van eenduidig is. Daar moet alleen al vanwege de ongelijke behandeling van burgers in rechte een einde aan komen. Dit kan door zelfregulering of door ingrijpen van de wetgever.

De huidige procesregeling bestuursrecht kent over de afdoening van 6:2-beroepen geen spelregel.¹⁰

In een wijzigingsvoorstel van september 2000 wordt voorgesteld 6:2-beroepen vereenvoudigd af te doen. Het voorgestelde artikel in de procesregeling luidt als volgt:

Een beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit wordt behandeld met toepassing van artikel 8:54 van de Awb, tenzij het bestuursorgaan de rechtbank heeft medegedeeld dat alsnog een reëel besluit is genomen of artikel 8:86 van de Awb wordt toegepast.

De rechtbank beslist op het beroep binnen twee weken na ontvangst van de op de zaak betrekking hebbende stukken.

Bij gegronde verklaring van het beroep stelt de rechtbank het bestuursorgaan een termijn voor het nemen van een besluit.

Ik ben het eens met de voorgestelde toepassing van artikel 8:54. Overigens vind ik het voorstel te zwak. In het voorstel kan de rechter pas beslissen na ontvangst van de stukken. De praktijk leert dat daarmee in Amsterdam – in strijd met artikel 8:42 Awb – vele maanden gemoeid kunnen zijn. Wachten op de stukken kan derhalve te veel tijd kosten. Verder heeft de rechter in het voorstel vrijheid bij het stellen van een termijn, met het niet denkbeeldige risico dat de rechter van die bevoegdheid een niet eenduidig gebruik zal maken. Als het bestuur zich niet aan de wet houdt, en vrijwel alle beslistermijnen zijn bij wet geregeld, hebben burger en bestuur recht op een volstrekt voorspelbare en eenduidige reactie van de rechter op een 6:2-beroep. Mijn voorstel luidt als volgt.

Er moet een wettelijke regeling komen, waarbij de rechter wordt opgedragen binnen een bepaalde termijn, bijvoorbeeld acht weken, met toepassing van artikel 8:54 op het 6:2-beroep te beslissen. Die termijn moet zo kort zijn dat de kans dat er inmiddels alsnog een reëel besluit is genomen (de 6:20-situatie) zeer klein is en dat de burger het spoedeisend belang wordt ontnomen een voorlopige voorziening te vragen. Het spoedeisend belang bij een voorziening zal in de regel ontbreken als de burger er op grond van de wet op mag rekenen dat de uitspraak er acht weken na indiening van het beroepschrift zal zijn.

10. Staatscourant van 9 september 1999, nr. 172.

Verder moet geregeld worden dat de rechter, in afwijking van het Awb-systeem, uitspraak kan doen zonder te beschikken over de op de zaak betrekking hebbende stukken en een verweerschrift. De rechter heeft doorgaans geen behoefte aan het gewone (inhoudelijke) dossier. Hij heeft uitsluitend informatie nodig over de (wettelijke) beslistermijn, de vraag of de beslistermijn is opgeschort (artikel 4:15 en 7:10 lid 2), verdaagd (artikel 7:10 lid 3), of dat is ingestemd met nader uitstel (artikel 7:10 lid 4). Die informatie kan binnen één week na binnenkomst van het beroepschrift bij partijen per brief of fax via een standaardformulier worden opgevraagd. Indien partijen verplicht worden daarop binnen een week te reageren, kan in beginsel binnen vier weken uitspraak buiten zitting worden gedaan, althans direct nadat bericht is ontvangen dat het verschuldigde griffierecht is gestort. Voor de gevallen waarin iets nader moet worden uitgezocht, zal de voorgestelde termijn van acht weken doorgaans voldoende zijn. Bij onduidelijkheid over de feitelijke situatie, bijvoorbeeld de vraag of met verder uitstel is ingestemd, kan in week vijf tot acht na binnenkomst van het beroepschrift een inlichtingencomparitie (artikel 8:44) worden gehouden, waarbij één of meer partijen kunnen worden opgeroepen teneinde de benodigde informatie te verschaffen.

Daarnaast moet worden geregeld welke termijn door de rechter wordt gesteld om alsnog een besluit te nemen. Ik stel voor hier een standaardtermijn van vier weken op te nemen, met een uitzonderingsmogelijkheid voor bijzondere situaties. Ervan uitgaande dat het bestuur de (wettelijke) beslistermijn al heeft verbruikt, alsmede de termijn van de procedure bij de rechter (nog eens één of twee maanden), mag het bestuur daarna nog slechts een korte termijn worden gegund. Ongeacht de duur van de oorspronkelijk termijn moet het bestuur dan geacht worden in de regel binnen een extra termijn van vier weken te kunnen beslissen. De regeling zou erin moeten voorzien dat partijen in geval van bijzondere omstandigheden de rechter kunnen vragen om een afwijkende (kortere of langere) termijn; de rechter heeft bij gebleken bijzondere omstandigheden de bevoegdheid ('kan') af te wijken van de wettelijk geregelde vier-wekentermijn. Bijzondere omstandigheden kunnen zich bijvoorbeeld voordoen, indien het bestuur voor de inhoud van het besluit afhankelijk is van informatie uit het buitenland, zoals bij legalisatiezaken en bij uitkeringsgerechtigden die in het buitenland verblijven.

Verder moet er worden voorzien in een reële financiële prikkel voor het bestuursorgaan. De rechtsbescherming wordt immers uitgehoud als een tweede 6:2-beroepszaak nodig is, omdat het bestuursorgaan zich niet houdt aan de uitspraak van de rechter. Vooropgesteld wordt dat bij een gegrondverklaring van het beroep steeds het griffierecht zal moeten worden vergoed. Dat is echter een onvoldoende prikkel. Moet een aanvullende prikkel worden gezocht in een proceskostenveroordeling of in een dwangsom? Mijns inziens niet in een proceskostenveroordeling. Beroepschriften tegen niet tijdige besluiten zijn bouwstenen en

kosten een professionele rechtsbijstandverlener nauwelijks arbeid en tijd. Bovendien is het niet de bedoeling dat de advocatuur aan dit soort beroepen gaat verdienen ten koste van het bestuur, en daarmee ten koste van gemeenschapsgelden. Terecht hebben de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak dan ook overwogen dat bij 6:2-beroepen, waarin louter de vraag aan de orde is of niet tijdig is beslist, de gewichtsfactor licht (0,5) moet worden gehanteerd als bedoeld onder C in de bijlage bij het Besluit proceskosten bestuursrecht.¹¹ Dit betekent dat de vergoeding voor een beroepschrift in een 6:2-zaak met een professionele rechtsbijstandverlener komt te liggen op 0,5 maal $f\ 710 = f\ 355$. Echter, geen rechtsbijstandsverlener, geen proceskostenveroordeling en in zoverre geen prikkel. Maar ook een veroordeling tot betaling van $f\ 355$ zal voor de meeste bestuursorganen nauwelijks een effectieve prikkel zijn. Die zal – naast de veroordeling tot betaling van griffierecht en een beperkt bedrag aan proceskosten – moeten komen van een dwangsom. Ik ben er dan ook voor dat de rechter, behoudens te stellen en aan te tonen bijzondere omstandigheden, wordt verplicht aan de termijnstelling een standaarddwangsom (te denken valt aan 100 euro per dag) te koppelen. Dan wordt een situatie geschapen waarin het bestuur de verbeurde van die dwangsom geheel in eigen hand heeft. Beslist het binnen de door de rechter gestelde termijn, dan wordt de dwangsom niet verbeurd; laat het na te voldoen aan de uitspraak van de rechter, dan gaat de meter lopen. Hieraan zou nog een eenvoudige rechtsingang bij de bestuursrechter kunnen worden gekoppeld om vastgesteld te krijgen dat het bestuur ook de nadere beslistermijn heeft overschreden en tot welk bedrag dwangsommen zijn verbeurd.

Mijns inziens wordt hiermee een voldoende financiële prikkel ingebouwd om het bestuur te stimuleren alsnog te doen wat het allang had moeten doen, namelijk te beslissen op een aanvraag of op een bezwaar- of administratief-beroepschrift. Ik ben me ervan bewust dat een dergelijke prikkel ertoe zal kunnen leiden dat het bestuur voorrang gaat geven aan zaken waarin een dwangsom is opgelegd, en dat dat ten koste zal kunnen gaan van zaken van minder assertieve burgers. Dat risico zou ik op de koop toe willen nemen, ervan uitgaande dat dwangsommen het bestuur er ook toe zullen aanzetten meer structurele maatregelen te nemen om tijdig(er) te besluiten. Bovendien kunnen opgelegde dwangsommen fungeren als signaal dat indringender controle of ingrijpen gewenst is voor de – bijvoorbeeld in de sociale zekerheid aanwezige – toezichthouder.

11. ABRS 30 juni 2000, zaaksnr. 199901701/1 en CRvB 10 oktober 2000, RSV 2000/261.

Het heeft niet mijn voorkeur in de wettelijke regeling een financiële compensatie op te nemen bij het enkele overschrijden van de beslistermijn. Dat vergt een extra boekhouding bij het bestuur en het afgeven – al dan niet op aanvraag – van besluiten over die compensatie, hetgeen het bestuur onnodig belast en juridiserend zal werken.¹²

In dit kader verdient tot slot nog vermelding dat het bestuur schadeplichtig kan zijn door het niet uiterlijk op de laatste dag van de beslistermijn nemen van het juiste (financiële) besluit. De vergoeding voor de vertragingsschade bestaat in de wettelijke rente over het te laat uitbetaalde bedrag.¹³ De voorgestelde regeling brengt daar geen verandering in.

Als de wet in deze zin wordt gewijzigd, zal worden bereikt dat de bal binnen de kortste keren weer terug ligt daar waar hij hoort, namelijk bij het bestuursorgaan, dat dan zijn (democratisch geëigende) verantwoordelijkheid kan nemen door te besluiten. Mocht men het vervolgens met de inhoud van het te nemen besluit niet eens zijn, dan staan de gewone rechtsmiddelen ter beschikking. Op deze wijze voorkomt men dat de behoefte bestaat aan een inhoudelijke beoordeling door de rechter, die bemoelijk wordt door het feit dat geen inhoudelijk oordeel van het bestuur ter toetsing voorligt, en waar – om die reden – ook de toepassing van artikel 8:72 lid 3 en het zelf in de zaak voorzien problematisch zijn.

De voorgestelde regeling zal adequaat zijn bij recent ingestelde 6:2-beroepen, maar is niet aangewezen als de 6:2-beroepszaak te lang bij de rechtbank heeft gelegen. Dan verdient het de voorkeur dat de rechter het bestuur uitnodigt alsnog een reëel heroverwegingsbesluit te nemen, zodat dat besluit in de procedure kan worden betrokken en via die route (artikel 6:20) aandacht kan worden besteed aan de inhoud van de zaak.

2.2.3.5 Een voorstel tot wetwijziging

Mag ik zo vrij zijn de voorgaande gedachtegang aan u voor te leggen in de vorm van een voorstel tot wetwijziging?¹⁴ Ik stel mij die wijziging als volgt voor:

12. Vermeldenswaard is dat in het wetsvoorstel kosten voorprocedures, zoals dit zal luiden na aanvaarding van het amendement Dittrich c.s. (TK 2000-2001, 27 024, nr. 14), kosten van rechtsbijstand slechts worden vergoed indien het primaire besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Het moet gaan om inhoudelijk onjuiste primaire besluiten. Daaronder valt niet de situatie van bezwaar tegen niet tijdig beslissen, hoe verwijtbaar ook.

13. Zie de artikelen 6:119 en 6:120 BW en afdeling 4.4.2 'verzuim en wettelijke rente' van de vierde tranche Awb.

14. Om te voorkomen dat u mocht denken dat ik beschik over wetgevingsvaardigheden haast ik mij te zeggen, dat Nico Verheij mij behulpzaam is geweest bij het vormgeven van mijn gedachtegoed in concrete voorstellen.

Artikel 8:55a

1. Indien het beroep is gericht tegen het niet tijdig nemen van een besluit, doet de rechtbank binnen acht weken na ontvangst van het beroepschrift uitspraak met toepassing van artikel 8:54, tenzij:
 - a. artikel 8:86 wordt toegepast, of
 - b. de rechtbank een onderzoek ter zitting nodig acht.
2. Indien de rechtbank een onderzoek ter zitting nodig acht, deelt zij dit onverwijld aan partijen mede.
3. De rechtbank verklaart het beroep ook gegrond, indien de beslistermijn ten tijde van haar uitspraak is overschreden.

Artikel 8:72a

1. Indien de rechtbank een beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit gegrond verklaart, bepaalt zij met toepassing van artikel 8:72, vierde en vijfde lid, dat
 - a. het bestuursorgaan binnen vier weken na de verzending van de uitspraak alsnog een besluit neemt, en
 - b. de door haar aangewezen rechtspersoon een dwangsom van 100 euro verbeurt voor iedere dag dat niet aan deze uitspraak wordt voldaan.
2. De rechtbank kan wegens bijzondere omstandigheden een andere termijn bepalen, de dwangsom op een ander bedrag bepalen, dan wel bepalen dat geen dwangsom wordt verbeurd.

Als toelichting op de voorgestelde artikelen dient het volgende.

- Zowel de wijze van behandeling, als de inhoud van de uitspraak zijn vormgegeven als bijzondere toepassingen van meer algemene bevoegdheden, met dien verstande dat de bevoegdheid een verplichting-tenzij wordt. Dat heeft het voordeel dat wettelijke en jurisprudentiële regels over de meer algemene bevoegdheid ook voor de meer bijzondere gelden. Op deze wijze behoeft niet afzonderlijk te worden geregeld dat ook tegen de 8:55a-uitspraak verzet openstaat, noch dat de verbeurde dwangsom ingevolge het wetboek van Burgerlijke rechtsvordering kan worden ingevorderd (vergelijk artikel 8:72, lid 5 tweede volzin). In het in het wetsvoorstel rechtstreeks beroep (27 563) voorgestelde artikel 8:54a is het op andere wijze vormgegeven, maar daar is het ook de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever dat geen verzet openstaat.
- De uitzondering in artikel 8:55a lid 1 onderdeel b dekt twee gevallen: de rechtbank acht een onderzoek ter zitting nodig omdat niet 'kennelijk' is of de termijn is overschreden, maar ook het geval dat inmiddels een reëel besluit is afgekomen. Meestal zal de rechtbank dan alsnog een gewone behandeling nodig oordelen, maar de for-

mulering sluit niet uit dat de rechtbank het ingevolge artikel 6:20 aanhangige beroep voorzover gericht tegen het reële besluit ook als ‘kennelijk’ buiten zitting afdoet. Dit voor de situaties dat er inmiddels een reëel besluit is afgegeven, maar het beroep daartegen evident gegrond of ongegrond is.

- Artikel 8:55a lid 2 is opgenomen omdat partijen er recht op hebben te weten dat op het beroep niet binnen acht weken buiten zitting zal worden beslist, doch dat een behandeling ter zitting noodzakelijk wordt geacht, hetgeen de nodige vertraging zal meebrengen. De mededeling dient te geschieden zodra de beslissing is genomen het beroep ter zitting te behandelen, maar uiterlijk binnen acht weken na datum binnenkomst van het beroepschrift.
- In het derde lid van artikel 8:55a is geregeld, dat de rechtbank het beroep ook gegrond verklaart, indien de beslistermijn ten tijde van haar uitspraak is overschreden. Uit het woord ‘ook’ volgt dat de rechtbank het beroep niet alleen gegrond verklaart als de beslistermijn reeds ten tijde van het instellen van het beroep is overschreden, maar ook indien die beslistermijn wordt overschreden op een moment gelegen tussen het instellen van het beroep en het doen van de uitspraak. Met andere woorden, de rechter toetst ex nunc of de beslistermijn is overschreden. Bij een acht-wekentermijn om uitspraak te doen zal het immers voorkomen, dat de beslistermijn ten tijde van het indienen van het beroepschrift nog niet, maar ten tijde van de uitspraak wel is overschreden. Hier ligt een verbinding met de regeling betreffende premature beroepschriften in artikel 6:10 en de mogelijkheid het beroep aan te houden tot het begin van de termijn (6:10 lid 2). Misbruik van de regeling in die zin, dat direct na het indienen van bezwaar een 6:2-beroep wordt ingediend als een soort achtervang door de rechter voor eventuele niet tijdige besluitvorming door het bestuur, wordt afgestraft door artikel 6:10, aanhef en onder b, aangezien in dat geval geen sprake is van de situatie dat de belanghebbende ten tijde van het indienen van het beroepschrift redelijkerwijs kon menen dat de beslistermijn verstreken was en dat een besluit was afgegeven.
- Net zoals de overige in de Awb genoemde bedragen, zal ook het hier op te nemen bedrag in euro’s moeten worden uitgedrukt (100 euro = f 220, 37).¹⁵
- Artikel 8:72a lid 2 is opgenomen omdat niet geheel is te overzien of er niet bijzondere gevallen zijn waarin de rechtbank naar bevind van zaken moet kunnen handelen.

15. Op grond van de aanpassingswet Euro (27 472) dienen per 1 januari 2002 alle bedragen in euro’s te worden aangeduid.

2.3 De bestuursrechter, de procedure in (hoger) beroep en de redelijke termijn

2.3.1 *Wat is een wenselijke doorlooptijd?*

Na bij de positie van het bestuursorgaan ten aanzien van tijdige besluitvorming te hebben stilgestaan, is het tijd om de bijdrage van de bestuursrechter aan het afhandelen van de zaak binnen een redelijke termijn te beschouwen.

De situatie van de rechter verschilt essentieel van die van het bestuur, in die zin dat het bestuur nagenoeg steeds aan een (wettelijke) beslistermijn is gebonden, terwijl de rechter slechts in enkele bijzondere wetten is opgedragen binnen een bepaalde termijn uitspraak te doen.¹⁶ De wetgever heeft er voornamelijk van afgezien een algemene uitspraaktermijn in de Awb op te nemen. Dit omdat men dan alleen nog prioriteit kan stellen bij afdoening door in bijzondere wetten een nog kortere termijn op te nemen, omdat het rechtsstaatondermijnend werkt als vervolgens blijkt dat de rechter buiten staat is die termijn waar te maken, en het overschrijden van termijnen door de rechter moeilijk kan worden gesanctioneerd. Het kabinetsstandpunt¹⁷ luidt als volgt:

‘Het kabinet is van oordeel dat de doorlooptijden bij de rechter zo kort mogelijk dienen te zijn. De voortgang van een proces is echter niet alleen afhankelijk van de snelheid van werken van de rechter, maar ook van de verhouding tussen werklast en de beschikbare capaciteit, alsmede van het gedrag van procespartijen en van derden, zoals deskundigen of anderen die inlichtingen moeten verschaffen. Voornamelijk zal om deze reden geen algemene beslistermijn in de wet worden opgenomen en zal worden afgewacht hoe de landelijke uniforme procesregeling voor de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken in de praktijk functioneert.’

Het kabinet is dus van oordeel dat de doorlooptijd van een procedure zo kort mogelijk dient te zijn. Daar kan men het moeilijk mee oneens zijn. Maar wat betekent dat? Wat is eigenlijk een wenselijke of acceptabele doorlooptijd? Wanneer kan worden gezegd dat de bestuursrechter de partijen tijdig bedient? Is dat als de door partijen gewenste termijn in acht wordt genomen? Partijen geven dat zelden aan. Of is dat als ten gevolge van de doorlooptijd bij de rechter geen (extra) maatschappelijke schade ontstaat? Of is enige schade onvermijdbaar?

16. Bijvoorbeeld in de Deltawet grote rivieren, de Wet op de waterkering en de Wet op de Ruimtelijke Ordening. Zie ook artikel 89 lid 2 van de Vreemdelingenwet 2000, waarin de Afdeling is opgedragen binnen 23 weken na ontvangst van het beroepschrift uitspraak te doen op het hoger beroep.

17. TK 2000-2001, 27 461, nr. 1, p. 12.

Uit de toelichting bij de procesregeling, waarvan de werking vooralsnog beperkt is tot de sectoren bestuursrecht bij de rechtbanken, blijkt dat wordt gemikt op een – geleidelijk te realiseren – verkorting van de bestuursrechtelijke procedures tot twaalf maanden of korter.

In het verslag over de jaren 1998/1999 van de Centrale Raad van Beroep is vermeld dat het streven erop is gericht de werkvoorraad zo ver terug te dringen dat de gemiddelde behandelingsduur van zaken kan komen onder de negen à twaalf maanden. Nadien is aangegeven dat de Raad hoopt binnen een termijn van uiterlijk twee jaar een gemiddelde doorlooptijd (van binnenkomst tot afdoening) te realiseren van maximaal twaalf maanden.¹⁸

Ook de Afdeling bestuursrechtspraak streeft naar kortere doorlooptijden. Waar het streven er aanvankelijk nog op was gericht per eind 2002 een gemiddelde doorlooptijd van zaken te realiseren van maximaal twaalf maanden,¹⁹ leert de meest recente informatie dat het streven van de Afdeling er thans op is gericht om per 1 januari 2003 niet alleen de bestaande achterstand te hebben teruggebracht tot normale werkvoorraden, doch ook de *maximale* – dus niet de gemiddelde – doorlooptijd van een zaak die eindigt in een uitspraak na de zitting te hebben teruggebracht tot twaalf maanden.²⁰

Wat dat betreft, is er bij de bestuursrechters dus een opmerkelijke consensus over de wenselijk geachte doorlooptijd. Die bedraagt per instantie maximaal twaalf maanden, zo mogelijk nog iets korter.

Halen de bestuursrechters die twaalf maanden op dit moment? Hier moet onderscheid worden gemaakt tussen de sectoren bestuursrecht enerzijds en de hoger beroepsrechters anderzijds.

Bij de rechtbanken, sectoren bestuursrecht, is de gemiddelde doorlooptijd zeer wisselend. De grote rechtbanken staan er minder goed voor dan de kleine(re). Voor het jaar 2000 lag de gemiddelde doorlooptijd bij de Rechtbank Amsterdam, sector bestuursrecht algemeen, tussen de 205 dagen voor ambtenarenzaken en 556 dagen voor WVG-zaken. Het gemiddelde lag op 398 dagen, oftewel ongeveer dertien maanden. De gemiddelde doorlooptijd bij de andere sectoren over 2000 is mij niet bekend; wel de gemiddelde ouderdom van de werkvoorraad in 1999. Die liep uiteen van 141 dagen in Roermond en 160 in Almelo, tot 307 in Groningen, 319 in Leeuwarden en 354 in Amsterdam.²¹

18. Discussienota 'Keuzen voor de bestuursrechtspraak', versie 23 januari 2001, p. 14.

19. TK 2000-2001, 27 461, nr. 1, p. 11 en de antwoorden van de ministers op vragen van kamerlid Van Oven, TK 1999-2000, aanhangsel van de Handelingen, nr. 812 en TK 27 400 VI, nr. 40.

20. Zie de hiervoor genoemde Discussienota op p. 15.

21. Cijfers zijn afkomstig uit de maandrapportage december 2000 van de Rechtbank Amsterdam, en uit het rapport van 28 april 2000 van het pVRO-project Bestuurlijke Procedures geheten Instroom, Uitstroom en Werkvoorraden bij de sectoren bestuursrecht, 'een tussenrapportage'.

De gemiddelde doorlooptijd bij de Afdeling bedroeg in 1999 voor eerste en enige aanlegzaken ruimtelijke ordening twintig maanden, voor milieuzaken 28 maanden,²² voor hogerberoepszaken elf maanden en voor voorlopige voorzieningen vijf maanden. Het streven is de doorlooptijd van hogerberoepszaken terug te brengen van elf maanden naar negen maanden per 1 januari 2003.

Van de Centrale Raad van Beroep is mij over de laatste jaren geen gemiddelde doorlooptijd van zaken bekend, doch de werkvoorraad (van 10.742 in 1999) afgezet tegen de uitstroom (van 9.063 in 1999) doet vermoeden dat die doorlooptijd gemiddeld ruim boven de twaalf maanden ligt.²³

Indien als uitgangspunt een gemiddelde (of maximale) doorlooptijd van twaalf maanden wordt gehanteerd, valt er bij een aantal rechtbanken en de hogerberoepscolleges dus nog veel te verbeteren. Dit moet ook, omdat het steeds gaat om doorlooptijden per instantie. De totale behandeltermijn van een procedure, inclusief voorprocedure, en (hoger) beroep zal veelal veel langer zal zijn dan die twaalf maanden, zeker in geval van een vernietiging van het bestreden besluit met terugverwijzing naar het bestuur of de rechtbank. In dergelijke gevallen komt het voor dat, alle fasen bijeengeteld, de termijn van vijf jaar wordt overschreden. Niet echt iets om trots op te zijn, ook al is de doorlooptijd niet steeds (geheel) aan de rechter toe te schrijven.

2.3.2 Over doorlooptijd, aanrakingstijd en werkvoorraad

Op dit punt aangekomen wil ik de vraag opwerpen of we tevreden moeten zijn met het uitgangspunt van een gemiddelde doorlooptijd in één instantie van twaalf maanden. Vooralsnog wel, dat zou al een hele verbetering zijn. Maar we moeten wel kritisch blijven. Een gemiddelde van 12 maanden betekent, gelet op het feit dat ongeveer 30% van de zaken binnen enkele maanden vereenvoudigd wordt afgedaan wegens formele gebreken (griffierecht, beroepstermijn, machtiging enz.) of anderszins (intrekkingen),²⁴ dat nog altijd een belangrijk deel van de zaken pas wordt afgedaan na ommekomst van 18 maanden of meer, en dat is niet acceptabel met in het achterhoofd dat we het over de doorlooptijd van één instantie hebben en niet van de gehele behandeling van de zaak.

22. In de eerdergenoemde Discussienota wordt 24 maanden genoemd.

23. De Raad zag zijn instroom in 1999 (6776 zaken) halveren ten opzichte van 1997 (12.497 zaken). Een en ander heeft niet geleid tot een verkleining van de werkvoorraad (10.884 zaken in 1997 en 10.742 in 1999).

24. Die 30% kan ik niet met onderzoeksgegevens onderbouwen, maar is een ervaringsregel.

Om de opgeworpen vraag beter te kunnen beantwoorden is het zinvol eerst de doorlooptijd eens nader onder de loep nemen. Wat gebeurt er eigenlijk in die periode?

De wijze van behandeling door de bestuursrechter van een zaak is uit hoofdstuk 8 van de Awb goed af te lezen. Nadat een beroepschrift is binnengekomen, wordt griffierecht geheven, worden eventuele formele gebreken hersteld (opvragen besluit, machtiging, gronden enz.), en worden bij het bestuursorgaan de stukken en het verweerschrift opgevraagd. De ingekomen stukken worden over en weer doorgezonden. Daarmee is het dossier gereed voor behandeling. De voorfase, die doorgaans drie à vier maanden in beslag neemt, kan worden afgesloten.

In het vooronderzoek kan de rechter partijen en derden inlichtingen vragen, nadere stukken opvragen, onderzoek door deskundigen gelasten, de situatie ter plaatse opnemen, teneinde een beter beeld van de feitelijke situatie te krijgen. De intensiteit van het vooronderzoek is de afgelopen jaren belangrijk afgenomen, althans in Amsterdam.

In de regel vindt daarna een behandeling van het beroep ter zitting plaats, waar partijen hun zaak kunnen bepleiten en de rechter partijen vragen van feitelijke en juridische aard kan voorhouden. Na sluiting van het onderzoek (ter zitting) wordt in raadkamer op het beroep beslist, die beslissing wordt uitgewerkt door de rechter(s) en/of de juridische ondersteuning in een schriftelijke uitspraak, die vervolgens aan partijen wordt verzonden.²⁵ Doorgaans is dan meer dan een jaar verstreken sinds het indienen van het beroepschrift.

Hoeveel tijd heeft de rechter feitelijk aan de zaak besteed? Hier dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de doorlooptijd van de zaak en de aanrakingstijd. Laten we eens kijken naar de Amsterdamse situatie. De eerste vier maanden gebeurt er van alles met de zaak (de voorfase), maar in de regel door de ondersteuning (griffie en secretariaat) en niet door de rechter. Daarna wordt het dossier in de kast gelegd en gebeurt er – in de regel – een jaar of langer weinig of niets. Dit heeft verschillende oorzaken.

Ten eerste is er in Amsterdam een omslag geweest van het werken met een intensief vooronderzoek (de oude stijl van de Raad van Beroep en het Ambtenarengerecht, waarin een rechter verantwoordelijk was voor de afhandeling van zijn eigen pakket zaken) naar zittingsgericht werken.²⁶ Zittingsgericht werken is een wijze van afdoening van zaken, waarbij – de naam zegt het al – de zitting centraal staat. Het accent van de behandeling ligt op onderzoek van de zaak kort vóór en op de zitting. Relevant is verder dat

25. Dat de beslissing in de regel niet in het openbaar wordt uitgesproken (artikel 8:78) wordt aan de kaak gesteld door M. de Werd in 'De openbare uitspraak. Reconstructie van een verwaarloosd leerstuk', NJB 2001, p. 67-74.

26. Niet bij alle sectoren heeft die omslag plaatsgevonden. Bij sommige sectoren is de omslag gaande, weer andere sectoren werken nog in de oude Raad van Beroep-stijl met een uitgebreid(er) vooronderzoek.

rechters worden gepland op zittingen, los van de zaken, waarmee meer flexibel gebruik kan worden gemaakt van de beschikbare rechterscapaciteit. De norm voor rechters is ook uitgedrukt in een aantal zittingen per periode (half jaar); in een door de sector zelf opgesteld normenrapport is de relatieve zwaarte van soorten zaken vastgelegd en het maximaal aantal te behandelen zaken per zitting. Om een voorbeeld te geven: een zitting, die een dagdeel beslaat, bevat maximaal vijf ambtenarenzaken, vijf bouwzaken, tien volksverzekeringszaken, en zes vreemdelingenzaken.

Verder is van belang voor de lange periode van stilliggen van zaken, dat de sector in Amsterdam een werkvoorraad (achterstand) heeft van ruim één jaar. Tevens is relevant dat er – in beginsel – wordt gewerkt via het fifo-systeem (*first in first out*), hetgeen betekent dat in beginsel alle zaken meer dan een jaar liggen te wachten op behandeling. Nadat een zaak aan de beurt is, op een zitting is geëquipeerd en de uitnodigingen de deur uit zijn, wordt het werk aan het dossier geactiveerd in de periode van twee weken voor de zitting tot aan de verzending van de uitspraak. In die periode, die zo'n zes tot acht weken beslaat, is er intensieve bemoeienis van de rechter en de ondersteuning met het dossier.

Er zijn geen signalen dat de aanrakingstijd onvoldoende zou zijn. Gelet daarop is de grote kunst om een snellere doorlooptijd te bewerkstelligen bij eenzelfde aanrakingstijd. De lengte van de doorlooptijd wordt veroorzaakt door de factoren instroom, werkvoorraad (achterstand) en uitstroom. Voor rechterlijke colleges is de instroom een niet te beïnvloeden gegeven. Daar waar de instroom sterk kan fluctueren (denk aan de hausse van asielzaken in 1998 en de grote 'dip' in WAO-zaken na de invoering van de bezwaarschriftenprocedure) en niet steeds voorspelbaar is, is het lastig plannen. De uitstroom wordt onder meer bepaald door mens- en zittingscapaciteit. Bij de sectoren bestuursrecht is, gegeven de hoge mate van delegatie aan ondersteuning (één rechter op vier personen in de ondersteuning), de beschikbare hoeveelheid ondersteuning nog belangrijker dan het aantal beschikbare rechters. De beschikbare hoeveelheid menskracht wordt weer bepaald door keuzes van het rechtbankbestuur, dat niet alleen de belangen van de sector bestuursrecht heeft te behartigen, maar ook die van de sector civiel en (vooral die van) de sector strafrecht. Ik kom daar zo nog op terug.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat als de uitstroom (voor het jaar 2000 in Amsterdam 4.645 zaken) al gelijk is aan de instroom (4.416 zaken) bij hantering van het fifo-systeem de doorlooptijd wordt bepaald door de werkvoorraad. Als die voorraad gelijk is aan of meer is dan één jaar werk, zoals in Amsterdam, dan liggen alle zaken dus alleen daarom al één jaar of meer te wachten op afdoening.

Dit is bepaald ongewenst. De oplossing wordt bemoeilijkt doordat een aantal gerechten kampt met een forse werkvoorraad/achterstand.²⁷ Los van de noodzaak tot het verminderen van de achterstanden tot aanvaardbare proporties, moet echter worden gestreefd naar een aanpak waarbij wordt gedifferentieerd bij de instroom en vervolgens maatwerk wordt geleverd per (soort) zaak. Kortom, een stelsel van zaaksmanagement.²⁸ Hoe zou dat systeem eruit kunnen zien?

2.3.3 *Zaaksmanagement: de drie zeven, screening en de poortzitting*

Ik stel me een systeem voor waarbij wordt gewerkt met een drietal zeven in een kort tijdsbestek.

De eerste zeef vindt plaats kort na binnenkomst van het beroepschrift en dient ter controle van bevoegdheid en ontvankelijkheid. Deze zeef kan gedelegeerd plaatsvinden op administratief-juridisch niveau onder begeleiding van een rechter. Het doel van de eerste zeef is om binnen drie maanden vast te stellen of het college absoluut en relatief bevoegd is om het ingestelde beroep te beoordelen, om de ontvankelijkheid van het beroep te beoordelen, en om – zo mogelijk – een check te laten plaatsvinden op de vraag of het bestuursorgaan de ontvankelijkheid in de voorprocedure op juiste wijze heeft beoordeeld. Verder dienen bepaalde soorten zaken te worden geselecteerd voor een bepaalde wijze van afdoening. Dat geldt bijvoorbeeld voor de 6:2-beroepen, die in het hiervoor genoemde 8:54-traject moeten worden afgedaan, de schadevergoedingszaken (beroepen tegen (on)zelfstandige schadebesluiten), die worden voorgelegd aan de coördinator van de combi-kamer schadevergoeding, maar ook voor bepaalde zaken met een hoog Awb-gehalte (4:5- en 4:6-besluiten en besluiten strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar- of administratief-beroepschrift), die worden geïntermediëerd op een Awb-poortzitting. Het begrip poortzitting wordt hierna uitgelegd.

Een gedeelte van de werkzaamheden die gemoeid zijn met deze controletaken kan plaatsvinden zonder dat de stukken en het verweerschrift binnen zijn. Alle zaken die

27. Over de vraag wat een (aanvaardbare) werkvoorraad of achterstand is, bestaat verschil van mening en worden dikke nota's geschreven. Rekening houdend met de minimaal benodigde (zgn. 'ijzeren') werkvoorraad om als organisatie te kunnen draaien, wordt het begrip achterstand door de sectoren thans als volgt gedefinieerd: het aantal zaken waarmee de werkvoorraad op enig moment plus de te verwachten instroom in het daaropvolgende jaar 183% ($100 + (10/12 \times 100) = 183$) van de in het daaropvolgende jaar te realiseren uitstroom overtreft. De doelstelling van een gemiddelde doorlooptijd van twaalf maanden is daarmee losgelaten. 'Indien instroom en uitstroom over een reeks van jaren elkaar in evenwicht houden, betekent het dat de werkvoorraad niet groter zou moeten zijn dan 10 maal de gemiddelde maandelijkse uitstroom', aldus het rapport van 6 september 2000 van genoemd pVRO-project.

28. Vergelijk J.M. Barendrecht in NJB 2000, p. 1875-1876, waarin hij pleit voor sneller procederen (terug van twee jaar naar zes maanden) en Just-in-time-geschildoplossing.

stranden wegens onbevoegdheid van de rechtbank, niet-ontvankelijkheid van het beroep of omdat het bezwaar ten onrechte ontvankelijk is geoordeeld, kunnen zonder zitting in deze voorfase door een (piket)rechter worden afgedaan via 8:54-uitspraken. Dat geldt ook de afdoening van 6:2-beroepen. Er is een speciaal traject voor de behandeling en afdoening van verzetten (artikel 8:55). De ervaring leert dat ongeveer 25% van de beroepszaken na de eerste zeef kan worden afgedaan.

De tweede zeef. De rest van de zaken gaat in maand 4 door de tweede zeef, de zogenoemde *screening*. Daarin wordt onder verantwoordelijkheid van een rechter door ervaren gerechtssecretarissen het dossier aan een korte, gestandaardiseerde controle onderworpen, waarbij een screeningsformulier wordt ingevuld. De screening vindt uitsluitend plaats na ontvangst van de 8:42-stukken van het bestuursorgaan; het verweerschrift is niet noodzakelijk voor beoordeling van de zaak, zodat daarop niet wordt gewacht. De screening omvat een controle op de formaliteiten, controle op de aanwezigheid van de meest relevante stukken voor de procedure (die per soort zaak kunnen wisselen; er zijn checklists voor de meest voorkomende zaken), een korte uiteenzetting van de casus, weergave van het wettelijk kader, de omvang van het geding, de te beantwoorden rechtsvraag en eventueel op zitting (of nog daarvoor) te stellen vragen. Verder wordt de zaak een code meegegeven: code I (zaak kan zonder verdere instructie naar een poortzitting), code II (zaak kan naar een poortzitting, maar moet op enkele punten nader worden geïnstrueerd) en code III (zaak kan niet naar poortzitting, is feitelijk of rechtens te ingewikkeld, moet eerst uitvoerig worden geïnstrueerd en daarna naar een zitting van een enkelvoudige kamer (EK) of een meervoudige kamer (MK).

De derde zeef. De zaken met codes I en II worden in maand 5 of 6 na binnenkomst behandeld op een *poortzitting*, die dient als de derde zeef. Dit is een zitting waarop een relatief groot aantal zaken wordt behandeld (zo'n 50% meer dan volgens de gewone zittingsnorm) door een ervaren bestuursrechter.

In een brief aan partijen, die wordt verzonden tegelijk met de uitnodiging/oproeping voor de zitting, wordt meegedeeld dat de behandeltijd kort is (15-25 minuten per zaak), en uitgelegd dat lange pleidooien niet kunnen worden gehouden. Verder wordt uitgelegd dat het kan gebeuren dat de rechter direct overgaat tot het stellen van vragen om tot de kern van de zaak te komen. Partijen wordt gewezen op de mogelijkheid tot tien dagen voor de zitting een nadere uiteenzetting van hun standpunt aan het dossier toe te voegen.

In Amsterdam is in het najaar van 2000 een proef gedaan met twaalf poortzittingen, die is uitgebreid tot veertig poortzittingen in het voorjaar van 2001. De beperkte ervaring heeft geleerd dat 80% van de zaken kon worden afgedaan (waarvan 76% met een uitspraak en 4% door intrekking kort voor of op de zitting), dat 8% moest worden

geschorst (artikel 8:64) of heropend (artikel 8:68), en dat 12% is verdaagd. Daarbij verdient vermelding dat de eisende partij de gelegenheid is geboden aan te geven dat de zaak zich niet zou lenen voor behandeling op een poortzitting, waarna verdaging volgde. Van de geboden gelegenheid is zeer beperkt gebruikgemaakt. Partijen blijken de snelle behandeling ter zitting zeer op prijs te stellen. Bestuursorganen hebben laten weten geclusterde behandeling van hun zaken te waarderen; zo zijn bijvoorbeeld negen legalisatiezaken ter zitting behandeld en acht Huisvestingswetzaken. De rechtbank is gebleken dat clustering van soortgelijke zaken (per wet en/of per bestuursorgaan) efficiënter werkt dan het houden van varia-zittingen. Met de poortzitting is voor eisers voorts een reële invulling gegeven aan artikel 4 van de procesregeling, waarin aan rechtbanken wordt voorgeschreven om partijen binnen drie maanden na ontvangst van de 8:42-stukken mede te delen op welke wijze het beroep verder wordt behandeld.²⁹

In de proef is de uitspraak in de zaken van de poortzittingen nagenoeg steeds binnen zes weken na de zitting afgekomen; een gedeelte van de uitspraken is mondeling gedaan. In de poortzittingszaken kregen partijen binnen zeven à acht maanden een uitspraak, of werd de zaak op andere wijze afgedaan.

Indien dezelfde resultaten kunnen worden geboekt bij afdoening van grotere aantallen zaken via de poortzitting – en vooralsnog zie ik niet in waarom dat niet zou kunnen – dan kan een aanmerkelijke versnelling van de doorlooptijd worden bewerkstelligd. Indien wordt verondersteld dat 20% van de zaken die zeef 1 hebben gepasseerd niet geschikt is voor behandeling op een poortzitting (de code III-zaken), dan kan nog altijd de overige 80% van het resterende deel (80% van de resterende 75% = 60% van de zaken) wel op poortzittingen worden behandeld. Indien van deze 60% weer zo'n 80% met een uitspraak kan worden afgedaan op of kort na de poortzitting (het resultaat van de proef), dan wordt in totaal 73% van de zaken (25% in drie maanden en 48% in het kader van de poortzittingen) afgedaan binnen een termijn van acht maanden na binnenkomst van het beroep. Dat zou een enorme vooruitgang betekenen.

Voor de niet afgedane poortzittingszaken geldt het volgende. Een deel daarvan (in de proef 8%) zal ter zitting worden aangehouden om verschillende redenen. Zo zal het voorkomen dat het dossier niet compleet is, dat partijen nog wensen te worden toegelaten tot bewijslevering, dat nader feitenonderzoek dient plaats te vinden, dat een deskundige zal worden geraadpleegd, dat het bestuursorgaan in de gelegenheid wordt

29. De meeste rechtbanken komen op dit moment niet verder dan het verzenden van een standaardbrief, waarin is vermeld dat de zaak op enig moment ter zitting zal worden behandeld. De toegevoegde waarde van die brief kan worden betwijfeld.

gesteld zich te beraden op een mogelijk herstel van een geconstateerd gebrek in de besluitvorming (de bestuurlijke lus, verder besproken in hoofdstuk 3), dat de procedure wordt geschorst om partijen de gelegenheid te bieden voor bemiddeling (*mediation*), enzovoort. In de regel zal, nadat aanvullend onderzoek is gedaan, waarover op de zitting met partijen gerichte afspraken kunnen worden gemaakt, de zaak andermaal ter zitting worden behandeld, maar dan op een 'gewone' enkelvoudige of meervoudige zitting, waarna een uitspraak volgt.

De poortzitting krijgt op die manier de functie van een regiezitting, waarin de rechter met partijen spreekt over de stand van zaken in de procedure en waar – in samenspraak met partijen – het vervolg van de procedure wordt bepaald. De zaak wordt gericht op de rails gezet; het verdere verloop blijft onder controle van de rechter. De vergelijking met de comparitie na antwoord dringt zich op.

Voor de zaken die niet op een poortzitting zijn behandeld, omdat de eisende partij heeft aangegeven dat de zaak zich daarvoor niet zou lenen (in de proef 12%), geldt dat het normale onderzoek kan plaatsvinden, dat partijen in de gelegenheid worden gesteld conclusies te wisselen en dat op enig moment behandeling ter zitting zal volgen, waarna de uitspraak volgt.

Tot slot is er de categorie code III-zaken, niet geschikt voor de poortzitting. Daarin zal eerst een uitgebreide instructie plaatsvinden en eventueel een aanvullend vooronderzoek. Vervolgens zal de zaak ter zitting worden behandeld. Voor feitelijk of juridisch complexe zaken ligt behandeling op een meervoudige kamerzitting voor de hand. Dat geldt ook voor de schadezaken, die zijn geselecteerd voor de combi-kamer schadevergoeding.

Voor de laatstgenoemde drie categorieën zaken zal behandeling ter zitting volgen na ongeveer negen tot twaalf maanden, waarna uitspraak moet worden gedaan uiterlijk drie maanden nadien, oftewel in maand 12 tot 15 na binnenkomst van het beroepschrift.

Indien kan worden gewerkt met een dergelijk systeem van zaaksmanagement, waarvan selectie aan de poort een belangrijk onderdeel uitmaakt, dan kan de doorlooptijd worden teruggedrongen tot gemiddeld acht à negen maanden. Als de rechtbanken dat kunnen realiseren, dan wordt mijns inziens een reële bijdrage geleverd aan geschiloplossing of geschilbeslechting binnen een redelijke termijn. Bij een aantal gerechten dient een deel van de capaciteit te worden ingezet op deze wijze van afdoening, en de rest van de capaciteit te worden gebruikt om – al dan niet in projecten – de achterstand tot aanvaardbare proporties terug te dringen. Uiteindelijk zal het resultaat zijn dat alle beroepszaken sneller kunnen worden afgedaan dan thans het geval is. Niet valt trouwens in te zien waarom een soortgelijk systeem niet zou kunnen fungeren voor de hogerberoepscolleges.

Daarnaast is van belang, dat rechtbanken leren gerichte en concrete informatie te verschaffen over de stand van de procedure en de volgende stappen in de procedure. Dat dient te gebeuren na acht weken bij 6:2-beroepen die niet vereenvoudigd worden afgedaan, en voor de overige beroepszaken binnen drie maanden op grond van artikel 4 van de procesregeling. Voor zaken die niet op een poortzitting worden behandeld, mag een stand van zaken-brief worden verwacht na ongeveer negen maanden. Dan moet immers ook in die zaken kunnen worden aangegeven in welke maand de behandeling ter zitting is te verwachten. Ook voor rechterlijke colleges geldt dat partijen meer begrip kunnen opbrengen voor het wachten op afdoening, indien uitleg wordt verschaft over de wijze van afdoening en de stand van zaken. Het aanbieden van een telefonisch informatienummer voor zaaksinformatie kan daarbij behulpzaam zijn, evenals het verschaffen van informatie via een website met een mail-functie.

2.3.4 Een wettelijke uitspraaktermijn voor de rechtbanken?

Uit de cijfers van het pVRO-project bestuursrechtelijke procedures blijkt dat van de negentien sectoren bestuursrecht er zeven sectoren zijn die in staat zijn een doorlooptijd van twaalf maanden te realiseren, en dat vier à vijf sectoren dat kunnen mits de formatie wordt afgestemd op de instroom. Hieruit volgt dat er zeven à acht sectoren zijn, waaronder Amsterdam, die een dergelijke doorlooptijd (nog) niet kunnen realiseren, hetgeen voornamelijk is te wijten aan de forse werkvoorraden dan wel achterstanden.

Het zijn diezelfde zeven à acht sectoren die dreigen de doelstelling van de Procesregeling niet te halen. Daarbij speelt een belangrijke rol dat niet alle beschikbare capaciteit kan worden ingezet voor de afdoening van de nieuwe zaken, ten koste van de 'oude' voorraad.

Het is de vraag of het roer niet om moet. Rechters zijn doorgaans braaf en trouw aan de wet. Indien in de Algemene wet bestuursrecht voor de rechtbanken een uitspraaktermijn van maximaal twaalf maanden wordt opgenomen, zullen de rechtbanken zich ook maximaal inspannen daaraan te voldoen. Voor de meeste sectoren levert dat geen noemenswaardige problemen op. Zo'n uitspraaktermijn zal sectoren met achterstandsproblematiek dwingen tot andere werkwijzen en een meer doelmatige afdoening van zaken. En er kan op dat punt nog veel winst worden geboekt. Indien een modern en gedifferentieerd zaaksmanagement wordt doorgevoerd, moet het – daar ben ik van overtuigd – bij alle rechtbanken haalbaar zijn zaken binnen twaalf maanden af te doen. Het artikel zou als volgt kunnen luiden:

Artikel 8:66

1. De rechtbank doet uiterlijk binnen een jaar na ontvangst van het beroepschrift uitspraak, tenzij:
 - a. de rechtbank een prejudiciële vraag stelt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie;

- b. partijen om uitstel hebben verzocht, of daarmee schriftelijk hebben ingestemd; of
- c. bijzondere omstandigheden daartoe nopen.
2. [huidige lid 1]
3. [huidige lid 2]
4. [huidige lid 3]

De onderdelen a-c genoemd in het eerste lid spreken mijns inziens voor zich. Bij bijzondere omstandigheden kan worden gedacht aan de situatie dat de rechtbank in afwachting is van inlichtingen ingewonnen in het buitenland.³⁰

Er zijn wel een paar randvoorwaarden. De eerste is dat de sectoren kunnen beschikken over voldoende personeel en middelen om de doelstelling te realiseren. Nu is het niet zo dat het eerder afdoen van zaken extra mensen vergt of extra geld kost. Indien er voldoende capaciteit is om de uitstroom gelijke tred te laten houden met de instroom, hetgeen niet bij alle sectoren het geval is, zit het probleem hem vooral in het terugdringen van de werkvoorraad tot een acceptabele omvang. De oplossing is mijns inziens gelegen in het isoleren van de oude zaken, om die projectmatig aan te pakken en niet langer te accepteren dat de 'prop' de doorlooptijd van alle (nieuwe) zaken ten negatieve blijft beïnvloeden. Voor het wegwerken van de bij een aantal colleges aanwezige achterstand zijn tijdelijk extra mensen en middelen nodig. Als die mensen en middelen er komen, en de colleges gaan de achterstand op creatieve en voortvarende wijze te lijf, dan moet het probleem van de achterstanden binnen twee à drie jaar kunnen zijn weggewerkt. Ervan uitgaande dat het ministerie en de raad voor de rechtspraak bereid zullen zijn de benodigde financiële middelen te fourneren, is het belangrijkste knelpunt het voor enkele jaren aantrekken van extra personeel. Aangezien het niet mogelijk is tijdelijk extra rechters aan te nemen, rechters worden immers voor het leven benoemd, zal de oplossing moeten komen van het inhuren van extra juridische ondersteuning. Dat is mogelijk, maar gegeven de krappe arbeidsmarkt en de bescheiden salariering bij de rijksoverheid ook bepaald niet eenvoudig.

2.3.5 *De wachtlijstproblematiek*

Een praktisch probleem voor bestuursrechters is hoe moet worden omgegaan met intrekkingen van op de zitting geappointeerde zaken. Indien die intrekking plaatsvindt

30. Vergelijk artikel 15 van het Besluit beslistermijnen sociale zekerheid (oud), waarin de mogelijkheid was opgenomen de beslistermijn voor het primaire besluit te verlengen indien aan een persoon of instantie buiten Nederland informatie was gevraagd.

in week 3 tot 6 vóór de dag van de zitting kan nog een andere zaak op de zitting worden geplaatst en kunnen de uitnodigingen, en eventuele oproepingen, nog worden verzonden binnen de drie-wekentermijn van artikel 8:56 Awb.

Indien het beroep echter wordt ingetrokken in de periode van drie weken voorafgaande aan de zitting, kan formeel geen nieuwe zaak meer op de zitting worden geplaatst. De zittingsrechter zal, afhankelijk van de vraag of hij het betreffende dossier al heeft bestudeerd, over het bericht van intrekking van het beroep meer of minder verheugd zijn. In die zaak behoeft in ieder geval geen uitspraak te worden geschreven, en de opengevallen zittingstijd kan worden gebruikt voor raadkameren in al ter zitting behandelde zaken, al dan niet onder het nuttigen van drank en spijzen. Voor die individuele rechter is de intrekking dan ook geen probleem. Voor het gerecht als geheel betekenen intrekkingen kort voor de zitting echter een aanslag op de afdoeningscapaciteit. Afhankelijk van het soort zitting betekent één ingetrokken zaak kort vóór de zitting een vermindering van de productie van 10 tot 20%. Dat is problematisch als men zich realiseert hoe kostbaar het houden van een zitting is in termen van het niet ten volle benutten van ingezette capaciteit (rechters, griffiers, bodes, zittingszaal). De vergelijking met de wachtlijstproblematiek in de medische sector ligt voor de hand. Als een team klaar staat om te opereren en de operatiekamer is in gereedheid, dan moet daarvan optimaal gebruik worden gemaakt, mede in het belang van alle personen die op de wachtlijst staan. Dit geldt net zo goed voor uitgeschreven rechtszittingen.

Hoe het probleem van de gaten in de rol op te lossen? Ten eerste zou gedacht kunnen worden aan het verzenden van een vooraankondiging van de zitting op een termijn van drie maanden voor de zittingsdag. Bij poortzittingen levert dit geen voordeel op, omdat die binnen vijf maanden na binnenkomst van het beroepschrift worden gehouden. Het kan wel goed werken bij zaken die zich niet lenen voor een poortzitting en voor zaken die op een poortzitting zijn geweest en (nog) niet konden worden afgedaan. De ervaring leert dat partijen en hun gemachtigden de zaak veelal niet of nauwelijks hebben bekeken in de periode dat de zaak bij de rechtbank op afdoening lag te wachten. Bij de uitnodiging voor de zitting schrikt men dan wakker. De zaak wordt in de agenda gezet in de week voor de zitting, en dan blijkt – al dan niet na contact met de belanghebbende – dat de rechtzoekende de zaak niet verder wil doorzetten, dat het probleem niet actueel meer is, of dat het bestreden besluit en/of het beroep om een andere reden kan worden ingetrokken. Indien de vooraankondiging ertoe leidt dat partijen eerder bezien, en wel voorafgaande aan de drie-wekentermijn van artikel 8:56, of behandeling ter zitting en een uitspraak nog gewenst zijn, dan kan de rechtbank de opengevallen plek benutten door tijdig een andere zaak te appointeren.

Ten tweede kan gedacht worden aan het standaard op de zitting appointeren van een extra zaak, het zogenaemde ‘overboeken’, een door luchtvaartmaatschappijen ook bij

lijndiensten veel toegepast systeem. Nadeel daarvan is dat daarmee geen gat in de zitting wordt gedicht als er alsnog een zaak wordt ingetrokken. Verder moet er boven de norm worden gezeten als geen enkele zaak wordt ingetrokken.

Een derde oplossing is het alsnog appointeren van zaken binnen de drie-wekentermijn, maar dan met toestemming van (alle) partijen. In mijn team wordt hiermee thans geëxperimenteerd. Indien een plek op de zitting openvalt door intrekking binnen de drie-wekentermijn, dan wordt tot een week voor de zitting getracht die plek op te vullen. Uit de werkvoorraad worden zaken gezocht, die (te) lang liggen te wachten op behandeling ter zitting. Vervolgens wordt partijen telefonisch de situatie uitgelegd, wordt hen gevraagd of ze behandeling op zeer korte termijn wensen, en zo ja, of ze aanvaarden dat daarmee de 8:56-regel niet kan worden nageleefd. De ervaring tot nu toe is dat uitsluitend praktische redenen aan het ingaan op het aanbod van de rechtbank in de weg staan. Men heeft al een afspraak op de zittingsdag, die niet meer kan worden verzet. Is er geen praktische reden van verhindering, dan wordt op het aanbod doorgaans positief gereageerd. Dit is mijns inziens een werkwijze die navolging verdient, omdat daarmee efficiënter gebruik wordt gemaakt van de kostbare afdoeningscapaciteit, en aan de ratio van artikel 8:56 wordt geen afbreuk gedaan als partijen uitdrukkelijk instemmen met de gang van zaken.

Het is afwachten of de hogerberoepscolleges deze gang van zaken zullen sanctioneren. Indien genoemde waarborgen in acht worden genomen, en van de gegeven toestemming blijkt uit het dossier en het proces-verbaal van de zitting, is daar naar mijn mening alle aanleiding toe. Mocht deze handelwijze door de hogerberoepsrechter niet worden aanvaard, dan verdient een wetswijziging overweging. De betreffende bepaling zou als volgt kunnen luiden:

Artikel 8:56

1. Na afloop van het vooronderzoek worden partijen ten minste drie weken tevoren uitgenodigd om op een in de uitnodiging te vermelden plaats en tijdstip op een zitting van de rechtbank te verschijnen.
2. Van de in het eerste lid genoemde termijn kan worden afgeweken indien partijen daarvoor toestemming hebben verleend.

2.3.6 *Doorlooptijd versus kwaliteit; keuzes van het management*

Het kunnen realiseren van de hiervoor beschreven wijze van afdoening is niet alleen afhankelijk van factoren als instroom, uitstroom (de afdoeningscapaciteit) en werkvoorraad, of de wil van de sectoren een dergelijk zaaksmanagement handen en voeten te geven, maar ook van tal van andere factoren. Hier wil ik de aandacht vragen voor enkele keuzes van het rechtbankmanagement, die mede bepalend zijn voor doorlooptijd en kwaliteit van (bestuurs)rechtspraak.

Keuze 1. *De inzet van rechters*

Een voor de hand liggende reactie op de eis van korte(re) doorlooptijden, is de roep om meer rechters. Maar zijn er dan te weinig bestuursrechters? Geen zichzelf respecterend college durft die vraag ontkennend te beantwoorden. De lamicie-normen spelen in die discussie een belangrijke rol. Kijkt men naar andere landen, zoals Duitsland, dan moet worden vastgesteld dat wij in Nederland relatief weinig bestuursrechters hebben.³¹ Daarbij moet men zich wel realiseren dat de vraag hoeveel rechters er binnen een rechtbank werken aan bestuursrechtelijke zaken niet een gegeven is, maar een keuze van het management van de rechtbank. Het dagelijks bestuur (eerdaags: de bestuurder) bepaalt namelijk hoeveel rechters van de rechtbank er worden ingezet in welke sector. Daarbij is het zo dat het strafrecht en het vreemdelingenrecht de grote belangstelling hebben van de politiek, hetgeen zich vertaalt in (extra) inzet van personeel en middelen bij de afdoening van dergelijke zaken: denk aan mega-drugszaken, het Clickfonds en asielzaken. Daarbij verdient vermelding dat de financiering van het vreemdelingenrecht in beginsel losstaat van de financiering van de rechtspraak door de rechtbank overigens. Die extra inzet van personeel en middelen is niet onbegrijpelijk, maar gaat wel ten koste van de andere zaken, vooral civielrechtelijke en overige bestuursrechtelijke zaken. Zodra de sectoren civiel of bestuursrecht op orde dreigen te raken en de werkvoorraad verminderd wordt tot bijna acceptabele proporties, is dat voor het management een teken dat de nog hogere nood bij de strafsector gelenigd kan worden door het daarnaartoe overplaatsen van rechters die werkzaam zijn in de sectoren civiel en bestuursrecht. Dit omdat het management, gegeven de te beperkte capaciteit aan personeel voor de rechtbank als geheel, keuzes moet maken. Daarbij wordt dan aan de belangen gemoeid met het voorkomen van een situatie waarbij verdachten huiswaarts moeten worden gezonden wegens *undue delay* of dat transacties worden aangeboden in zaken die zich daarvoor eigenlijk niet lenen, een groter gewicht toegekend dan aan de tijdige afdoening van de overige zaken. Hoe anders is de situatie bij de hogerberoepscolleges.

Keuze 2. *Het tijdsbeslag van een zaak*

Een andere interessante vraag is hoeveel tijd er eigenlijk aan een zaak mag worden besteed; en dan heb ik het over aanrakingstijd. Hoeveel tijd is een zaak eigenlijk waard? Is dat 1 uur rechterstijd, 10 uur of 50 uur? Het politiek correcte antwoord is natuurlijk: net zoveel tijd als de toepassing van het recht vergt. Maar zo gaat het niet. Ook hier worden keuzes gemaakt door de rechters zelf en door hun management. Bij de meeste recht-

31. De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat de vergelijking met Duitsland niet helemaal opgaat, omdat de Duitse bestuursrechtspraak de functie van gerechtssecretaris – die juridische ondersteuning verleent bij het voorbereiden van de zaak en bij het schrijven van de uitspraak – niet kent. Duitse rechters schrijven zelf.

banken wordt inmiddels gewerkt met normrapporten, waarin is aangegeven welk aantal zittingen een rechter per periode moet kunnen doen. Het aantal zaken dat op een zitting wordt geappointeerd is afhankelijk van de gemiddelde zwaarte ervan. De productie van een voltijds werkende bestuursrechter ligt, afhankelijk van de vraag op wat voor zittingen hij wordt ingezet, thans ergens tussen de 200 en de 400 zaken per jaar. Daarnaast worden sommige rechters (tevens) ingezet op de afdoening van zaken buiten zitting (8:54- en 8:75a-uitspraken); hun productie is doorgaans hoger dan van zittingsrechters.³²

Dit lijkt allemaal prachtig, en wie niet beter weet zou het misschien als gegeven beschouwen. Maar het zijn keuzes. Wie zegt dat rechters niet veel meer zaken (per zitting) kunnen behandelen? Wie bepaalt op rechtbankniveau dat zaken meervoudig moeten worden behandeld (artikel 8:10)? Meervoudig zitten vreet namelijk productiecapaciteit, reden voor het management van de sector in Amsterdam om voor het eerste halfjaar van 2001 twintig meervoudige kamerzittingen te schrappen, louter om enkelvoudige kamer capaciteit vrij te maken.

Nog iets om over na te denken: wat zegt de verhouding MK-EK-zittingen? Heeft een sector bestuursrecht waar veel meervoudig wordt gezeten (kennelijk) allemaal moeilijke zaken? Moeilijker zaken dan bij andere sectoren? Mogelijk, maar het is ook mogelijk dat men daar geen concessie wil doen aan kwaliteit en voor lief neemt dat de doorlooptijd oploopt. De reden van meervoudig zitten kan ook zijn gelegen in het feit dat men intervisie als kwaliteitsinstrument serieus neemt, of omdat de opleiding van nieuwe rechters dat vergt. Denkbaar is echter ook, dat latente overcapaciteit wordt gebruikt om meer meervoudig te zitten. Het zou aardig zijn als naar de reden(en) voor meervoudig zitten wetenschappelijk onderzoek zou kunnen worden verricht.

Nu valt er bij de rechtbanken in de EK-MK-discussie niet zoveel winst te boeken. Bij de meeste rechtbanken wordt 90% of meer van de zaken immers al enkelvoudig afgedaan. Ook zaken waarvan men zich bij de hogerberoepscolleges op het achterhoofd krabt, zoals – de meeste – ambtenarenzaken en bouwzaken. Waar wel grote winst kan worden geboekt, is bij de appèlcolleges. Niet in hogerberoepszaken, gericht tegen een door een meervoudige kamer van de rechtbank gewezen uitspraak.³³ Maar in hogerberoepszaken tegen enkelvoudig gewezen uitspraken kan de zaak door een meervoudige naar een enkelvoudige kamer worden verwezen. Van die bevoegdheid wordt mijns inziens te weinig gebruik gemaakt.

32. Let wel: in de Raad van Beroep-tijd was een jaarproductie van 500 of meer uitspraken per rechter niet ongewoon. Werd er toen harder gewerkt? Zijn de zaken zoveel zwaarder, moeilijker geworden?

33. Dan staat het bepaalde in artikel 21 Beroepswet, artikel 22 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie en artikel 39 Wet op de Raad van State daaraan in de weg.

Niet valt in te zien waarom bijvoorbeeld de WAO-hogerberoepszaken niet grotendeels enkelvoudig kunnen worden afgedaan. Een groot deel van de zaken kent geen (complexe) rechtsvragen, behoeft geen nader onderzoek door een deskundige en draait enkel om toepassing van het recht op een overzichtelijk feitencomplex. Die zaken worden niet moeilijker omdat hoger beroep is ingesteld.

Als op die zaken een aantal ervaren raadsheren wordt ingezet, dan kan een fors deel van de WAO-werkvoorraad binnen twee jaar worden weggewerkt zonder dat onaanvaardbaar kwaliteitsverlies wordt geleden. Daar moet een raadsheer met vele jaren ervaring in het behandelen van WAO-zaken toch garant voor kunnen staan. Hetzelfde geldt eigenlijk voor andere soorten zaken, zoals bijstandswet- en werkloosheidswetzaken. Bij pensioen-, premie- en ambtenarenzaken ligt een en ander iets lastiger, maar ook een aanzienlijk deel van de ambtenarenzaken leent zich – ook in hoger beroep – voor enkelvoudige behandeling.

De criticus zal zeggen: het mag niet tot onaanvaardbaar verlies van kwaliteit leiden. Nee, daar ben ik het geheel mee eens. Maar mijn inschatting is dat dat ook niet zal gebeuren. Een ervaren raadsheer is in staat, althans dient in staat te zijn, ook enkelvoudig producten af te leveren die aan de maat zijn. Mogelijk minder briljant dan wanneer de zaak meervoudig was afgedaan, maar goed genoeg. En ook voor de hogerberoepsrechters geldt: beter een Volkswagen binnen korte tijd, dan een Porsche na jaren wachten.³⁴

Ik noem hier nu de Centrale Raad van Beroep als voorbeeld, maar ook bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) en de Afdeling bestuursrechtspraak valt ongetwijfeld winst te boeken, hoewel de verscheidenheid van zaken daar groter is en de doorsnee zaak bij Afdeling en CBB mij ingewikkelder voorkomt dan een doorsnee WAO- of bijstandzaak. Gelet daarop is opvallend, dat ik van de Afdeling steeds meer uitspraken in hogerberoepszaken zie afkomen die enkelvoudig zijn geweest. Het kan dus wel.

Ook de rechtseenheid behoeft niet in de gevarenzone te komen, indien onder verantwoordelijkheid van de voorzitter van een meervoudige kamer wordt zorg gedragen voor een systeem van screening en selectie van zaken, waarbij de makkelijker zaken kunnen worden verwezen naar een enkelvoudige kamer en de zaken waar rechtsvorming en/of rechtseenheid een rol (kunnen) spelen meervoudig worden afgedaan. Nu is niet steeds vooraf zichtbaar of rechtseenheid en rechtsvorming een rol spelen. Dat is echter geen probleem, omdat de enkelvoudige kamer in elke stand van de hogerberoepsprocedure kan terugverwijzen naar de meervoudige kamer.

34. Dit als variant op de discussie die binnen de Rechtbank Amsterdam heeft gespeeld, en nog wel speelt, waarbij het ging om een Kever versus een Maserati.

Ten faveure van een spoediger afdoening van zaken kan nog veel winst worden geboekt. Het probleem is deels een kwestie van (niet) kunnen, maar ook deels van (niet) willen. Rechters dienen, daartoe geroepen, bestuursorganen te kapittelen bij overschrijding van termijnen. Het zou de bestuursrechters sieren, eenmaal zelf aangesproken op het bewerkstelligen van korte(re) doorlooptijden, als de problematiek met modern (zaaks)management en creatief gebruik van de wettelijke mogelijkheden te lijf wordt gegaan.³⁵ Gelet op de ernst van de situatie is het wijzen op de toegenomen complexiteit van de regelgeving – hoe waar ook – en de tot twee jaar opgelopen vertraging bij de beantwoording van prejudiciële vragen door het Hof te Luxemburg een onvoldoende rechtvaardiging voor handhaving van de status-quo.

Keuze 3. De werkwijze: handwerk of delegatie?

Wie schrijft er eigenlijk? De rechter zelf of de ondersteuning? Hoe ga je als management het meest efficiënt om met het (dure) rechterlijk personeel? Het antwoord: door rechters zo veel mogelijk te laten zitten en beslissen, meer mondelinge uitspraken te laten doen, rechters niet of zo min mogelijk zelf te laten schrijven, en korte(re) uitspraken te laten doen.³⁶ Het zijn keuzes.

Bestuursrechterlijk Nederland kent grofweg twee werkwijzen. Aan de ene kant is er de wereld van de belastingkamer van de Hoge Raad, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, waar het schrijven nog als ambacht wordt beoefend en rechters nog relatief veel zelf de (gehele) uitspraak schrijven. Dat geldt ook voor de civiele kamers van de rechtbank. Dat schijnt arbeidsvreugdeverhogend te werken, maar is tevens productieverlagend. Daartegenover staat de wereld van de Afdeling, waar de staatsraden lezen, zitten en adviseren, en nagenoeg alle concepten van uitspraken worden aangeleverd door de – hooggekwalificeerde – ondersteuning.³⁷ De meeste sectoren bestuursrecht maken momenteel een ontwikkeling door, waarbij omwille van de snelheid en effectiviteit werkwijzen worden gekozen waarbij zo veel mogelijk rechterswerk wordt gedelegeerd aan de juridische ondersteuning. De meeste sectoren kiezen voor een werkwijze die dicht aanligt tegen de werkwijze van de Afdeling. Dat geldt nog meer voor de vreemdelingenkamer; daar zijn de grenzen van de delegatiemogelijkheden in zicht.

35. Zo zou het al helpen indien de drie (Afdeling, CRvB en CBB) een procesregeling zouden invoeren. Naar verluidt is een regeling in een vergevorderd concept-stadium en valt invoering dit jaar te verwachten.

36. Bij de sector bestuursrecht in Amsterdam loopt het zogenoemde MAX 3-project, met als inzet een kwaliteitsimpuls te koppelen aan een aanzienlijke verkorting van de uitspraken tot – indien mogelijk – drie pagina's.

37. Zie ook A.F.M. Brenninkmeijer, Rechtsbescherming en rechtsvorming door de hoogste bestuursrechters, NJB 2000, p. 699-705.

Hiermee heb ik willen laten zien, dat er niet zoiets is als dé werkwijze. Het gaat om keuzes met een belangrijk effect op de doorlooptijd en die – mede daardoor – niet zonder betekenis zijn voor de kwaliteit van rechtspraak.

Keuze 4. *Het roulatiebeleid*

Het is beleid van de meeste rechtbanken dat rechters in eerste aanleg allround moeten zijn. Er zijn uitzonderingen voor krasse knarren en specialisten, maar de regel is in Amsterdam – en bij vele andere rechtbanken – dat een rechter in ten minste twee sectoren inzetbaar moet zijn. Daarbij werkt het in Amsterdam zo dat rechters in beginsel zo ongeveer om de drie à vier jaar van sector wisselen.

Enig begrip kan worden opgebracht voor de gedachte achter het verplicht rouleren. Er moet immers een groep rechters beschikbaar blijven met een grondige kennis van de hoofdlijnen van ons rechtsstelsel en met inzicht in de samenhang tussen de primaire rechtsgebieden.³⁸ Aan de andere kant vergt de moeilijkheidsgraad van sommige rechtsgebieden, waaronder een aantal deelgebieden van het bestuursrecht zoals ruimtelijk ordeningsrecht, milieurecht, vreemdelingenrecht, belastingrecht, socialezekerheidsrecht een bepaalde mate van specialisatie. Die specialisatie is op sommige gebieden ook vereist om tegenwicht te kunnen bieden aan de specialisatie in de rechtshulp. Ook vanuit de gedachte van efficiency is de inzet van specialisten gewenst. Vooralsnog zetten de rechtbanken als eerstelijnsrechter echter in op brede inzetbaarheid en dienen jonge rechters verplicht te rouleren.

Omdat de laatste jaren veel jonge rechters (in wording) zijn ingestroomd, heeft dit ertoe geleid dat de sectoren straf- en bestuursrecht min of meer permanent worden bemest door een relatief grote groep minder ervaren rechters, en dat door de groep meer ervaren rechters een grote opleidingsinspanning moet worden geleverd. Vanaf 1996, vier jaar na de integratie in 1992, is in Amsterdam een situatie ontstaan waarbij de ervaren bestuursrechters moesten gaan rouleren. Om niet alle ervaring tegelijk te verliezen gaan er elk jaar een paar routiniers over. Dit heeft ertoe geleid dat sedert 1998 een deel van de meer ervaren bestuursrechters werkzaam is bij de strafsector. Is dat nu handig? Het gevolg van het verplichte rouleren is voorts, dat in genoemde sectoren een grote opleidingsinspanning moet worden gepleegd. Ervaren bestuursrechters moeten worden opgeleid in het straf(proces)recht, terwijl ervaren strafrechters zich moeten bekwamen in het bestuurs(proces)recht.

Thans bestaat als gevolg van dit beleid de situatie dat de sector bestuursrecht wordt bemest door enkele ervaren (bestuurs)rechters, terwijl de sector verder wordt bemest door rechters met gemiddeld minder ervaring in het bestuursrecht. Meer dan vier jaar

38. Zie J.J.I. Verburg, NJB 2001, p. 166-167.

ervaring zal men in de regel niet halen, want dan is men al weer overgeplaatst. Het is onnodig te zeggen dat de combinatie van relatief onervaren bestuursrechters en enkelvoudig zitten in een hoge frequentie invloed heeft, althans kan hebben, op de kwaliteit.

De sectoren proberen door opleiding, begeleiding en veel overleg te zorgen voor handhaving van afdoende kwaliteit om in hoog tempo Volkswagens te kunnen blijven afleveren. Maar er is thans wel een geheel andere situatie dan voor 1994, toen de sectoren bestuursrecht werden bevolkt door doorgaans zeer ervaren Raad van Beroep-rechters, die over een grote kennis van het socialeverzekeringsrecht en het ambtenarenrecht beschikten.

Nu wil ik niemand de persoonlijke uitdaging en verrijking onthouden om enkele jaren het strafrecht te beoefenen – helaas vindt met de sector civiel niet of nauwelijks uitwisseling plaats – maar uit oogpunt van effectiviteit en kwaliteit is het de vraag of het verplicht rouleren wenselijk is.

Mijn gedachten gaan dan ook uit naar een systeem waarbij een rechtbank erkent generalisten nodig te hebben evenals specialisten. Het huidige bestand aan rechtbankrechters bestaat voor het merendeel uit generalisten. Er zullen ook altijd veel generalisten blijven, omdat de raio-opleiding generalisten aflevert en ongeveer de helft van de rechters voortkomt uit de raio-opleiding. Reden temeer om bij het aantrekken van mensen van buiten de rechterlijke macht het accent te leggen op bijzondere kennis van een bepaald rechtsgebied en deze personen hun waarde te laten bewijzen binnen dat rechtsgebied. Het komt op mij nog steeds merkwaardig over dat een zojuist aangetrokken specialist strafrecht zich binnen de kortste keren mag storten op het familierecht of het bestuursrecht, terwijl de strafsector een permanent tekort aan ervaren strafrechtgeleerden heeft. Er is nog iets anders. Het is niet uitgesloten dat bij een gespannen arbeidsmarkt en een relatief bescheiden salariëring het aantrekken van buitenstaanders (extra) problematisch wordt indien zij gedwongen worden zich in te zetten op een rechtsterrein waarop noch hun affiniteit noch hun deskundigheid ligt. Tot slot mag niet worden vergeten dat specialisten veelal fungeren als inhoudelijke peilers van een sector. Voor de handhaving van een afdoende kwalitatief niveau is de aanwezigheid van specialisten derhalve een vereiste.

Om de negatieve gevolgen van het verplicht rouleren tegen te gaan, ben ik er daarom voorstander van het verplicht rouleren los te laten en zoveel mogelijk rekening te houden met voorkeur, arbeidservaring en deskundigheid van de betrokken rechter. De nieuwe spelregel zou moeten zijn dat een rechter na zijn opleiding in de regel minimaal acht jaar in een sector wordt ingezet. De benodigde verandering van spijs kan dan worden verkregen door binnen die sector een ander deelgebied van het (bestuurs)recht te gaan beoefenen.

Keuze 5. *De rechter-plaatsvervanger*

Wel of geen rechters-plaatsvervanger inzetten? Ook hier worden keuzes gemaakt. Zowel ten aanzien van de professie van de plaatsvervanger (wel of geen advocaten, wel of geen advocaten uit eigen arrondissement³⁹), als de graad van (bestuursrechtelijke) deskundigheid. Maar ook de frequentie waarmee en de wijze waarop de plaatsvervanger wordt ingeschakeld.

Bij de sector bestuursrecht in Amsterdam worden plaatsvervangers in beperkte mate ingeschakeld. In de regel geschiedt dat slechts op meervoudige kamerzittingen en dan steeds in de combinatie van twee beroepsrechters en een plaatsvervanger. De bijdrage van plaatsvervangers aan de productie is daardoor zeer bescheiden. Door het verder terugdringen van het aantal meervoudige zittingen zal die bijdrage alleen nog maar verder afnemen. Dat kan ook anders. Als kantonrechters in de zomer hun zittingen laten overnemen door plaatsvervangers, bijvoorbeeld ervaren advocaten, waarom kan dat dan bij de sectoren bestuursrecht niet? Waarom de verhouding binnen de meervoudige kamer niet gewijzigd in één beroepsrechter op twee (gespecialiseerde) plaatsvervangers? Het is een keuze.

2.4 Overige suggesties tot verbetering

Een bijdrage aan korte(re) doorlooptijden zou tot slot kunnen worden geleverd door het beter gebruik maken door partijen van de bestaande wettelijke mogelijkheden (voorlopige voorziening), doordat de bestuursrechters aan bestaande wettelijke regelingen een duidelijker invulling geven (versnelde behandeling) en het scheppen van extra wettelijke mogelijkheden (rechtstreeks beroep) die bijdragen aan snel procederen. Ik zal enkele mogelijkheden kort bespreken.

2.4.1 *Het rechtstreeks beroep*

Op 18 december 2000 is bij de Tweede Kamer een voorstel van wet ingediend, geheten: ‘Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht in verband met de mogelijkheid om de bezwaarschriftprocedure met wederzijds goedvinden buiten toepassing te laten (rechtstreeks beroep).⁴⁰

Het voorstel voorziet in de nieuwe artikelen 7:1a en 8:54a Awb en wijzigingen van de artikelen 8:4, 8:70 en 10:3 lid 3 Awb. Het voorstel ten aanzien van de artikelen 7:1a en 8:54a luidt als volgt:

39. Toen uit onderzoek bleek dat de rechterlijke macht het niet kan stellen zonder de inzet van plaatsvervangers, verdampten ten departemente de principiële bezwaren tegen de inzet van advocaten als plaatsvervanger in eigen arrondissement.

40. TK 2000-2001, 27 563, nrs. 1-3.

Artikel 7:1a

1. In het bezwaarschrift kan de indiener het bestuursorgaan verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter, zulks in afwijking van artikel 7:1.
2. Het bestuursorgaan wijst het verzoek in ieder geval af, indien:
 - a. het bezwaarschrift is gericht tegen het niet tijdig nemen van een besluit, of
 - b. tegen het besluit een ander bezwaarschrift is ingediend waarin eenzelfde verzoek ontbreekt, tenzij dat andere bezwaarschrift kennelijk niet-ontvankelijk is.
3. Het bestuursorgaan kan instemmen met het verzoek indien de zaak daarvoor geschikt is.
4. Het bestuursorgaan beslist zo spoedig mogelijk op het verzoek. Een beslissing tot instemming wordt genomen zodra redelijkerwijs kan worden aangenomen dat geen nieuwe bezwaarschriften zullen worden ingediend. De artikelen 4:7 en 4:8 zijn niet van toepassing.
5. Indien het bestuursorgaan instemt met het verzoek zendt het het bezwaarschrift, nadat daarop de datum van ontvangst is aangekend, onverwijld door aan de bevoegde rechter.
6. Na de instemming ontvangen bezwaarschriften worden eveneens onverwijld doorgezonden aan de bevoegde rechter.

Artikel 8:54a

1. Totdat partijen zijn uitgenodigd om op een zitting van de rechtbank te verschijnen, kan de rechtbank het onderzoek sluiten, indien voortzetting van het onderzoek niet nodig is, omdat het bestuursorgaan kennelijk ten onrechte heeft ingestemd met rechtstreeks beroep bij de rechtbank.
2. In dat geval strekt de uitspraak ertoe dat het bestuursorgaan het beroepschrift als bezwaarschrift behandelt. Artikel 7:10 is van overeenkomstige toepassing.

Het elimineren van onnodige herhalingen van standpunten in zaken die in de voorprocedure al zijn uitgekristalliseerd, zal mijns inziens een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan het verkorten van procedures. Dit zal vooral effect sorteren bij ateliers en minder bij beschikkingenfabrieken. De vrees dat bestuursorganen hun verantwoordelijkheid zullen verzaken en de heroverweging zullen uithollen, is mijns inziens niet gegrond. Ten eerste kan een bestuursorgaan beleid voeren op het al dan niet honoreren van verzoeken van burgers tot het buiten toepassing laten van de bezwaarschriftprocedure. Daarnaast heeft de rechter de mogelijkheid om de zaak terug te sturen naar het bestuur als wat al te lichtvaardig toestemming voor rechtstreeks beroep is verleend.

Indien het voorstel wet wordt, ontstaat een interessante situatie. Indien onder toepas-

sing van artikel 7:1a de bezwaarschriftprocedure wordt overgeslagen en er vervolgens een verzoek om een voorlopige voorziening wordt ingediend, dan is dat *de facto* een verzoek hangende beroep. Daarmee bestaat dus de mogelijkheid voor de president om kort te sluiten. Hiermee wordt een nieuwe route geopend voor snelrecht, zeker als ook in hoger beroep tegen de 8:86-uitspraak een verzoek om een voorlopige voorziening wordt gevraagd en ook die zaak wordt kortgesloten. In theorie kan dan binnen enkele maanden na het slaan van het primaire besluit een finaal oordeel van de hoogste bestuursrechter worden verkregen. Hoewel haastige spoed zelden goed is, acht ik dit een toe te juichen ontwikkeling, die dienstig zal kunnen blijken te zijn, bijvoorbeeld bij zaken waar het geschil louter de uitleg van een rechtsregel betreft.

2.4.2 *De versnelde behandeling*

Artikel 8:52 Awb biedt partijen de mogelijkheid de rechtbank te verzoeken om versnelde behandeling. Het probleem met de toepassing van artikel 8:52 is dat de bestuursrechters er eigenlijk niet in zijn geslaagd om objectieve criteria te benoemen op grond waarvan het gerechtvaardigd is een zaak uit de stapel te trekken en voorrang te verlenen boven alle andere aanhangige zaken. In de literatuur wordt bepleit dat de rechter bij de toepassing van zijn bevoegdheid acht dient te slaan op de spoedeisendheid van de zaak, dat wil zeggen de dwingendheid van de gestelde urgentie, de complexiteit van de zaak, de partijenconstellatie en dan met name de vraag of belangen van mogelijke derden door de versnelde behandeling niet worden geschaad, en de vraag of de gewone procedure niet meer waarborgen biedt voor het boven tafel krijgen van alle relevante feiten, de af te wegen belangen en de partijstandpunten.

Prachtig, maar die afweging moet ook weer niet zo complex worden (gemaakt) dat het resultaat is dat in een te verwaarlozen aantal zaken toepassing wordt gegeven aan de versnelde behandeling. Ik wil er daarom voor pleiten dat de bestuursrechters alsnog een poging doen bruikbare criteria op te stellen. Partijen kunnen de rechter daartoe ook uitnodigen, hetgeen maar weinig gebeurt. Ook bestuursorganen kunnen een gerechtvaardigd belang hebben bij een spoedig oordeel in de bodemprocedure.⁴¹ Hier is voor de (hoogste) bestuursrechter een rechtsvormende taak weggelegd. Mocht het niet lukken bruikbare criteria te formuleren, dan is de toegevoegde waarde van artikel 8:52 zo gering, dat het artikel misschien maar beter kan worden geschrapt. Maar zover is het nog niet. Bij wijze van voorzet zou ik menen dat de volgende situaties versnelde behandeling kunnen rechtvaardigen:

41. Zie voor een voorbeeld CRvB 6 april 1999, USZ 1999/168 en 169, waarin een verzoek van het college van B&W om versnelde behandeling in een bijstandszaak is gehonoreerd en de zaak binnen enkele maanden ter zitting is behandeld.

- a. bijzondere omstandigheden van persoonlijke aard;
- b. de afdoening van soortgelijke of samenhangende besluiten;
- c. bij besluitvorming gebaseerd op nieuwe algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels; en
- d. indien andermaal beroep wordt ingesteld, nadat een eerder besluit op bezwaar door de rechtbank is vernietigd.

Toelichting

Ad a. Hieronder vallen onder meer de ‘crepeer’-gevallen. Denk aan de brief van de advocaat die de rechtbank schrijft dat zijn cliënt wegens een dodelijke ziekte nog slechts enkele maanden te leven heeft en graag de uitspraak van de rechtbank nog bij leven zou meemaken.

Ad b. Bij soortgelijke besluiten gaat het om een proefprocedure bij de rechtbank, terwijl het bestuursorgaan de uitkomst daarvan wil afwachten alvorens vele soortgelijke besluiten te nemen. Bij samenhangende besluiten gaat het om meerdere besluiten die nodig zijn om een project te realiseren, bijvoorbeeld de verbouwing van een ziekenhuis, waarbij reeds enkele besluiten formele rechtskracht hebben, doch de verbouwing nog wordt opgehouden doordat tegen samenhangende besluiten nog een procedure loopt.

Ad c. Hier wordt gedoeld op procedures waarbij voor het eerst de rechtmatigheid en toepassing van nieuwe (beleids)regels aan de orde is, terwijl de uitspraak van de rechter van groot gewicht is voor de wijze waarop door het bestuur volgende, soortgelijke besluiten zullen worden genomen.

Ad d. Met een dergelijke regel wordt gepoogd te voorkomen dat indien het bestuur na een vernietiging een nieuwe beslissing op bezwaarschrift heeft genomen, waartegen beroep wordt ingesteld, partijen ook in die zaak weer ruim een jaar moeten wachten voordat de zaak op de zitting wordt behandeld. Indien in dezelfde kwestie andermaal wordt geprocedeerd, zou de tweede beroepszaak met toepassing van afdeling 8.2.3 binnen enkele maanden op zitting moeten komen, en dan nog bij voorkeur en zo mogelijk bij de rechter(s) die de eerdere uitspraak heeft/hebben gewezen.

2.4.3 De voorlopige voorziening

Hoewel de presidenten, althans die van de Rechtbank Amsterdam, niets te klagen hebben over het aantal gevraagde voorlopige voorzieningen, valt het toch op dat in sommige voor de hand liggende situaties het verzoek daartoe niet of te laat wordt gedaan.⁴² En

42. Vergelijk A.T. Marseille, Het verbazende non-gebruik van de bestuursrechtelijke voorlopige voorzieningsprocedure, *Trema* 1999, nr. 10a, p. 37-41.

dat terwijl ook dit verzoek een probaat middel kan zijn om dreigend onheil af te wenden, of om een voorlopig oordeel te krijgen over hetgeen rechtens is. En als er kan worden kortgesloten (artikel 8:86), dan levert het oordeel van de president zelfs een eindoordeel op, waartegen hoger beroep openstaat. Nu wil ik niet bepleiten dat iedereen voor alle geschillen maar voorlopige voorzieningen moet gaan vragen; een aantal zaken leent zich daar niet voor. En het is ook niet de bedoeling om een verzoek in te dienen en te vragen om toepassing van artikel 8:86 louter om langs die route sneller een bodemoordeel te krijgen; als dat blijkt zal het verzoek reeds om die reden worden afgewezen en kan zelfs een kostenveroordeling volgen wegens misbruik van procesrecht.⁴³ Maar als er een spoedeisend belang is en het betreft een verzoek hangende beroep, dan dient kortsluiten naar mijn mening de regel te zijn, en niet de uitzondering.

Anders dan bij het verzoek om versnelde behandeling, waar ook het bestuursorgaan een verzoek toe kan doen, wordt in de literatuur verdedigd dat het bestuursorgaan niet kan vragen om schorsing of een voorlopige voorziening. Hoewel de tekst van artikel 8:81 lid 1 Awb zich er niet tegen verzet, is bijvoorbeeld Schreuder-Vlasblom van oordeel, dat 'de ratio van de geboden rechtsbescherming zich er tegen verzet dat het bestuur verzoekt om een voorziening tegen het eigen besluit'.⁴⁴

De vraag is echter op welke wijze het verzoek moet worden gezien. Het ligt niet voor de hand dat het bestuursorgaan de rechter vraagt zijn eigen besluit te schorsen. Maar waarom zou het bestuursorgaan geen behoefte hebben aan een voorlopig rechtmatigheidsoordeel? En waarom zou het bestuursorgaan daar zelf niet om mogen vragen als anderen tegen een besluit een procedure hebben aangespannen?

Neem de volgende situatie. Een bestuursorgaan heeft een serie besluiten afgegeven op basis van een nieuwe regeling of op grond van nieuw beleid. Laten we zeggen dat het gaat om uitvoering van een strikt(er) terugvorderingsbeleid van ten onrechte genoten subsidies. Al kort na de bekendmaking van de eerste besluiten wordt het bestuursorgaan aansprakelijk gesteld voor schade geleden en te lijden ten gevolge van zo'n besluit. Hoewel het in een zaak ingestelde beroep de werking van het genomen besluit niet schorst (artikel 6:16), en het bestuursorgaan het dus in theorie vrij staat om op de ingeslagen weg voort te gaan, wordt het bestuur toch wat voorzichtig. Het durft niet tot inordering over te gaan totdat meer zekerheid bestaat omtrent de rechtmatigheid van de besluiten. Stel dat het besluit inderdaad strijdig zou zijn met het recht, dan liggen er nog veel meer claims op de loer. De verzekeraar zit op het vinkentouw. Aan de andere kant vergt het algemeen belang voortgang op de ingeslagen weg; er valt nog een vermogen aan ten

43. Zie ABRs 13 september 1999, JB 1999/268.

44. Zie M. Schreuder-Vlasblom, *De Awb; het bestuursprocesrecht*, zesde druk, Deventer 1999, p. 221.

onrechte verstrekte subsidies terug te halen. Wat te doen? Een verzoek om versnelde behandeling van het bestuursorgaan is inmiddels door de rechtbank afgewezen. De eisende partij vraagt geen voorlopige voorziening omdat het bestuur inmiddels heeft laten weten niet tot inning te zullen overgaan totdat de rechter/president heeft gesproken. De secretaris van de sector bestuursrecht heeft telefonisch medegedeeld, dat nu het 8:52-verzoek is afgewezen, behandeling ter zitting eerst over anderhalf jaar kan worden verwacht. In een dergelijke situatie is de wens om duidelijkheid over de vraag of het besluit op grond van de nieuwe wettelijke regeling of de nieuwe beleidsregel de rechterlijke toets zal kunnen doorstaan niet alleen begrijpelijk, maar mijns inziens ook gerechtvaardigd.

Nu zou het probleem zijn opgelost indien de rechtbank spoedig een oordeel zou geven in de bodemprocedure. Dat zou kunnen bij een 8:52-beleid, waarin verzoeken als van dit bestuursorgaan worden gehonoreerd. Het probleem zou ook opgelost zijn als de zaak zou dienen bij een rechtbank die werkt met selectie aan de poort en die langs die route snel uitspraak doet. Maar voorlopig is het nog niet zover. Ik ben van mening dat een bestuursorgaan daarom in een dergelijke situatie moet kunnen vragen om een voorlopige voorziening ertoe strekkend dat de president het verzoek afwijst, omdat naar zijn voorlopig oordeel het besluit rechtmatig is (genomen). Daar zou het bestuursorgaan mee gebaat zijn. De afwijzing gaat dan immers fungeren als een verklaring voor recht, uiteraard met een voorlopig karakter, tenzij er kan worden kortgesloten.

Ik vind dit ook blijk geven van een meer eigentijdse visie op rechtsbescherming. Het sluit beter aan bij de wederkerige rechtsbetrekking. De Awb is er niet alleen voor de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid, ook de belangen van het bestuur mogen niet uit het oog worden verloren. Door het aanspannen van de beroepsprocedure neemt de burger het risico te worden betrokken bij een procedurele tegenzet van het bestuur, zoals een 8:52-verzoek of een verzoek om een voorlopige voorziening. Behartiging van het algemeen belang kan dat meebrengen.

Tijdens de bezwaarschriftprocedure vind ik de verhoudingen anders liggen. Dan kan het bestuursorgaan namelijk zelf actie ondernemen door met spoed te komen tot het heroverwegingsbesluit. Maar is eenmaal beroep ingesteld tegen dat besluit en wordt door de burger geen verzoek om een voorlopige voorziening ingediend, dan kan het bestuur in een patstelling komen te verkeren door inertie bij de rechter. Wordt een verzoek door het bestuur gedaan, dan is het aan de bestuursrechter om aan te geven of het kan, en zo ja, in welke gevallen. Ik realiseer me dat het ontbreken van hoger beroep tegen 8:81-uitspraken rechtsvorming door de hoogste bestuursrechters op dit punt bemoeilijkt, maar in geval van kortsluiting is dit wel mogelijk.

2.4.4 Appellabele tussenuitspraken en tussenbeslissingen?

Moeten tussenuitspraken en tussenbeslissingen zelfstandig appellabel worden? Kennen we dan tussenuitspraken? Jazeker, ik doel op aangeklede schorsings- (artikel 8:64) of

heropeningsbeslissingen (artikel 8:68), waarin gemotiveerd een oordeel wordt gegeven over een of meer geschilpunten.⁴⁵ Denk verder aan die beslissingen waarbij wordt aangekondigd dat een prejudiciële vraag zal worden gesteld.⁴⁶ Momenteel is het niet mogelijk tegen dergelijke beslissingen van de rechtbank, die soms het karakter hebben van een tussenuitspraak, zelfstandig in hoger beroep te gaan; dat kan tegelijk met de einduitspraak.

Ik ben ervoor dit systeem niet te wijzigen. Het zou procedures onoverzichtelijker maken, leiden tot meer procedures en daardoor bijdragen aan juridisering, terwijl het voor de hand ligt dat de gemiddelde doorlooptijd zal worden verlengd. Niet doen dus.⁴⁷

Dat geldt mijns inziens ook voor tussenbeslissingen, hoewel ik daar aarzel. Ik doel met tussenbeslissingen op alle beslissingen die de rechtbank neemt in het kader van de procedure. Denk aan de beslissing tot verwijzing van een enkelvoudige naar een meervoudige kamer en andersom (artikel 8:10), het al dan niet inschakelen van een rechter-commissaris (artikel 8:12), verwijzing van de zaak naar een andere rechtbank (artikel 8:13), voeging en splitsing (artikel 8:14), het al dan niet geheimhouden van stukken (artikel 8:29), het al dan niet oproepen van getuigen, het al dan niet inschakelen van een deskundige (artikel 8:47), enzovoort. Al dit soort beslissingen zijn thans niet zelfstandig appellabel en dat moet beslist zo blijven. Hoewel ik me realiseer hoe ingrijpend sommige tussenbeslissingen kunnen zijn – soms wordt de uitkomst van het geding daarmee bepaald – zou de procedure geheel ontwricht raken als van elke procedurele tussenstap hoger beroep zou kunnen worden ingesteld.

Ik aarzel ten aanzien van de beslissing tot het toelaten van belanghebbenden als partij aan het geding (artikel 8:26). Denk aan de situatie dat de rechtbank de kring van belanghebbenden niet goed heeft getrokken en heeft geweigerd een belanghebbende als partij tot het geding toe te laten. Die belanghebbende kan dat pas aan de orde stellen door tegen de einduitspraak van de rechtbank hoger beroep in te stellen. Als het appelcollege constateert dat de rechtbank die belanghebbende ten onrechte niet als partij heeft toegelaten tot het geding, zal vernietiging van de aangevallen uitspraak en terugverwijzing naar de rechtbank volgen. Theoretisch is het denkbaar dat de zaak in hoger beroep wordt afgedaan, maar het verlies aan instantie van de derde-belanghebbende zal zwaar wegen.

45. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 31 januari 2000, JB 2000/108 en RSV 2000/114, waarin alle op het EVRM betrekking hebbende grieven door de rechtbank al worden besproken in een gemotiveerde 8:68-beslissing en het onderzoek wordt heropend om het bestuursorgaan in de gelegenheid te stellen bepaalde stukken alsnog in een bepaalde vorm in geding te brengen.

46. Zie bijvoorbeeld CRvB 6 oktober 1999, RSV 2000/32; ABRS 10 augustus 1999, JB 1999/227 en AB 2000, 168; en Cbsf 26 september 1997, JB 1997/243.

47. Om soortgelijke redenen ben ik ertegen hoger beroep mogelijk te maken van de door de president gegeven 8:81-uitspraak.

Stel dat de rechtbank twee jaar over afdoening van de zaak heeft gedaan en de Afdeling in hoger beroep elf maanden, dan is het resultaat dat de zaak na een kleine drie jaar geheel terug bij af is en opnieuw kan beginnen bij de rechtbank.

Zou het om die reden niet nuttig zijn als tegen de 8:26-beslissing kan worden geappelleerd? Jazeker, voor sommige gevallen, maar in vele andere gevallen moet ik er niet aan denken. Ik zou echter niet weten hoe je het zo kunt regelen dat dat in de ene zaak wel kan en in de andere niet. Mogelijk door de rechter de bevoegdheid te geven per zaak te bepalen of de 8:26-beslissing zelfstandig appellabel is. Dat zou wel een vreemde eend in de Awb-bijt zijn. Bovendien, als één tussenbeslissing eenmaal appellabel wordt, zal er ongetwijfeld discussie komen over de vraag of andere tussenbeslissingen, zoals die van artikel 8:29, ook niet appellabel moeten zijn. En die kant moet het niet op.

2.5 De bijdrage van partijen aan de doorlooptijd

In het kader van een kritische blik naar de doorlooptijden wil ik niet nalaten toch ook even te wijzen op de bijdrage van partijen.

De (inhoudelijke) behandeling van de zaak door de rechter ondervindt veelal vertraging, althans in Amsterdam, doordat de 8:42-stukken te laat afkomen, soms pas na acht maanden tot een jaar. Ongekend, nu in den brede de verplichte heroverweging is ingevoerd en bestuursorganen worden geacht ook de heroverweging te hebben verricht op basis van een dossier. De procesregeling biedt wat mogelijkheden om excessen in te dammen, zoals via de strafcomparitie louter ter overlegging van stukken (artikel 3 lid 1 van de procesregeling), maar de rechtbank kan ijzer niet met handen breken. Bij sommige bestuursorganen, denk in dit verband ook aan de IND en sommige sociale diensten, is de logistiek zo slecht op orde dat de rechtbank stevast begint met een vertraging van enkele maanden. Het niet afkomen van het verweerschrift zorgt tegenwoordig niet voor verdere vertraging, omdat de rechtbank de behandeling van de zaak ook zonder dat er een verweerschrift is (artikel 3 lid 2 van de procesregeling) aanvangt of voortzet.

Aan de zijde van de eisende partij, doorgaans de burger, moet erop worden gewezen dat de belangen van professionele gemachtigden niet steeds parallel lijken te lopen aan die van hun clientèle. Het aantal verzoeken om uitstel van de termijn voor het indienen van de gronden, om uitstel voor een reactie op een deskundigenrapport, om uitstel van de behandeling ter zitting, van burgers zonder gemachtigde is gering, terwijl dezelfde verzoeken door burgers met een professionele gemachtigde frequent worden gedaan. Alleen al met het beantwoorden en afwijzen van dergelijke verzoeken ging in het verleden soms maanden heen.

Thans voeren de sectoren via de procesregeling een strikt en uniform uitstelbeleid dat een bijdrage levert aan een snellere afdoening van zaken. In zoverre is er een ontwikkeling gaande waarbij de bestuursrechtelijke procedure minder een partijenproces is en de

rechter steeds meer optreedt als bewaker van de doorlooptijd. Dat is uiteraard alleen te verantwoorden indien de rechter ook zelf zorgt voor een zo spoedig mogelijke afhandeling van de zaak en daar schort het op dit moment vaak nog aan. Wat de proceshouding van partijen ook is, die houding kan en mag geen verklaring zijn voor de lange periode dat de rechtbank de zaak op de plank laat liggen. De rechter heeft hier zijn eigen verantwoordelijkheid.

2.6 De factor tijd en ADR

Kan het nog sneller via ADR? In het voorafgaande heb ik de tijdigheid van procedures aan de orde gesteld en enkele suggesties gedaan voor verbetering dan wel versnelling. Partijen die hun geschil beslecht willen zien, staan naast de Awb-middelen soms ook andere middelen ter beschikking, zoals arbitrage, beslechting door een geschillencommissie of mediation. Voor arbitrage geldt als richtsnoer een lengte van de procedure van maximaal negen maanden, voor geschillencommissies vijf maanden en voor mediation maximaal acht weken.⁴⁸ Dat zijn termijnen waar de bestuursrechter vooralsnog niet aan kan komen. Indien een zaak zich voor een dergelijke wijze van afdoening leent, en die weg ook openstaat, is het wat betreft tijdigheid een serieuze concurrent van overheidsrechtspraak. Het kostenaspect en andere aspecten dienen echter ook op de weegschaal te worden gelegd. Voor verdere bespiegelingen over tijdigheid en ADR/mediation wil ik wijzen op de paragrafen 1.4 en 3.4 van het preadvies van collega Pach.

48. Zie A.F.M. Brenninkmeijer, *Tijdige geschillenbeslechting zonder rechter: ADR en tijdigheid van de rechtspraak*, Trema 1999, nr. 10a, p. 42-46.

3 De factor finaliteit

3.1 Inleiding

In relatief korte tijd is er een stroom van publicaties verschenen die allemaal de geringe effectiviteit van de bestuursrechtspraak aan de orde stellen. Ik noemde in paragraaf 1.3 al de oratie van Polak, het boek van Barkhuysen c.s., maar ook Neerhof,¹ Marseille² en Koeman³ hebben recentelijk de aandacht gevraagd voor het tegengaan van nodeloze procedurele verwickelingen, het herhalen van zetten, en het verminderen van de neiging van de bestuursrechter om zich met de procedure bezig te houden in plaats van met de kern van de zaak. Meer of minder indringend wordt gepleit voor het verschaffen van duidelijkheid en het meer finaal afdoen van geschillen, niet in de laatste plaats omwille van geschilbeslechting binnen een redelijke termijn.

Alvorens op de juistheid van de kritiek in te gaan, wil ik allereerst aangeven dat het niet zo is dat in het gros van de gevallen formele vernietigingen worden uitgesproken. Zoals hiervoor al is aangegeven, wordt ongeveer 30% van de zaken vereenvoudigd afgedaan (onbevoegdverklaring, niet-ontvankelijkverklaring van het beroep, intrekkingen enz.). Daarnaast wordt van de resterende zaken, afhankelijk van het soort zaak, ongeveer 50 tot 80% van de beroepen ongegrond verklaard. In al die zaken spelen de problemen van de formele vernietigingen, het gepingpong en het gebrek aan finaal-materiële geschilbeslechting dus niet; althans niet ten gevolge van de uitspraak van de rechtbank. Van het resterende gedeelte van de zaken, de gegronde beroepen, kan in een deel van de zaken

-
1. A.R. Neerhof, Van effectieve bestuursrechters en geschillen die voorbijgaan ...?, JB-plus van december 1999.
 2. A.T. Marseille, Snelle en effectieve beslechting van bestuursrechtelijke geschillen in Nederland en Duitsland, Bestuurswetenschappen oktober 2000, nr. 5.
 3. N.S.J. Koeman, Effectieve en inhoudsvolle bestuursrechtspraak, verwachting in NTB 2001, p. 20.

worden volstaan met een vernietiging. Indien bijvoorbeeld uit de uitspraak volgt dat een bestuursorgaan niet bevoegd was te handhaven, is de rechtsstrijd daarmee ten einde. Uiteraard kan die vraag in hoger beroep aan de orde worden gesteld, maar het probleem van de herhaling van zetten zal zich niet voordoen. Het probleem van de herhaling van zetten kan zich wel voordoen bij vernietigingen om procedurele redenen of wegens schending van een formeel beginsel van behoorlijk bestuur, waardoor er geen duidelijkheid ontstaat over de materiële kant van de rechtsbetrekking. Het gaat daarbij echter om een klein deel van de zaken die door de rechter worden afgedaan.

Iemand die geschiloplossing door verkenning van gemeenschappelijke belangen voorstaat, in of buiten rechte, zal van de voorgaande relativering niet onder de indruk zijn. Ook ik realiseer me dat met de uitspraak van de (hoogste) rechter het partijen verdeeld houdende geschil niet steeds zal zijn opgelost. Met de uitspraak strekkende tot onbevoegdverklaring of niet-ontvankelijkverklaring van het beroep wordt een rechtsstrijd al dan niet tijdelijk beëindigd, maar veelal niet het partijen-geschil. Dat is waar, maar van de rechter kunnen partijen in een dergelijk geval geen andere uitspraak verwachten.

Terug naar de geuite kritiek. Is die terecht? Jazeker. De analyse van Neerhof en Polak met betrekking tot de jurisprudentie op de artikelen 6:22, 8:72, leden 3 en 4 (het zelf in de zaak voorzien) is correct. Gegeven de wijze waarop de in die bepalingen neergelegde bevoegdheden door de bestuursrechter zijn ingevuld, moet de conclusie inderdaad zijn dat de mogelijkheden van de rechter om na een vernietiging tot de kern van de zaak te komen gering zijn. De vraag of niet een andere invulling denkbaar is, komt hierna aan de orde.

De analyse van Polak is weliswaar vriendelijk voor de bestuursrechter, maar evengoed treurig. Hij heeft de bestuursrechters vergeleken met een voetbalelftal, dat de opdracht heeft te scoren (snelle en finale geschilbeslechting) maar niet op de helft van de tegenstander mag komen. Het valt de rechter niet te verwijten dat hij met het door de wetgever meegegeven beperkte gereedschapskistje geen wonderen kan verrichten.

Ook Neerhof komt tot de conclusie dat er geen aanwijzingen zijn dat de bestuursrechter op grote schaal mogelijkheden die het bestaande bestuursrecht biedt om geschillen finaal-materieel op te lossen, onbenut laat.

Men bepleit wel een bijstelling van de attitude van de bestuursrechter. Polak vraagt de rechter meer de kern te raken, niet te kiezen voor een formele vernietigingsgrond als er een zwaardere, materiële grond voorhanden is, en een former oordeel bij interpretatie van de wet. Bij een geschil over de interpretatie van de wet moet de rechter de knoop

durven doorhakken. Ook Neerhof vraagt om een verandering van de houding van de rechter en denkt daarbij aan het minder terughoudend inzetten van de onderzoeksmogelijkheden van de rechter.

Schrijvers zijn echter ieder voor zich van mening dat ook een bijstelling van de attitude niet zal brengen wat de bestuursrechtspraak nodig heeft. Ervan uitgaande dat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming voorlopig mede de handhaving van het objectieve recht zal blijven dienen, moet worden gezocht naar extra mogelijkheden binnen het besluitmodel. Neerhof formuleert het probleem als volgt:

‘Het is van groot belang dat de bestuursrechtspraak door de wetgever zodanig wordt ingericht dat een effectieve geschilbeslechting binnen een redelijke termijn wordt gewaarborgd, zonder dat het besluitvormingsprimaat van het bestuur wordt aangetast of expertise van en beleidsvrijheid bij het bestuur onvoldoende recht worden gedaan. Evenmin mogen de rechtsbeschermingsmogelijkheden, van bijvoorbeeld derden, in het gedrang komen.’

Koeman roept de Nederlandse bestuursrechters op per direct de bestaande mogelijkheden uit de Awb tot effectieve geschillenbeslechting optimaal te benutten en aldus een vorm van rechterlijke samenwerking tot stand te brengen die voor bestuur en bestuurde alleen maar positieve effecten heeft. Dan gaat het, aldus Koeman, ‘om het zoeken naar kortsluiting in alle gevallen waarin duidelijk is dat een vernietiging-sec alleen maar zal leiden tot reparatie, nieuwe beroepen e.d., om het beoordelen van alle beroepsgronden en het niet volstaan met het noemen van de eerste vernietigingsgrond die men tegen komt, en ten slotte om een volwaardige toepassing van artikel 6:22 Awb. Als dat alles nu eens werkelijk geprobeerd werd, acht ik het zeer wel mogelijk dat lastige oplossingen middels wetswijziging, zoals de bestuurlijke lus helemaal niet nodig zijn.’

Gegeven de terechte kritiek rijst de vraag hoe verbeteringen kunnen worden gerealiseerd.

3.2 Opties voor verbetering

Er is een aantal opties denkbaar om de te geringe effectiviteit van de bestuursrechtspraak te verbeteren. Daarbij is relevant welk aspect men voorop wil stellen: de mogelijkheid voor het bestuur om gebreken in de besluitvorming te herstellen of finaal-materiële geschilbeslechting door de rechter. Daartussendoor speelt nog de roep om, indien mogelijk, de nadelen van de ex tunc-toetsing te compenseren door acht te slaan op nieuwe feiten en omstandigheden.

Aan de ene zijde van het spectrum kan worden gedacht aan een wijziging en versoepeling van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb, artikel 6:22 Awb en invoering van de bestuurlijke lus. Aan de andere zijde staat invoering van de ex nunc-toetsing door de rechter, in combinatie met een ruimere bevoegdheid (of: plicht) om zelf in de zaak te voorzien. Wie veel waarde hecht aan het beslisprimaat van het bestuur blijft dicht bij huis en kiest voor versoepelingen binnen het besluitmodel. Voor wie het bieden van rechtsbescherming vooropstaat, zal vaststelling van de rechtsbetrekking ex nunc door de rechter door middel van zelf in de zaak voorzien als muziek in oren klinken.

Het is evident dat de opdracht van de bestuursrechter niet meer louter handhaving van het objectieve publiekrecht is. Er is een ontwikkeling gaande waarbij het aspect rechtsbescherming een steeds belangrijker rol gaat spelen. Allewijn heeft die ontwikkeling prachtig beschreven.⁴ Maar de bestuursrechtspraak is nog niet zo ver, dat het besluit slechts het entreebewijs vormt voor de toegang tot de rechter, en partijen daarna aan de hand van het besluit een geschil kunnen formuleren dat vervolgens door de rechter ex nunc wordt beslecht.

Mogelijk gaat het wel die kant op. Zo geeft artikel 83 van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) de bestuursrechter in asielzaken de bevoegdheid om ex nunc te toetsen, tenzij de goede procesorde zich daartegen verzet of de afdoening van de zaak daardoor ontoelaatbaar wordt vertraagd. Bij de beoordeling van het beroep dient de rechter acht te slaan op de conclusie van de minister met betrekking tot de vraag of de nova aanleiding zijn voor handhaving, wijziging of intrekking van het bestreden besluit (lid 3).

In het verband van artikel 83 Vw 2000 kunnen wijzigings- en intrekkingbesluiten dus een rol spelen, net zoals in de huidige situatie. Indien het bestuur thans in nova aanleiding ziet gebruik te maken van zijn bevoegdheid om tijdens de beroepsprocedure een wijzigingsbesluit te nemen, dan kan langs die weg een ex nunc-element worden geïntroduceerd. Het verschil met de regeling in artikel 83 Vw 2000 is dan niet zo groot. Het verschil wordt duidelijker indien het bestuur van die bevoegdheid geen gebruik maakt. In de huidige situatie komt de rechter dan immers alleen aan ex nunc-toetsing toe in het kader van de toepassing van artikel 8:72 lid 3 of het zelf in de zaak voorzien en dan nadat het bestreden besluit ex tunc toetsend onrechtmatig is geoordeeld. De begintoeets is dus ex tunc op rechtmatigheid. Doorstaat het bestreden besluit die toetsing, dan wordt het beroep ongegrond verklaard en komt de rechter aan het ex nunc-aspect niet toe. Daarentegen heeft de rechter op grond van artikel 83 Vw 2000 de bevoegdheid de

4. D. Allewijn, Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter, RM Themis 1998, p. 291-298.

ex tunc-toets over te slaan, indien hij van oordeel is dat rekening dient te worden gehouden met nova opgekomen na de datum van het bestreden besluit. Hij zal die bevoegdheid aanwenden om een nieuwe procedure gebaseerd op een nieuwe aanvraag, waaraan die nova ten grondslag kunnen worden gelegd, te voorkomen.⁵

De bevoegdheid van de vreemdelingenrechter om ex nunc te toetsen is nieuw in het bestuursprocesrecht. Reikhalzend wordt uitgekeken naar de ervaringen.⁶ Indien het een succes wordt, valt te verwachten dat ook op andere deelgebieden van het bestuursrecht de ex nunc-toetsing zal worden ingevoerd.⁷ Of het een succes wordt, zal afhangen van de vraag of de vertraging in de afdoening door de rechter verantwoord is afgezet tegen het risico van een tweede (of derde) asielprocedure, en of de ex nunc-toetsing een verschuiving van de last van het onderzoek naar de relevante feiten en de af te wegen belangen van bestuur naar de rechter tot gevolg heeft. Zo ja, dan zal het experiment vermoedelijk geen navolging krijgen, omdat het de bestuursrechter eenvoudigweg aan capaciteit ontbreekt om op grote(re) schaal dergelijk onderzoek te doen. En trouwens, daar is de rechter ook niet voor. Beslisprimaat, beleids- en beoordelingsvrijheid en deskundigheid liggen bij het bestuur; daar behoort dan ook de verantwoordelijkheid te worden gelegd voor het doen van het benodigde onderzoek naar feiten en belangen en het in eerste instantie vaststellen van de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur. Het bepaalde in het derde lid van artikel 83 Vw 2000 is daar een uiting van.

Op welke wijze kan de bestuursrechter zonder een dergelijke wetswijziging reeds thans zorg dragen voor effectieve rechtsbescherming, als blijkt dat het bestuur zich niet op juiste wijze van zijn taak heeft gekweten?

Dit kan door het (aangevochten deel van het) besluit snel ex tunc te beoordelen op rechtmatigheid, en bij een reparabel gebrek in de besluitvorming ervoor te zorgen dat het bestuur op korte termijn zijn verantwoordelijkheid kan nemen, een herstelactie kan plegen om daarna de lopende procedure voortvarend af te wikkelen. Hier komt de bestuurlijke lus in beeld. Omdat die lus een belangrijke verbetering kan bewerkstelligen, wil ik er meer uitgebreid bij stilstaan.

5. MvT, TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 78-80.

6. Ook door de IND, zie NRC Handelsblad van 24 oktober 2000, waarin voormalig Staatssecretaris van Justitie Cohen aangeeft te verwachten dat het huidige percentage vernietigingen van IND-beschikkingen van 30% kan worden teruggebracht tot 20%, maar dat een lager percentage niet realistisch is in verband met de ex nunc-toetsing.

7. Zie W. van Blommestein, Toetsing ex nunc; in het vreemdelingenrecht en in het bestuursrecht?, NTB 2000, p. 128-137.

3.3 De bestuurlijke lus

Voor de bestuurlijke lus wordt steeds vaker aandacht gevraagd. Mij is gebleken dat met de term bestuurlijke lus niet steeds hetzelfde wordt bedoeld en dat de voorstellen relevante verschillen kennen. Ik zal eerst kort enkele gedachten van anderen over die lus weergeven, om vervolgens de bal over te nemen en een eigen variant te introduceren.

Ik ben de lus voor het eerst tegengekomen in het proefschrift van *Schueler*.⁸ Schueler meldt dat soortgelijke gedachten reeds in 1975 door Punt zijn verwoord, die toen al bepleitte dat de rechter een interlocutoire uitspraak zou kunnen doen waarbij de bestreden beschikking wordt vernietigd, maar de zaak wordt aangehouden om het bestuursorgaan in de gelegenheid te stellen op korte termijn een nadere beschikking ‘kenbaar te maken’, waartegen het beroep eventueel kon worden voortgezet.

Schueler heeft dit uitgewerkt en het prospectief proces bepleit, waarin de rechter na een tussenuitspraak de zaak zou kunnen aanhouden totdat het bestuursorgaan een vervangende beslissing heeft voorgedragen.

‘Vervolgens kan de rechter zelf in de zaak voorzien of, indien er goede redenen zijn voor grotere terughoudendheid, aanwijzingen geven over het vervangende besluit waarmee het bestuursorgaan in de zaak moet voorzien. In deze benadering wordt gewaarborgd dat het bestuursorgaan zelf de verantwoordelijkheid neemt voor de gemaakte beleidskeuze die in de vervangende beslissing tot uitdrukking komt. Tegelijk is gewaarborgd dat de rechter zoveel mogelijk een oordeel geeft over de rechtmatigheid van het besluit waarin het geschil uitmondt. De discussie voor de rechter dient ook open te staan voor twistpunten die niet relevant waren voor het bestreden besluit maar wel voor de vervangende beslissingen zoals partijen die zich voorstellen.’

En over de procedure.

‘Het verdient aanbeveling de wettelijke bevoegdheden van de rechter uit te breiden met de bevoegdheid om het bestreden besluit in een tussenuitspraak te vernietigen en de zaak aan te houden om het bestuur in de gelegenheid te stellen een vervangende beslissing voor te dragen. Het bestuursorgaan draagt een vervangende beslissing voor met inachtneming van de aanwijzingen die de rechter daartoe heeft gegeven in zijn tussenuitspraak. Ter voorbereiding van die beslissing hoort het zonedig de belanghebbenden en verricht het de

8. B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien*, Zwolle 1994, paragraaf 5.3.5 en 7.2.

nodige onderzoeken. De rechter is echter bevoegd om zijn eigen onderzoeksbevoegdheden aan te wenden en bindend vast te stellen waar partijen verder van uit moeten gaan. Beoordelingsvrijheid van het bestuur is een belangrijke reden om het onderzoek door het bestuur te laten verrichten, waarbij de rechter lijdelijk blijft. Na gelegenheid tot repliek en dupliek kan de rechter de zaak met of zonder (tweede) zitting af doen. Het is ook mogelijk dat de rechter bij de vernietiging constateert dat het bestuursorgaan geen discretionaire ruimte meer toekomt. In dat geval kan de rechter zelf een vervangende beslissing nemen en daarmee zelf in de zaak voorzien. In veel geschillen is het mogelijk de discussie over de vervangende beslissing parallel te laten verlopen met de discussie over het bestreden besluit. De zaak kan dan met één zitting en één uitspraak worden afgedaan. De rechter moet de zaak zoveel mogelijk afdoen door het beroep te verwerpen of een vervangende beslissing te nemen als bedoeld in artikel 8:72, vierde lid, Awb. Zo wordt voorkomen dat bestuurlijke vrijheid ontaardt in steeds nieuwe beslissingen die steeds opnieuw onder vernietiging bezwijken. Tegelijk wordt voorkomen dat de burger na vernietiging in het ongewisse wordt gelaten over de juridische houdbaarheid van het resultaat van zijn beroepsrecht. Anderzijds kan het beroepsrecht van de appellant niet meer ontaarden in steeds weer opnieuw een juridisch betoog tegen het standpunt van het bestuur.⁹

Ook de *werkgroep Van Kemenade* omarmt de bestuurlijke lus.⁹ Daarmee bedoelt de werkgroep dat de rechter de mogelijkheid krijgt om – hangende een bij de rechtbank lopende beroepsprocedure – in een tussenuitspraak het bestuur de gelegenheid te geven een bij het nemen van een bestreden besluit gemaakte fout tussentijds te herstellen door middel van het afgeven van een nieuw, herzien besluit. De rechter kan vervolgens het gerepareerde besluit opnieuw beoordelen en op basis daarvan uitspraak doen. In de visie van de werkgroep is er na reparatie geen reden voor vernietiging van enig besluit door de rechter. De werkgroep heeft een concreet voorstel gedaan om de tussenuitspraak in de Awb op te nemen, en wel in afdeling 8.2.7 van de Awb:

Artikel 8:80 A

1. Alvorens uitspraak te doen kan de rechtbank een tussenuitspraak doen. Het bepaalde in artikel 8:68 is daarbij van overeenkomstige toepassing.
2. In haar tussenuitspraak stelt de rechtbank vast of en in welk opzicht het beroep gegrond is en bepaalt zij een termijn gedurende welke het bestuursorgaan in de gelegenheid wordt gesteld ter wegneming van de gebreken een nieuw besluit te nemen, indien derden daardoor niet worden benadeeld of aan een zodanig nadeel voldoende kan worden tegemoetgekomen.

9. Rapport Bestuur in geding, Haarlem 1997, deel I, par. 4.2.3 onder c en deel II, par. 2.2.

Artikel 8:80 B

1. Het bestuursorgaan brengt zijn herziene besluit schriftelijk ter kennis van de rechtbank.
2. De rechtbank doet binnen zes weken na ontvangst van de in het eerste lid bedoelde kennisgeving schriftelijk uitspraak. Indien de rechtbank binnen de gestelde termijn de kennisgeving niet heeft ontvangen, doet zij uitspraak binnen zes weken na het verstrijken van de termijn.

Artikel 8:80 C

De rechtbank kan het onderzoek heropenen indien het herziene besluit daartoe aanleiding geeft. De rechtbank bepaalt daarbij op welke wijze het onderzoek wordt voortgezet. De griffier doet daarvan zo spoedig mogelijk mededeling aan partijen.

Artikel 8:80 D

Tegen een herzien besluit kan uitsluitend beroep als bedoeld in artikel 8:1 worden ingesteld door een belanghebbende die rechtstreeks in zijn belang is getroffen door de wijziging die in het besluit zijn aangebracht. Artikel 7:1 is ten aanzien van het herziene besluit niet van toepassing.'

Neerhof is ook voorstander van een lus via de tussenuitspraakbevoegdheid en vraagt vooral aandacht voor de waarborgen waarmee de uitoefening van die bevoegdheid zou moeten zijn omgeven.¹⁰ Zo zou de rechter er terughoudend gebruik van dienen te maken. 'Eisen van *equality of arms* en *fair trial* brengen mee, dat het bestuursorgaan niet de gelegenheid moet krijgen een geheel andere feitelijke of juridische grondslag onder het besluit te schuiven.' Partijen en eventuele derden dienen de gelegenheid te krijgen tegen het herstelbesluit te ageren, er moet worden voorzien in een reële proceskostenveroordeling als aan het aanvankelijk bestreden besluit een gebrek kleefde, opdat het schenden van gebreken niet onbestraft blijft. Het inschakelen van een andere rechter acht *Neerhof* uit mensenrechtelijk oogpunt niet vereist.

Polak heeft in zijn oratie een lus bepleit, die lijkt op het voorstel van *Schueler*, maar daar op enkele punten van zou afwijken.¹¹ *Polak* is voorstander van een systeem waarbij de rechter in de situatie dat hij gebreken heeft geconstateerd, maar materieel (nog) geen eindbeslissing kan nemen, in staat wordt gesteld door het bestuur om dat wel te doen.

10. A.R. *Neerhof*, Bestuurlijke lus: passend antwoord op een weeffout of lapmiddel?, in: *Uit de school geklapt*, opstellen uit Maastricht, Den Haag 1999, p. 143-162.

11. J.E.M. *Polak*, Effectieve bestuursrechtspraak, enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten, Deventer 2000, hoofdstuk VII, m.n. onderdeel 36.

Dat kan als in een preparatoire tussenuitspraak de rechter het bestuur wijst op een gebrek in het aangevochten besluit en het bestuur uitnodigt in een schriftelijk stuk (dus niet in een besluit!) aan te geven op welke wijze, gelet op die gebreken, thans – ex nunc – zou moeten worden voorzien. Nadat partijen, en eventuele derden, de gelegenheid hebben gehad op dat stuk te reageren, zou de rechter vervolgens een bindende einduitspraak moeten doen, waartegen hoger beroep kan worden ingesteld.

‘Daarmee zou op adequate wijze een evenwicht kunnen worden gevonden met betrekking tot kwesties van beleids- en beoordelingsvrijheid: de bestuursrechter kan daarbij alle noodzakelijke input van het bestuur krijgen en zal deze in overeenstemming met onze tradities waar nodig respecteren en tot een einduitspraak komen. Indien hoger beroep wordt ingesteld geldt voor de periode totdat de rechter in hoger beroep uitspraak heeft gedaan dat de eerste immers vernietigde en door de uitspraak van de rechter vervangen beschikking van het terrein verdwijnt. In hoger beroep is het bestuur uiteraard geheel vrij om zowel de tussenuitspraak als de einduitspraak te bevechten. De tussenuitspraak is niet vatbaar voor hoger beroep, zolang er in eerste aanleg geen einduitspraak is. (...) Het gaat er immers om dat de rechter bij het uiteindelijk vaststellen van de rechtsbetrekking de beleids- en beoordelingsvrijheid naar aanleiding van hetgeen het bestuur daarover naar voren heeft gebracht, respecteert op een wijze die daaraan recht doet. (...) De stap die moet worden gezet, is dat het bestuursproces in principe steeds wanneer een besluit gebreken vertoont zelf ruimte geeft aan opvulling van de bestuurlijke ruimte. Aldus wordt een concept gerealiseerd dat binnen het besluitmodel ook werkelijk een einde maakt aan het geschil op een manier, die recht doet aan zowel het uitgangspunt van effectieve geschilbeslechting als aan de eigen taken van rechter en bestuur.’

3.4 De lussen nader bekeken

De voorgestelde bestuurlijke lussen vertonen op enkele punten relevante verschillen. Ten eerste met betrekking tot de vraag op welke wijze het bestuur het gesignaleerde gebrek kan, mag of moet herstellen. Ten tweede over de vraag hoe de tussenbeslissing van de rechter vormgegeven zou moeten worden. Ik wil over beide punten iets opmerken.

3.4.1 Herstel via een besluit, een voorgedragen beslissing of een schriftelijk stuk?

Schueler en Polak zijn voorstanders van het inbrengen van een conclusie door het bestuursorgaan in de procedure. Schueler heeft, anders dan Polak aanneemt in zijn rede, voorgesteld dat het bestuursorgaan aan de rechter een vervangende beslissing voordraagt. Die voordracht kan een concept-besluit bevatten; het besluit zoals het volgens

het bestuur thans zou moeten worden genomen. Maar het gaat in het voorstel van Schueler om een voordracht aan de rechter en niet om bekendmaking van de beslissing aan partijen. De voorgedragen beslissing is derhalve geen besluit in de zin van de Awb, noch een wijzigings- of intrekingsbesluit als bedoeld in de artikelen 6:18 en 6:19. Schueler wijst naast de lus nog op de mogelijkheden van de artikelen 6:18 en 6:19 die het mogelijk maken tijdens bezwaar of beroep het bestreden besluit in te trekken of te wijzigen. De rechter vindt in deze bepalingen echter geen instrument, aldus Schueler, om het bestuursorgaan te dwingen een nieuwe beslissing te nemen en het bestuursorgaan mag met het nemen van een nieuwe beslissing wachten tot de rechter uitspraak heeft gedaan.

Ook Polak ziet voordelen in de constructie van het inbrengen van een schriftelijk stuk door het bestuur in de beroepsprocedure. Het valt op dat Polak, hoewel pro besluitmodel, in het kader van de lus tegen het afgeven van een vervangend besluit is. Hij is van mening dat het afkomen van vervangingsbesluiten tijdens een procedure in beroep, en zeker in hoger beroep, te veel complicaties geeft en wijst op de uit de rechtspraak blijvende complicaties bij de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb.

De werkgroep Van Kemenade ziet de oplossing juist wel in het inbrengen van een herzien besluit, vide het door de werkgroep voorgestelde artikel 8:80B lid 1. Het valt op dat de werkgroep in de voorgestelde regeling wel heeft opgenomen dat de rechter moet aangeven in hoeverre het beroep gegrond is (artikel 8:80A lid 2), maar dat de reparatie niet mag leiden tot vernietiging van het aanvankelijk bestreden besluit. De werkgroep tracht door uitsluitend te reppen over de gegrondverklaring, en niet over vernietiging van het besluit met gebreken, kennelijk aansprakelijkheid van het bestuur ten gevolge van onrechtmatige besluitvorming te vermijden. Deze laatste insteek spreekt mij niet aan, omdat het bestuursorgaan, althans het overheidslichaam waartoe dat orgaan behoort, aansprakelijk is en blijft voor de schade die is geleden door het nemen en handhaven van het onrechtmatige besluit. Het eerste besluit dient daarom alsnog te worden vernietigd, ook na reparatie van het gebrek in een tweede besluit, indien de rechtzoekende daar belang bij heeft.¹²

Met de werkgroep ben ik voorstander van een ruime mogelijkheid om gebreken in de besluitvorming te herstellen via het nemen van het vervangend besluit. Maar niet noodzakelijkerwijs steeds via het besluitmodel. Indien het dictum van het besluit juist is,

12. Dit conform de huidige leer, waarin ervan wordt uitgegaan dat reeds ingetrokken besluiten alsnog kunnen worden vernietigd; vergelijk artikel 6:19 lid 3 Awb. Hierna zal ik een voorstel doen om dit probleem langs een andere weg op te lossen.

behoort herstel via een schriftelijk stuk en de toepassing van artikel 8:72 lid 3 Awb ook tot de mogelijkheden. Ik zou de keuze voor een besluit of stuk willen laten afhangen van de aard van het gebrek en de vraag of het dictum van het besluit juist is. Maar ook als instandlating van de rechtsgevolgen mogelijk is, bijvoorbeeld bij een besluit met een juist dictum en een ondeugdelijke motivering, is het aan het bestuur te bepalen op welke wijze het gebrek het beste kan worden hersteld. Indien het bestuur de voorkeur wenst te geven aan het nemen van een vervangend besluit, al dan niet onder intrekking van het eerdere besluit, dan moet dat mogelijk zijn. Omdat het vervangende besluit meegenomen moet kunnen worden in de procedure en dit thans problematisch is door de wijze waarop door de bestuursrechter invulling is gegeven aan de artikelen 6:18 en 6:19, ligt een wijziging van die artikelen voor de hand. Ik zal daar hierna een voorstel voor doen.

Uiteraard dient men zich bij de keuze voor een besluit of stuk bewust te zijn van de gevolgen. Kiest men voor het afgeven van een vervangend besluit, dan zal de bekendmaking ervan dienen te geschieden volgens de toepasselijke regels. Indien publicatie was vereist voor het eerste besluit, dan zal dat ook gelden voor het vervangende besluit. Voordeel daarvan kan zijn dat (derde-)belanghebbenden langs deze weg eerder op de hoogte raken van dat besluit. Kiest men daarentegen voor het inbrengen van een schriftelijk stuk in de beroepsprocedure en zelf voorzien door de rechter, dan zal de rechter de belangen van die (derde-)belanghebbenden dienen te bewaken en zorg moeten dragen voor deugdelijke bekendmaking van de uitspraak (artikel 8:80 Awb). Een ander belangrijk gevolg van de keuze voor het vervangende besluit is dat het na bekendmaking direct rechtskracht heeft, dat wil zeggen al tijdens de beroepsprocedure. Soms is dat wenselijk, soms kan het de voorkeur verdienen een voordracht voor wijziging van de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger(s) eerst aan de rechter voor te leggen. In dat geval zal de bekendmaking van de uitspraak bepalend zijn voor het moment waarop de rechtsbetrekking wordt geëffectueerd. De keuze voor een vervangend besluit kan voorts gerechtvaardigd zijn, indien van dat besluit (bijvoorbeeld een vergunning) allerlei voorwaarden of voorschriften onderdeel moeten uitmaken. Het bestuur heeft daartoe de deskundigheid in huis. Uiteraard kan de rechter in het kader van zelf voorzien deskundigheid inhuren of zich op dat punt door het bestuur laten voorlichten. Maar soms is het gewoon praktisch dat het bestuur dat zelf in een besluit neerlegt en dat dat niet aan de rechter behoeft te worden overgelaten.

Een belangrijke reden om het vervangende besluit te accepteren als herstelkans in het kader van de lus is gelegen in het volgende. Tenzij zulks bij wet zou worden verboden – de voorstellen van Schueler en Polak voorzien hier echter niet in – kan de in de tussenuitspraak of tussenbeslissing aan het bestuursorgaan gegeven opdracht of de geboden gelegenheid een vervangende beslissing voor te dragen of een schriftelijk stuk

te produceren, niet afdoen aan de bevoegdheid van het bestuursorgaan om tijdens het (hoger) beroep op grond van artikel 6:18 een wijzigings- of intrekkingbesluit te nemen. Gegeven die bevoegdheid, die door de rechter niet kan worden uitgesloten of beperkt, dient het bestuur daarvan ook in het kader van de lus gebruik te kunnen maken.

Er is nog een reden om het besluit als hersteloptie te accepteren. In de visie van Schueler en Polak dient de rechter op basis van de input van het bestuur steeds zelf in de zaak te voorzien. Hiervoor kwam aan de orde dat daarbij soms moet worden voorzien in het opnemen van voorwaarden of (technische) voorschriften, dat de rechter oog moet hebben voor de positie van derde-belanghebbenden en dat hij moet zorg dragen voor een deugdelijke bekendmaking van zijn uitspraak. Ik ben bang dat hier de mogelijkheden van de rechter worden overschat. In dergelijke zaken zal het op grote(re) schaal zelf in de zaak voorzien een onevenredig beslag leggen op de capaciteit van de bestuursrechters, hetgeen ten koste zal gaan van de beschikbare tijd voor andere zaken, en kan leiden tot onnodige verlenging van de procedure. Daarom verdient het de voorkeur om per geval te beoordelen welke herstelkans mogelijk en wenselijk is.

3.4.2 Tussenuitspraak of tussenbeslissing?

Uitgaande van de wenselijkheid van een figuur als de bestuurlijke lus door middel van een tussenuitspraak van de rechter, komt de vraag op hoe die tussenuitspraak moet worden vormgegeven. Daarbij zijn in ieder geval de volgende factoren van belang:

1. Moet de mogelijkheid bestaan om al bij de tussenuitspraak het bestreden besluit te vernietigen?
2. Moet het bestuur gebonden zijn aan de opdracht van de rechter, gegeven in de tussenuitspraak, om een vervangend besluit te nemen of een stuk in geding te brengen?
3. Moet een voorziening openstaan tegen de tussenuitspraak?
4. Is de tussenuitspraak bindend voor de einduitspraak?

Als de vragen 1 of 2 met ‘ja’ worden beantwoord, dan moet de tussenuitspraak bij wet worden geregeld. Schueler beantwoordt beide vragen bevestigend en is dan ook voorstander van een wettelijke regeling. De werkgroep beantwoordt beide vragen ontkennend, maar heeft wel een wettelijke regeling voorgesteld. Polak laat zich over deze vragen niet uit, doch uit zijn voorstel leid ik af dat hij beide vragen – impliciet – ontkennend beantwoordt en daarom ook geen bij wet te regelen tussenuitspraak heeft voorgesteld. Neerhof heeft een en ander niet uitgewerkt.

Het lijkt mij niet noodzakelijk om het bestreden besluit al bij tussenuitspraak te kunnen vernietigen. In het geval het bestuur kiest voor het nemen van een vervangend besluit,

zal dat besluit doorgaans de intrekking van het eerdere besluit inhouden. Indien er een belang resteert bij het alsnog vernietigen van het eerdere besluit, kan dat geschieden bij de einduitspraak.

Verder ben ik er geen voorstander van om het bestuur – bij wet – te verplichten een vervangend besluit te nemen of een stuk in geding te brengen. Het gaat erom dat het bestuur door de rechter zo snel mogelijk wordt gewezen op gebreken in het bestreden besluit en dat het bestuur de gelegenheid wordt geboden daarop te reageren binnen een bepaalde termijn. Het wijzen op een gebrek en de eventuele opdracht dat gebrek te herstellen, dwingt het bestuur niet daartoe over te gaan. Als het bestuur het door de rechter gesignaleerde gebrek niet wil herstellen, bijvoorbeeld omdat het het oordeel van de rechter op dat punt niet deelt, dan moet het dat kunnen aangeven en niet gedwongen worden tot een herstelactie waar het niet achterstaat. Het bestuur moet dan kunnen vragen om een einduitspraak om daartegen desgewenst hoger beroep te kunnen instellen.

Indien echter wordt uitgegaan van de mogelijkheid van vernietiging van het besluit bij tussenuitspraak en/of de gehoudenheid van het bestuur aan de opdracht van de rechter te voldoen, dan dient mijns inziens tegen die tussenuitspraak voor het bestuur een voorziening open te staan, bijvoorbeeld hoger beroep of de mogelijkheid een voorlopige voorziening te vragen bij de voorzitter/president van het hogerberoepscollege. Ik acht een dergelijke voorziening in dat geval noodzakelijk, omdat het mij ongewenst voorkomt dat een bestuursorgaan dat van oordeel is dat de eerste rechter er in zijn tussenuitspraak naast zit, uitvoering zou moeten geven aan die uitspraak en een vervangend besluit of schriftelijke conclusie zou moeten produceren, om dat vervolgens eerst in hoger beroep tegen de einduitspraak van de rechtbank rechtgezet te kunnen krijgen. De situatie is vergelijkbaar met die waarbij een bestuursorgaan het oneens is met een uitspraak van de rechtbank, waarbij het bestreden besluit wordt vernietigd en de opdracht is gegeven een nieuw besluit te nemen. Het bestuursorgaan kan thans hangende hoger beroep de voorzitter/president van het hogerberoepscollege verzoeken de uitspraak van de rechtbank te schorsen om te voorkomen dat tijdens hoger beroep toch aan die uitspraak gevolg zou moeten worden gegeven.¹³

Van de werkgroep is mij niet duidelijk of zij voorstander is van de mogelijkheid van hoger beroep tegen de tussenuitspraak. Schueler en Polak zijn dat niet. Omdat ik de vragen 1 en 2 ontkennend beantwoord, is de noodzaak van hoger beroep tegen de tussenuitspraak er niet. Doch los daarvan ben ik tegen de mogelijkheid van hoger beroep tegen tussenuitspraken, aangezien het kan en zal leiden tot ongewenste procedurele

13. De situaties die vallen onder de werking van artikel 19 Beroepswet uitgezonderd.

complicaties en tot verlenging van de procedure. Uiteraard moet tegen de inhoud van de tussenuitspraak uiteindelijk wel hoger beroep kunnen worden ingesteld; het is voldoende indien dat tegelijk kan met de einduitspraak. Daarbij is wel relevant dat er niet te veel tijd mag zijn gelegen tussen de tussenuitspraak en de einduitspraak.

Bij ontkennende beantwoording van de vragen 1, 2 en 3 rijst de vraag waarom het noodzakelijk zou zijn de tussenuitspraak vorm te geven in een nieuwe wettelijke bepaling. Waarom zou niet in een gemotiveerde tussenbeslissing ex artikel 8:64 of 8:68 Awb het bestuur op gebreken in de besluitvorming kunnen worden gewezen? Het is misschien even wennen dat beslissingen die thans vooral een procedurele betekenis hebben dan – mede – worden gebruikt voor materiële overwegingen, maar ik zie niet in waarom dat niet zou kunnen. In een dergelijke gemotiveerde tussenbeslissing kunnen grieven worden besproken, kunnen feiten worden vastgesteld en kunnen rechtsoordelen worden gegeven. Uit de tussenbeslissing kan volgen dat het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk onrechtmatig wordt geoordeeld. Het verschil met de (eind)uitspraak is dat het bestuur in de tussenbeslissing een gelegenheid tot herstel van de geconstateerde gebreken wordt geboden en het bestreden besluit (nog) niet wordt vernietigd.

Aangezien ik ervan uitga dat de rechter de rechtsstrijd op onderdelen in de tussenuitspraak kan beslechten, is hij bij zijn einduitspraak gebonden aan hetgeen in de tussenuitspraak is overwogen. Zou dit niet zo zijn, dan zou het vervolg van de procedure, dus na de tussenuitspraak, kunnen gaan fungeren als intern appèl en dat is beslist ongewenst.

Indien men de mening is toegedaan dat in een tussenbeslissing ex artikel 8:64 of 8:68 uitsluitend procedurele beslissingen kunnen worden genomen, dan is daarvan de consequentie dat de lus alleen kan worden gerealiseerd door middel van de bij wet te regelen tussenuitspraak. De werkgroep heeft daartoe een voorstel gedaan.

De tussenuitspraak kan ook worden vormgegeven in een bepaling samenhangend met de artikelen 8:64 en 8:68 Awb, waarin de schorsings- en heropeningsbeslissing zijn geregeld. Door aan te knopen bij die bepalingen wordt tot uitdrukking gebracht dat de tussenbeslissing niet appellabel is. De regeling zou als volgt geredigeerd kunnen worden:

Artikel 8:64a

1. Bij de schorsing van het onderzoek ter zitting kan de rechtbank het bestuursorgaan in de gelegenheid stellen binnen een door de rechtbank te bepalen termijn gebreken in het bestreden besluit te herstellen, dan wel dit besluit te vervangen.
2. In dat geval vermeldt de beslissing tot schorsing in hoeverre het bestreden besluit in strijd met het recht is genomen. Artikel 8:77, tweede lid, is van overeenkomstige toepassing.

3. Het eerste lid vindt geen toepassing, indien belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnemen daardoor onevenredig zouden worden benadeeld.
4. Toepassing van het eerste lid staat niet in de weg aan vernietiging van het bestreden besluit, indien de indiener van het beroepsschrift daarbij belang heeft.

De regeling in het vierde lid sluit aan bij de regeling van het huidige artikel 6:19 lid 3 Awb. Naar mijn mening een gedrocht, omdat een reeds ingetrokken besluit er niet meer is en dus ook niet meer kan worden vernietigd. Deze Awb-systeemfout kan worden hersteld door in artikel 8:72 lid 1 de verplichte één-op-één-koppeling tussen gegrondverklaring en vernietiging los te laten. Dan kan artikel 6:19 lid 3 worden gemist en is tevens een oplossing gevonden voor de naar mijn mening ongewenste praktijk ten aanzien van fictieve besluiten. Het is mij altijd een raadsel geweest hoe een besluit dat er niet is kan worden vernietigd.¹⁴ In artikel 6:2 is uit een oogpunt van rechtsbescherming (bezwaar en beroep) geregeld dat het niet tijdig beslissen met een besluit wordt gelijkgesteld. Met die gelijkstelling is echter geen besluit geschapen dat voor vernietiging in aanmerking komt. Indien wordt geconstateerd dat niet tijdig is beslist, dient daarom met gegrondverklaring te worden volstaan. Het is de gegrondverklaring die de gewenste toepassing van artikel 8:72, leden 3 tot en met 7 mogelijk maakt. Voor de mogelijkheid tot vergoeding van schade, griffierecht en proceskosten maakt een en ander geen verschil. Die zijn niet gekoppeld aan de vernietiging van een besluit. In artikel 8:73 en 8:74 lid 1 is juist de koppeling gelegd met de gegrondverklaring van het beroep. Vergoeding van griffierecht en proceskosten is echter op grond van de artikelen 8:74 lid 2 en 8:75 ook mogelijk bij onbevoegdverklaring, niet-ontvankelijkverklaring van het beroep en ongegrondverklaring van het beroep. Aangenomen mag worden dat de burgerlijke rechter aan de gegrondverklaring, waaruit de onrechtmatigheid van het eerdere overheidshandelen of nalaten volgt, voldoende heeft om een schadeclaim te kunnen beoordelen, en dat die gegrondverklaring aan het aannemen van formele rechtskracht van het eerdere (fictieve) besluit in de weg staat.

Dit alles leidt tot het volgende voorstel:

Artikel 8:72, eerste lid

1. Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, vernietigt zij het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk, tenzij:

14. Vergelijk M. Schreuder-Vlasblom, *De Awb; het bestuursprocesrecht*, zesde druk, Deventer 1999, p. 195, waarin is weergegeven dat vernietiging niet behoort te volgen op gegrondverklaring als is opgekomen tegen het niet tijdig beslissen en de rechter het uitblijven van een besluit niet opvat als een afwijzend besluit, of als het besluit van rechtswege nietig is.

- a. het beroep is gericht tegen het niet tijdig nemen van een besluit,
- b. het bestreden besluit met toepassing van artikel 6:18 is ingetrokken of gewijzigd, of
- c. het bestreden besluit na toepassing van artikel 8:64a is vervangen, dan wel de gebreken daarin anderszins zijn hersteld.

De koppeling met de gegrondverklaring zou ook in artikel 8:64a kunnen worden benadrukt. Het eerste lid zou dan als volgt kunnen luiden:

Artikel 8:64a, eerste lid

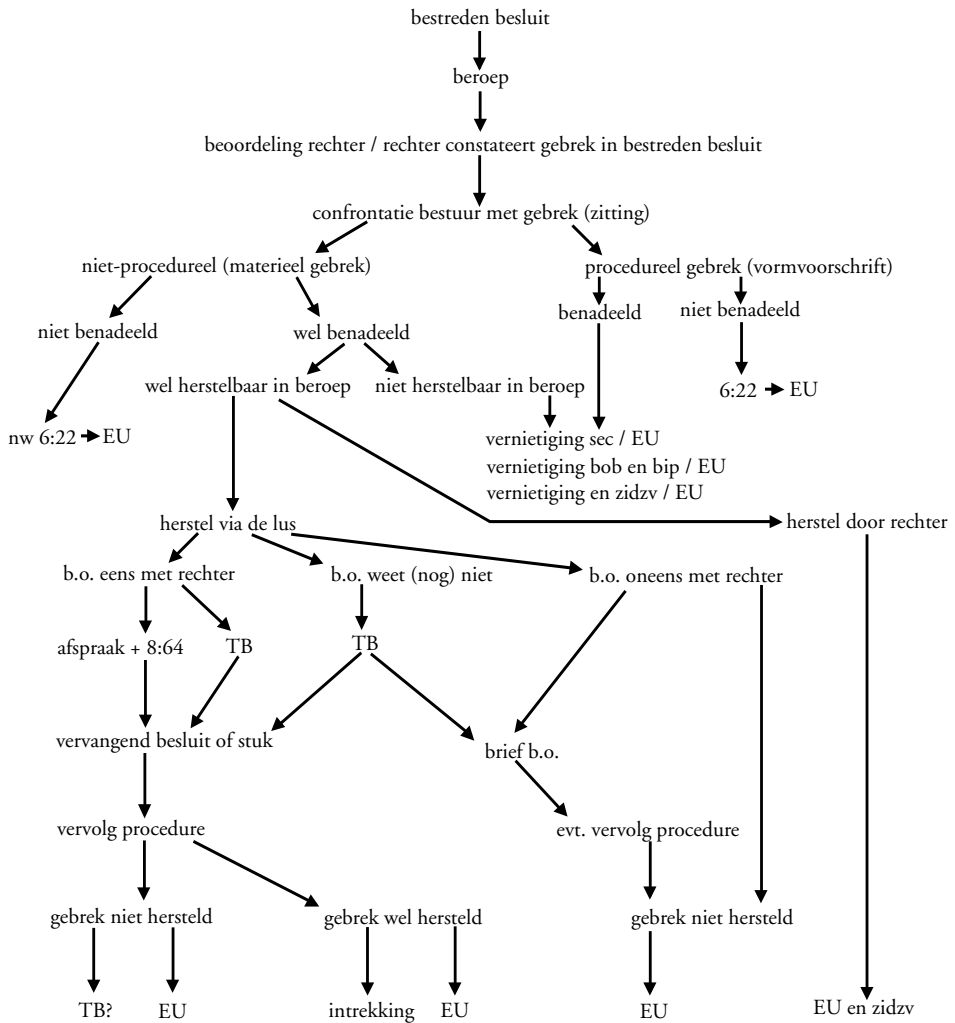
1. Indien de rechtbank het beroep geheel of gedeeltelijk gegrond acht, kan zij bij de schorsing van het onderzoek ter zitting het bestuursorgaan in de gelegenheid stellen binnen een door de rechtbank te bepalen termijn gebreken in het bestreden besluit te herstellen, dan wel dit besluit te vervangen.

Belangrijk vind ik tot slot de suggestie van de werkgroep om te voorzien in een regeling, waarbij niet alleen het bestuur een termijn wordt gesteld voor herstel van het gebrek, maar waarbij ook de rechter wordt verplicht de zaak met voorrang af te handelen. Wat voorkomen moet worden is dat het bestuur binnen vier, zes of acht weken een herstelactie pleegt, waarna de rechter de zaak vervolgens weer een jaar op de plank laat liggen. Net zoals ik heb voorgesteld in het kader van de toepassing van artikel 8:52 Awb (paragraaf 2.4.2), kan worden gedacht aan een verplichting voor de rechter om het vervolg van de zaak versneld te behandelen. De door de werkgroep voorgestelde termijn van zes weken komt mij wat erg kort voor. Het moet echter mogelijk zijn om uiterlijk drie maanden na ontvangst van het vervangende besluit of het stuk, dan wel het verstrijken van de gestelde termijn, een vervolgzitting te houden, daar waar mogelijk bij dezelfde rechter(s). De uitspraak volgt dan zes of uiterlijk twaalf weken nadien. Indien het niet nodig is een zitting te houden of het vooronderzoek te heropenen, dan kan die uitspraak mogelijk zelfs eerder afkomen.

3.5 Nogmaals de lus; een poging tot uitwerking

3.5.1 Het schema

Hierna zal ik de door mij voorgestane gang van zaken in geval van een door de rechter geconstateerd gebrek in het bestreden besluit eerst schematisch weergeven om het vervolgens uit te werken.



3.5.2 Toelichting op het schema

Het schema ziet *niet* op zaken die eindigen in een onbevoegdverklaring, niet-ontvankelijkverklaring van het beroep, of een ‘gewone’ ongegrondverklaring van het beroep. Het schema ziet *wel* op zaken waarin een besluit ter toetsing voorligt met een procedureel, formeel of materieel gebrek en waarin het gevaar dreigt dat het geschil de uitspraak van de rechter overleeft.

Procedurele gebreken. Ten aanzien van gebreken van procedurele aard geldt een grievenstelsel. Indien over het gebrek geen grief wordt geformuleerd, mag de rechter er ambtshalve niet aan toetsen, tenzij het bepalingen van openbare orde (zoals met betrekking tot ontvankelijkheid) betreft. Is er wel een grief over de schending van een procedureel

voorschrift, dan moet de rechter daar in zijn uitspraak op ingaan. Gaat het om een vormvoorschrift als bijvoorbeeld niet horen (artikel 7:2 Awb) en de belanghebbende is door de schending niet benadeeld, dan kan de schending met toepassing van artikel 6:22 Awb worden gepasseerd en kan – indien het besluit overigens de toetsing kan doorstaan – einduitspraak (EU) worden gedaan. Is de belanghebbende wel benadeeld door de schending van het vormvoorschrift, dan dient hij in beginsel teruggebracht te worden in de stand van de procedure waarin de schending plaatsvond. Dat zal doorgaans kunnen worden bereikt door de enkele vernietiging van het bestreden besluit, onder gegrondverklaring van het beroep, waardoor de partijen worden teruggeplaatst in de bezwaarfase. Soms kan een procedureel gebrek echter fataal zijn, denk bijvoorbeeld aan de schending van artikel 4:8 Awb bij een ambtenarenontslag op staande voet, of bij de sluiting met onmiddellijke ingang van een (horeca)inrichting. Herstel van de geschonden procedurele bepaling kan dan meebrengen dat zowel het bestreden besluit als het primaire besluit moeten worden weggenomen, hetgeen kan door naast vernietiging van het bestreden besluit zelf in de zaak te voorzien en het primaire besluit te herroepen door intrekking. Zelf in de zaak voorzien kan ook geboden zijn indien het bestuur het bezwaar ten onrechte ontvankelijk heeft geacht. De correctie bestaat dan in vernietiging van het bestreden besluit en – zelf in de zaak voorzien – het alsnog niet-ontvankelijk verklaren van het bezwaar. Het gaat daarbij steeds om een einduitspraak.

Niet-procedurele gebreken. Bevat het in beroep aangevochten (deel van) het besluit een niet-procedureel gebrek (denk bijvoorbeeld aan een onbevoegd genomen besluit, een onjuiste feitelijke grondslag, een onjuiste toepassing van het recht of schending van het zorgvuldigheids- of het motiveringsbeginsel) dan dient te worden onderscheiden in gebreken waardoor de belanghebbende wel en niet is benadeeld. Indien er sprake is van benadeling, dan moet er verschil worden gemaakt tussen in beroep wel en niet herstelbare gebreken. Bij de in beroep niet herstelbare gebreken, is de vraag of het gebrek in bezwaar kan worden hersteld. Zo ja, dan kan worden volstaan met een vernietiging van het bestreden besluit, eventueel vergezeld van een termijnstelling. Zo nee, dan dient naast het bestreden besluit ook het primaire besluit te worden weggenomen op de hiervoor beschreven wijze.

Geen benadeling; wijziging van artikel 6:22 Awb. Er zijn materiële gebreken waardoor een belanghebbende niet is benadeeld, bijvoorbeeld een ondeugdelijke motivering van een besluit op een ondergeschikt punt. Ik ben van oordeel dat een materieel motiveringsgebrek, hoe gering ook, niet valt onder de term ‘vormvoorschrift’ in artikel 6:22. Omdat de rechter zich niet al te formalistisch wil opstellen, worden dagelijks motiveringsgebreken gepasseerd, al dan niet onder toepassing van artikel 6:22. Dit is onjuist. Volgens het Awb-systeem hadden die gebreken moeten leiden tot vernietiging, waarna

eventueel toepassing gegeven kan worden aan artikel 8:72 lid 3. Soms is vernietiging van het bestreden besluit echter een te zware sanctie op aard en omvang van het geconstateerde gebrek. Het heeft ook een onnodig juridiserend effect, alleen al omdat de enkele bij vernietiging horende gegrondverklaring van het beroep leidt tot de verplichting het gestorte griffierecht te vergoeden (artikel 8:74 lid 1) en in beginsel ook tot een proceskostenveroordeling (artikel 8:75). Dat kan soms te veel van het goede zijn. De wet zou hier aan de (behoefte van de) praktijk moeten worden aangepast.

Bij motiveringsgebreken van ondergeschikte aard, waardoor de belanghebbende niet is benadeeld, moet het mogelijk zijn het gebrek te passeren zonder vernietiging. Onder motiveringsgebreken van ondergeschikte aard kunnen ook onjuistheden in de feitelijke grondslag van het besluit worden begrepen. Daartoe stel ik voor artikel 6:22 Awb als volgt aan te passen:

Artikel 6:22

Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan, ondanks schending van een vormvoorschrift of een motiveringsgebrek, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist, in stand worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

De werkgroep Van Kemenade heeft bepleit dat alle gebreken op deze wijze zouden moeten kunnen worden gepasseerd. Uitgaande van geschilbeslechting door de rechter rijst inderdaad de vraag waarom bijvoorbeeld een mandaatsgebrek (niet de sous-chef, maar de chef van de afdeling had namens B&W moeten tekenen) ook niet zou kunnen worden gepasseerd, indien er niet over is geklaagd en de belanghebbende er niet door is benadeeld. Daar waar het bepalingen van openbare orde betreft, biedt de rechter echter niet uitsluitend rechtsbescherming, maar fungeert hij mede als bewaker van het objectieve recht. Die functie dient niet uit het oog te worden verloren, hetgeen wel zou kunnen geschieden als de rechter dergelijke gebreken met toepassing van artikel 6:22 zou kunnen passeren.

Daarnaast zou een te ruime mogelijkheid om gebreken te passeren in de fase van beroep bij de rechter afbreuk kunnen doen aan de inzet van het bestuur om de bezwaarfase te benutten voor in alle opzichten rechtmatige (en doelmatige) besluitvorming. Ik zou de verruimde toepassing van artikel 6:22 daarom vooralsnog willen beperken tot motiveringsgebreken.

Wel benadeling en herstel mogelijk. Thans resteert de categorie materiële gebreken in het bestreden besluit die in beginsel tijdens de procedure in (hoger) beroep kunnen worden hersteld. Als herstel in beroep mogelijk is, zal herstel in bezwaar ook mogelijk zijn.

De rechter ziet zich daarmee gesteld voor de keuze tussen:

1. vernietiging van de beslissing op bezwaarschrift, zodat het bestuur terug in de bezwaarfase opnieuw op bezwaar kan beslissen met inachtneming van de overwegingen van de uitspraak van de rechter;
2. toepassing van de lus, opdat het gebrek in het kader van de procedure bij de rechter hersteld kan worden; of
3. de rechtsstrijd beslechten door zelf in de zaak te voorzien. Op de vraag wanneer zelf in de zaak voorzien mogelijk is, kom ik hierna terug.

In zijn algemeenheid is het lastig om te verwoorden in welke gevallen vernietigen de voorkeur heeft boven toepassen van de lus. Dat hangt van vele factoren af. Zo kan bij ambts-halve genomen belastende beschikkingen, bijvoorbeeld een terugvordering van een te hoog bedrag of een onevenredige bestuurlijke boete, een vernietiging de voorkeur van de rechter hebben omdat de praktijk leert dat bestuursorganen het er ook wel eens bij laten zitten. Niet uitgesloten kan worden dat de rechtzoekende beter af zal zijn met een vernietiging sec, dan bij toepassing van de lus of zelf in de zaak voorzien. De keuze kan ook bepaald worden door de aard van het gebrek, de vraag of andere belanghebbenden moeten worden gehoord en de tijd die is gemoeid met nader (feiten)onderzoek.

Maar er speelt ook een psychologische factor mee. Bij vernietiging van de beslissing op bezwaarschrift is de zaak weg bij de rechter en terug bij het bestuur. Niet zelden valt te zien dat het bestuur dan ruim de tijd neemt om andermaal het bezwaarschrift te beoordelen. Als de rechter al een termijn heeft gesteld voor het opnieuw voorzien, wordt die vaak niet gehaald. Het is dan aan de belanghebbende om aan de bel te trekken en in voorkomende gevallen via artikel 6:2 Awb beroep in te stellen tegen niet tijdige besluitvorming. Het is mijn verwachting dat de belanghebbende een dergelijke gang bespaard zal blijven indien de zaak onder de rechter blijft en de rechter de voortgang van de procedure bewaakt, al dan niet na een piepsignaal van de belanghebbende. Indien de rechter het bestuur rappelleert, zal dat meer indruk maken dan wanneer de rechtzoekende dat doet. Bovendien heeft de rechter de mogelijkheid de procedure voort te zetten indien het bestuursorgaan na ommekomst van de gestelde termijn in gebreke blijft met een herstelactie en dan kunnen materiële consequenties worden verbonden aan het verzuim.

Een algemeen recept voor de ene of andere variant kan ik niet geven. Ik zou willen bepleiten dat per geval een keuze wordt gemaakt, die recht doet aan de aard van het gebrek en de belangen van de partijen. Daarbij acht ik het van belang dat de rechter deze keuze tot voorwerp van bespreking maakt op een comparitie of op de zitting, zodat partijen hun voorkeur kunnen uitspreken voor de ene of andere route.

Hoewel de beroepsprocedure de rechter de mogelijkheid biedt om het bestuur ook in het vooronderzoek al te wijzen op een gebrek in de besluitvorming, ben ik er in het

schema van uitgegaan dat die confrontatie op de zitting plaatsvindt. De gemachtigde van het bestuursorgaan, opgeroepen om (de gevolgen van) het gebrek te kunnen bespreken en met een machtiging die toereikend is om 'zaken te doen',¹⁵ kan in beginsel drie reacties geven:

- a. hij is het eens met het oordeel van de rechter over het gebrek in de besluitvorming;
- b. hij weet het nog niet, wil er nog over nadenken en eventueel de zaak intern voorleggen; of
- c. hij is het oneens met de rechter.

Indien het bestuur het eens is met de rechter (a) kunnen partijen op de zitting in samenspraak en onder regie van de rechter een afspraak maken over een hersteltraject. Ter zitting kan bijvoorbeeld afgesproken worden dat het bestuur zich zal beraden en binnen acht weken ofwel een vervangend besluit zal nemen, dan wel een schriftelijk stuk zal inzenden waarin is aangegeven op welke wijze het gebrek is geheeld. De rechter zal dan het onderzoek ter zitting schorsen en de gemaakte afspraken opnemen in de tussenbeslissing (TB) ex artikel 8:64 Awb. Een tussenbeslissing kan ook een heropeningsbeslissing ex artikel 8:68 Awb zijn. De gemachtigde van het bestuursorgaan kan de rechter ook vragen eerst een gemotiveerde tussenbeslissing af te geven, om intern beraad te kunnen voeren, waarna de rechter zal worden bericht wat het oordeel van het bestuur is. Dan ontstaat dezelfde situatie als bij variant b, waarin de gemachtigde van het bestuur het nog niet weet en bedenktijd wil.

In de b-variant kan het zijn dat het bestuur het achteraf, gelezen de motivering in de tussenbeslissing, eens is met de rechter en besluit het gebrek te helen door een schriftelijk stuk in te zenden of een vervangend besluit te nemen. Mocht het bestuur het niet eens zijn met de rechter (c), dan dient het de rechter zulks te berichten in een brief. De rechter zal in deze laatste variant de procedure vervolgen, eventueel andere partijen laten reageren op het standpunt van het bestuur en vervolgens – mogelijk zonder tweede zitting – een einduitspraak doen. Indien het gebrek in de einduitspraak leidt tot vernietiging van het bestreden besluit, kan het bestuur in hoger beroep trachten zijn gelijk te halen.

Nu de situatie dat het bestuur heeft gepoogd door middel van een brief of een vervangingsbesluit het geconstateerde gebrek te herstellen. Ook dan wordt de procedure ver-

15. *Wishful thinking*. Het zou goed zijn als rechters vóór de zitting in voorkomende gevallen zouden aangeven, bijvoorbeeld in de oproeping, dat het bestuur dient te verschijnen bij een gemachtigde met een toereikend mandaat om afspraken te kunnen maken over een hersteltraject, en dat bestuursorganen de mandaatsbesluiten daarop aanpassen.

volgd en worden de overige partijen in de gelegenheid gesteld te reageren. Het kan zelfs voorkomen dat het vervangingsbesluit een zodanige wijziging inhoudt ten opzichte van het bestreden besluit, dat derde-belanghebbenden dienen te worden uitgenodigd aan het geding als partij deel te nemen. Er zijn dan twee opties denkbaar: het geconstateerde gebrek is wel of niet hersteld.

Indien het gebrek is hersteld en daarmee ook is tegemoetgekomen aan de insteller van het beroep, hetgeen in de procedure kan worden beoordeeld, kan de rechtzoekende zijn beroep intrekken, mogelijk onder het doen van een verzoek om proceskostenvergoeding (artikel 8:75a Awb) of – binnenkort – om schadevergoeding (artikel 8:73a Awb). Trekt hij niet in, dan zal zijn beroep in de regel bij gebrek aan procesbelang niet-ontvankelijk worden verklaard. Is met het herstel van het gebrek niet tegemoetgekomen aan de indiener van het beroepschrift, dan dient de rechtbank het beroep te beoordelen met medeneming van het nadere stuk of het vervangingsbesluit en vervolgens een einduitspraak te doen, waarvan hoger beroep kan worden ingesteld.

Is het gebrek niet hersteld, dan kan de rechter óf een einduitspraak doen, óf het bestuur andermaal confronteren met dit gebrek (of met een nieuw gebrek). De vraag wat in deze situatie wijsheid is, is weer afhankelijk van vele factoren, waaronder de aard van de procedure (twee-partijengeding of meer-partijengeschild, parallelle of tegengestelde belangen), het karakter van het besluit (negatief besluit op aanvraag of ambtshalve belastende beschikking), de aard van het gebrek (bevoegdheid, procedureel, motivering, feiten of recht) en de vraag hoe lang de procedure al loopt. Per individueel geval moet een oplossing worden gekozen die recht doet aan de onderhanden belangen. Ik zou een tweede herstelkans voor het bestuur onder omstandigheden niet willen uitsluiten. Aan de andere kant mag het niet zo zijn dat het bestuur een onbeperkt aantal herkansingen krijgt om een geconstateerd gebrek te helen. De keerzijde daarvan is immers dat een rechtzoekende wordt afgehouden van een finale vaststelling van zijn aanspraken of verplichtingen.

Diegenen die verkondigen dat het niet fair is dat het bestuur een groot aantal herkansingen krijgt om een rechtens juist besluit te nemen, terwijl voor de burger een kleine fout, zoals een geringe termijnoverschrijding in bezwaar of beroep, al fataal is, vergelijken mijns inziens ongelijke grootheden. Het is nu eenmaal de taak van het bestuur om de rechtsbetrekking van burgers vast te stellen. Dat het bestuur soms meerdere rondes nodig heeft om die vaststelling op een juiste wijze te laten plaatsvinden en dat de rechter daar soms een of meerdere keren bij te pas moet komen, is mogelijk frustrerend voor de burger, maar kan er niet toe leiden dat de burger bij wijze van compensatie voor de aan het bestuur geboden herstelkans mogelijkheden aanspraak zou kunnen maken op een rechtspositie die niet strookt met de toepassing van het recht (wet en beleid).

Wel heeft de burger recht op een finale vaststelling van zijn aanspraken of verplichtingen binnen een redelijke termijn. In dit kader wil ik het 'hoe langer des te finaler'-beginsel introduceren.¹⁶ Hieronder versta ik dat de rechter bij de vraag welke beslissing in een dergelijke situatie moet worden genomen (vernietigen *sec*, toepassing van de *lus*, of zelf in de zaak voorzien), mede acht slaat op de duur van de procedure. En met procedure bedoel ik dan niet alleen de beroepsprocedure bij de betreffende rechterlijke instantie, maar de procedure in ruime zin, dat wil zeggen inclusief voorfase en eventuele eerdere vernietigingen en terugverwijzingen. Hoe langer die procedure in totaal heeft geduurd, des te meer is het – in het licht van afdoening binnen een redelijke termijn – aangewezen dat de rechter zijn gereedschapskist gebruikt om tot een finaal-materiële geschilbeslechting te komen.

Zo kan het zijn dat de rechter bij een ondeugdelijke feitelijke grondslag of motivering van het besluit kiest voor een enkele vernietiging, opdat het bestuur terug in bezwaar zijn verantwoordelijkheid kan nemen en aanvullend feitenonderzoek kan doen of kan zorg dragen voor een deugdelijke motivering. Het terugleggen van de zaak bij het bestuur is ook goed te verantwoorden als de rechter in een vroeg stadium, bijvoorbeeld na de screening bij brief of op een poortzitting, het bestuur op het gebrek kan wijzen. Herstel kan ook via de bestuurlijke *lus*. Heeft het bestuur echter al een eerdere kans gehad een gebrek te herstellen, of heeft de procedure al twee jaar of langer geduurd, dan kan het in overigens gelijke omstandigheden aangewezen zijn dat de rechter zelf aanvullend feitenonderzoek doet, om daarna de knoop ten materiële te kunnen doorhakken. Onder bepaalde omstandigheden kan dit er zelfs toe leiden dat de rechter gebruik maakt van de mogelijkheid zelf in de zaak te voorzien, terwijl er geen sprake is van de situatie dat nog slechts één rechtens juist besluit denkbaar is.¹⁷

Mag ik hier een spelregel uit de honkbalsport introduceren, te weten: 'three strikes and you're out'? Overgezet naar het bestuursrecht zou dit inhouden dat het bestuur zeker een kans krijgt een gebrek in een besluit te herstellen, na vernietiging mogelijk een tweede kans en in bijzondere gevallen een derde kans, maar dan moet het afgelopen zijn, temeer omdat de bezwaarfase voor het bestuur ook als herstelmogelijkheid heeft te gelden. Dan moet de rechter – al dan niet na door hemzelf verricht aanvullend feitenonderzoek – de knoop kunnen doorhakken teneinde aan een voortdurende rechtsonzekerheid een eind te maken; ook als dat betekent dat de rechter zich in dat geval beweegt op het terrein waarop het bestuur beleids- of beoordelingsvrijheid heeft. Het missen van eerdere kansen door het bestuur om de rechtsbetrekking burger-over-

16. Vrij naar het raadsel: 'Wat is het verschil tussen een krokodil? Hoe langer des te zwemt ie.'

17. Zie Pres. Rb. Amsterdam 16 april 1998, JB 1998/153, waarin in een geval van keuzevrijheid bij het bestuur toch zelf in de zaak wordt voorzien, omdat het bestuur drie eerdere kansen om gebreken te herstellen niet had benut en er inmiddels acht jaar was verstreken na de aanvraag.

heid op rechtmatige wijze vast te stellen in combinatie met de factor tijd zal in mijn visie kunnen leiden tot een soort rechtsverwerking ten aanzien van het beslismaat van het bestuur, waardoor de bevoegdheid de rechtsbetrekking bindend vast te stellen aan de rechter vervalt. Dit lijkt wellicht een schokkende gedachte. Het is dat niet, indien wordt bedacht dat het bestuursrecht allerlei raakvlakken heeft met het burgerlijke en het strafrecht en zowel de burgerlijke rechter als de strafrechter niet anders doen dan het vaststellen van de rechtsbetrekking tussen burgers onderling, evenals tussen overheid en burger.

3.6 Een voorstel tot wijziging van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb

Schueler wist ten tijde van zijn dissertatie in 1994 nog niet op welke wijze door de rechtspraak invulling zou worden gegeven aan het begrip wijzigingsbesluit. De buitengewoon taaie en complexe jurisprudentie op de artikelen 6:18 en 6:19 stemt niet vrolijk. Daaruit volgt dat een vervangend besluit om menige reden niet in de procedure kan worden meegenomen. Dat kan bijvoorbeeld niet indien het vervangend besluit is gebaseerd op een nieuwe aanvraag (ook over dezelfde zaak), op een nieuwe (ambtshalve) herbeoordeling, op een andere wet, of afkomstig is van een ander bestuursorgaan (bijvoorbeeld als op de aanvraag in eerste instantie door het onbevoegde orgaan is beslist). Verder is een besluit met een verbeterde of gewijzigde motivering, maar met hetzelfde dictum geen besluit in de zin van de Awb (en dus ook geen wijzigingsbesluit), omdat het niet zou zijn gericht op rechtsgevolg. Door die invulling dragen de artikelen 6:18 en 6:19 belangrijk minder bij aan een flexibele procedure met ex nunc-elementen dan de wetgever voor ogen stond. Om die negatieve effecten enigszins te mitigeren, heeft de bestuursrechter (tegen de letter, maar wel in de geest van de wet) geoordeeld dat in sommige situaties een tweede besluit toch in de procedure kan worden betrokken. Zo heeft de Centrale Raad van Beroep het begrip ‘samenhangend stelsel van beslissingen’ geïntroduceerd en besloten een hangende hoger beroep, tegen een uitspraak waarbij de beslissing op bezwaarschrift is vernietigd, afgegeven nieuwe beslissing op bezwaarschrift als wijzigingsbesluit aan te merken. De Afdeling bestuursrechtspraak doet dat laatste ook, maar alleen als een andere partij dan het bestuursorgaan in hoger beroep is gekomen. Er zijn weinig onderwerpen zo ingewikkeld en onoverzichtelijk geworden als de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb.¹⁸

Hiervoor gaf ik aan dat de voorgestelde bestuurlijke lus alleen effectief kan zijn indien de artikelen 6:18 en 6:19 zodanig worden gewijzigd dat het vervangende besluit nage-

18. Een fraaie analyse van de jurisprudentie over wijzigings- en intrekingsbesluiten geeft H. Bolt in ‘De artikelen 6:18 en volgende van de Awb’, JB-plus van maart 2000, p. 26-37.

noeg steeds kan worden meegenomen in de procedure. In het volle besef dat het een nogal hachelijke onderneming is om juist op dit punt een concreet wijzigingsvoorstel te doen, wil ik het navolgende toch voorleggen.

Artikel 6:18

1. Voorzover een besluit kan worden ingetrokken of gewijzigd, kan dit ook geschieden indien tegen dit besluit bezwaar of beroep aanhangig is.
2. Een besluit waartegen beroep aanhangig is, kan in ieder geval worden ingetrokken of gewijzigd voorzover de administratieve rechter oordeelt dat het onrechtmatig is.
3. Het bestuursorgaan deelt de intrekking of wijziging onverwijld mede aan het orgaan waarbij het beroep aanhangig is.
4. Met een wijziging van het besluit worden gelijkgesteld:
 - a. een wijziging of aanvulling van de motivering van het besluit, en
 - b. een besluit van een ander bestuursorgaan op dezelfde aanvraag.

Artikel 6:19

1. Een bezwaar of beroep waarop nog niet is beslist, wordt geacht mede te zijn gericht tegen een intrekking of wijziging van het bestreden besluit als bedoeld in artikel 6:18.
2. Een beroep tegen een uitspraak van een administratieve rechter wordt, zolang daarop niet is beslist, geacht mede te zijn gericht tegen een besluit ter uitvoering van de uitspraak van de eerste rechter.
3. Het orgaan waarbij het bezwaar of beroep aanhangig is, kan het bezwaar of het beroep tegen het nieuwe of gewijzigde besluit evenwel verwijzen naar een ander orgaan.
4. Intrekking van het bestreden besluit staat niet in de weg aan vernietiging van dat besluit indien de indiener van het bezwaar- of beroepschrift daarbij belang heeft.

Een korte toelichting bij artikel 6:18. Het eerste lid is inhoudelijk ongewijzigd. Het tweede lid, dat eigenlijk thuis zou horen in de toekomstige regeling over de intrekking of wijziging van besluiten, stelt buiten twijfel dat het bestuursorgaan steeds bevoegd is een bestreden besluit te wijzigen of in te trekken, indien de rechter heeft gewezen op een – niet te passeren – gebrek in het besluit. Het derde lid is ontleend aan het huidige tweede lid, alleen is bezwaar geschrapt, omdat de situatie van het tweede lid zich uitsluitend in beroep kan voordoen.

Het huidige derde lid is geschrapt omdat het niet veel toevoegt. Het zegt niet veel meer dan ‘het mag als het mag’. Dat een eventueel terugkomen op de intrekking/wijziging wordt meegenomen volgt, indien het tijdens beroep geschiedt, al uit artikel 6:19 lid 1. Gebeurt het daarna, dan zit er voor de belanghebbende niets anders op dan opnieuw rechtsmiddelen aan te wenden.

Het vierde lid regelt een tweetal situaties. Ten eerste (onderdeel a) voorziet het er in dat een vervangingsbesluit met een verbeterde motivering, maar met eenzelfde dictum, in de procedure kan worden meegenomen. De gewijzigde motivering kan zien op een wijziging van de juridische grondslag, evenals op een wijziging of aanvulling van de feitelijke grondslag van het besluit. De aanvulling van de feitelijke grondslag zal betrekking kunnen hebben op feiten en omstandigheden die ten tijde van het eerdere besluit nog niet bekend waren. Waar na vernietiging door de rechter geldt dat het bestuur bij het opnieuw voorzien ex nunc dient te toetsen, en de rechter bij het zelf in de zaak voorzien ook rekening dient te houden met sedert het bestreden besluit gewijzigde feiten en omstandigheden, moet dat ook gelden in het kader van de bestuurlijke lus. Daarmee wordt een ex nunc-element in het proces bij de rechter ingebracht.

De voorgestelde wijziging moet een eind maken aan de huidige praktijk, waarbij een vervangend besluit met een gewijzigde motivering, maar met eenzelfde dictum, niet wordt meegenomen in de procedure, omdat het niet is gericht op (zelfstandig) rechtsgevolg, geen besluit in de zin van artikel 1:3 Awb is en daarmee evenmin een wijzigingsbesluit ex artikel 6:18 kan zijn. Tevens moet deze redactie mogelijk maken dat een vervangend besluit dat op grond van een andere wet, maar op dezelfde aanvraag is genomen, in de procedure kan worden betrokken.

Met onderdeel b wordt bereikt dat een vervangend besluit van het wel bevoegde orgaan in de procedure kan worden betrokken, mits het een besluit op dezelfde aanvraag betreft. Dit is, bezien vanuit de positie van de rechtzoekende, immers belangrijker dan dat het wel bevoegde orgaan in de gelegenheid wordt gesteld eerst zelf een primair besluit te nemen. Voorzover het onbevoegde en het bevoegde orgaan behoren tot hetzelfde overheidslichaam zal dit ook praktisch weinig problemen opleveren. Behoort het bevoegde orgaan tot een ander lichaam dan is het lastiger, maar beslist niet onwerkbaar. Het gebeurt wel vaker dat de rechter een tweede bestuursorgaan vraagt deel te nemen aan de procedure, indien is gebleken dat het bestreden besluit onbevoegdlijk is genomen.

Toelichting bij artikel 6:19. Het eerste lid is een gewijzigde versie van het huidige eerste lid. Weggelaten is het zinsdeel 'tenzij dat besluit aan het bezwaar of beroep geheel tegemoet komt'; een mijns inziens onnodige, complicerende toevoeging. De inhoud van het vervangingsbesluit dient immers toch altijd te worden beoordeeld om te kunnen bepalen of ja dan nee geheel aan het beroep is tegemoetgekomen. Dan is het logischer om het vervangingsbesluit steeds in de procedure te betrekken. Voorzover met het vervangingsbesluit geheel aan het beroep wordt tegemoetgekomen, kan op intrekking van het beroep worden aangedrongen of zal het, bij het uitblijven van intrekking, in zoverre in beginsel niet-ontvankelijk worden verklaard. Door aan te haken bij het besluit als bedoeld in artikel 6:18 wordt bereikt dat de besluiten van artikel 6:18 lid 4 ook daadwerkelijk in de procedure kunnen worden meegenomen.

Het tweede lid is codificatie van staande rechtspraak, althans die van de Centrale Raad van Beroep. Of het tweede lid ook werkt in cassatie in belastingzaken, kan ik niet overzien. In het derde lid heb ik de omschrijving van het orgaan, zoals opgenomen in het huidige tweede lid, laten vervallen aangezien dat vanzelf spreekt. Het vierde lid is het huidige derde lid.

Het systeem van de bestuurlijke lus via een tussenuitspraak als hiervoor beschreven, in combinatie met een wijziging van de artikelen 6:18, 6:19 en 6:22 Awb, zou moeten bijdragen aan een meer flexibele procedure, waarin gebreken sneller kunnen worden geheeld en waarin eerder en beter kan worden toegekomen aan beoordeling van de inhoud van de zaak. Mocht ik met genoemde wijzigingsvoorstellen uit de (wetgevings)bocht zijn gevlogen, dan moet u me dat maar vergeven. Hier geldt: niet geschoten is altijd mis, en wie het beter weet, moet het maar zeggen.

3.7 Zelf in de zaak voorzien

In het schema kwam aan de orde dat een materieel, reparabel gebrek kan worden hersteld via de bestuurlijke lus, maar ook door de rechter via het zelf in de zaak voorzien. Aan de instandlating van de rechtsgevolgen (artikel 8:72 lid 3) zal ik hierna geen afzonderlijke aandacht besteden omdat ik dat beschouw als een vorm van zelf in de zaak voorzien.

Artikel 8:72 lid 4 Awb bepaalt dat indien het beroep gegrond wordt verklaard, de rechtbank kan bepalen dat haar uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan.

Neerhof heeft laten zien dat de rechter aan deze mogelijkheid van zelf in de zaak voorzien een beperkte invulling geeft.¹⁹ In lijn met de wetsgeschiedenis²⁰ vult de bestuursrechter de bevoegdheid tot zelf in de zaak voorzien in door hiervan slechts gebruik te maken als na de vernietiging rechtens maar één beslissing mogelijk is. Een ruimer gebruik van die bevoegdheid is denkbaar en wordt ook bepleit,²¹ maar stuit stevast op kritiek van de hoeders van onze rechtsstaat die ervoor waarschuwen dat de rechter niet op de stoel van het bestuur mag gaan zitten.

19. Zie voor overzichten van de rechtspraak op zelf in de zaak voorzien Neerhof in zijn in noot 1 genoemde artikel; Bestuursprocesrecht, 1999, deel B3, paragraaf 9.11, en Praktijkboek bestuursrecht, hoofdstuk XI, paragraaf 4.4.9.

20. PG Awb II, p. 175.

21. Zie Ten Berge e.a., Ervaringen met de Awb; het bestuursprocesrecht, Deventer 1996, p. 243-244.

Naar mijn mening is de vraag of ruimer gebruik gemaakt kan worden van de bevoegdheid tot zelf in de zaak voorzien niet alleen een kwestie van (niet) kunnen, maar ook van (niet) willen. Het antwoord op deze vraag hangt mijns inziens nauw samen met de opvatting van de betreffende magistraat of het college waartoe hij behoort over de taak van de bestuursrechter. Wordt als taak gezien het toetsen van bestuursbesluiten op basis van de vooral procedurele normen van de Awb, dan ligt een ruimer gebruik van het zelf voorzien door de rechter niet voor de hand. Ziet de rechter echter primair geschilbeslechting als zijn taak, dan kan – na de vaststelling dat het bestuur van zijn beslisprimaat geen rechtmatig gebruik heeft gemaakt – makkelijker worden aanvaard dat de bevoegdheid om de rechtsbetrekking bindend vast te stellen wordt overgeheveld van bestuur naar de rechter, zelfs in het geval de rechter daarmee het terrein van de keuzevrijheid van het bestuur zou betreden.

Hierna wil ik kort de (on)mogelijkheden van het zelf voorzien verkennen. Uit de rechtspraak en literatuur zijn mij de volgende zes contra-indicaties gebleken voor het zelf in de zaak voorzien:

1. het bestuursorgaan heeft keuzevrijheid (beleids- of beoordelingsvrijheid);
2. het besluit raakt de belangen van meer dan twee belanghebbenden;
3. het besluit vereist speciale deskundigheid, die wel bij het bestuur, maar niet bij de rechter aanwezig is; en daarmee samenhangend, het besluit is complex van karakter;
4. het besluit is vernietigd op grond van een procedureel/formeel gebrek;
5. het geschil betreft het niet (tijdig) beslissen; en
6. het zelf in de zaak voorzien zou leiden tot een *reformatio in peius*.

Het is waar dat indien deze factoren zich voordoen het zelf in de zaak voorzien wordt bemoeilijkt. Met name het aspect van de keuzevrijheid speelt daarbij een belangrijke rol. Het is echter niet zo dat het daarmee ook onmogelijk is. Het probleem dat de rechter niet het terrein mag betreden waar het bestuur keuzevrijheid heeft, speelt namelijk niet indien gebruik wordt gemaakt van de bestuurlijke lus. In de voorstellen van Schueller en Polak verschaft het bestuur de rechter de informatie die benodigd is om daarna zelf in de zaak te voorzien. In mijn voorstel behoort zelf in de zaak voorzien tot de mogelijkheden, maar kan het probleem zich ook oplossen via het inbrengen van een vervangend besluit, dat door de rechter in de procedure wordt meegenomen en wordt betrokken bij de beoordeling van het beroep. Op die manier laat de rechter de verantwoordelijkheid voor de invulling van beleidsmatige en politieke aspecten van de besluitvorming bij het bestuur.

Er ontstaat pas een probleem als het bestuursorgaan geen gebruik wenst te maken van de in de lus geboden herstelbaarheid, of als het bestuur na een vernietiging een

tweede of derde besluit heeft genomen, dat evenmin de rechterlijke toets kan doorstaan. In een dergelijke situatie mag de rechtzoekende van de rechter onder omstandigheden verwachten dat het bestuur geen verdere herstelmogelijkheden krijgt en dat de rechter zelf het geschil gaat beslechten. Dit is met name dan aangewezen als de redelijke termijn dreigt te worden overschreden. Ik roep hier het eerder ten tonele gevoerde 'hoe langer des te finaler'-beginsel in herinnering. Indien overschrijding van de redelijke termijn dreigt, zal de bestuursrechter niet zonder meer kunnen volstaan met vernietiging. Hij zal eventueel zelf aanvullend feitenonderzoek dienen te doen teneinde op basis daarvan het geschil ten materiële te kunnen beslechten. Bij het zelf voorzien dient de rechter acht te slaan op de wet en – zoveel mogelijk – op het toepasselijke beleid.

Hierna zal ik de contra-indicaties afzonderlijk bespreken en proberen aan te geven waar de ruimte ligt om in voorkomende gevallen een frequenter gebruik te maken van de bevoegdheid tot zelf in de zaak voorzien.

Ad 1. *Keuzevrijheid*. Keuzevrijheid bij het bestuur op grond van de toepasselijke regeling staat lang niet steeds aan zelf in de zaak voorzien in de weg. Bij de zogenoemde 'kan'-bepalingen komt het voor dat het bestuur zijn discretionaire bevoegdheid heeft ingekaderd door gedetailleerde beleidsregels en richtlijnen. Die kan de rechter in beginsel ook toepassen. Spelbreker bij het zelf in de zaak voorzien is dan alleen nog de inherente afwijkingsbevoegdheid (artikel 4:84), maar door communicatie met het bestuur tijdens de procedure kan de rechter opgehelderd krijgen of het bestuur in het concrete geval van die bevoegdheid gebruik had willen en moeten maken. Zo nee, dan kan in beginsel zelf in de zaak worden voorzien.

Bij beoordelingsvrijheid, dat wil zeggen de invulling van vage wettelijke termen, hangt de vraag of het bestuur keuzevrijheid heeft af van de toepasselijke term. Schreuder heeft fraai verwoord dat per geval dient te worden bezien, of de wetgever de invulling van de wettelijke term in eerste instantie aan het bestuur heeft willen overlaten, of dat geobjectiverde wetstoepassing is geboden.²² Zo zal de rechter bij een geschil over het begrip 'passende arbeid' of over het begrip 'vluchteling' eerder zelf in de zaak kunnen voorzien dan bij de vraag of de burgemeester een dreigende schending van de openbare orde aanwezig heeft kunnen achten. De keuzevrijheid van het bestuur kan ook zijn verdwenen doordat een andere wettelijke regeling ingrijpt op de keuzevrijheid, of doordat toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ertoe leidt dat nog slechts één rechtens juiste toepassing kan worden gegeven aan de bevoegdheid. Dit speelt indien door een toezegging bij een belanghebbende het gerechtvaardigd vertrouwen is opgewekt, dat een bepaald

22. M. Schreuder-Vlasblom, *De Awb; het bestuursprocesrecht*, zesde druk, Deventer 1999, p. 202-203.

besluit zal worden genomen. Ook toepassing van het gelijkheidsbeginsel kan ertoe leiden dat er geen keuzevrijheid meer is; ook dan zal de rechter zelf in de zaak kunnen voorzien.

Zelf in de zaak voorzien is in beginsel ook mogelijk als alle betrokken partijen een compromis hebben gesloten, mits rechtmatig en vallend binnen de grenzen van het geschil. Op de situatie dat partijen de rechter verzoeken om zelf in de zaak te voorzien, kom ik hierna terug.

Ad 2. Het meer-partijgeding. De aanwezigheid van meerdere belanghebbenden met tegengestelde belangen maakt het zelf in de zaak voorzien moeilijker, maar niet onmogelijk. De rechter kan immers via de weg van artikel 8:26, ook ambtshalve, belanghebbenden in de gelegenheid stellen als partij aan het geding deel te nemen. De eerlijkheid gebiedt wel te zeggen dat het voor de rechter bepaald lastig en bewerkelijk is om uit te zoeken welke belangen van derden door een voorgenomen besluit worden geraakt. In dergelijke situaties kan het aangewezen zijn de bal terug te leggen bij het bestuur, hetgeen mogelijk is door vernietiging en terugverwijzing, maar ook via de bestuurlijke lus. Praktische bezwaren zouden dus aanleiding kunnen zijn om niet zelf in de zaak te voorzien, althans niet in eerste instantie.

Ad 3. Deskundigheid. De bij het bestuur aanwezige deskundigheid zou verhinderen dat de rechter zelf in de zaak kan voorzien. Met name ten aanzien van bouwvergunningen heeft de Afdeling in de Muiderkerk-zaak in nogal principiële bewoordingen geoordeeld dat de rechter de vergunning alleen mag toetsen en dat het aan het bestuur is om al dan niet een bouwvergunning af te geven 'nu het beschikt over de nodige specialistische kennis, waar het gaat om de beoordeling van feitelijke en/of technische aspecten, waaronder de genoegzaamheid van de bouwtekening.'²³ Nu valt er veel te zeggen voor het oordeel, dat het aan het bestuur is – en niet aan de rechter – om vergunningen met technische voorschriften te verstrekken. Het kan echter geen principieel argument zijn, omdat de Afdeling bestuursrechtspraak tot in 1998 in milieuzaken wel op grote schaal placht zelf in de zaak te voorzien, waarbij hij zich voorzag van de benodigde technische kennis door die in te huren via de adviseur beroepen milieuhygiëne. Door sommigen wordt 'die Wende' van de Afdeling in 1998 betreurd omdat de oude uit de tijd van het Kroonberoep afstammende praktijk, waarbij met regelmaat zelf in de zaak werd voorzien en een milieuvergunning werd afgegeven inclusief de daarbij horende technische voorschriften, duidelijk in een behoefte van burger én bestuur voorzag.

Ook in arbeidsongeschiktheidszaken is het niet ongebruikelijk dat de bestuursrechter deskundigen inschakelt teneinde de medische en/of arbeidskundige kant van het WAO-besluit te kunnen beoordelen.

Het gaat hier mijns inziens dan ook niet om een niet zelf mogen of kunnen voorzien, maar om de vraag of het de taak van de bestuursrechter is om, onder het verlengen van

23. ABRS 8 juli 1996, JB 1996/188 en AB 1996, 344.

de procedure en het (laten) doen van aanvullend feitenonderzoek, het geschil finaal-materieel te beslechten door middel van zelf in de zaak voorzien. Indien het bestuur heeft verzuimd één of meer herstelmogelijkheden te gebruiken en de procedure al lang loopt, kan het aangewezen zijn dat de rechter zijn onderzoeksbevoegdheden aanwendt om het partijen ten materiële verdeeld houdende geschilpunt te kunnen beslechten. Deze opvatting strookt met die van de Centrale Raad van Beroep. Die Raad geeft de rechtbank er soms zelfs van langs, indien zij nalaat zelf onderzoek te doen naar de feiten. In het geval dat na de behandeling ter zitting sprake was van de situatie waarin de standpunten van de verzekeringsarts en de behandelend cardioloog over de belastbaarheid van betrokkene haaks op elkaar stonden, zonder dat kon worden gezegd dat één van die standpunten volstrekt onvoldoende was gemotiveerd of anderszins volstrekt onhoudbaar was, had de rechtbank – aldus de Centrale Raad – het onderzoek moeten heropenen (artikel 8:68) teneinde een onafhankelijk medisch deskundige in te schakelen om van verslag en advies te dienen met het oog op de beslissing van het geschil.²⁴ Het mag duidelijk zijn dat deze benadering meer bijdraagt tot finaal-materiële geschilbeslechting dan de nieuwe koers van de Afdeling in milieugeschillen. Het verschil in benadering is mijns inziens niet, of niet geheel, te verklaren vanuit het toepasselijke recht. Beide colleges toetsen besluiten op basis van imperatieve bepalingen, discretionaire bevoegdheden en vage wettelijke termen. Nu het drie-partijengeding zijn intrede heeft gedaan in WAO-zaken zit ook daar het verschil niet meer in, hoewel nog wel moet worden afgewacht welke invloed de aanwezigheid van een derde-belanghebbende werkgever in een WAO-zaak heeft op de taakopvatting van de socialezekerheidsrechter. Zal hij minder geneigd zijn tot ongelijkheidscompensatie en tot het aanvullen van de feiten en de rechtsgronden? Het is afwachten.

Ook het complexe karakter van de zaak kan aan zelf in de zaak voorzien in de weg staan. In het kader van een procedure gericht tegen niet tijdig beslissen op aanvragen om vergoeding van schade ingevolge de Deltaschadewet was de complexiteit van de te beantwoorden rechtsvragen en feitelijke vragen voor de Afdeling (mede) reden om niet zelf in de zaak te voorzien; de plicht daartoe vloeit volgens de Afdeling niet voort uit artikel 6 EVRM.²⁵ Mede bepalend was dat de adviescommissie van de minister al een eind was gevorderd en het overnemen van deze ingewikkelde schadekwestie door de rechter mogelijk meer vertraging zou hebben betekend dan het bespoedigen van inhoudelijke besluitvorming door het bestuur.

24. CRvB 11 januari 2000, USZ 2000/79.

25. ABRS 12 augustus 1999, AB 1999, 392.

Ad 4. *Formele gebreken*. Procedurele gebreken of schending van het motiverings- of het zorgvuldigheidsbeginsel staan aan zelf in de zaak voorzien niet in de weg, indien het gebrek tijdens de beroepsprocedure al dan niet via de bestuurlijke lus is of kan worden geheeld. Bepaald bemoedigend is de uitspraak van de Afdeling,²⁶ waarbij – na vernietiging van het bestreden besluit wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel – zelf in de zaak wordt voorzien door alsnog goedkeuring te verlenen aan een gedeelte van een bestemmingsplan. Dit is een veel verdergaande beslissing dan het bij wijze van zelf in de zaak voorzien alsnog onthouden van goedkeuring aan een plangedeelte,²⁷ aangezien het bij de beslissing tot goedkeuring gaat om een beslissing met keuzevrijheid, waar derden bij betrokken (kunnen) zijn. Kennelijk was de Afdeling van oordeel dat eventuele derden door het verlenen van goedkeuring, waartegen geen beroep mogelijk is, geen ontoelaatbaar nadeel is toegebracht. Het verdient aanbeveling dat de bestuursrechter in zijn uitspraak ingaat op de vraag of belangen van derden door het zelf voorzien worden geraakt, en zo ja, of zij hierdoor ontoelaatbaar worden benadeeld. Die verantwoording, zeker door de rechtbanken, maakt de beslissing tot het al dan niet zelf voorzien in hoger beroep beter toetsbaar en kan zo bijdragen tot verfijning van de criteria op grond waarvan deze bevoegdheid kan worden aangewend.

Ook in combinatie met schending van algemene beginselen speelt de factor tijd een rol, en het niet gebruiken van eerdere herstelmogelijkheden door het bestuur. Bepaald pikant is het zelf voorzien door de Centrale Raad van Beroep in een zaak waarbij de Minister van Justitie had geweigerd een raadsheer de kosten van abonnementen op juridische werken te vergoeden. De Raad constateert dat ook de nieuwe beslissing op bezwaar in rechte geen stand kan houden, mede omdat geen uitvoering is gegeven aan de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak. Het feit dat de minister er wederom niet in was geslaagd de weigering te voorzien van een deugdelijke motivering bracht de Centrale Raad tot zelf voorzien.²⁸

Ad 5. *Niet tijdig beslissen*. Voorwaarde voor zelf voorzien is dat er duidelijkheid bestaat over de relevante feiten en belangen. Bij beroep tegen een fictief besluit bestaat die duidelijkheid doorgaans niet. Alsdan dient het bestuur, via de rechter, aangespoord te worden zijn verantwoordelijkheid te nemen en alsnog een inhoudelijk besluit af te geven. Hiertoe heb ik in paragraaf 2.2.3 een uitgewerkt voorstel gedaan.

Ad 6. *Reformatio in peius*. Indien het zelf in de zaak voorzien door de rechter de eisende partij in een slechtere rechtspositie zou brengen dan zonder het instellen van beroep het

26. ABRS 16 november 2000, JB 2001/5.

27. Zie voor het alsnog onthouden van goedkeuring bijvoorbeeld ABRS 16 maart 1996, AB 1996, 252 en ABRS 31 augustus 1998, AB 1999, 69.

28. CRvB 23 december 1999, ABkort 2000, 59.

geval zou zijn geweest, dan dient daarvan te worden afgezien. Bij een meer-partijengeding staat het verbod van de reformatio op zich niet aan het zelf voorzien door de rechter in de weg. Ook dan lijkt een terughoudend gebruik door de rechter echter geboden.

Tussenbalans. De problematiek van de contra-indicatoren overziende kom ik tot de conclusie dat er bij het zelf in de zaak voorzien problemen kunnen rijzen, maar dat die veelal kunnen worden opgelost. De grootste drempel tot zelf voorzien is gelegen in de aanwezigheid van keuzevrijheid bij het bestuur; die barrière kan echter worden geslecht via de bestuurlijke lus. Met betrekking tot de overige contra-indicaties zijn de problemen ook van praktische aard. Is het efficiënt als de rechter het onderzoek overneemt? Komt de inhoudelijke beslissing daardoor tijdiger af? Hoeveel beslag legt een ruim(er) zelf voorzien op de beperkte capaciteit van rechters? Wat is de betekenis daarvan voor de doorlooptijd van alle andere aanhangige beroepszaken? Zijn de extra kosten van rechters en van eventuele door de rechter in te schakelen deskundigen acceptabel? Wat weegt in een concreet geval zwaarder: dat het bestuur wordt gewezen op zijn verantwoordelijkheid en de mogelijk opvoedende werking van een vernietiging, of het bieden van rechtsbescherming ten aanzien van deze ene rechtzoekende die nu op zo kort mogelijke termijn een inhoudelijk oordeel verdient? Het zijn dit soort vragen waar de rechter mee worstelt bij het al dan niet zelf in de zaak voorzien in zaken waarin één of meer contra-indicaties aanwezig zijn. Ik wil dan ook waarschuwen voor al te overspannen verwachtingen van het gebruik van deze bevoegdheid.

Er zijn echter ook gevallen waar zelf voorzien niet, of minder, problematisch is en waar de rechter zijn bevoegdheid daartoe kan of zelfs moet gebruiken.

Wanneer kan zelf in de zaak worden voorzien?

1. als rechtens nog maar één juiste beslissing resteert;
2. bij punitieve sancties;
3. bij schadevergoeding;
4. bij financiële beschikkingen in twee-partijengedingen.

Wanneer moet zelf in de zaak worden voorzien?

5. bij vooringenomenheid van het bestuursorgaan.

Ad 1. *Er resteert nog één juiste beslissing.* Dit is het spiegelbeeld van de situatie dat er nog keuzevrijheid is voor het bestuur. Er is slechts één rechtens juist besluit mogelijk bij strikt gebonden beschikkingen. Doch ook in tal van andere situaties, bijvoorbeeld als het bezwaar alsnog niet-ontvankelijk moet worden verklaard, of een vergunning alsnog dient te worden geweigerd omdat het bestuursorgaan daartoe de bevoegdheid ontbeerde.

Ad 2. *Punitieve sancties*. Bij punitieve sancties, zoals de bestuurlijke boete, dient onderscheid te worden gemaakt tussen sancties waarvan de hoogte in de wet is vastgelegd en sancties gebaseerd op een discretionaire bevoegdheid. Is de hoogte van de boete bij wet vastgelegd, dan kan het proportionaliteitsvereiste ertoe leiden dat het betreffende deel van de wettelijke regeling buiten toepassing wordt gelaten.²⁹ Gaat het om sancties gebaseerd op een discretionaire bevoegdheid, dan zal de rechter het eventuele sanctiebeleid indringend toetsen, hetgeen ertoe kan leiden dat die beleidsregels niet onverkort kunnen worden toegepast en dat de rechter zelf bepaalt welke boete in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.³⁰ Is het sanctiebeleid op zich in overeenstemming met het recht, dan nog zal de rechter de toepassing daarvan in het concrete geval vol op evenredigheid dienen te toetsen. Indien de rechter het oordeel van het bestuur niet deelt, zal hij het besluit geheel of gedeeltelijk dienen te vernietigen en zijn eigen oordeel daarvoor in de plaats dienen te stellen, waarbij evenredigheid dient te bestaan tussen de ernst van de verweten gedraging en de zwaarte van de sanctie.³¹

Ad 3. *Schadevergoeding*. De rechter kan zelf in de zaak voorzien bij schadevergoeding ten gevolge van onrechtmatige overheidsdaad. Dat kan zowel op grond van artikel 8:73 Awb, ook een vorm van zelf in de zaak voorzien, als bij beroep tegen een zelfstandig schadebesluit.³² Ook in de sfeer van nadeelcompensatie gaat de bestuursrechter er soms toe over het geschil te beslechten via het zelf voorzien.³³ Hoewel het bestuur bij de bepaling van ‘de naar billijkheid te bepalen schadevergoeding’ of ‘de schade die redelijkerwijs niet ten laste van de belanghebbende dient te blijven’ enige beoordelingsvrijheid lijkt te hebben, is het kennelijk uiteindelijk aan de rechter om te bepalen of de geboden schadevergoeding in overeenstemming is met het recht. Recentelijk heeft de Afdeling in het geval van tegenstrijdige adviezen over planschade geoordeeld dat de rechtbank in tegenstrijdige waardebeoordelingen over planschade aanleiding had moeten zien om zelf op grond van artikel 8:47 één of meer schade-experts te benoemen voor het instellen van een onafhankelijk onderzoek.³⁴ Het ligt voor de hand dat de rechtbank na ontvangst van het deskundigenadvies de te vergoeden planschade dan zelf vaststelt.

Ad 4. *Financiële beschikkingen*. Ook bij gebonden beschikkingen met betrekking tot de vaststelling van financiële aanspraken kan de rechter zelf in de zaak voorzien. Het gaat

29. Zie CRvB 7 september 1999, JB 1999/253; zie ook ABRS 25 maart 1999, AB 1999, 229.

30. CRvB 23 januari 1997, AB 1997, 145.

31. Zie bijvoorbeeld ABRS 21 april 1995, JB 1995/146; CRvB 1 juni 1995, RSV 1995/263 en CBB 25 februari 1998, AB 1998, 257.

32. Zie bijvoorbeeld CRvB 25 juni 1999, RSV 1999/238.

33. ABRS 1 november 1999, JB 1999/302 en ABRS 17 augustus 1999, ABkort 1999/489.

34. ABRS 5 oktober 1999, AB 2001, 21.

hier om een voor de praktijk zeer belangrijke categorie omdat de grote beschikkingenfabrieken, waaronder de Belastingdienst en de uitvoeringsinstellingen van de studiefinanciering en de sociale zekerheid, jaarlijks miljoenen financiële beschikkingen afgeven op basis van imperatieve wettelijke regelingen.

Voor het belastingrecht, waar aanslagen ook nagenoeg steeds gebonden beschikkingen zijn, is van belang dat de Hoge Raad al in 1918 heeft geoordeeld dat de rechter zelf het nieuwe besluit moet vaststellen³⁵ en dat het gerechtshof niet bevoegd is de zaak terug te verwijzen naar de inspecteur.³⁶

Het is niet zo dat de belastingrechter steeds zelf uitrekent tot welk bedrag de aanslag moet worden verminderd; volstaan kan worden met de vaststelling van de heffingsgrondslag. Het dictum moet echter iedere twijfel uitsluiten.³⁷ Vervolgens is het aan de inspecteur op basis van die grondslag de benodigde berekening uit te voeren en de belastingplichtige te informeren. Aangezien deze gang van zaken in het belastingrecht goed lijkt te werken – er zijn niet of nauwelijks executiegeschillen nadat de rechter heeft gesproken – rijst de vraag waarom die handelwijze ook niet door de bestuursrechter gehanteerd zou kunnen of moeten worden in andere financiële geschillen op basis van imperatieve bepalingen. Zo valt in eerste instantie te denken aan premiegeschillen die verwant zijn aan belastinggeschillen. Zou van de Centrale Raad verwacht mogen worden een uitspraak te doen die iedere twijfel uitsluit over de te betalen (voorschot)premie? Waarom eigenlijk niet! En wat te denken van besluiten waarbij hetgeen onverschuldigd is betaald wordt teruggevorderd? Zeker als het een gehoudenheid tot terugvordering betreft, een in de sociale zekerheid sinds de invoering van de Wet boeten veelvoorkomend verschijnsel, mag dan niet verlangd worden dat na de procedure bij de rechter duidelijkheid bestaat over hetgeen moet worden terugbetaald? Ik vind van wel.

Maar zelfs bij keuzevrijheid voor het bestuur ziet de rechter bij financiële beschikkingen wel ruimte om zelf in de zaak te voorzien. In het kader van een beroep tegen een besluit tot terugvordering van voorschotten WW overwoog de Centrale Raad als volgt:

‘Anders dan de eerste rechter is de Raad van oordeel dat van gedaagdes besluit tot volledige terugvordering moet worden gezegd dat gedaagde bij afweging van alle daarvoor in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot dat besluit heeft kun-

35. HR 18 maart 1918, B 1919, meer recentelijk HR 29 augustus 1997, BNB 1998, 5.

36. HR 25 maart 1998, BNB 1998, 157. Dat terugverwijzen kan wel sinds hoofdstuk 8 Awb ook van toepassing is op het belastingprocesrecht, maar aangenomen wordt dat daarvan weinig gebruik zal worden gemaakt.

37. Zie J.W. IJssink in Bestuursprocesrecht, deel A, hoofdstuk 10.3, die verwijst naar HR 28 mei 1919, B 2298.

nen geraken. (...) De Raad acht het, teneinde partijen de nodige helderheid te verschaffen en ter voorkoming van verdere procedures, geraden thans zelf aan te geven welk terugvorderingsbedrag de rechterlijke toetsing wel zou kunnen doorstaan en komt dan, oordelend ex aequo et bono op een bedrag van maximaal de helft van het in de bestreden beslissing teruggevorderde bedrag.³⁸

Meer recentelijk was de Centrale Raad toch weer wat terughoudender door een besluit tot – hernieuwde – uitoefening van een discretionaire bevoegdheid tot terugvordering terug te verwijzen naar het bestuur ‘om zich te beraden over de vraag in welke mate hij, met inachtneming van de geconstateerde schending (van artikel 3:2), nog gestalte kan geven aan zijn terugvorderingsbevoegdheid.’³⁹ Het is de vraag of de burger en het bestuur met deze opstelling van de rechter tevreden zijn. Waar het een tweede poging van het bestuur betrof om op rechtmatige wijze van zijn bevoegdheid tot terugvordering gebruik te maken, en de rechtbank zelf in de zaak had voorzien door een korting van 10% toe te passen op het terug te betalen bedrag, had de Raad naar mijn mening het geschil definitief moeten beslechten, eventueel na het bestuur in de gelegenheid te hebben gesteld aan te geven op welke wijze van zijn bevoegdheid thans gebruik zou zijn gemaakt.

Ook bij subsidiebesluiten bestaat de mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien. Ook daar is relevant welk type besluit voorligt, toekenning of weigering, op grond van een gebonden voorschrift of een bevoegdheid, voorschot of terugvordering. Door de Afdeling werd zelf in de zaak voorzien door het terug te betalen subsidiebedrag naar billijkheid vast te stellen.⁴⁰ Hier was van belang dat alle feiten op tafel lagen, beide partijen de rechter hadden gevraagd het geschil definitief te beslechten en het feit dat de Afdeling in 1997 nog moest oordelen over een beroep tegen een besluit uit 1993 met betrekking tot subsidie over de jaren 1987 en 1988. Misschien was ook de persoon van de staatsraad wel van belang, die er met zijn fiscale achtergrond niet voor terugdeinsde om zelf enig rekenwerk te verrichten.

Ad 5. *Verbod van vooringenomenheid.* Wat te doen bij schending van het verbod van vooringenomenheid door het bestuur (artikel 2:4)? Mag hetzelfde bestuursorgaan dan nog een herkansing worden geboden om alsnog een – niet vooringenomen – besluit te nemen? Uit een recent arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) kan worden afgeleid dat het in artikel 6 lid 1 EVRM begrepen concept van de

38. CRvB 22 juni 1995, RSV 1996/20.

39. CRvB 7 juni 2000, JB 2000/229.

40. ABRS 6 mei 1997, AB 1997, 410.

full jurisdiction moet leiden tot óf verwijzing naar een ander, onpartijdig orgaan, óf het zelf in de zaak voorzien door de rechter.⁴¹ Annotator Heringa werpt de vraag op of het ook bij vernietiging van een besluit wegens strijd met het verbod van willekeur, bij grote onzorgvuldigheid of misbruik van bevoegdheid niet aangewezen is dat de rechter zelf in de zaak voorziet. Ik zou die vraag niet zonder meer bevestigend willen beantwoorden. Per geval dient te worden bezien of niet alsnog een besluit kan worden voorbereid en genomen, rekening houdend met de overwegingen van de rechter, dat wel aan de te stellen eisen voldoet.

Extra stimulans. Hiervoor kwam terloops al aan de orde dat een extra stimulans om gebruik te maken van de bevoegdheid tot zelf in de zaak voorzien gelegen kan zijn in: 1. de proceseconomie, 2. de behoefte van partijen aan definitieve geschilbeslechting, en 3. het verzoek van partijen aan de rechter daartoe over te gaan.

Het is van belang van wie het verzoek afkomt. Komt het van de rechtzoekende, van het bestuursorgaan, of van beide partijen? Indien een bestuursorgaan, dat bij zijn besluitvorming enige vorm van discretie heeft, zelf aangeeft daarvan – na vernietiging – geen gebruik te willen maken en de rechter vraagt een eindoordeel te geven, is het – behoudens misbruik – ongepast indien de rechter het niet zelf voorzien motiveert met een verwijzing naar de scheiding der machten en het beslisprimaat van het bestuur. Uiteraard moet de rechter zijn bevoegdheid niet gebruiken indien het bestuursorgaan zijn bestuurlijk/politieke verantwoordelijkheid probeert te ontlopen. Mogelijk stuit het zelf voorzien af op andere redenen, zoals een of meer van de hier genoemde contra-indicatoren. Maar als (ook) het bestuur vraagt om zelf in de zaak voorzien, dient de rechter daar zo mogelijk toe over te gaan. Doet hij dat niet, dan dient hij in zijn uitspraak aan te geven welke reden(en) aan de toepassing van die bevoegdheid in de weg staan.

Het valt op dat bestuurders een zo ruim mogelijk gebruik van het zelf voorzien aanbevelen, in het geval het bestuursorgaan uitdrukkelijk heeft aangegeven tegen de ‘indeplaatsstelling’ geen bezwaar te hebben;⁴² een signaal waaraan niet licht voorbij moet worden gegaan.

Ook wanneer alle partijen tot een compromis zijn gekomen en de rechter wordt gevraagd om dit vast te leggen, zal serieus moeten worden bezien of zulks mogelijk is op rechtmatige wijze en binnen de grenzen van het geschil. De rechter moet zich immers blijven realiseren dat hij bij het zelf in de zaak voorzien niet meer kan dan het bestuursorgaan kan of had gekund.

41. EHRM 7 november 2000, EHRC 2001/92.

42. Rapport Bestuur in geding, par. 4.2.3, onderdeel a. op pagina 53.

Uit de jurisprudentie lijkt te volgen dat de aanwezigheid van één van de hiervoor gegeven contra-indicaties zwaarder lijkt te wegen dan het verzoek van partijen om zelf in de zaak te voorzien. Zo zal de rechter ondanks het uitdrukkelijke verzoek van partijen daartoe geen bouwvergunning mogen afgeven.⁴³ Ook de (processuele) positie van (mogelijke) derden kan aan het verzoek van partijen om zelf te voorzien in de weg staan.⁴⁴

3.8 Tot slot

Gegeven het feit dat het Awb-systeem is opgehangen aan het besluit-begrip, alsmede dat de bestuursrechter gehouden is bepalingen met betrekking tot bevoegdheid en ontvankelijkheid, als zijnde van openbare orde, ambtshalve te toetsen, gaat het proces bij de bestuursrechter vaak over andere vragen dan waar partijen een antwoord op willen hebben. Binnen het huidige systeem is dat een gegeven. Mede gelet hierop dient de bestuursrechter echter in zaken waarin de inhoud wel aan de orde kan komen, partijen zoveel mogelijk het volle pond te geven en zich in te spannen duidelijkheid te verschaffen omtrent de partijen ten materiële verdeeld houdende geschilpunten.

In dit hoofdstuk heb ik getracht aan te geven dat er middelen zijn die ertoe kunnen bijdragen dat de rechter meer effectief, meer finaal-materieel geschillen beslecht.

Een eerste belangrijke verbetering kan worden bereikt door invoering van een bestuurlijke lus, al dan niet in combinatie met een versoepeling van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb. Een tweede verbetering is gelegen in de wijziging van artikel 6:22 Awb.

Een derde verbetering kan plaatsvinden als een effectiever gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid tot zelf in de zaak voorzien. Dat niet in elke zaak zelf kan worden voorzien is evident. Maar het is mijn inschatting dat er meer kan dan nu naar voren komt uit de rechtspraak. Ook indien rekening wordt gehouden met de positie van het bestuur en overige belangen, kan door creatief gebruik van de procedure en betere communicatie tussen de rechter en partijen, maar vooral tussen rechter en bestuur, winst worden geboekt met het oog op effectievere rechtsbescherming.

Er is nog een ander punt. Koeman bepleit dat de rechter in een situatie dat een vernietiging sec zal leiden tot reparatie en nieuwe beroepen, niet volstaat met het noemen van de vernietigingsgrond, maar alle beroepsgronden beoordeelt.⁴⁵ Polak constateert de neiging bij de bestuursrechter om bij meerdere vernietigingsgronden te kiezen voor de

43. ABRS 8 juli 1996, AB 1996, 334 (Muiderkerk) met kritische noot PvB; zie ook de – in mijn visie terechte – kritiek op deze uitspraak door J.E.M. Polak in zijn inaugurele rede op p. 29-30.

44. ABRS 10 augustus 1995, ABkort 1995, 665.

45. Zie het artikel genoemd in noot 3.

minder zware, bijvoorbeeld strijd met het motiveringsbeginsel in plaats van strijd met de wet, en om inhoudelijke bezwaren te verpakken in formele vernietigingen. Verder zou de bestuursrechter bij de interpretatie van vage wettelijke begrippen te terughoudend toetsen, hetgeen geen positieve bijdrage levert aan finaal-materiële geschilbeslechting.

Een gedegen antwoord op de opgeworpen punten rechtvaardigt een afzonderlijke vergadering van de vereniging. Noodgedwongen kan ik daar nu slechts een enkele opmerking over maken.

De kritiek is deels terecht. Het is inderdaad de vraag of de rechter thans bij vernietiging van het besluit genoeg duidelijkheid verschaft over de partijen verdeeld houdende geschilpunten. Het optimum lijkt te zijn dat zoveel duidelijkheid wordt gegeven dat de zaak niet bij de rechter hoeft terug te komen. Maar dat moet ook wél kunnen. Er zijn legio redenen waarom het niet mogelijk of zelfs ongewenst is als de rechter alle beroepsgronden bespreekt. Indien wordt vernietigd wegens onbevoegdheid van het bestuur of omdat het bezwaar ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard, houdt het op. Wordt vernietigd wegens strijd met de wet, terwijl tevens de deugdelijkheid van de feitelijke grondslag van het besluit is bestreden, dan is het veelal niet opportuun als de rechter op de twist over de feiten ingaat. Als wordt vernietigd omdat ten onrechte niet is gehoord in bezwaar, dan past het niet ook materiële beroepsgronden te bespreken. Daarnaast spelen een rol de verhouding rechter-bestuur, de aard van het rechtsgebied en de voorliggende rechtsvraag, of het gaat om gebonden beschikkingen of besluiten met keuzevrijheid, de vraag of er meerdere weigeringsgronden aan het besluit ten grondslag liggen, of die ondergeschikt of nevensgeschikt zijn, de vraag of er nova zijn die bij het opnieuw voorzien ex nunc kunnen of moeten worden meegenomen, de spelregel dat een rechter niet over zijn graf heen behoort te regeren, het feit dat overwegingen ten overvloede vaak meer kwaad aanrichten dan goed doen, maar ook de werkbelasting van de rechter, enzovoort.

Kortom, de wens is begrijpelijk: soms kan het ook, en soms niet. Waar het om gaat, is dat de bestuursrechter in elke zaak waar een vernietigingsgrond opdoemt zich ervan vergewist welk scenario het meest recht doet aan de zaak: vernietigen sec en terugverwijzen, de bestuurlijke lus, of zelf in de zaak voorzien. Indien vernietiging sec is aangewezen, dan dient de rechter steeds na te gaan in welke situatie partijen zich na de vernietiging van het bestreden besluit bevinden om aan de hand daarvan de vraag te beantwoorden of het wenselijk en mogelijk is een bijdrage te leveren aan het verschaffen van meer duidelijkheid over de dan eventueel resterende geschilpunten. Die exercitie mag van elke bestuursrechter worden verlangd, en het kan niet worden uitgesloten dat ook hier uit oogpunt van finaliteit winst valt te boeken.

In het verleden is onderzoek verricht naar de mate waarin de verschillende bestuursrechters duidelijkheid verschaffen over de wijze waarop het bestuur na vernietiging dient te

beslissen.⁴⁶ Daar kwam uit naar voren dat de socialezekerheidsrechter veel beter in staat is gebleken duidelijkheid te verschaffen dan de ambtenarenrechter en de – toenmalige – Afdeling rechtspraak. Ook toen werd trouwens al aandacht gevraagd voor het feit dat de burger in het algemeen niet gebaat is bij vernietiging van het bestreden besluit, en werd de hoop uitgesproken dat de administratieve rechter de procedure meer in het teken zal zetten van de vraag op welk besluit de burger recht heeft.

Herhaling van een dergelijk onderzoek anno 2001 zou wenselijk zijn teneinde te kunnen beoordelen of de geuite kritiek in de literatuur ook op wetenschappelijke wijze kan worden gefundeerd. En om een beter inzicht te krijgen in de vraag welke aspecten in welke mate en bij welke bestuursrechters een rol spelen. Ik zou er voorstander van zijn indien bijvoorbeeld het WODC, in samenwerking met de universiteiten, meer frequent (mogelijk zelfs permanent) de effectiviteit van bestuursrechtelijke uitspraken onderzoekt. Bestuursrechters tasten vaak in het duister over de afloop van een door hen behandelde zaak en krijgen slechts incidenteel feedback over (het gevolg van) de in de uitspraak gemaakte keuze. Meestal blijft de informatie beperkt tot het bericht of ja dan nee tegen de uitspraak hoger beroep is ingesteld. Zeker als de figuur van de bestuurlijke lus wordt ingevoerd, verdient het aanbeveling gedegen wetenschappelijk onderzoek te verrichten naar de vraag of, en zo ja in welke mate, daarmee een bijdrage wordt geleverd aan effectieve bestuursrechtspraak.

Ik kom tot een afronding. Hiervoor heb ik betoogd dat een meer effectieve en inhoudsvolle bestuursrechtspraak niet alleen een kwestie is van (niet) kunnen, maar ook van (niet) willen, en dat daarbij de visie van de bestuursrechter op zijn taak van essentieel belang is.

De taakopvatting van de hoogste bestuursrechters is niet identiek. Die taakopvatting hangt – onder meer – samen met personen, hun achtergrond, de aard van het rechtsgebied, het karakter van het besluit, het soort procespartij, het aantal procespartijen, capaciteit en kosten.

Zie ik het goed, dan is er een ontwikkeling gaande waarbij langzaam aan, stukje bij beetje, rechtsbescherming en finaal-materiële geschilbeslechting meer op de voorgrond komen en waarbij het toetsen van het bestreden besluit op rechtmatigheid niet een doel op zich is, maar in de sleutel komt te staan van het geschil tussen partijen. Die ontwikkeling is niet overal hetzelfde. Dat is ook niet erg, omdat een dergelijke omslag in denken tijd nodig heeft om op verantwoorde wijze te kunnen plaatsvinden. In de eerste lijn

46. 'Na de vernietiging; onderzoek bij de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde Groningen naar de duidelijkheid die administratiefrechtelijke uitspraken bieden omtrent de gevolgen van vernietiging van een bestuursbesluit', Groningen 1989.

speelt een rol dat de bestuursrechters onderdeel uitmaken van de rechtbank als geheel en worden beïnvloed door de gedachtewereld en taakopvatting van hun collega's die het civiele en het strafrecht bedrijven, in welke takken van rechtspraak geschilbeslechting meer vanzelfsprekend is dan in het bestuursrecht. Zo wordt bij het afdoen van bestuursrechtelijke schadevergoedingszaken dankbaar gebruikgemaakt van de – in huis aanwezige – expertise van civilisten (de combi-kamer). Niet uitgesloten is dat de expertise van de strafrechters zal worden ingeschakeld bij het uitzetten van lijnen over de toetsing van de – in populariteit toenemende – bestuurlijke boete.

Er dient voor te worden gewaakt dat het bestuurs(proces)recht zich niet verder verwijderd van het burgerlijke recht waar het betreft materiële geschilbeslechting. Indien we dat laten gebeuren, dan valt te verwachten dat er vanuit de samenleving op enig moment krachten zullen ontstaan die zullen leiden tot een ingrijpende aanpassing van de bestuursrechtspraak ten faveure van de gewone rechtspraak.

Daarom is het zo belangrijk dat de bestuursrechter de huidige procesrechtelijke mogelijkheden ten volle gaat benutten en wordt toegerust met extra mogelijkheden zoals de bestuurlijke lus, om meer inhoud te kunnen geven aan het bestuursprocesrecht. Dat moet de uitdaging zijn voor de komende jaren binnen deze jonge tak van rechtspraak.

4 Stellingen

Hoofdstuk 1

1. De taak van de (bestuurs)rechter is om binnen een zo kort mogelijke termijn een rechtens juiste uitspraak te doen, die geschiloplossend werkt, of zoveel mogelijk bijdraagt aan finale geschilbeslechting. Daarbij moet de rechter zoveel mogelijk coherent geschillen beslechten. (par. 1.4)

Hoofdstuk 2

2. Er is geen behoefte aan terugkeer van de fictieve weigering. (par. 2.2.2)
3. Bestuursorganen dienen te worden verplicht om tijdig vóór het verstrijken van de beslistermijn (zowel bij primare beschikkingen op aanvraag als bij heroverwegingsbesluiten) een kennisgeving te verzenden, waarin uitleg wordt verschaft over de reden van de vertraging, en – nog belangrijker – waarin wordt aangegeven binnen welke termijn het reële besluit te verwachten valt. (par. 2.2.3.1)
4. Het voorstel tot wijziging van de procesregeling bestuursrecht over artikel 6:2 Awb is niet toereikend; het verdient aanbeveling wettelijk te regelen dat, en op welke wijze, 6:2-beroepen dienen te worden behandeld. (par. 2.2.3.4 en 2.2.3.5)

Stemming: Ik ben voor/tegen de voorgestelde artikelen 8:55a en 8:72a Awb.

5. De bestuursrechtelijke colleges dienen de instroom van beroepszaken gedifferentieerd te benaderen en – mede daartoe – een vorm van zaaksmanagement in te voeren, waarbij het fifo-systeem wordt losgelaten. (par. 2.3)

6. De doorlooptijd van beroepszaken dient per rechterlijke instantie maximaal twaalf maanden te bedragen. (par. 2.3.2) De wenselijke doorlooptijd is gelegen tussen de vijf en tien maanden.
7. De uitspraaktermijn dient voor rechtbanken te worden bepaald op maximaal twaalf maanden. (par. 2.3.4)

Stemming: Ik ben voor/tegen het voorgestelde artikel 8:66 Awb.

8. Met toestemming van partijen moet de rechter van de in artikel 8:56 Awb genoemde drie-wekentermijn kunnen afwijken. (par. 2.3.5)

Stemming: Ik ben voor/tegen het voorgestelde artikel 8:56 Awb.

9. In hoger beroep en in eerste en enige instantie kunnen meer zaken door een eenvoudige kamer worden afgedaan. (par. 2.3.6 keuze 2)
10. Rouleren van rechters tussen de sectoren van de rechtbank is geen doel op zich; een rechtbank heeft behoefte aan een gezonde mix van generalisten en specialisten. (par. 2.3.6 keuze 4)
11. Het is de bestuursrechter tot op heden niet gelukt bruikbare criteria te ontwikkelen om inhoud te geven aan de versnelde behandeling. (par. 2.4.2)

Stemming: Ik ben voor/tegen erkenning van de in par. 2.4.2 onder a-d genoemde criteria.

12. Onder omstandigheden moet het verwerende bestuursorgaan een (ontvankelijk) verzoek om een voorlopige voorziening kunnen doen. (par. 2.4.3)
13. Van tussenuitspraken en tussenbeslissingen moet geen separaat hoger beroep kunnen worden ingesteld. (par. 2.4.4)

Hoofdstuk 3

14. Invoering van de figuur van de bestuurlijke lus dient effectieve(re) bestuursrecht-spraak en is daarom gewenst. (par. 3.3)

15. Het bestuur dient in het kader van de lus niet verplicht te worden tot een herstelactie. (par. 3.4.1)

16. In het kader van de lus is het aan het bestuur de wijze van herstel (vervangend besluit of schriftelijk stuk) te bepalen. (par. 3.4.1)

17. De in het kader van de lus te geven tussenuitspraak of tussenbeslissing dient niet vatbaar te zijn voor hoger beroep. (par. 3.4.2)

Stemming:

- a. Ik ben voor/tegen de voorgestelde artikelen 8:80A – 8:80D door de werkgroep.
- b. Ik ben voor/tegen het voorgestelde artikel 8:64a Awb.

18. De verplichte koppeling tussen gegrondverklaring van het beroep en vernietiging van het bestreden besluit in artikel 8:72 lid 1 Awb is onnodig en ongewenst. (par. 3.4.2)

Stemming: Ik ben voor/tegen het voorgestelde artikel 8:72 lid 1 Awb.

19. Naast vormvoorschriften dienen ook motiveringsgebreken te kunnen worden gepasseerd, mits de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. (par. 3.5.2)

Stemming: Ik ben voor/tegen het voorgestelde artikel 6:22 Awb.

20. De huidige regeling over wijzigings- en intrekingsbesluiten staat aan effectieve rechtsbescherming in de weg. (par. 3.6)

Stemming: Ik ben voor/tegen de voorgestelde artikelen 6:18 en 6:19 Awb.

21. De bestuursrechter kan en moet meer inhoud geven aan de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien. (par. 3.7)

22. Er is een ontwikkeling gaande waarbij langzaam aan, stukje bij beetje, rechtsbescherming en finaal-materiële geschilbeslechting meer op de voorgrond komen en waarbij het toetsen van het bestreden besluit op rechtmatigheid niet als doel op zich wordt gezien, maar in de sleutel komt te staan van het geschil tussen partijen. Deze ontwikkeling is toe te juichen. (par. 3.8)

23. Er dient voor te worden gewaakt dat het bestuurs(proces)recht zich niet verder verwijderd van het burgerlijke recht waar het materiële geschilbeslechting betreft. (par. 3.8)

Mediation in het bestuursrecht

Het kan, het mag en het werkt

Mr. M.A. Pach

Inleiding	101
1 Rechtspraak, verwachtingen, illusies	103
1.1 Rechters moeten rechtspreken	103
1.2 Bemiddeling door de bestuursrechter	105
1.3 Wat verwachten de klanten van de bestuursrechter?	106
1.4 De illusie van de (enig) juiste beslissing op het (enig) juiste moment	109
2 Over alternatieve vormen van geschillenbeslechting	113
2.1 ADR in kort bestek	113
2.2 Mediation – een kennismaking	117
2.3 De aantrekkingskracht van mediation	118
2.4 Wat is mediation – de spraakverwarring	120
2.5 Uitgangspunten	122
2.6 Reserves	125
3 De uitdaging van mediation – ervaringen in Zwolle	127
3.1 Inleiding en cijfers	127
3.2 Werkwijze	128
3.3 Kosten	130
3.4 Tijd: moment van verwijzing, doorlooptijd	130
3.5 Communicatie, ruimte voor emoties, onderhandelen: illustraties	131
3.6 Specifieke kenmerken van mediation in geschillen met een overheidsorgaan	137

4	Vraagtekens en gedachtestreepjes	139
4.1	Rolverwarring, branchevervaging en werkverschraling	139
4.2	Conclusies/stellingen	141

Inleiding

Dit preadvies gaat over de ervaringen die ik in de afgelopen vier jaar opdeed met het aanbieden van mediation als alternatieve vorm van conflictbehandeling. De sector bestuursrecht van de Rechtbank Zwolle, waar ik sinds vele jaren werkzaam ben als rechter, biedt mij sinds april 1997 de mogelijkheid op beperkte schaal hiermee te experimenteren, daartoe in de gelegenheid gesteld door het Ministerie van Justitie. Per 1 april 2000 is het Zwolse experiment een van de vijf deelprojecten van het Landelijk project 'Mediation naast rechtspraak'. De projecten in Arnhem, Assen en Utrecht vinden plaats in de civiele sectoren, die in Amsterdam en Zwolle in de sectoren bestuursrecht.

Met deze projecten wordt beoogd om in drie jaar voldoende doorverwijzingen naar mediation te genereren om op basis daarvan te kunnen bepalen of doorverwijzing naar mediation een structurele plaats moet krijgen binnen de justitiële infrastructuur en zo ja, op welke wijze dat het beste kan worden gerealiseerd.¹

Bij het denken over en het organiseren van mogelijkheden en kansen die alternatieve vormen van conflictbehandeling op het gebied van de bestuursrechtspraak zouden kunnen bieden, rijzen talloze vragen van theoretische en van praktische aard.

Ik heb geprobeerd de belangrijkste daarvan te verwoorden en mijn ideeën daarover vooral vanuit de praktijk weer te geven. In het preadvies van Inge van der Vlies zullen de meer theoretische aspecten worden besproken.

In het eerste hoofdstuk komt aan de orde hoe een bemiddelende rol van de rechter zich naar mijn mening verhoudt met zijn kerntaken. Er is aandacht voor de vraag wat partijen van ons verwachten en welke illusies wij koesteren over conflictbeslechting, effectiviteit en tijd.

1. Zie M. Pel, Mediation naast rechtspraak; uitvoering landelijk project Mediation Rechterlijke Macht, Justitiële Verkenningen, december 2000.

Hoofdstuk 2 poogt enig inzicht te verschaffen in de gebruikte terminologie (ADR, mediation) en de essentiële kenmerken van mediation. Wat is de aantrekkingskracht van dit verschijnsel, welke reserves zijn er?

De ervaringen in het Zwolse experiment komen aan de orde in hoofdstuk 3. Wat is de werkwijze, welke factoren spelen een rol, wat zijn de specifieke kenmerken in mediation met de overheid?

Ten slotte worden in hoofdstuk 4 nog enkele vragen opgeworpen (rolverwarring, branchevervaging, werkvershraling) en natuurlijk conclusies getrokken.

Ik ben veel mensen dank verschuldigd. De president van de Zwolse rechtbank, Bert Maan, de sectorvoorzitter Henk Moorman en alle collega's van de sector bestuursrecht maakten (en maken) mijn geëxperimenteer mogelijk en begeleiden het met kritische zorg, maar ook met warme belangstelling. Het inmiddels gegroeide projectteam onder leiding van Frans van Arem, werkt met grote inzet en veel enthousiasme aan het welslagen van het project. Meelevend en meelezend bij het schrijven van dit preadvies waren in het bijzonder Dick Allewijn, Frans van Arem, Paulien Beukelman, René van den Bosch, Mauk de Brauw, Frits Grimmelikhuisen, Yvonne Gruis, Joke Lammertsma, Machteld Pel, Loukie van Rijckevorsel, Joke Szauer. Van hun opmerkingen en aanvullingen heb ik dankbaar gebruik gemaakt.

1 Rechtspraak, verwachtingen, illusies

*‘Het is niet goed om te veel recht te willen spreken’
Abel Herzberg, Onder de linde²*

1.1 Rechters moeten rechtspreken

‘Waarom doe jij niet gewoon je werk?’ vroeg een collega mij onlangs. ‘In plaats van dat modieuze gedoe met die alternatieve geschillenbeslechting ...’

Op dat moment stond ik met mijn mond vol tanden. Nu maak ik gebruik van de gelegenheid het uit te leggen.

De rechter is er om recht te spreken.³ Maar wat is rechtspreken? Een veelomvattende vraag. Ik beperk mij hier tot de vraag: wat is rechtspreken in het bestuursrecht? Ik doe een poging tot plaatsbepaling.

Sinds de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht wordt er door bestuursrechtjuristen gediscussieerd over de vraag wat de primaire taak van de bestuursrechter is: toetsing van de rechtmatigheid van besluiten of geschillenbeslechting. En hoe verhoudt de rechtsvormende taak van de bestuursrechter zich met de geschillenbeslechtende functie?⁴ (Zie hierover ook J.C. van der Vlies, hierna.)

Toetsing van besluiten, het beslechten van rechtsgeschillen, vaststellen hoe het recht luidt, de ontwikkeling van de rechtsorde, dit zijn voor juristen duidelijk herkenbare begrippen. Maar is dat ook wat rechters eigenlijk doen?

2. Amor fati, Verzameld werk 2, Amsterdam 1993, p. 37.

3. Onder andere Conflictbemiddeling, eindrapport van het Platform ADR, december 1998.

4. D. Allewijn, Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter, RM Themis 1998, p. 291-298; P.J. Boukema, De bestuursrechter als rechtsvormer, NTB 2000, p. 69, A.F.M. Brenninkmeijer, Rechtsbescherming en rechtsvorming door de hoogste bestuursrechters, NJB 2000, p. 699.

Het zijn vooral de rechtssociologen geweest die hebben blootgelegd welke functies de rechtspraak in de samenleving daadwerkelijk vervult. Zo benoemt Bruinsma de primaire taak van de rechter het herstellen van de sociale vrede door een neutrale derde.⁵

Ook Loth vraagt in zijn oratie⁶ aandacht voor de verschillende aspecten van rechtspraak. Hij onderscheidt drie typen: rechtspraak als geschillenbeslechting, rechtspraak als bemiddeling en rechtspraak als de ontwikkeling van de rechtsorde.

In de zoektocht naar beperking van tijdrovende en kostbare procedures wordt vanuit de rechtseconomie gewezen op ervaringen met andere modellen van geschillenbeslechting.⁷

Anderen noemen met name het bevorderen van een betere communicatie tussen twistende partijen als een belangrijke taak van de rechter:

‘Het is de taak van de rechter de ontbrekende of stukgelopen communicatie vlot te trekken. Daar is weinig juridisch aan. Eenvoudig is het al evenmin. Eenmaal in een proces beland, is het werkelijke geschil versluierd door een waas van juristerij. Achter een beroep op de verkrijgende verjaring van een erfdiensbaarheid van licht en uitzicht – bedoeld om een paar bomen op buurmans erf te laten verdwijnen – blijkt te zitten dat buurman vijf jaar geleden, toen hij een buitenmaatse serre aan zijn huis heeft gebouwd, daarover geen enkel overleg heeft gepleegd met eiser. Praten met mensen is een gave of ten minste een vak apart. Daaraan gaat goed luisteren vooraf. Dat is niet iedere rechter gegeven. Hij wordt daar ook niet indringend op geselecteerd of speciaal voor opgeleid. Maar toenemend individualisme vereist een sociale rechter. Iemand moet het doen.’⁸

Tot nu toe is deze discussie over de bemiddelende taak van de rechter vooral gevoerd in het kader van de burgerlijke rechtspraak.⁹

5. J.F. Bruinsma, *Functies en typen van rechtspraak*, in: P.M. Langbroek e.a., *Kwaliteit van rechtspraak op de weegschaal*, Deventer 1998, p. 51 e.v. Zie ook G. Verkruisen, *Geschillen, geschilprocessen en rechtspraak*, in: J. Griffiths (red.), *De sociale werking van recht, een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie*, Nijmegen 1996; al heel veel eerder: Aristoteles, vergelijk D. Verweij & C.W.M. Dullaert, *Aristoteles en de rechter-bemiddelaar*, Trema 1999, p. 316.

6. M.A. Loth, *Recht spreken, recht doen. Over de functie en het functioneren van burgerlijke rechtspraak*, oratie, december 1997.

7. J.M. Barendrecht, *Snel en goed recht doen*, NJB 1994, p. 837; J.M. Barendrecht & E.J.M. van Beuke-ring-Rosmuller, *Geschiloplossing in commerciële relaties: integratie van moderne conflicthanteringsmethoden in de regeling van niet-nakoming en het procesrecht*, Tilburg: Schoordijk Instituut 1999 (www.law.kub.nl/boeken/geschil.html).

8. R.-J. Tjittes, *De rechter moet meepraten*, De Volkskrant 23 december 2000, Reflex.

9. J. ten Kate, *De rechter als bemiddelaar, enige verkenningen buiten het procesrecht*, Trema 1995, p. 240; J.B.M. Vranken e.a., *Oproep voor een beter nieuw civiel procesrecht*, NJB 1999, p. 1963.

Het wordt tijd dat er ook aandacht komt voor het vreedstichtende aspect van de bestuursrechtspraak.¹⁰

1.2 Bemiddeling door de bestuursrechter

Het is niet ongebruikelijk dat bestuursrechters aan de lunchtafel of bij een kop koffie aan elkaar vertellen hoe plezierig het was een onbevredigende zaak ter zitting tot een voor beide partijen goede oplossing te hebben gebracht. Voor een geslaagde interventie door de rechter, met als resultaat een ingetrokken zaak, bestaat zonder twijfel veel waardering onder collega's. Toch is opmerkelijk weinig daarover in de bestuursrechtelijke literatuur terug te vinden. Zeker in de bestuursrechtspraak kan dit als een 'stille' functie worden aangeduid.¹¹

Een verklaring ligt voor de hand: in de klassieke opvatting over de taak van de bestuursrechter als controleur van het bestuur past niet het beeld van het geven en nemen dat inherent lijkt aan schikkingsonderhandelingen. Verrassend is dan ook dat al in 1991 een wijziging van de Beroepswet en de Ambtenarenwet de schikkingscomparitie mogelijk maakte.¹²

Het lijkt er echter niet op dat van deze processuele mogelijkheid veel gebruik gemaakt wordt. Als er al schikkingsmogelijkheden worden onderkend, dan is een gewone zitting efficiënter: als de schikkingspoging dan mislukt, kan direct uitspraak worden gedaan; de comparitie zou slechts vertragend werken.

Maar het zijn niet alleen processuele overwegingen die hierbij een rol spelen. Ook de visie op de taak van de bestuursrechter speelt hierbij een belangrijke rol. In de beleving van de meeste bestuursrechters hoort immers het aansporen tot het sluiten van vrede niet uitdrukkelijk bij hun eigenlijke taak.

Dit blijkt ook uit de antwoorden op de desbetreffende vraag die de deelnemers aan de doorverwijzerscursus¹³ van het project 'Mediation naast rechtspraak' gaven.

10. Vergelijk I.C. van der Vlies & S. Pront-van Bommel (red.), *Van toetsing naar bemiddeling. Alternatieve wijzen van beëindiging van conflicten in het bestuursrecht*, Deventer 1997.

11. De term is van Loth, a.w., p. 11; de vraag is hoe 'stil' deze functie in het civiele recht in feite is, gelet op het grote aantal schikkingen.

12. MvT (PG Awb II, p. 441) op artikel 8:44 Awb vermeldt met zoveel woorden: 'Het onderhavige artikel kan ook [buiten het verstrekken van inlichtingen door partijen] worden toegepast als de rechter de kans aanwezig acht dat partijen hun geschil in der minne zullen kunnen regelen. Daarmee sluit dit artikel nauw aan bij de uit het burgerlijk procesrecht bekende schikkingscomparitie [artikel 19 Rv].'

13. De cursus die vanuit het project speciaal is opgezet om rechters vertrouwd te maken met de mogelijkheden en onmogelijkheden van mediation.

Niet onverwacht antwoordden de meeste ondervraagden van mening te zijn, dat er in het bestuursrecht slechts zeer beperkte schikkingsmogelijkheden zijn.¹⁴

Ook uit een onderzoek van Van der Vlies (e.a.) naar de beslechting van interbestuurlijke geschillen blijkt hoe bestuursrechters zelf over hun taak denken:

‘Van een rechter moet niet meer worden verwacht dan dat er recht wordt gesproken, dat wil zeggen dat het geschil juridisch wordt gedefinieerd en dat er naar een juridische oplossing wordt gezocht. Een enkele rechter is de mening toegedaan dat een rechter best knopen zou kunnen doorhakken, waar bestuurders er niet meer uitkomen. Ook zou de rechter de bevoegdheid moeten hebben om declaratoire uitspraken te kunnen doen. Overigens juichen rechters het toe dat bestuursorganen naar wegen zoeken om hun geschillen buiten de rechter om te beslechten.’¹⁵

Maar wat verwachten de burgers en de bestuurders, al dan niet calculerend en onderhandelend, eigenlijk van die rechter?

1.3 Wat verwachten de klanten van de bestuursrechter?

Bij alle kritische beschouwingen over het niet goed (genoeg) functioneren van de bestuursrechter heb ik opmerkelijk weinig gevonden over wat partijen eigenlijk van ons verwachten. Het moet sneller en effectiever, veronderstelt het VAR-bestuur, maar wat betekent dat nu precies?

Als ik denk aan de duizenden zaken die ik in de afgelopen jaren behandelde, zie ik vooral veel WAO-ers met lage rugklachten, veel in hun eigen ogen ondergewaardeerde ambtenaren, veel teruggevorderde uitkeringen. De materiële rechtsregels zijn inmiddels veranderd, de rechtsvragen zijn misschien gecompliceerder geworden, het procesrecht is meer geformaliseerd, maar de mensen die komen hebben dezelfde problemen gehouden. Zij hebben nog steeds het gevoel slecht behandeld te zijn, niet (voldoende) gehoord te zijn. ‘Er is niet naar mijn bezwaren geluisterd, ik ben niet serieus genomen, het duurt allemaal zo lang ...’

14. Wel moet hierbij worden aangetekend dat het tot nu toe slechts een kleine groep personen betreft (in totaal 40 rechters en secretarissen); verder onderzoek naar de visie van bestuursrechters op schikkingsmogelijkheden zou meer inzicht hierover kunnen verschaffen. Vergelijk ook D. Allewijn: de stelling dat er (in bestuursrechtelijke zaken) niets valt te schikken, is een stelling die in de komende jaren gefalsificeerd zal worden (VAR Preadvies 1994, p. 123); zie ook H. Pennarts, De comparitie in het bestuursrecht, NTB 1993, p. 305.

15. I.C. van der Vlies e.a., Bestuursgeschillen, een onderzoek naar de beslechting van interbestuurlijke geschillen, Deventer 1999, p. 136.

Veel van deze klachten worden opgevangen in de bezwaarschriftprocedure. Toch worden bestuursrechters nog (te) vaak met deze geluiden geconfronteerd.

En dan de bestuurders zoals zij zich aan de rechter tonen: de vertegenwoordigers van de uitvoeringsorganen, de juridisch medewerkers van gemeenten, provincie en Rijk, de chefs personeelszaken. Zij verdedigen het bestreden besluit, nu eens van harte, dan weer met de moed der wanhoop. Welke vraag zal de rechter nu weer uit de mouwen van zijn/haar toga toveren? Wat is er over het hoofd gezien? Welke punten en komma's staan op de verkeerde plek? Hoeveel vertraging levert deze rechtszaak op voor het bestuursproces? Waar gaat de rechter zich deze keer mee bemoeien? Wat verwachten zij van de rechter?

Veel empirisch onderzoek is over dit onderwerp niet beschikbaar.¹⁶

In 1978 constateerde Schuyt:

‘Er zijn grote discrepanties te constateren tussen de verwachtingen waarmee justitiabelen aan de beroepsgang beginnen en naar de zitting komen en hun uiteindelijke ervaringen. (...) Er zijn tijdens en na de zitting veelvoudig misverstanden en communicatiestoornissen te constateren tussen beroepsrechter en klager. Er komt uit de eigen beschrijvingen van de zitting door klagers een beeld naar voren van twee sociale werelden en van verwachtingspatronen die moeilijk met elkaar te verenigen zijn. De wederzijdse perspectieven op hetzelfde zittingsgebeuren zijn daarvoor te incongruent. Dit ligt niet uitsluitend of in hoofdzaak aan de rechter, maar meer aan de situatie zelf, waarin bij de klagers subjectieve waarderungen van de zaak een hoofdrol spelen, terwijl de jurist nu juist bij het nemen van een rechterlijke beslissing zoveel mogelijk die subjectieve waarderungen zal willen vermijden. Ondanks het feit dat rechter en klager elkaar graag volledig willen begrijpen en overtuigen en “tot elkan- der willen komen” is het water voorlopig nog “veel te diep” (...).

Met zijn juridische deskundigheid kan de rechter de (juridische) hoofdzaken en bijzaken scheiden. Voor klagers gelden vaak geheel andere relevantie-criteria. Dit verschil in relevantie-criteria vormt een belangrijke bron van misverstand en frustratie bij klagers. Wat zij als de kern van de zaak beschouwen, blijkt voor de Raad van Beroep vaak nauwelijks van belang. Daarbij treedt waarschijnlijk nog als extra complicatie op dat gemeenschappelijk gebruikte begrippen voor de klager een geheel andere betekenis hebben dan voor de rechter. De zeer specifieke betekenis van een juridisch begrip staat vaak haaks op de betekenis die justitiabelen eraan geven. (...)

16. Vergelijk ook J.E.M. Polak, Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten, oratie Leiden, 17 november 2000, p. 2.

Eenvoudig gezegd komt het probleem hierop neer, dat de betrokken verzekerde het liefst met de beslisser in een 'face-to-face'-situatie over de beslissing in zijn zaak zou willen praten, maar dat de beslissers daarvoor onvoldoende tijd willen en/of kunnen inruimen. Dit geldt voor de bedrijfsverenigingen evenzeer als voor de Raden.¹⁷

Hoe minder mensen met de rechter te maken hebben, hoe groter het vertrouwen in de justitie. 'Onbekend maakt [juist] bemind', zegt Bruinsma. '(...) Mensen zonder proceservaring hebben een groot, maar naïef vertrouwen in de justitie. In die zin werkt alle proceservaring ontzuchtend.'¹⁸

'Zodra mensen daadwerkelijk in aanraking komen met de rechter en de rechtspraak verandert het positieve beeld dat mensen in het algemeen van de rechter hebben. (...) Bovendien blijkt dat het aantal rechtzoekenden dat ontevreden is over de procedure toeneemt naarmate zij verder in de procedure zijn.'¹⁹

Interessant zijn de uitkomsten van een recent klanttevredenheidsonderzoek bij de Almelse gerechten.²⁰ Daaruit bleek (onder meer) dat de klanten van verschillende sectoren van de rechtbank Almelo tevreden zijn over de kwaliteit van de dienstverlening. Alleen de klanten van de sector bestuursrecht zijn op één kwaliteitsonderdeel ontevreden: de mate waarin de rechter er in de ogen van de klanten in slaagt de partijen nader tot elkaar te brengen.

En welke verwachtingen hebben de bestuurders van de rechter?

Uit het eerdergenoemde onderzoek naar de beslechting van interbestuurlijke geschillen blijkt één van de bij bestuurders levende kritiekpunten de twijfel aan de deskundigheid van de rechter. Daarnaast is er uiteraard vooral behoefte aan snelheid in de procedure.

Het veelbesproken rapport-Van Kemenade mag hier natuurlijk niet ontbreken.²¹ De kritiek op het functioneren van de bestuursrechter van deze werkgroep lijkt paradoxaal:

-
17. C.J.M. Schuyt e.a., Een beroep op de rechter. Een verkennend onderzoek naar de ervaringen van burgers met rechtspraak in het sociale-verzekeringsrecht, ter gelegenheid van het 75-jarig bestaan van de Centrale Raad van Beroep en de Raden van Beroep, Deventer 1978 (samenvatting van de voornaamste onderzoeksresultaten).
 18. J.F. Bruinsma, Rechter, organisatie en rechtspraak: beeld en zelfbeeld, Trema 2000, p. 443; zie ook zijn oratie, Kadirechtspraak in postmodern Nederland, Utrecht 1995.
 19. L.E. de Groot-van Leeuwen, Het publieke beeld van de rechter: risico's en respons, Trema 2000, p. 461.
 20. Tot elkaar veroordeeld, Klanttevredenheidsonderzoek bij de Gerechten in het arrondissement Almelo, november 2000, KPMG Bureau voor Economische Argumentatie (BEA).
 21. Bestuur in geding, Rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur, werkgroep Van Kemenade, november 1997.

de formele vernietiging leidt tot te lange procedures, maar daar waar de rechter de knoop daadwerkelijk doorhakt, roept hij het verwijt over zich af op de stoel van de bestuurder plaats te nemen.

In het gesprek tussen rechters en bestuurders wordt vanuit verschillende werelden geredeneerd.²² Dat maakt de communicatie niet eenvoudig.

Veel weten we dus niet over wat er van de rechter wordt verwacht; misschien weten onze klanten het zelf ook niet precies. In elk geval is het niet eenduidig.

1.4 De illusie van de (enig) juiste beslissing op het (enig) juiste moment

Zijn er alternatieven voor de bestuursrechter die sneller en effectiever tot een oplossing van de voorgelegde geschillen kunnen leiden?

Een kanttekening bij drie elementen van deze vraagstelling:

- geschillen en conflicten;
- tijd;
- effectiviteit.

Over geschillen en conflicten

Elke beschouwing over geschillenbeslechting zou eigenlijk moeten beginnen met een beschouwing over de aard van conflicten en geschillen. Wat is een conflict, wat is een geschil?

Zo luidt de titel van het eerste hoofdstuk van het handboek van Brown en Mariott:²³ ‘Conflict and Dispute’.

‘Der Ursprung alles Konflikts zwischen mir und meinen Mitmenschen ist, dass ich nicht sage, was ich meine, und dass ich nicht tue was ich sage.’²⁴ Hoe helder en eenvoudig deze analyse van Buber ook moge klinken, toch zijn er bibliotheken volgeschreven over de aard van conflicten, hun betekenis, en de bepalende (f)actoren. Wanneer is sprake van een conflict? En wanneer wordt het een geschil dat door de rechter beslecht kan worden? Welke specifieke elementen heeft een conflict of een geschil met de overheid?

Juristen houden zich doorgaans slechts op zeer beperkte schaal bezig met de inzichten uit andere wetenschappen over de vraag hoe geschillen ontstaan, verlopen en verdwij-

22. A.J. Wolthuis, Een ontoereikend antwoord op de juridiseringscontroverse, NJB 2000, p. 2122.

23. H.J. Brown & A.L. Mariott, ADR, Principles and Practice, Londen 1999 (2e druk).

24. Martin Buber, Der Weg des Menschen nach der Chassidischen Lehre, 1948.

nen. Dat is opmerkelijk, want naast de rechtsfilosofie hebben rechtssociologie, rechtspsychologie en rechtseconomie daarover in de afgelopen decennia een enorme hoeveelheid gegevens en inzichten opgeleverd.

Het is mijn stellige overtuiging dat wij (juristen) veel zouden kunnen leren van hetgeen op andere wetenschapsgebieden over conflicten en geschillen is onderzocht en uitgedacht. Gelukkig sta ik daarin niet alleen. Barendrecht²⁵ doet bijvoorbeeld onderzoek naar de mogelijkheden van inpassing van moderne opvattingen over conflicthantering in de manier waarop juristen door onderhandeling en in gerechtelijke procedures geschillen oplossen. Hij maakt daarbij onder andere gebruik van inzichten van de sociale en de cognitieve psychologie en van de speltheorie. De rechtssociologie houdt zich al heel lang bezig met de theorie van de geschil-processen.

‘(...) de geschilprocessen-theorie [is] één van de gebieden van de rechtssociologie waarop de afgelopen dertig jaar een enorme hoeveelheid gegevens en interpretaties is aangegroeid tot een min of meer consistent geheel van kennis en theoretische inzichten in hoe geschillen ontstaan, verlopen en verdwijnen. Niet alleen voor toekomstig rechtssociologisch onderzoek, maar ook voor de rechtspraktijk is op die wijze een schat aan hoogst bruikbare informatie en instrumenten ontstaan.’²⁶

Voor het onderwerp van mijn preadvies is naar mijn mening vooral van belang het inzicht, dat elke juridische procedure een escalierend effect heeft. De vertaling van een conflict naar een geschil dat door de rechter wordt beoordeeld, verandert de aard van het conflict, ook al zouden partijen dat niet willen.²⁷ Asser heeft erop gewezen dat de huidige inrichting en praktijk van de civiele procedure conflictbevestigend en conflictbevorderend zijn.²⁸ Dat geldt zeker ook voor het bestuursprocesrecht. Veel minder dan het burgerlijk procesrecht is de procedure bij de bestuursrechter erop gericht partijen tot elkaar te brengen. Zou meer aandacht en ruimte voor het vreedstichtende aspect van bestuursrechtspraak misschien een sleutel kunnen zijn voor de gesignaleerde knelpunten in het bestuursprocesrecht?

25. J.M. Barendrecht & E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Geschiloplossing in commerciële relaties: integratie van moderne conflicthanteringsmethoden in de regeling van niet-nakoming en het procesrecht*, NJB 1998, p. 2059.

26. Verkruijsen, a.w., p. 697.

27. C.J.M. Schuyt, *Ongeregeld heden: naar de theorie van wetgeving in de verzorgingsstaat* (oratie Leiden), Alphen a/d Rijn 1982.

28. Vergelijk W.D.H. Asser & J.B.M. Vranken, *Verantwoordelijk procederen. Gedachten over een fundamentele vernieuwing van het burgerlijk procesrecht*, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag 1999.

Tijd

Over veel onderwerpen is twijfel. Maar één ding is wel duidelijk: vriend en vijand vinden dat de procedure bij de bestuursrechter te lang duurt.²⁹ De klacht is allesbehalve nieuw. Maar dat is geen argument om er geen aandacht aan te schenken. Zie ook het preadvies van Van Ettekovén, hoofdstuk 2.

Nu is tijd een dankbaar management-onderwerp. Het is – in tegenstelling tot heel veel andere onderwerpen – meetbaar en berekenbaar. Het is objectiveerbaar. Een uur in Maastricht duurt net zo lang als in Den Helder, of ...?

Toen ik na enkele jaren ervaring bij de Raad van Beroep en het ambtenarengerecht in Den Haag werd benoemd bij diezelfde instelling in Den Bosch, waren daar grote achterstanden. Nu waren wij in Den Haag gewend gemiddeld 20 à 25 socialeverzekeringzaken per zitting te behandelen. Ongeveer de helft van de klagers verscheen niet en een zitting duurde gemiddeld drie uur. In Eindhoven werden per zitting twaalf zaken geagendeerd. Met het oog op de achterstanden en ook overigens het efficiënt gebruik van mensen en middelen meende ik in mijn onschuld dat dat wel anders kon. Na drie zittingen was ik genezen. Vrijwel alle klagers verschenen ter zitting, zij namen ruim de tijd om hun bezwaren uiteen te zetten en ook de gemachtigden van de uitvoeringsorganen leken tweemaal zoveel tijd nodig te hebben voor het persisteren bij de bestreden beslissingen. De meeste klagers hadden er een dagreis opzitten om vanuit de uithoeken van De Peel naar de grote stad te komen en het gaf dus ook geen pas hun 'day in court' te bekorten tot het verzoek alleen dat te zeggen wat nog niet uit het dossier bleek.

Tijd is een rekbaar begrip. Tijd die ik in eigen hand heb, tijd waarop ik invloed kan uitoefenen, beleef ik anders dan wachttijd. Wachttijd waarin ik inzicht heb, waarvan duidelijk is waar die voor dient, heeft een andere betekenis dan wachttijd zonder enig zicht op aard en omvang ervan.

De verliezende partij zal alle aan de procedure bestede tijd letterlijk als verloren tijd beschouwen. En degene die heeft gewonnen? Dat hangt ervan af. Wat betekent die overwinning? Wat is het resultaat? Krijgt hij wat hij hebben wil?

Een ambtenarenzaak: een gemeenteambtenaar wordt op een onzorgvuldige manier overgeplaatst en later ontslagen. Beslissing in eerste aanleg: ambtenaar heeft wel een beetje gelijk maar niet genoeg voor vernietiging. In appèl: vernietiging van bestreden besluit, de gemeente moet een nieuwe beslissing nemen over plaatsing of over schadevergoeding. Een nieuwe procedure volgt ...

29. Zie Trema, december 1999, 10a themanummer over Tijdigheid van rechtspraak.

Jaren verstrijken, de behandelend PZ-ambtenaar is met pensioen, de chef die het leed veroorzaakte overleden.

De ontslagen ambtenaar is nog altijd boos: de strijd zelf is levensdoel geworden. Welk moment is het juiste voor een eindbeslissing?

Effectiviteit

Anders dan tijd is effectiviteit veel moeilijker meetbaar. Het is dan ook nog lastiger om de klacht over het gebrek aan effectiviteit helder te krijgen. Net als de klacht over de lange duur van de procedures, is het probleem niet nieuw. Misschien is het zelfs wel inherent aan de taak van de rechter als geschillenbeslechter en is effectiviteit een weinig adequaat criterium. 'Een rechter is nu eenmaal geen zielzorger, maatschappelijk werker, leraar of arts, die hoe verschillend ook, allen bezig zijn het welzijn van hun medemensen te bevorderen.'³⁰

Wat is een effectieve rechter eigenlijk? Welk effect hebben we hier op het oog en voor wie?

Zijn er conflictbeslechtmethoden die sneller en effectiever werken dan bestuursrechtspraak en kan bij de inrichting en de praktijk van de bestuursrechtspraak van die methoden gebruik worden gemaakt?

30. P.C. van de Griend, Kunnen rechters mensen zijn? Over de deformerende kracht van normatief denken, Trema april 1979; idem, Rechters zijn ook mensen. Over problemen en interesse van magistraten aangaande communicatie, Trema, mei 1990.

2 Over alternatieve vormen van geschillenbeslechting

2.1 ADR in kort bestek

Wat hebben arbitrage, klachtencommissies, consumentengeschillencommissies, privaatrechtelijk tuchtrecht, scheidingsbemiddeling, voetbalarbitrage, voorlopig getuigenverhoor, deskundigenonderzoek, plaatsopneming, comparitie na antwoord, huurcommissies, de directeur van de Regionale Bureaus Arbeidsvoorziening in ontslagkwesties, de bezwaarschriftenprocedure, de klachtenprocedure bij de Nationale Ombudsman, de Reclame Code commissie, de Raad voor de Journalistiek, de Commissie Gelijke Behandeling, contractcommissies, CAO's, kerkelijke rechtbanken, Vara's ombudsman, Ook dat nog (KRO) en Breekijzer (Pieter Storms) met elkaar gemeen?

Niet meer en niet minder dan dat al deze vormen van conflictbehandeling door één of meer auteurs beschouwd worden als 'alternatieve geschillenbeslechting'³¹ of ADR.

Alternative Dispute Resolving of Resolution (ADR) is een verzamelbegrip. En er wordt hartstochtelijk verzameld.³²

De term duikt in Nederland op in 1976.³³ Na een aarzelende start met zo nu en dan een artikel, de oprichting van de Vereniging van Advocaat-Scheidingsbemiddelaars

31. A.G.J. van Wassenauer, In the 'win-winning mood', over bemiddelen in het algemeen en over bemiddelen in vertrouwen in het bijzonder, *Bouwrecht* 1995, p. 721; Eindrapport van het platform ADR, december 1998.

32. N. Huls & M.A. Kleiboer (red.), *Alternatieve wegen naar het recht*, Nijmegen 1997, p. 33, spreken over een paraplubegrip waaronder een potpourri van conflicthanteringsmethoden en -technieken schuilgaat, die verschillen van juridische geschilbeslechting door een rechter. Meest – maar niet noodzakelijk – is hierbij een neutrale derde partij betrokken die partijen helpt een oplossing voor hun conflict te vinden.

33. D.G. Eeckhout, *werkoverleg*, verslag van de inleiding en discussie gehouden 29 maart 1976, ADR-lezingen, nr. 88, Ministerie van Binnenlandse Zaken; K. Bleyer, ADR in het Amerikaanse bedrijfsleven: bruikbaarheid voor Nederland, *TvA* 1988, p. 2-6; E.E. Minkjan, *Alternatieve Conflictenbeslechting*, *Advocatenblad* 1989, nr. 18; A.G.J. van Wassenauer, *Preadvies VBR 1993*, J.M. Barendrecht, *Snel en Goed recht Doen*, *NJB* 1994, p. 837; P.A. Wackie Eysten, *De opmars van ADR – Alternatieve geschillenbeslechting*, *NJB* 1994, p. 1161.

(VAS) in 1990, het Jonge Balie Congres van 1992,³⁴ de oprichting van het Nederlands Mediation Instituut (1993) en de bespreking door Wackie Eysten van de eerste druk van het handboek ADR van Brown en Mariott in 1994, vormt de jaarvergadering van de Nederlandse Orde van Advocaten in september 1995 over het onderwerp ‘de advocaat als bemiddelaar’³⁵ het begin van een reeks beschouwingen, artikelen en activiteiten. Belangrijk is ook de instelling van het platform ADR in april 1996 door de toenmalige Minister van Justitie W. Sorgdrager. Het platform moest dienen als denktank en als klankbordgroep voor het ontwikkelen van beleid op het gebied van nieuwe vormen van geschillenbeslechting. Het platform heeft zijn eindrapport december 1998 uitgebracht.

In de Nederlandse bestuursrechtelijke literatuur heb ik het begrip ‘alternatieve geschillenbeslechting’ voor het eerst gevonden in de Jonge Balie-congresbundel uit 1992. In de bijdrage van Koeman en Pront-Van Bommel³⁶ worden uitsluitend arbitrage, bindend advies en de adviescommissie behandeld. In 1995 heeft Koeman³⁷ het arsenaal uitgebreid met bemiddeling.

En hoewel het onderzoek naar de beslechting van interbestuurlijke geschillen uit 1999 (zie noot 15) er wel over gaat, wordt de term ADR er niet in genoemd.

Pogingen om tot een Nederlandse vertaling te komen, zoals: buitengerechtelijke geschiloplossing (BGGO),³⁸ Anders Dan Recht(spraak), alternatieve geschillenbeslechting (AGB), hebben tot nu toe geen wortel geschoten. De ADR Nieuwsbrief heeft een rubriek: ‘Anders dan Regulier’, maar de Amerikaanse terminologie is de meest gebruikte (overigens net als bij de term ‘mediation’, waarover hierna). Niet alleen over de te gebruiken terminologie is verschil van mening. Ook over de afgrenzing van het gebied bestaan uiteenlopende opvattingen.

Is het nu de A van alternatief, adequaat of aanvullend?^{39, 40}

Gaat het bij Dispute Resolving/resolution om conflictbehandeling, geschilbeslechting, conflictbeslechting of geschiloplossing?

34. De rechter aan de kant, Alternatieve Geschillenbeslechting, Jonge Balie Congres 1992.

35. Zie ook Advocatenblad 1995, nr. 15 met verschillende belangrijke bijdragen.

36. N.S.J. Koeman & S. Pront-van Bommel, Alternatieve geschillenbeslechting in het bestuursrecht, Jonge Baliebundel, 1992, p. 115.

37. Bemiddeling als vorm van alternatieve geschillenbeslechting in ruimtelijke ordening en milieu BR, 1995, 729.

38. L.H.A.J.M. Quant, Advocatenblad 1995, p. 692; I.C. van der Vlies, NTB 96/7; S. Pront-van Bommel in Van toetsing naar bemiddeling, Zwolle, 1997; M. Schreuder-Vlasblom, NTB 2000/5.

39. Conflictbemiddeling, Eindrapport van het platform ADR, Den Haag december 1998.

40. Of van ‘administratieve’? zoals vermeld in de bundel ‘Mediation, een nieuw instrument in het speelveld van milieu en ruimtelijke ordening’, onder redactie van L.F. Wiggers-Rust.

Wat is de plaats van conflictbemiddeling in dit geheel? En hoe zat het ook alweer met (echt)scheidingsbemiddeling? Bestond die niet al zo'n 25 jaar?

Het is niet verbazingwekkend dat in dit Babylon ook geen overeenstemming bestaat over aanleiding tot het ontstaan van 'ADR' en de periode waarin dat gebeurde.

De overbelasting van de rechters in de Verenigde Staten begin jaren 1960 en als gevolg daarvan een bedreiging van de kwaliteit van de rechtspraak wordt als één van de startpunten van de ADR-beweging genoemd.⁴¹ Ook Huls en Kleiboer noemen de eerste ADR-experimenten aan het einde van de jaren 1960 in Amerika vooral een reactie op het onbehagen met de rechtspraak:

'Aan de ene kant werd ADR gezien als een instrument voor de behartiging van het publieke belang. Men zag in dit verband twee mogelijke bijdragen van ADR. Kort na de rellen in een aantal grote Amerikaanse steden in 1968 werd bemiddeling beschouwd als een manier om ernstige openbare ordeverstoringen te voorkomen. Het idee was dat grootschalige conflicten vooral ontstonden door escalatie van reeksen onopgeloste "kleine" geschillen. Door dergelijke geschillen eerder en op een informele manier aan te pakken, zouden geweldsexplosies kunnen worden voorkomen. (...) De "A" van ADR verwijst hier dan ook met name naar alternatieve ofwel buitengerechtelijke geschiloplossing. Aan de andere kant werd ADR gezien als mogelijkheid om particuliere belangen te versterken. (...) Empowerment, en duurzame oplossingen stonden hierbij centraal. De A staat dan voor appropriate of adequate methode van conflictoplossing.'⁴²

Lubach wijst nog op ADR als alternatief voor de ingewikkelde, kostbare en langdurige procedures voor de overheidsrechter.⁴³

Diegenen die ADR vooral als verzamelbegrip voor reeds lang gebruikelijke conflict-behandelingsmodellen, zoals arbitrage, beschouwen, zullen uiteraard ook over de ontstaansgeschiedenis een andere opvatting koesteren.

Ik hanteer hier de omschrijving van Brown en Mariott.⁴⁴ Zij definiëren ADR als een verzamelbegrip voor al die vormen van conflicthantering en geschillenbeslechting waar de rechter niet als beslisser aan te pas komt:

41. B. Chin-A-Fat, Mediation in het milieurecht, in *Recht op het doel af, opstellen over doelmatigheid en doeltreffendheid van het overheidshandelen in de democratische rechtsstaat*, F.C.M.A. Michiels (red.) Deventer 1998, p. 208.

42. Huls & Kleiboer, a.w., p. 36.

43. D.A. Lubach, Machtsongelijkheid in het bestuursrecht, *Over de mogelijkheden en onmogelijkheden van alternatieve geschillenbeslechting*, in: R.L. Vuscan (red.), *De Awb-mens: boeman of underdog; opstellen aangeboden aan Leo Damen*, Nijmegen 1996, p. 155.

44. Brown & Mariott, a.w., p. 12.

‘(...) ADR may be defined as a range of procedures that serve as alternatives to litigation through the courts for the resolution of disputes, generally involving the intercession and assistance of a neutral and impartial third party.’

In hun overzicht van ‘dispute resolution procedures’ noemen zij 18 verschillende conflictbehandelingsprocessen, traditioneel en alternatief.

Van de alternatieve vormen die zij behandelen, noem ik de volgende: arbitrage, mediation, mini-trial, hybride ADR-processen (zoals med-arb, neutral fact-finding experts, summary jury trial, ombudsman), private judging, early neutral evaluation, judicial settlement conferences (ook wel case evaluation genoemd) en settlement weeks.⁴⁵

Daarnaast zijn er nog andere vormen van conflictbehandeling te noemen: zoals de dispute review board⁴⁶ (ook wel dispute resolution committee – te vertalen als: raad van experts), expert determination en medaloa (een combinatie van mediation en last-offer arbitration).⁴⁷

Ten slotte nog een enkel woord over het ‘multidoor courthouse’. Dit idee is in 1976 door prof. Frank E.A. Sander gelanceerd.⁴⁸

Al in het middeleeuwse Engeland bestond waarschijnlijk een praktijk van geschillenbehandeling die ruimte liet voor vergelijkbare modellen als waarover wij in de ADR-discussie spreken.⁴⁹ Het lijkt erop dat er een grote overeenkomst bestaat tussen de gevonden gegevens over die periode en het multidoor courthouse-model, waarin de rechtbank de mogelijkheid van andere vormen van geschillenbehandeling integreert in de procedure.

Sander beschreef zijn idee als volgt:

‘Instead of just one “door” leading to the courtroom, such a comprehensive justice center would have many doors through which individuals might pass to get to the most appropriate process. Among the doors one might be labeled “arbitration”, “mediation” and “minitrial” (...) In my view the basic thrust behind the multidoor approach is to provide more effective and responsive solutions to disputes, not as is sometimes claimed, to relieve court dockets or to save time and money.’⁵⁰

45. Brown & Mariott, a.w., p. 15 e.v.

46. V.L. Molenaar, Ervaringen met een Disputes Review Board, TMD 1998, p. 31.

47. Zie voor terminologie: Miek Boltjes, Onderhandelen en mediation, De Baak Managementwijzer, uitgegeven door De Baak, Management Centrum VNO-NCW, 1997.

48. Larry Ray & Anne L. Clare, The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the Future Today, The Ohio State Journal on Dispute Resolution 7, 1985. Frank Sander was verbonden aan Harvard Law School.

49. Valerie Sanchez, Towards a History of ADR: The Dispute Processing Continuum in Anglo-Saxon England and Today, The Ohio State Journal on Dispute Resolution 1996, volume 11, number 1.

50. Frank Sander, Dispute Resolution Within and Outside the Courts, an Overview of the U.S. Experience, april 1990, paper for Harvard Law School, geciteerd door Valerie Sanchez, zie noot 49.

Inmiddels is bij veel verschillende gerechten in de Verenigde Staten ervaring opgedaan met dit concept. De resultaten zijn grotendeels positief.⁵¹

In de discussie van de laatste jaren over de vraag of in Nederland behoefte bestaat aan alternatieve vormen van conflictbeslechting of -behandeling naast de rechter hebben vooral arbitrage, bindend advies en mediation aandacht gekregen. Arbitrage en bindend advies zijn ons in de Nederlandse rechtspraak reeds lang vertrouwd.

Van de kant van het Ministerie van Justitie wordt het denken over en het experimenteren met nieuwe vormen van geschillenbeslechting ondersteund en gestimuleerd. Dit blijkt onder andere uit de in 1998 opgestelde nota 'Rechtspraak in de 21ste eeuw, contourennota modernisering rechterlijke organisatie'.

In 'Meer wegen naar het recht, Beleidsbrief ADR 2000-2002' (Tweede Kamer, 1999-2000, 26 352, nr. 19) worden deze plannen verder uitgewerkt. Over die plannen sprak Staatssecretaris van Justitie Job Cohen op de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak op 5 november 1999, die was gewijd aan alternatieve geschillenbeslechting.

Hij noemde daarbij vier belangrijke redenen om ADR te bevorderen:

1. het dejuridiseren van geschilafdoening;
2. het op de kwalitatief beste respectievelijk meest efficiënte wijze afdoen van geschillen;
3. de maatschappelijke behoefte aan een meer pluriforme toegang tot het recht, waarbij men in de eerste plaats zelf de verantwoordelijkheid kan dragen voor de afdoening van het geschil; en
4. het verminderen van de werkdruk van de rechter.

In zijn betoog wees hij op het onderscheid tussen alternatieve *geschillenbeslechting* zoals arbitrage en bindend advies en *alternatieve geschillenoplossing* zoals mediation. Hij onderstreepte in het bijzonder de wenselijkheid te onderzoeken of deze nieuwe methode van geschiloplossing zich een plaats zou kunnen verwerven in ons rechtssysteem, en zo ja, welke plaats dat zou kunnen zijn.

2.2 Mediation – een kennismaking

Na ruim twintig jaar ervaring met de praktijk van de bestuursrechtspraak maakte ik in 1994 kennis met een ander model van conflictbehandeling of -beslechting dan knopen doorhakken, resp. een beslissing geven. In de zomer van dat jaar bezocht ik een voorlichtingsbijeenkomst over een nieuwe vorm van conflictbehandeling met de intrigerende

51. Brown & Mariott, a.w., p. 91 e.v.

naam ‘mediation’. Ali Hanekroot en Marga Schreuder⁵² straalden een zodanig enthousiasme uit over de mogelijkheden van deze uit de Verenigde Staten overgewaaide methode, dat ik besloot mij op te geven voor de leergang conflictbemiddeling. Ook de verdere kennismaking beviel en na enkele maanden besloot ik – na overleg met sectorvoorzitter en president – mijn nieuw verworven inzichten in conflictbehandeling in een ambtenarenzaak toe te passen. Die eerste zaak mislukte. Maar ik had de smaak te pakken gekregen en in een verzoek om een voorlopige voorziening deed ik opnieuw een poging.

In die zaak – een conflict op een kleine openbare school – speelden emoties van alle betrokkenen een zeer grote rol. Het verzoek betrof de urenuitbreiding van een van de leerkrachten, de echtgenoot van de directrice. De directrice was voor, de andere leerkrachten tegen en de gemeente wist er eigenlijk geen raad mee.

De bemiddelingspoging slaagde (ten dele); het verzoek werd ingetrokken. De kern van de zaak was, dat in een van de gesprekken met de directrice afzonderlijk, als mogelijke (en gewenste) oplossing uit de bus kwam, dat de directrice een andere school zou opzoeken. Daarmee zou de kou uit de lucht zijn omdat de grootste zorg van het team was dat het echtpaar een te grote invloed op de school zou gaan uitoefenen.

Goed luisteren naar wat de betrokkenen over de problemen vertelden en het stellen van de juiste vragen – dat waren de belangrijkste instrumenten om tot een oplossing te komen. Een oplossing die een voor allen aanvaardbare, gewenste situatie kon creëren, ook in een zaak die al op de tafel van de rechter was gelegd. De voorgelegde rechtsvraag: ‘kan de echtgenoot van de directrice aanspraak maken op urenuitbreiding?’ verdween geheel achter de horizon. Mijn juridisch oordeel daarover was irrelevant geworden voor de oplossing van het conflict. En het mooiste was: het stemde niet alleen partijen, maar ook mijzelf tot grote tevredenheid.

Sindsdien ben ik in ruim tachtig zaken die bij de sector bestuursrecht aanhangig waren gemaakt als mediator opgetreden. In de meeste gevallen met als resultaat dat de zaak werd ingetrokken. Dat betekent nog niet dat er ook in alle gevallen echt vrede gesloten was. Maar het geeft wel aan dat in een aanzienlijk aantal zaken een andere behandeling van het conflict dan alleen de beslissing van het rechtsgeschil effectief kan zijn.

2.3 De aantrekkingskracht van mediation

Zonder af te willen doen aan de betekenis van alle andere conflictbehandelingsvormen, traditioneel of alternatief, meen ik toch te mogen vaststellen dat mediation een bijzondere plaats inneemt in het hele veld van ADR-methoden.

52. Samen met Jet van Bruggen de pioniers van het Centrum voor Conflicthantering.

In betrekkelijk korte tijd – de eerste opleidingen in Nederland werden in 1993/94 gegeven – hebben bijna 2000 mensen zich laten trainen en vervolgens laten inschrijven als NMI-mediator.⁵³ Wat maakt het worden van mediator zo aantrekkelijk? Waarom in deze tijd? (En niet 25 jaar geleden?) Waarom bleef het tot 1995 een door een kleine groep advocaten-scheidingsbemiddelaars beoefende, betrekkelijk obscure vorm van geschillenbeslechting in de familiepraktijk en waarom spreken we er nu op de VAR-vergadering over?

Er is sprake van een combinatie van factoren. Mediation is een relatief eenvoudige (en dus niet noodzakelijk kostbare) methode die aansluit bij behoeften van deze tijd: de belofte van snelheid, het beroep op eigen verantwoordelijkheden, ruimte voor onderhandelingen, de kans op creatieve oplossingen gericht op de concrete situatie en toegepast op het individuele geval, een informele context. Er wordt gebruik gemaakt van de kracht van partijen om hun eigen conflicten op te lossen en het maken van eigen keuzes wordt gestimuleerd.

Het zal nog moeten blijken welke plek mediation in het Nederlandse polderlandschap zal gaan veroveren. De methode lijkt veelbelovend. De informele procedure, waarin de partijen doorslaggevende invloed hebben op duur, omvang en uitkomst combineert de voordelen van procesbewaking door een neutrale derde die niet oordeelt of adviseert, maar wel structureert, met de blik op het heden en op de toekomstige relatie van partijen. Hoewel het nog te vroeg is om al verstrekkende uitspraken te doen over de resultaten van de bij de rechtbanken lopende projecten ‘Mediation naast Rechtspraak’ valt wel op dat, alle verschillen van opvatting ten spijt, de tevredenheid van de ‘klanten’ groot is. Ook in die zaken waarin het mediation-traject niet tot een eindoplossing heeft geleid, beantwoorden de betrokkenen (op een enkele uitzondering na) de vraag: ‘zoudt u in een voorkomend geval opnieuw voor mediation kiezen?’, bevestigend. Het lijkt erop dat de klanten van de mediator tevredener zijn dan die van de rechter (vergelijk paragraaf 1.3).

In de discussie over alternatieve vormen van geschillenbehandeling zie ik mediation dan ook als het model waar op dit moment de voornaamste vernieuwende impulsen van uitgaan. Om die reden zet ik de schijnwerper op mediation, op het gevaar af als één van de vreemde kostgangers van de ADR-beweging te worden gekwalificeerd.⁵⁴

53. Vergelijk ook het overzicht van de ontwikkelingen op mediation-gebied in Justitiële Verkenningen, december 2000, onder andere: M.A. Kleiboer, De onstuimige opmars der bemiddelaars.

54. N. Huls, Mediation kritisch beschouwd, Justitiële Verkenningen, december 2000: ‘De belangrijkste protagonisten (van de ADR-beweging) zijn idealistische wereldverbeteraars uit de echtscheidingsbemiddeling en buurtprojecten enerzijds, en bekeerde oudere rechters en advocaten anderzijds die na een lange praktijk van traditioneel juridisch blaffen en bijten, op latere leeftijd het alternatieve licht hebben zien schijnen.’ (p. 103)

2.4 Wat is mediation – de spraakverwarring

Mediation of bemiddeling? Aanvankelijk zijn er pogingen gedaan om het begrip bemiddeling als vertaling voor mediation te hanteren. Nu wordt het woord bemiddeling in het Nederlands voor heel veel activiteiten gebruikt, niet alleen voor conflictbemiddeling. Arendsen de Wolff⁵⁵ deed een manmoedige poging verschillen tussen mediation en bemiddeling aan te geven. Het lijkt vooral een semantische kwestie, die wel voor veel verwarring zorgt.

De diversiteit in omschrijvingen is groot. Hebben we te maken met een jong, belegen of (zeer) oud verschijnsel?

Sommigen nemen de begrippen mediation en bemiddeling en de daarbijhorende geschiedenis zeer ruim.⁵⁶ Ook de spraakverwarring is niet nieuw. Van Boven⁵⁷ meldt dat ‘(...) onze voorvaders termen als arbitrage, (preliminaire) conciliatie, bindend advies, schikking, verzoening, door elkaar gebruikt [hebben].’

‘(...) de justitiële bemiddelingspraktijk is onderhevig gebleken aan cycli van bloei en verval (...)’ waarschuwen Jagtenberg en De Roo al in 1995.⁵⁸

‘Bemiddeling is van alle tijden’, zegt ook Taekema (rede NVvR 1999 n.g.) in navolging van Jagtenberg (‘mediation is van alle tijden en bovendien bekend in alle windstreken’).⁵⁹

‘Mediation had a long and varied history in almost all cultures of the world. Jewish, Christian, Islamic, Hindu, Buddhist, Confucian, and many indigenous cultures all have extensive and effective traditions of mediation practice.’⁶⁰

Ook diegenen die mediation als een nieuw verschijnsel zien, wijzen erop dat mediation verschillende modellen kent en dat er geen sprake is van een consistente uniforme procedure:

‘Use of the term “mediation” may suggest a consistent uniform procedure; but in fact mediation comes in different models and covers different fields of activity, each with its own traditions, ethos and culture. Consequently a mediator practising in the commer-

55. G. Arendsen de Wolff, *Mediation of bemiddeling?*, TMD 1997, p. 60: ‘Mediation is een systeem van professionele conflictbegeleiding waarin partijen onder leiding van een daarin gespecialiseerde derde, de mediator, door middel van onderhandelingen hun conflict oplossen en de verstoorde relatie vernieuwen.’ Hij noemt als essentialia van mediation: structuur (van het proces), formele procedurevoorschriften en gedragsregels, de mediator verbreedt (en verandert daarmee) de context van het conflict door zich te concentreren op de achterliggende belangen, de mediator is inhoudelijk nauwelijks actief, hij stuurt het proces, partijen komen weer in onderhandeling en lossen het probleem zelf op.

56. Zie bijvoorbeeld N. Randraad (red.), *Mediators between State and Society*, Hilversum 1998; E.K.E. von Bóné, *De vrede bureaus en de familierechtbank*, TMD 1999, p. 75.

57. M.W. van Boven, *Alternatieve geschillenbeslechting en de oud-vaderlandse rechtspleging: een rechts-historische verkenning*, TMD 1997, p. 38.

58. R.W. Jagtenberg & A.J. de Roo, *De A van ADR*, NJB 1995, p. 81 e.v.

59. R. Jagtenberg, *Mediation, een drieluik*, TMD 1997, p. 2.

60. Ch. Moore, *The Mediation Process*, San Francisco 1996, p. 21.

cial arena may adopt different procedures and have different views and approaches from a mediator working with neighbourhood and community disputes, and both may differ from labour mediation or divorce mediation. Nevertheless, certain fundamental principles and core skills run through all the diverse forms of mediation.⁶¹

Evenmin is er sprake van een lijst met vastomlijnde criteria om de uitkomsten van het proces van mediation te beoordelen en te verklaren.⁶²

Bush⁶³ wijst erop dat de visie die men heeft op mediation, samenhangt met de visie op de aard, de natuur van het individu en van de maatschappij en op het sociale leven in zijn algemeenheid, op begrippen zoals zelfbestemming, op de waarden van de mediator en beslissende waarden in het systeem van conflictbehandeling – kortom: ideologie.

Het is dan ook niet verwonderlijk dat over vrijwel alle elementen van het mediation-proces een levendige discussie bestaat, zowel in de Verenigde Staten als in Nederland. Er is sprake van een echte richtingstrijd,⁶⁴ waarbij met name een rol speelt welk doel mediation centraal behoort te stellen: gaat het om de (formele) oplossing of dient het mediationproces vooral de persoonlijke ontwikkeling van partijen (eigen verantwoordelijkheid nemen, eigen keuzes maken).

Om een beeld te geven van de onderwerpen waarover wordt gediscussieerd en zonder volledigheid te willen pretenderen, noem ik hier nog andere vragen die op de mediation-agenda staan:

- Wat zijn de overeenkomsten en verschillen tussen andere conflictbehandelingsmethoden en mediation?⁶⁵
- Voor welke soorten zaken/conflicten is mediation (on)geschikt?

61. Brown & Mariott, a.w., p. 128.

62. M.A. Kleiboer, De illusie van de 'one best way': oorzaken van succes en falen van conflictbemiddeling in internationaal perspectief, TMD 1997, p. 41.

63. Robert A. Baruch Bush, Mediation and adjudication, dispute resolution and ideology: an imaginary conversation, *The Journal of contemporary legal issues* 1989, vol. 3, nr. 1 (University of San Diego School of Law). Vergelijk ook Y. Gruis, Mediationstijlen, TMD 2000, p. 30: '(...) dat de mediator handelt naar zijn/haar fundamentele opvattingen over de medemens en over conflicten' (citaat uit Dorothy Della Noche, Mediation policy, Theory matters).

64. Robert A. Baruch Bush & Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation, Responding to conflict through empowerment and recognition*, San Francisco 1994; ook B.J. Dragtsma, Wil de echte mediator opstaan?, TMD 1999, p. 84.

65. Vergelijk Karin Iest, Beschouwingen over klachtrecht en mediation, TMD 1998, p. 51; E.H.C. Salomons, De ombudsman als mediator, TMD 1999, p. 90; M. Scholte & R. Menger, Mediation in het maatschappelijk werk, TMD 1999, p. 94; D. Allewijn, De paradoxale plannen rond rechters en mediation, TMD 1999, p. 96; M. Pel, Doorverwijzing naar mediation in de civiele procedure: extra service of branchevervaging?, TCR 2000, p. 78; G.J.A. Al, Bemiddeling als instrument voor conflictbeheersing in verschillende fasen van het milieubeleid, TMD 1998, p. 22; E.L. Mantz-Thijssen, Mediation(technieken) goed bruikbaar voor interactieve besluitvormingstrajecten in het milieubeleid, TMD 1999, p. 7.

- Op welk tijdstip werkt mediation het beste?
- Hoe vrijwillig moet de beslissing zijn om het mediationproces aan te gaan?
- Wat betekent ongelijkheid van partijen voor het mediationproces?
- Moet de mediator vakdeskundig zijn?⁶⁶
- Zijn juristen betere mediators dan psychologen (of omgekeerd)?
- Wat mag een mediator wel en niet?
- In welke functies kun je mediation (niet) beoefenen?
- Hoe onafhankelijk moet een mediator zijn?⁶⁷
- Moet de mediator een verschoningsrecht krijgen?
- Hoe kan kwaliteit worden gewaarborgd en bewaakt?

Los van de vraag hoe het mediationproces volgens de verschillende richtingen zou moeten verlopen, is ook binnen die richtingen verschil in mediationstijlen te onderscheiden. Gruis⁶⁸ spreekt over wel dertig stijlen. Van 't Hoogt en Overgaw⁶⁹ beperken het tot vijf clusters van mediationstijlen.

Het ligt voor de hand dat ook de vraag wanneer, waar en bij wie mediation in ons land kwam, verschillend wordt beantwoord. Misschien was het bij Maasland (ZH) in 1974, maar 'zoekgeraakt achter het kreupelhout van de juridische praxis'.⁷⁰

In het bestuursrecht was het, voorzover ik heb kunnen nagaan, september 1995. Koeman⁷¹ bepleit dan als (een van de) eerste(n)⁷² voor toepassing van bemiddeling en minitrage in ruimtelijke-ordenings- en milieugeschillen.

2.5 Uitgangspunten

Het wordt tijd om een keuze te maken. Ik meen dat het mediation-model zich zozeer onderscheidt van andere conflictbehandelingsmodellen dat het zinvol is dit apart te

66. Zie onder meer Y. Gruis, ADR Nieuwsbrief 2000, 1 en W. van Veen & M. van den Noort, ADR Nieuwsbrief 2000, 2.

67. TMD 2000, p. 56.

68. Y. Gruis, Mediationstijlen, TMD 2000, p. 30.

69. R. van 't Hoogt & A.A.C. Overgaw, Mediationstijlen, een afstudeeronderzoek naar mediationstijlen van mediators ingeschreven bij het NMI en het NIP, Universiteit van Utrecht, augustus 1999; kritiek hierop door Gruis en reactie van de auteurs in TMD 2000, p. 64.

70. P. Hoefnagels, De geschiedenis van een bemiddelingspraktijk (1974-1997), TMD 1997, p. 54.

71. N.S.J. Koeman, Bemiddeling als vorm van alternatieve geschillenbeslechting in ruimtelijke ordening en milieu, BR 1995, p. 729.

72. A.G.J. van Wassenauer, Invoering van standaardregelingen in de bouw – een zinvolle optie?, Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 21, Deventer 1993, p. 88 noemt verschillende ADR-vormen en verwijst daarbij naar K. Bleyer, ÁDR in het Amerikaanse bedrijfsleven, Bruikbaarheid voor Nederland, TvA 1988, p. 2 e.v.

benoemen. Daarom ook de keuze voor de Engelse term. Voor de omschrijving van de specifieke kenmerken sluit ik me aan bij de beschrijving van mediation in het handboek van Brown/Mariott. Zij noemen de volgende elementen als gemeenschappelijke uitgangspunten bij alle mediations:⁷³

- mediation kan niet plaatsvinden zonder een mediator;
- de mediator is een neutrale en onpartijdige derde;
- de mediator heeft niet de bevoegdheid bindende besluiten te nemen ten aanzien van de geschilpunten;
- de mediator ontleent zijn gezag en macht uitsluitend aan de opdracht van partijen;
- de oplossing (beëindiging) van het conflict kan uitsluitend worden bereikt als partijen daarover overeenstemming bereiken;
- het doel van het mediationproces is het bereiken van overeenstemming over hetgeen partijen verdeeld houdt;
- de belangrijkste taak van de mediator is het faciliteren van de onderhandelingen door partijen met elkaar;
- de mediator zorgt ervoor dat de onderhandelingen in een veilige omgeving plaatsvinden;
- een belangrijk en voor sommigen essentieel element van mediation is ‘empowerment’ van partijen: het versterken van het vermogen van partijen hun eigen keuzes te maken en hun eigen beslissingen te nemen;
- het mediationproces is in beginsel vertrouwelijk en niet openbaar;
- de mediator is niet de adviseur van partijen;
- de werkwijze van de mediator heeft doorgaans als effect dat escalatie van het conflict wordt beperkt.

Ook Brown en Mariott wijzen erop dat de vraag ‘wat is echte mediation en wie beslist daarover?’ onderwerp van voortdurend debat is en dat niemand het recht toekomt te beslissen wat ‘echte’ mediation is.⁷⁴

Een belangrijk facet van de werkwijze van de mediator is de structuur van het mediationproces. Ook over dit onderwerp zijn natuurlijk verschillende manieren van aanpak beschreven. Ik verwijs naar de beschrijving van Schreuder;⁷⁵ zij onderscheidt:

- de intakefase: met als doel het verkrijgen van een begin van vertrouwen in de mediator, het verkrijgen van informatie en een begin van vertrouwen in het mediationproces, een eerste globale verkenning van de onderwerpen van geschil, het afstemmen van werkafspraken;

73. Brown & Mariott, a.w., p. 128.

74. Brown & Mariott, a.w., p. 149.

75. M. Schreuder-Tromp, *Bemiddelingsvaardigheden; mediation in de praktijk*, in: Jet van Bruggen (red.), *Praktisch opgelost, Mediation als methode voor conflictantering*, Den Haag 1997.

- de exploratiefase met als doel: het aan partijen gelegenheid geven het probleem te definiëren en zonodig te herdefiniëren tot een probleemstelling die mogelijkheden tot een oplossing biedt; het bevorderen van de communicatie tussen partijen zodanig dat er mogelijkheden tot onderhandeling ontstaan; het bevorderen dat partijen naar elkaar luisteren;
- de onderhandelingsfase met als doel: partijen bewuste keuzes te laten maken; gebruik maken van op achterliggende belangen gerichte onderhandelingsmethoden (zoals de in Harvard ontwikkelde methode⁷⁶); het brainstormen over oplossingsmogelijkheden; ontwikkelen van verschillende opties waaruit een keuze mogelijk is;
- de afrondingsfase: het op een correcte en geldige wijze vastleggen van datgene waarover overeenstemming is bereikt, het vaststellen waarover nog verschil van mening bestaat, afronding van het mediationproces.

Het voert te ver in het kader van dit preadvies veel dieper op mediation als methode en als vak in te gaan. Ik wil hier slechts enkele punten aanstippen.

In de discussie over de (on)mogelijkheden van mediation in het bestuursrecht speelt de aanvaardbaarheid van een onderhandelende overheid een grote rol.⁷⁷ De associatie met onfatsoenlijke ‘handjeklap’-praktijken ligt klaar. Onderhandelingen kunnen over heel veel aspecten van een conflict gaan. De onderhandelingsfase van de mediation kan pas ingaan als er voldoende vertrouwen in de bereidheid van de betrokkenen is ontstaan, als oude grieven zijn uitgesproken en erkend en als de blik op heden en toekomst kan worden gericht. Op dat moment is een belangrijk deel van het mediationproces al achter de rug.

Bij de onderhandelingen kan gebruik worden gemaakt van het hiervoor genoemde Harvard-model. Het is een vruchtbare manier van onderhandelen, waarin de achterliggende belangen van partijen naar de voorgrond worden gehaald.

De term onderhandelen kan worden gebruikt als een neutrale beschrijving van een proces dat wij gebruiken om datgene te verkrijgen waarover een ander beschikt. Zo beschouwd gebeurt dat bij voortduring en in alle mogelijke situaties. Daarmee is het ook mogelijk het onderhandelingsproces onderdeel van het gesprek te maken tussen conflicterende partijen, ook als dat een burger en een overheidsorgaan zijn. Daar is niets onfatsoenlijks aan.

Bij de beschrijving van het mediationproces wordt doorgaans benadrukt dat de vrijwilligheid om het proces aan te gaan en door te zetten van doorslaggevend belang is.

76. Onder andere beschreven in Fisher, Ury & Patton, *Excellent Onderhandelen*, Amsterdam 1993; W.L. Ury, *Onderhandelen met lastige mensen*, Amsterdam 1993.

77. M.L.M. Hertogh (red.), *Omgaan met de onderhandelende overheid*, Amsterdam 1998; zie ook L.F. Wiggers-Rust, *Mediation: een nieuw instrument in het speelveld van milieu en ruimtelijke ordening*, Den Haag 1999 en idem, *Toepassing van mediation in het leefomgevingsbeleid*, Den Haag 2000.

Opmerkelijk is in dit verband dat uit verschillende (Amerikaanse) onderzoeken blijkt, dat het slagingspercentage van mediations na verwijzing door de rechter niet lager is dan dat van geheel vrijwillige mediations.⁷⁸

Belangrijk is wel dat de uiteindelijke beslissing, anders dan in een rechterlijke procedure, altijd in handen van partijen is.

Ten slotte wil ik nog wijzen op de mogelijkheid dat de mediator met partijen in afzonderlijke bijeenkomsten (de caucus), dus buiten de aanwezigheid van de andere partij, spreekt. Het is een manier van werken die niet zonder risico is. In sommige zaken maakt het een doorbraak mogelijk. Het vereist een groot vertrouwen in de integriteit van de mediator en goede afspraken over de manier waarop de verkregen informatie wordt gebruikt.

2.6 Reserves

Na de eerste enthousiaste geluiden van diegenen die verheugd bleken over de kansen die een andere benadering van conflictbeslechting zou kunnen opleveren, kwamen al snel de relativerende en kritische reacties.

Zo hebben Jagtenberg en De Roo al in 1995⁷⁹ gewezen op kritische geluiden uit de Amerikaanse rechtstheorie en rechtssociologie. Genoemd worden het gevaar van corruptie van fundamentele normen en waarden in een zodanige omvang dat afbreuk wordt gedaan aan de rechtstaat. Er wordt gewaarschuwd voor het creëren van een nieuwe afhankelijkheid van weer andere deskundigen en voor de illusie van kostenbeperking en tijdwinst. Er is een risico dat de ongelijkheid van partijen wordt versterkt.⁸⁰

Ook de Nederlandse rechtssociologen zijn, onder verwijzing naar de Amerikaanse ervaringen en de Nederlandse rechtscultuur, buitengewoon terughoudend en gereserveerd. Voegt de huidige 'hype' inderdaad iets toe aan de Nederlandse rechtspraktijk, vraagt Huls zich af.

'De rechtssociologen Bruinsma en Blankenburg (1998) menen dat er in onze consensuele en pragmatische rechtscultuur helemaal geen behoefte bestaat aan import van ADR. Zij zien het als een remedie tegen een typisch Amerikaanse kwaal. Dit hangt samen met het rechtssociologische inzicht dat in de wereld van de rechtshulp het aanbod de vraag bepaalt. De manier waarop de juridische infrastructuur is georganiseerd bepaalt de omvang van de juridische dienstverlening en niet de behoefte aan recht en rechtvaardigheid van de justitiabele.

78. Ch.W. Moore, *The Mediation Process*, San Francisco 1996, p. 309.

79. R.W. Jagtenberg & A.J. de Roo, *De A van ADR*, NJB 1995, p. 81 e.v.

80. Zie bijvoorbeeld S.E. Merry, *De sociale organisatie van bemiddeling in niet-industriële samenlevingen*, in: Griffiths (red.), a.w.

De Nederlandse rechtscultuur heeft een hoog poldermodelgehalte. Wij kennen talloze informele voorportalen die fungeren als een zeef voor de toegang tot de rechter. Omdat wij nog geen Amerikaanse toestanden kennen en niet leven in een overgejuridiseerde en litigieuze samenleving, is ADR een medicijn voor de Amerikaanse ziekte waar we in Nederland nog geen last van hebben. Bovendien hebben wij verschillende informele alternatieven voor de gang naar de rechter (Von Hoyningen-Huene, 1998). Volgens Blankenburg en Bruinsma is het enthousiasme voor ADR niet meer dan een modegril.⁸¹

Ook Aalders⁸² maakt kritische kanttekeningen bij de aanprijzingen van mediation als adequate methode voor milieugeschillen. Hij wijst op het ontbreken van een adequate empirische basis voor de genoemde voordelen en op de afwezigheid van een enigszins betrouwbare kosten-batenanalyse. Hoewel uit de Verenigde Staten 'opvallende voorbeelden van succesvolle mediations' in milieugeschillen gemeld worden, wijst hij op de verschillende problemen die zich in dit veld kunnen voordoen. Zal het verlaten van de juridische aanpak, die leidt tot verbreding van het probleemveld, geen aanzuigende werking hebben? Zal het bieden van meer diensten in de sfeer van het recht niet eerder leiden tot verdere juridisering en verwatering van de juridische professie? In dat geval zou het omhelzen van mediation (of andere ADR-methoden) een averechts effect hebben.⁸³

Naar aanleiding van het project 'Mediation naast Rechtspraak' vraagt Loth zich af hoe de bemiddelende activiteit van de rechter zich verhoudt tot de mediation:

'Had het niet voor de hand gelegen om te onderzoeken in hoeverre die ervaring en deskundigheid (van de rechter op het gebied van conflictbemiddeling) beter kunnen worden gemobiliseerd, in plaats van de rechter terug te wijzen naar zijn kernactiviteiten, om ruim baan te maken voor een uit de Verenigde Staten overgewaaide beweging die nog te jong lijkt om een serieuze concurrent te kunnen zijn?'⁸⁴

Stutterheim wijst op het ontbreken van inhoudelijke kritiek en reflectie. Ook hij formuleert een groot aantal kritische vragen.⁸⁵

81. N. Huls, De aanbodeconomie van ADR, Justitiële Verkenningen, december 2000, p. 99 e.v.

82. M.V.C. Aalders, De mediator als hulpverlener bij het oplossen van milieuconflicten, Milieu en Recht, november 1999.

83. Huls, a.w., p. 106.

84. M.A. Loth, Van wie is de conflictbemiddeling?, Trema 2000, p. 67; reactie hierop van M. Pel, Trema 2000, p. 261.

85. R. Stutterheim, Informele geschillenbeslechting: Quo vadis?, NJB 1997, p. 1558.

3 De uitdaging van mediation – ervaringen in Zwolle⁸⁶

3.1 Inleiding en cijfers

Het klinkt bijna te mooi om waar te zijn: een methode die snel en effectief conflicten de wereld uit helpt. Zo iets als de ultieme afslankmethode, of de enig effectieve manier om met roken te stoppen.

Allereerst nog een relativering (en misschien een geruststelling): hoewel er voldoende aanleiding is om kennis te nemen van de ervaringen die inmiddels met het mediation-model zijn opgedaan, is er geen enkele reden om aan te nemen dat rechters overbodig zullen worden. Een belangrijk deel van de aanhangig gemaakte zaken zal volgens de regels der juridische besliskunst moeten worden beslecht. Wanneer kan mediation nu wel voor een betere, want meer bevredigende, geschilbehandeling zorgen?

Allereerst een paar cijfers: in het kalenderjaar 2000 hebben de rechters van de sector bestuursrecht van de Rechtbank Zwolle 65 zaken verwezen naar een mediator (zie de tabel op de volgende pagina). Uit de door partijen na afloop van de behandeling van de zaak ingezonden evaluatie- (of monitor)formulieren blijkt dat vrijwel alle bij de mediation betrokken personen tevreden zijn over duur, verloop en (voorzover bereikt) oplossing. Opmerkelijk is ook nu weer dat in die zaken waarin geen oplossing werd bereikt en de zaak werd terugverwezen naar de behandelend rechter, de betrokkenen toch in hoofdzaak positief over het mediationtraject zijn. In voorkomende gevallen zouden zij daar opnieuw voor kiezen. Dit komt overeen met de (schaarse) gegevens uit de eerdere onderzoeken.⁸⁷

86. De gegevens van het landelijk project 'Mediation naast rechtspraak' zullen door het WODC worden verwerkt. Meer gegevens zijn beschikbaar bij het projectbureau mediation voor de rechterlijke macht, Postbus 9030, 6800 EM Arnhem, tel. 026-3592805, e-mail: mediation@hetnet.nl. De hier beschreven indrukken en voorlopige conclusies zijn geheel voor mijn rekening (map).

87. C.L.B. Kocken & N.F. van Manen, Weg van het recht, augustus 1998, Paul Scholten Instituut, een onderzoek naar (o.m.) het Zwolse mediation-project.

Tabel: Resultaat en doorlooptijden per soort zaak (gegevens zoals bekend op 10 januari 2001)

Soort zaak	Totaal	Lopend	Afgedaan	Effectief	Ne	G	Ng	Doorlooptijd
Ex-AROB	16	9	7	5	2	2	3	7,9 maand
SV	18	13	5	4	1	3	1	6,6 maand
Abw	15	6	9	5	4	5	0	3,2 maand
Ambtenaren	16	3	13	13	0	11	2	6 maand 6 maand
Totaal	65	31	34	27	7	21	6	

Effectief: dit betekent dat een verwezen zaak ook door partijen aan de mediator wordt voorgelegd.

Ne staat voor niet effectief en betekent dat een verwezen zaak door partijen niet aan een mediator wordt voorgelegd, zodat de zaak weer retour gaat naar de behandelend rechter.

G staat voor een gelukte mediation, dat wil zeggen dat het ingediende beroep is ingetrokken.

Ng staat voor niet gelukt, dat wil zeggen dat ook in dat geval het dossier wordt geretourneerd naar de behandelend rechter.

Onder doorlooptijd wordt in dit geval verstaan de tijd gelegen tussen het moment waarop het dossier aan het projectteam mediation wordt overgedragen en het moment waarop de behandeling van de zaak door het projectteam stopt.

3.2 Werkwijze

In de eerste drie jaar van het Zwolse project (1997-2000) is vooral aandacht besteed aan de vraag of er bij de sector bestuursrecht zaken aanhangig zijn die via mediation tot een beter einde kunnen worden gebracht dan via de gewone procedure. Daarbij is geëxperimenteerd met verwijzingscriteria/indicaties en met verschillende methoden van verwijzing.⁸⁸ Zoals in de inleiding al is opgemerkt, is Zwolle met ingang van 1 april 2000 een van de deelprojecten in het landelijk project 'Mediation naast rechtspraak' geworden. Ook hierin staat centraal het verzamelen van gegevens ter beantwoording van de vraag of en zo ja op welke wijze succesvol kan worden verwezen naar het mediationtraject.

In de eerste drie jaren is uitsluitend intern verwezen. Ik was (tot voorjaar 2000) de enige beschikbare mediator. Inmiddels zijn drie externe mediators (waarvan één rechter-plaatsvervanger) aangetrokken en nog één rechter-mediator van een andere rechtbank.

De gang van zaken is in grote lijnen als volgt: rechters of secretarissen maken een inschatting of een zaak zich leent voor mediation. Er wordt gestreefd naar een zo vroeg mogelijk stadium van beoordeling, maar soms gebeurt het ook pas ter zitting.

88. Zie hierover C.L.B. Kocken, Verwijzing naar Mediation, een onderzoek betreffende de verwijzing van partijen naar mediation bij de sector bestuursrecht van de rechtbank Zwolle, onderzoeksrapport, juni 2000, Centrum voor Recht en Belang.

De inschatting gebeurt in hoofdzaak aan de hand van twee indicaties:

- Is er enige onderhandelingsruimte?
- Is er sprake van communicatie- of bejegeningproblematiek?

Bovendien wordt gekeken naar contra-indicaties zoals: is er sprake van nieuwe wetgeving, in hoeverre zou hier precedentwerking aan de orde kunnen zijn, is er sprake van een gebonden bevoegdheid?

In de gevallen waarin een voorstel gerechtvaardigd lijkt, wordt aan partijen informatie over mediation in het algemeen en het Zwolse project in het bijzonder toegezonden. Naar aanleiding hiervan wordt dikwijls met de projectsecretarissen getelefoneerd om nadere informatie te verkrijgen.

Partijen worden uitgenodigd voor een comparitie om daar te bespreken of zij bereid zijn het mediationproces aan te gaan. Ook kunnen mogelijke vragen daar nog worden beantwoord. Voorzover de mediators geen rechter (of rechter-plaatsvervanger) zijn, wordt de comparitie vervangen door een intakegesprek.

Hier liggen belangrijke sleutels voor het welslagen van de mediation. De beslissing om wel of niet in te gaan op het aanbod van de rechtbank een mediationtraject te starten, dient in zo groot mogelijke vrijheid te worden genomen. Partijen moeten weten waar zij aan beginnen. Zij moeten goed geïnformeerd zijn. Daarvoor is van belang dat degene die het gesprek of de comparitie leidt helder in beeld heeft welke voor- en nadelen het mediationtraject heeft. Bovendien is het wenselijk dat diegene zelf geen belang heeft bij de beslissing van partijen om op het aanbod in te gaan.⁸⁹ Gaan partijen in op het aanbod, dan worden afspraken gemaakt over de werkwijze (bijlage) en kan de mediation van start gaan.

Er is een bemiddelingskamer ('mediation room') beschikbaar, waarin in een informele setting (koffie en thee, rond de tafel) het gesprek kan plaatsvinden. Er is alle ruimte om diegenen bij het proces te betrekken die belangrijk zijn voor de oplossing. Vaders, schoonmoeders, andere familieleden, uiteraard rechtshulpverleners, de directeur met wie de ruzie had plaatsgevonden (maar die geen formele procespartij was), de collega die aanleiding was tot de probleemsituatie ...

Als partijen overeenstemming hebben bereikt, hangt het af van de aard van het probleem op welke wijze de zaak wordt afgesloten. Soms zal een nieuw of gewijzigd (appellabel) besluit nodig zijn, soms volstaat een feitelijke handeling (het overhandigen van de

89. In het kader van het project MRM is een essentiële plaats ingeruimd voor de zogenoemde doorverwijzerscursus; rechters en secretarissen worden d.m.v. een driedaagse cursus geïnformeerd over en getraind in de mogelijkheden, valkuilen en dilemma's van doorverwijzing naar mediation.

trekhaak, het uitbetalen van een overeengekomen bedrag) en dan natuurlijk het intrekken van het beroep. Als de mediation goed is verlopen en echte overeenstemming is bereikt, levert het formele afhechten geen problemen meer op.

3.3 Kosten

Een enkele opmerking over het kostenaspect. Bij de afwegingen om wel of niet het mediationtraject in te gaan respectievelijk om tot een compromis te komen, spelen de kosten van onder andere rechtsbijstand, en natuurlijk de altijd aanwezige onzekerheid over de juridische afloop een niet onbelangrijke rol.

Zo liet een gemeentesecretaris me eens weten, nadat de besprekingen met de gemachtigde van de gemeente en een boze ambtenaar tijdens de mediation in een impasse waren geraakt, dat hij de rekeningen van die gemachtigde nog eens op een rijtje had gezet en een inschatting had gemaakt van de nog te verwachten kosten. Dat kostenplaatje bracht hem ertoe het financiële aanbod aan de ambtenaar substantieel te verhogen.

Vooralsnog komen de kosten van rechtsbijstand tijdens het mediationproces geheel voor rekening van partijen. Wel kan een tegemoetkoming of vergoeding van (onder andere) die kosten onderwerp worden van de onderhandelingen.

Andere financiële aspecten laat ik buiten beschouwing. Niet omdat het niet van belang zou zijn, maar wel omdat de voorvraag toch is of de methode werkzaam kan zijn. Pas als die vraag beantwoord is, dient zich de vraag naar de eraan verbonden kosten aan.

3.4 Tijd: moment van verwijzing, doorlooptijd

Uitgangspunt is het streven naar een beëindiging van een conflict in een zo vroeg mogelijk stadium. Dat betekent ook: zo snel mogelijk doorverwijzen. Het betekent niet dat een doorverwijzing in een laat stadium van een procedure alleen om die reden niet zinvol meer is. Ook in een al heel lang lopend rechtsgeschil kan een moment aanbreken waarop partijen er behoefte aan krijgen er op een andere manier dan via een rechterlijke uitspraak een streep onder te zetten. Een jarenlange conflictsituatie maakt het echter vaak moeilijk de juiste toon te vinden. De neutrale begeleiding van een mediator biedt dan goede mogelijkheden tot het vinden van een bevredigende oplossing. Een belangrijke rol kan spelen dat één of meer spelers het veld inmiddels hebben verlaten.

Gegeven het feit dat een van de belangrijkste klachten van partijen is dat procedures te lang duren (zie paragraaf 1.4) is een van de aantrekkelijke kanten van mediation de gepretendeerde snelheid.

Ook voor mediation geldt: tijd is een rekbaar en relatief begrip. Ik meen dan ook dat het tijdsaspect alleen relevant kan zijn in samenhang met het uiteindelijk bereikte resul-

taat. Snelheid alleen kan geen goed argument zijn voor mediation. Bovendien: er is alle reden om aan te nemen dat ook rechtspraak sneller kan. Zie hierover het preadvies van Van Etekoven. Zij het dus met enige reserve, toch enkele opmerkingen over het tijdsaspect.

Gemiddeld was de doorlooptijd in de tot dusver behandelde zaken tussen de verwijzing naar mediation en het moment van tot overeenstemming komen 2 à 3 maanden. De in de tabel vermelde doorlooptijden betreffen de tijd tussen verwijzing naar mediation en de feitelijke intrekking van het beroep. Tussen die intrekking en het laatste mediationgesprek zit vaak nog geruime tijd in verband met de formele en feitelijke afwikkeling. Ik veronderstel dat bij de hoge tevredenheidsscore een belangrijke rol speelt dat partijen in het mediationproces veel meer (dan in de traditionele procedure bij de bestuursrechter) zelfsturend zijn. Het grootste deel van de benodigde tijd wordt door partijen zelf ingevuld. Het ligt overigens wel in de verwachting dat de doorlooptijden met het toenemen van ervaring, het aantal mediators en vooral efficiëntere doorverwijzingsmogelijkheden korter zullen kunnen worden. Vaak bleken één of twee gesprekken voldoende om eruit te komen. Dat de formele afwikkeling dan nog enige tijd in beslag neemt, wordt doorgaans niet als belastend ervaren.

Mediation werkt vertragend in die gevallen waarin het traject niet tot een oplossing leidt. Het is een risico dat partijen moeten (willen) nemen bij de start. Ook hier speelt de eigen verantwoordelijkheid een belangrijke rol. Het is een keuze die gemaakt moet worden op grond van inschatting van risico's.

3.5 Communicatie, ruimte voor emoties, onderhandelen: illustraties

De belangrijkste voordelen van het mediationproces liggen naar mijn mening in de mogelijkheid verstoorde communicatie weer op gang te brengen, ruimte te maken voor de niet-juridische aspecten van een conflict en daardoor onderhandelingen over de zakelijke kanten mogelijk te maken.

Aan de hand van enkele voorbeelden wil ik dit toelichten. Met betrekking tot de voorbeelden eerst nog een enkele kanttekening.

Een belangrijke afspraak is die over de vertrouwelijkheid van het mediationproces. Niet alleen partijen, ook de mediator verplicht zich daartoe. Dat maakt het putten uit de eigen ervaring moeilijk. De gekozen voorbeelden zijn dan ook fictief. Uiteraard heb ik wel gebruik gemaakt van de opgedane ervaringen, maar in de beschreven situaties zijn essentiële kenmerken gewijzigd.

Een ander probleem is de beschrijving van het mediationproces. Bij elke beschrijving bekwam mij het gevoel: je moet er eigenlijk zelf bij geweest zijn. Bovendien is de gegeven weergave subjectief; ik ben er zeker van dat betrokken partijen geheel andere aspecten zouden belichten. Dat geldt overigens ook voor rechtszaken.⁹⁰ Ondanks deze beperkingen doe ik toch een poging mijn betoog aan de hand van ervaringen te illustreren.

90. Vergelijk J.F. Bruinsma, *De Hoge Raad van onderen*, Zwolle 1988.

Als gemachtigden van een overheidsorgaan met de persoon om wie het gaat aan tafel zitten (en soms is dat de eerste keer) krijgt het dossier een gezicht en komt er vaak over en weer meer begrip. De kracht van mediation is daarbij dat de verstoorde communicatie weer op gang gebracht wordt. Daarmee is vaak al veel gewonnen. Helderheid en oprechtheid over wat men wil bereiken maken oplossingen soms verrassend eenvoudig. Daarbij kan de mediator gebruik maken van de mogelijkheid met partijen in gescheiden sessie te spreken (caucus).

Het bevroren dossier

Een bekwame, maar niettemin onhoudbare ambtenaar, laten we hem Van Dam noemen, zou worden ontslagen wegens 'niet meer samen door de deur kunnen' en hij zou een wachtgelduitkering krijgen. Ook werd er gesproken over een begeleidingstraject naar ander werk, sollicitatietraining, mogelijk ook nog het volgen van vakgerichte cursussen. Het einde leek in zicht. Maar toen een en ander geformaliseerd werd, kwamen er toch verschillende kinken in de kabel. Bovendien had Van Dam, die al enige tijd ziek thuis zat, regelmatig problemen met de berekening van zijn wachtgeld. Hij begon boze brieven te schrijven en over punten en komma's te zeuren. PZ was het zat. De brieven werden niet meer beantwoord en gewoon bij het steeds groeiende personeelsdossier gevoegd. Van Dam maakte bezwaar en ging tegen de ongegrondverklaring van het bezwaar in beroep. Het beroep was gericht tegen de ontslaggrond, en tegen de onduidelijke berekening van het wachtgeld. Hij vroeg vergoeding voor de schade in zijn pensioenopbouw en voor de immateriële schade. Bovendien vroeg hij om nu eindelijk het begeleidingstraject te laten starten. PZ deed niets. Ten einde raad vroeg Van Dam de president van de rechtbank een voorlopige voorziening te treffen ten aanzien van de fictieve weigering om te beslissen over de sollicitatietraining. De verwijzing naar mediation lag voor de hand. Duidelijk was dat met een behoorlijk onderhandelingstraject voor iedereen wat te winnen was. Partijen stemden in met het voorstel van de rechtbank. Van Dam gaf aan dat voor hem het belangrijkste was, dat nu eindelijk de mogelijkheid werd gecreëerd om een sollicitatietraining te starten en daarbij ook enige vakinhoudelijke cursussen te volgen. Dat dat op de lange baan werd geschoven, stoorde en hinderde hem het meest. De PZ-mensen verklaarden dat de beslissing over de sollicitatiebegeleiding inderdaad bevroren was als gevolg van Van Dam's beslissing naar de rechtbank te stappen. Wat de gemeente het meeste stoorde was dat hij telkens opnieuw maar brieven stuurde en dat er geen eind aan zijn slachtoffergedrag leek te komen. Overigens kon het hoofd PZ wel toegeven dat dit wellicht niet de meest adequate reactie was geweest op de bezwaren van Van Dam en dat het tijd werd spijkers met koppen te slaan. Ook Van Dam kon wel toegeven dat hij begreep dat men bij de gemeente niet altijd blij was met zijn gedrag. Er was duidelijk de gemeenschappelijke wens en het belang om er

nu snel uit te komen. Inventarisatie van de belangen leverde op dat het om drie te regelen kwesties ging: de sollicitatietraining, de vakinhoudelijke cursussen en de tegemoetkoming voor het pensioengat. Voor Van Dam was van belang dat hij kansen krijgt adequater te werken aan zijn mogelijkheden een andere baan te vinden, voor de gemeente was het grootste belang zo snel mogelijk deze zaken te beëindigen. Over de vergoeding voor de training en de cursussen was eigenlijk al veel eerder overeenstemming bereikt, deze moest alleen worden 'ontdood'. Over de pensioen kwestie ontstond wat ongenoegen: altijd weer wat anders, dit was nu eigenlijk weer een heel nieuw item. Van Dam bevestigde dat en legde uit waarom er niet eerder over het pensioengat was gesproken. Aanvankelijk zou hij immers direct naar een andere werkgever overgaan en was er geen sprake van een gat. Het hoofd PZ, dat Van Dam voor het eerst ontmoette, vond het een redelijk verhaal. Een korte brainstorm over de mogelijkheden om het pensioengat te vullen leverde vier suggesties op. Na een korte pauze stelde de mediator voor het onderhandelen via de caucus te laten verlopen. Van Dam kwam met een bedrag van minimaal f 30.000 (ondergrens) en de gemeente kwam met een maximum van f 20.000. Op de vraag van de mediator of partijen wilden praten over de kloof die hen scheidde, antwoordden ze bevestigend. Er was slechts een korte schorsing nodig voor de deal: elk f 5.000 toegeven, en dan ook basta. Van Dam zou een bedrag ineens krijgen op door hem te bepalen voorwaarden (fiscaal gunstig enz.) en voor een bepaalde datum aangeven hoe een en ander moest worden uitbetaald. Alsdan zou hij de beroepen intrekken. Ook werd afgesproken dat hij een aanspreekpunt bij de afdeling salarisadministratie zou aanhouden en geen eindeloze brievenstroom meer zou sturen.

In veel gevallen bestaat ook bij de overheid wel degelijk de oprechte wens om een zaak niet alleen formeel correct af te handelen, maar ook materieel. Het mediation-model biedt hiervoor een uitstekende context. Het lijkt erop dat het belang van mondelinge communicatie, in een informele, veilige omgeving een van de belangrijkste succesfactoren is.⁹¹ Het onderzoek van het WODC naar de resultaten van het project 'Mediation naast Rechtspraak' zal hierover, naar ik hoop, te zijner tijd meer inzicht in verschaffen.

Creatief boekhouden

Subsidiebeleid, jeugdzorg, en Europa – ingrediënten voor een ingewikkelde casus. Jarenlang had de directeur van een instelling voor jeugdzorg een uitstekende relatie met de ambtenaren van de subsidieverlenende overheid. Natuurlijk moest er wel eens iets worden gladgestreken, maar met een goed gesprek wilde dat altijd wel lukken. Totdat de

91. A.F.M. Brenninkmeijer, Conflictbemiddeling in het bestuursrecht, in: I.C. van der Vlies (red.), Van toetsing naar bemiddeling, Deventer 1997, p. 67.

overheid een nieuwe financieel medewerker kreeg. Rechtlĳnig, regels zijn regels, dat was zijn uitgangspunt. Er kwam nieuw beleid met name met betrekking tot het gebruik en de opbouw van reserves. De instelling, inmiddels een groter geheel door verschillende fusies, werd geconfronteerd met een substantiële terugvordering. De rechtbank verwees de zaak naar mediation. In de mediationgesprekken werd snel duidelijk waardoor de communicatie stagneerde. De gesprekken leken te gaan over principes (heldere toepassing van regels, onrechtvaardigheid van al te strikte handhaving, precedentwerking) maar het waren vooral de botsende karakters die aan overeenstemming in de weg stonden. Aandacht voor die verschillen, erkenning van ieders goede bedoelingen en gezamenlijk brainstormen over oplossingsstrategieën leverden opmerkelijk snel resultaat. De zorg voor precedentwerking bleek achterhaald: deze zaak was de enige in zijn soort die nog niet was afgewikkeld. Het primaire besluit was inmiddels zes jaar oud en de desbetreffende regels waren al weer diverse malen gewijzigd.

Als een belangrijk voordeel van de mediation-setting wordt vaak genoemd dat er ruimte is voor emoties.

De slordige curator of Vaders en zonen

De Wet Bestuurders Aansprakelijkheid maakt het mogelijk bestuurders van een BV hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor schulden onder andere ter zake van premies ingevolge de socialeverzekeringswetten.

Het bedrijf X, geleid door vader A en twee zonen, ging failliet. Na veel pijn en verdriet en administratieve rompslomp werd een jaar later een schikking getroffen, volgens de curator ter finale kwijting. Helaas was er in de communicatie tussen curator en de uvi een en ander misgegaan. Twee jaar nadat het akkoord was gesloten, besloot de uvi alsnog tot het invorderen van achterstallige premies ter hoogte van ruim f 50.000. Het bezwaar tegen dit besluit werd ongegrond verklaard. In beroep werd een voorstel door de rechtbank gedaan de zaak naar de mediator te verwijzen.

Aan de zijde van het Lisv bestonden veel twijfels: ten aanzien van de aansprakelijkstelling viel niet te onderhandelen, had mediation dan wel zin? In het eerste gesprek gaf de gemachtigde van het Lisv aan wel bereid te zijn naar oplossingen te willen kijken, maar ook slechts beperkte mogelijkheden te zien. Na de eerste formulering door vader A van de kern van het probleem (wij dachten een schikking te hebben getroffen en dan krijg je dit ...) vroeg de mediator de gemachtigde van de uvi: kunt u zich voorstellen dat de heer A er zo tegenaan kijkt? Heel snel kwam de bevestiging: ja zeker, ik kan me dat heel goed voorstellen. Achteraf gezien was dat al het moment waarop de basis voor het verdere gesprek was gelegd. Het werd geleidelijk aan duidelijk, dat er voor beide partijen redenen waren de curator nog eens indringend te bevragen. Er werden afspraken gemaakt

over de wijze waarop dat zou gebeuren. Twee uur later, aan het einde van het gesprek, barstte de vader in tranen uit – opgekropte spanning kon zijn ontlasting vinden; het was weliswaar nog niet geregeld, maar er was geluisterd.

Onderhandelingsruimte: een essentiële voorwaarde voor een kansrijke mediation. Waar heeft de overheid die ruimte? En ten aanzien waarvan is die ruimte nodig?

Een misverstand

Eigenlijk heb ik geen onderhandelingsruimte, zei de gemachtigde van een van de uvi's in een Ziektewetzaak waarin het beroep kennelijk ongegrond leek. Toch was er bereidheid aan tafel te gaan zitten, omdat er ergens iets niet goed leek te zijn gegaan. In het mediationgesprek bleek dat het ingestelde beroep achterhaald was en dat de zaak in feite over een latere datum ging. Had dat dan niet op een andere manier kunnen blijken? Zeker, maar het was niet gebeurd ...

Een slepende kwestie

Waarover onderhandelt een hoofd PZ van een departement? In een slepende ambtenarenzaak, waarin veel oud zeer was verborgen (dat in het kader van de aanhangige zaken niet aan de orde zou kunnen komen) werden twee voor de ambtenaar belangrijke kwesties geregeld: hij mocht de trekhaak van zijn oude dienstauto op zijn privé-auto plaatsen (de trekhaak was voor de dienst overbodig geworden en voor de ambtenaar van veel nut) en de afdeling PZ maakte goede afspraken (zoals eerder beloofd, maar niet gerealiseerd) met de USZO over bepaalde verplichtingen van de betrokkene.

De Zangeres zonder auto

Mevrouw X, weduwe van Z, ontving, toen zij nog een WAO-uitkering had, (op grond van de AAW) een autokostenvergoeding, omdat zij om medische redenen onvoldoende gebruik kon maken van openbaar vervoer. Zij had (en heeft) namelijk ernstige rugklachten. Als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet voorzieningen gehandicapten (WVG) werd die vergoeding per 1 april 1994 beëindigd. Op haar jaarlijkse verzoeken aan de gemeente om financiële tegemoetkoming in de kosten van het autovervoer heeft de gemeente telkens afwijzend beslist. Naar de mening van de gemeente kan mevrouw gebruik maken van zogenoemd collectief vervoer, aangevuld met een scootmobiel voor het vervoer in de directe omgeving. Sinds mei 1996 zijn vier beroepszaken aanhangig gemaakt – telkens over dezelfde vraag (met betrekking tot een andere datum). Er zijn twee medisch specialisten geraadpleegd die beiden tot de conclusie kwamen dat uit

(strikt) medisch oogpunt bezien mevrouw wel met het collectief vervoer kon. Er loopt nog een bezwaarschriftenprocedure. De kennisgeving van de behandeling van de zaak ter zitting gaf beide partijen aanleiding tot de mededeling dat ze niet zouden komen: mevrouw omdat het haar te zeer zou aangrijpen en de gemeente omdat deze meende dat haar standpunt duidelijk was. De behandelend rechter had geen vrede met deze zaak en vroeg de mediator een bemiddeling aan te bieden. Partijen zijn op dit aanbod ingegaan. Tot ieders verrassing was een gesprek van een half uur voldoende om deze langsepende kwestie te beëindigen. Mevrouw legde helder en duidelijk uit dat voor haar het belangrijkste was, dat zij de beperkte mogelijkheden die zij als gevolg van haar klachten nog heeft, zo flexibel mogelijk kan gebruiken – en dat is voor haar mogelijk door gebruik te maken van haar eigen auto. Met name haar geregelde zangactiviteiten en het bezoek aan haar (klein)kinderen in het land maken een auto eigenlijk onmisbaar voor haar. De scootmobiel was voor haar helemaal niet van belang, omdat in het nabije vervoer niet de grootste problemen liggen. De gemachtigden van de gemeente hadden ter voorbereiding op de bemiddeling het dossier nog eens bekeken vanuit het gezichtspunt: kunnen wij, met handhaving van ons beleid, toch mevrouw een oplossing aanbieden. Hun aanbod bestond hierin dat zij de periode tot februari 1997 bij hun weigeringen bleven, maar dat zij vanaf dat moment – omdat de medische situatie vanaf die datum slechter was geworden – bereid waren hun weigeringen in te trekken en de gevraagde vergoedingen alsnog toe te kennen. Ook waren zij bereid naast het griffierecht de werkelijk gemaakte proceskosten (eigen bijdrage) te vergoeden. Op de vraag waarom het nu wel tot een oplossing kon komen, gaven alle betrokkenen aan: de informele sfeer en het echt naar elkaar luisteren.

Een categorie zaken waarin de overheidsorganen (enige) ruimte hebben en voor de betrokken burger een oplossing op maat van groot belang is, vormen de terugvorderingen van te veel of ten onrechte betaalde uitkering. Het samen denken over mogelijkheden tot terugbetaling levert soms verrassende oplossingen op. Zoals de zorg van een (gewezen) ambtenaar die een substantieel bedrag moest terugbetalen dat deze vordering in geval van zijn overlijden op zijn erfgenamen zou drukken. Tijdens de mediation (die overigens ook tot vermindering van het teruggevorderde bedrag leidde) bedacht hij zelf dat een lening met overlijdensrisicoverzekering hier een uitweg bood. Terugvordering van te veel betaalde bijstandsuitkering is vrijwel altijd een pijnlijke kwestie. In een mediationgesprek blijken vaak mogelijkheden aanwezig te zijn om een voor betrokkene aanvaardbare manier van terugbetalen te regelen. Hierbij is van groot belang dat het vaak geschonden vertrouwen van partijen (enigszins) wordt hersteld.

Het zal duidelijk zijn, dat juist in zaken waarin (al dan niet in appèl) een formele vernietiging is uitgesproken, de wens om nu eindelijk zaken te kunnen doen, sterk leeft. Dat is een gunstige uitgangspositie voor mediation.

Loon naar werken?

Het verzoek om een hogere bezoldiging van een wethouder werd door GS afgewezen. Na bezwaar en beroep werd het bestreden besluit alsnog vernietigd (motiveringsgebrek). Het nieuwe besluit was voor de gemeente aanleiding beroep in te stellen. In het mediationproces bleek dat de belangrijkste drijfveer voor het verzoek om verhoging van de bezoldiging lag in de wens tot erkenning van de verdienste van de betrokken wethouder voor de gemeente. Bij GS bestond het bekende gevoel dat de Afdeling op de stoel van het bestuur was gaan zitten en bij de gemeente bestond vooral zorg over de financiële consequenties, ook naar andere (ex-)wethouders toe, die zich na toekenning van een bedrag aan deze wethouder zouden kunnen melden. De mediation bood de mogelijkheid een vorm voor de gevraagde erkenning te vinden, waar alle betrokkenen vrede mee konden hebben, en waardoor de financiële aanspraken voor de gemeente te overzien bleven.

3.6 Specifieke kenmerken van mediation in een geschil met een overheidsorgaan

In de eerste plaats is er de structurele ongelijkheid van partijen. Dat kan een belemmerende factor zijn. Anderzijds is ook in andere zaken zelden sprake van volledige gelijkheid van partijen. Verschil in financiële draagkracht of emotionele belastbaarheid kan partijen zeer ongelijk aan elkaar maken. Het verschil tussen bestuursrechtelijke zaken en civiele of andere zaken is wat dit punt betreft dan ook minder groot dan op het eerste gezicht zou lijken.

Bovendien behoort het tot de taak van de mediator aandacht te besteden aan de ongelijkheid van partijen en aan de mogelijkheden die ongelijkheid te compenseren. In sommige gevallen kan de zwakkere partij door een professionele gemachtigde worden bijgestaan. Een van de gouden regels uit de mediationpraktijk is dan ook: 'the lawyer is the mediators best friend'. De bijstand van een advocaat (of een andere professionele gemachtigde) kan het voor partijen makkelijker maken tot een weloverwogen compromis te komen. Mijn ervaringen met gemachtigden zijn voor het allergrootste deel positief.

Een tweede verschil zou kunnen bestaan in de emotionele kant van de zaak: in hoeverre heeft een overheidsorgaan gevoelens over een conflict?

Eenieder die wel eens partij is geweest in een conflict, in welke positie dan ook, zal de ervaring kennen dat, ook al is er sprake van een zogenoemd zakelijk conflict, altijd een zekere emotie een rol speelt. Het blijft mensenwerk ... Ook bij het ontstaan en in stand blijven van geschillen met de overheid spelen gevoelens van gekwettheid, onvoldoende erkenning enzovoort een niet onbelangrijke rol.

In het mediationproces bestaat juist voor dit aspect van conflicten veel aandacht. Voor geschillen tussen burger en overheid waarin sprake is van het gevoel onheus te zijn bejegend is dit dan ook een adequate aanpak.

In hoeverre is sprake van een, al dan niet duurzame, relatie tussen burger en overheid? Uiteraard zijn relaties tussen familieleden of buren van een andere aard dan de relatie tussen overheid en werknemer, uitkeringsgerechtigde of subsidie/vergunningvrager. Maar van een doorgaande relatie kan ook bij overheid en burger zeker sprake zijn.

Wel een reëel probleem vormt de toepassing van het gelijkheidsbeginsel en de precedentwerking. Heel vaak blijkt tijdens de gesprekken in de mediation dat hier de grote bottleneck zit. Alleen als het lukt het concrete geval zodanig specifiek te maken, dat anderen daar niet zonder meer rechten aan kunnen ontleen, kan dit worden omzeild.

Vaak wordt als probleem genoemd de kwestie van het mandaat. Zitten de juiste personen aan tafel en zijn die bevoegd om tot bindende afspraken te komen? Het is de taak van de mediator te bewaken dat over dit punt duidelijkheid bestaat. Natuurlijk is het van belang dat de juiste personen op het juiste moment bij de onderhandelingen worden betrokken. Dat geldt overigens ook voor partijen in andere conflicten. Maar soms leidt het niet betrekken van een levenspartner tot meer problemen bij de totstandkoming van een oplossing, dan het onderhandelen met een ambtenaar die op het juiste moment voldoende mandaat moet verkrijgen. Het lijkt erop dat dit probleem kleiner is dan doorgaans wordt aangenomen.

Welke rol is er weggelegd voor derde-belanghebbenden? Voorzover zij procespartij zijn, is duidelijk dat zij bij het bemiddelingsproces kunnen (en soms moeten) worden betrokken. Het mediationproces is heel informeel van karakter. Daardoor wordt het mogelijk ook diegene die wellicht strikt juridisch gezien geen belanghebbende is, toch erbij te betrekken, als de partijen dit zinvol vinden.

Een risico ligt er wel bij het niet betrekken van belanghebbenden die zich niet als zodanig gemeld hebben en die door partijen niet genoemd worden. Daar waar dit wordt onderkend, zal moeten worden besproken wat de consequenties ervan zullen moeten zijn.

Ligt het niet meer voor de hand mediation aan te bieden in de bezwaarschriftenprocedure, hetzij ter vervanging van die procedure, of als extra mogelijkheid? Het is zeker de moeite waard hiermee ervaring op te doen.⁹² Een belangrijk voordeel zal kunnen zijn dat een zaak in een eerder stadium tot een oplossing gebracht zal kunnen worden. Van groot belang daarbij is naar mijn mening dat de onafhankelijkheid en de neutraliteit van de mediator is gewaarborgd, niet alleen formeel, maar ook in de beleving van partijen.

92. De provincie Overijssel is onlangs begonnen met een project op dit gebied.

4 Vraagtekens en gedachtestreepjes

4.1 Rolverwarring, brancheervaging en werkverschraling

Ik kom terug op de in hoofdstuk 1 opgeworpen vragen: wat is (bestuurs)rechtspraak, wat is de taak van de bestuursrechter, waar liggen de problemen bij de vervulling van die taak?

Om bij dat laatste punt te beginnen: het door het VAR-bestuur voorgelegde probleem was de onvoldoende effectieve geschilbeslechting, in het bijzonder ook de te lange duur van de behandeling van zaken.

Als de taak van de bestuursrechter noemt de wetgever: ‘het bieden van een adequaat kader voor het bindend beslechten van een rechtsgeschil in de verhouding tussen burger en bestuursorgaan’ (PG Awb II, p. 174).

Ik zou het als volgt willen formuleren: het is de taak van de bestuursrechter het voorgelegde conflict langs de meest geëigende weg te (doen) beëindigen.

Die taak kan op verschillende manieren worden vervuld. In al die zaken waarin een beslissing in een rechtsgeschil beëindiging van het conflict kan bewerkstelligen, is het aangewezen die beslissing te geven. In die zaken waarin jurisprudentievorming ordenend zal werken (en verdere rechtsgeschillen zal kunnen voorkomen) dienen de appelcolleges van zich te doen spreken. En in die zaken waarin de belangen van partijen meer gediend zijn met herstel van verbroken communicatie en begeleiding van hun onderhandelingsproces zal dát de aangewezen weg zijn.

Daarmee is dan de paradoxale wens van het bestuur (een snelle beslissing, maar met respect voor de eigen bestuurlijke beslissingsruimte en -verantwoordelijkheid) te realiseren. Als de mediator de belangen van beide partijen boven tafel kan krijgen en er is sprake van verenigbare wensen, dan kan dit tot een zeer snelle, duurzame oplossing leiden en daarmee tot effectieve conflictbehandeling.

Effectieve geschillenbeslechting is een publieke taak. Het is niet wenselijk nieuwe ontwikkelingen op dit gebied uitsluitend aan de private markt over te laten.

Hoe komt de rechter er, liefst bijtijds, achter welke weg het meest vruchtbaar is?

Het ontwikkelen van instrumenten om tot een goede bewegwijzering te komen zal een van de uitdagingen van de komende jaren kunnen zijn. Er is op dit moment nog onvoldoende kennis, ervaring en inzicht aanwezig om daarover heldere uitspraken te doen, laat staan om tot regeling of wetgeving te komen. Wel kunnen we ook hier van modellen uit de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk gebruik maken, waarmee geëxperimenteerd zou kunnen worden. Zo is er bijvoorbeeld een model van 'early neutral evaluation', waarbij als het ware een proefproces wordt gevoerd binnen een bepaalde tijd en de evaluator, een neutrale advocaat, geen beslissing neemt, maar aangeeft welke sterke en zwakke kanten een zaak heeft, welke mogelijkheden hij ziet in plaats van een rechterlijk oordeel en op welke manier hij meent dat de zaak het best zou kunnen worden behandeld.⁹³ Maar dat is slechts één van de mogelijke vormen.

Wie kan die begeleiding naar een gemeenschappelijke oplossing het beste geven en welke methode verdient de voorkeur? Ik zie verschillende mogelijkheden: in sommige gevallen is dat de rechter zelf, die een schikking beproeft en in het geval van niet slagen van de poging tot schikken ook zelf uitspraak doet. In andere zaken zou het een andere rechter kunnen zijn die, gebruik makend van de methodische uitgangspunten van mediation het bemiddelingsproces scheidt van het proces dat tot een rechterlijke uitspraak zal leiden.⁹⁴ Nog een andere mogelijkheid is dat de rechter verwijst naar een mediator die een vaste relatie heeft met de rechtbank of naar een geheel externe mediator.

Ook hiervoor geldt dat het ontwikkelen van indicaties voor de beste selectie en de meest vruchtbare methode nog volstrekt in de kinderschoenen staat.

Misschien zal het ook een illusie blijken dat er indicaties of criteria te formuleren zijn en is het voldoende dat de verschillende mogelijkheden er zijn en dat zij worden aangeboden. Partijen zouden in het voorportaal van het 'multidoor courthouse'⁹⁵ hun eigen ingang kunnen kiezen. Ook nu zijn er al keuzemogelijkheden, zoals een verzoek om een voorlopige voorziening, de versnelde behandeling en een bodemprocedure. De door Van Ettehoven genoemde 'poortzitting' heeft een vergelijkbaar uitgangspunt. Het sluit aan bij de gedachte dat het bestuursproces meer een interactief proces zou moeten worden.⁹⁶

Meer effectieve en snellere geschilbeslechting zal kunnen worden bevorderd door ook bij de rechtbanken aandacht te schenken aan de mogelijkheden van 'case management'. Het doen van uitspraken en het betrachten van een minnelijke schikking zijn slechts

93. Brown & Mariott, a.w., p. 372.

94. Zie voor een beschouwing over de verschillen tussen schikken en mediation: M. Pel, TCR 2000, p. 78.

95. Vergelijk N. Huls, Goede rechtshulp bespaart de rechter veel tijd, *Trema*, december 1999; idem, Mediation kritisch beschouwd, *Justitiële verkenningen*, december 2000.

96. Polak, a.w., p. 53.

twee manieren om conflicten de wereld uit te helpen. Gerichtte sturing naar alternatieve trajecten biedt kansen voor betere geschilbeslechting.

Hoe dat precies moet, zal onderwerp van onderzoek moeten zijn. Maar om te kunnen onderzoeken moet het eerst gebeuren. Met vallen en opstaan zal worden ontdekt waar de grenzen liggen.

We zullen kunnen leren van de ervaringen in het buitenland, vooral in de Verenigde Staten. Maar tegelijkertijd zullen we binnen onze eigen rechtscultuur ervaringen moeten verzamelen. Daarbij gebruik makend van inzichten en resultaten die op andere wetenschapsgebieden zijn verkregen.

Door rechters actief te betrekken bij de vraag wat de beste manier zou kunnen zijn om in een concrete zaak tot beëindiging van het conflict te komen, wordt voorkomen dat de rechterlijke taak beperkt blijft tot uitsluitend juridische geschilbeslechting.⁹⁷

Door de keuzemomenten en -mogelijkheden te benoemen en een meer bewuste keuze mogelijk te maken, zal kunnen worden voorkomen dat er sprake is van rolverwarring.

Is het wenselijk nu tot wetgeving over te gaan om ADR in het bestuursprocesrecht mogelijk te maken?⁹⁸ Ik meen van niet. De bestaande wetgeving biedt naar mijn mening voldoende ruimte om te experimenteren; laten we dat eerst maar doen. Leidt de introductie van andere dan juridische conflicthanteringsmodellen tot branchevervaging?⁹⁹ Het antwoord op die vraag hangt uiteraard af van de omschrijving van de kerntaak van rechters. Wie meent dat de kerntaak van de rechter bestaat uit het beslissen van rechtsgeschillen zal elke verbreding van de problematiek ervaren als oneigenlijk. En daarmee zijn wij terug bij het uitgangspunt – de collegiale vraag: ‘waarom doe jij niet gewoon je werk?’

Mijn antwoord: ik doe mijn werk. Rechtspraak is ook: partijen tot elkaar proberen te brengen en zoeken naar de meest adequate vorm waarin een geschil kan worden opgelost.

4.2 Conclusies/stellingen

- Het behoort niet alleen tot de taak van de bestuursrechter geschillen te beslechten en aan de rechtsvorming bij te dragen, maar ook aandacht te besteden aan het vrede-

97. Vergelijk M.A. Loth, Van wie is de conflictbemiddeling, *Trema* 2000, p. 67. Hij spreekt zelfs over ‘werkvershraling’.

98. G.H. Addink, A.J. Fioule & P. Kort, Bemiddeling in bestuursrechtelijk rechtsvergelijkend perspectief: een voorstel voor een wettelijke regeling, *NTB* 2000, p. 119; M.M. Kaajan, Mediation in het bestuursrecht. Mogelijkheden voor een wettelijke regeling, *AA* 2001, p. 64.

99. M. Pel, Doorverwijzing naar mediation in de civiele procedure: extra service of branchevervaging?, *TCR* 2000, p. 78.

stichtende aspect van rechtspraak. Dit zal kunnen bijdragen aan effectievere bestuursrechtspraak.

- Mediation is een bruikbare en vooralsnog veelbelovende methode van conflictbehandeling, ook in conflicten tussen burger en overheid.
- Effectieve geschilbeslechting in geschillen met de overheid is een publieke taak; het is niet wenselijk en niet nodig deze taak geheel aan de vrije markt over te laten.
- Om meer inzicht te krijgen in de mogelijkheden en onmogelijkheden van mediation in geschillen met de overheid is het wenselijk op grotere schaal ervaring op te doen in de verschillende fasen van conflictbehandeling. Dat geldt ook voor de bezwarenfase.
- Het is niet wenselijk en niet noodzakelijk op dit moment al over te gaan tot wetgeving met betrekking tot alternatieve vormen van geschillenbeslechting in het bestuursrecht.
- Het instellen van een sector mediation bij de rechtbanken zal de maatschappelijke acceptatie van mediation ten goede komen en de arbeidsvreugde van de rechters en de andere medewerkers van de rechtbank bevorderen.

Bijlage

Afspraken bij de start van een mediation na verwijzing bij de sector bestuursrecht van de Rechtbank Zwolle

Partijen verklaren zich akkoord met de onderstaande algemene afspraken.

1. Er is geen verplichting om aan de bemiddeling mee te doen. De bemiddelingsgesprekken worden gevoerd op basis van volledige vrijwilligheid.
2. Partijen zijn bereid om onder leiding van de mediator met elkaar te spreken over hun geschil(len) en over mogelijke oplossingen daarvan. Partijen zijn zelf verantwoordelijk voor de oplossing van hun geschil(len).
3. Bij die gesprekken zijn alle partijen aanwezig. Het is mogelijk om ter ondersteuning iemand mee te nemen.
4. Als partijen of de mediator dat wenselijk vinden kunnen ook afzonderlijk gesprekken met de mediator plaatsvinden.
5. Hetgeen wordt besproken tijdens de bemiddeling wordt vertrouwelijk behandeld. De mediator rapporteert niet over hetgeen is besproken aan de behandelend rechter.
6. Als de bemiddelingsprocedure voortijdig is beëindigd kunnen partijen elkaar niet binden aan tijdens die procedure gedane uitspraken. Tijdens de rechterlijke procedure zullen partijen daar geen beroep op doen.
7. Als één der partijen de bemiddelingsprocedure wil beëindigen dan gebeurt dat. De zaak gaat dan terstond terug naar de behandelend rechter.
8. Voordat de beëindiging van de bemiddeling en terugverwijzing naar de behandelend rechter plaatsvindt, is er in beginsel nog een contact met de mediator of de secretaris.
9. Aan de door de mediator verleende diensten zijn geen kosten verbonden. Voor de bemiddelingsprocedure is geen griffierecht verschuldigd.
10. De deelnemers aan de bemiddeling zullen na beëindiging daarvan een evaluatieformulier invullen en toezenden aan de secretaris.

Geschilbeslechting en conflict- behandeling, juridisch geregeld

Prof. dr. I.C. van der Vlies

Voorwoord	147
1 Plaats van geschilbeslechting	149
1.1 Inleiding	149
1.2 De controle op de overheid	150
1.3 Rechtsbescherming door de rechter	151
1.4 Waarborgen in de rechterlijke procedure, rechtseenheid	153
1.5 Handelingen van het bestuur	155
1.6 Afdoening door anderen dan de rechter, mediation	155
1.7 Criteria voor de keuze	157
2 Karakteristieken van geschillen	161
2.1 Besluitvorming	161
2.2 Partijen	163
2.3 De wettelijke regels	164
2.4 Type gebreken	166
2.5 Soort handelingen	167
2.6 Passende geschilbeslechting	168
3 Vormen van geschilbeslechting en conflictbehandeling	169
3.1 Overlegcultuur	169
3.2 Conflictbehandeling en geschilbeslechting	169
3.3 Bemiddeling en mediation	171
3.4 Mediation in de verschillende fasen van de besluitvorming	172

4	Mogelijkheden van het bestuur	175
4.1	Inhoudelijk	175
4.2	Bevoegdheidsproblemen	176
4.3	Onderhandeling	177
4.4	Mediation bij complexe belangen	178
4.5	Mediation bij bejegening	179
4.6	Voor- en nadelen	180
4.7	Het vastleggen van het resultaat	183
4.8	Mediation in de eerste fase	183
5	Mogelijkheid van de bezwaarprocedure	185
5.1	Hoe verhoudt de bezwaarprocedure zich tot mediation?	185
5.2	Mediation naar bezwaar	186
5.3	Conclusie	188
6	Mogelijkheid van de bestuursrechter	189
6.1	Rol van de rechter	189
6.2	De rechter als doorverwijzer naar mediation	190
6.3	De rechter na mediation	191
6.4	De rechter en de uitvoering van de mediation	192
6.5	Conclusie	193
7	Plaatsing van mediation	195
7.1	Bemiddeling en mediation	195
7.2	Mediation en de bestuursrechtspraak	196
7.3	De normale gang van zaken bij mediation	197
7.4	De complicaties	198
7.5	De juridische gevolgen van een falende mediation	199
7.6	De vaststellingsovereenkomst	200
7.7	Een mogelijke wettelijke regeling	204
7.8	Conclusie	206
8	Stellingen	207

Voorwoord

Bij het maken van de teksten hebben wij als preadviseurs regelmatig overleg gehad. Dat moge onder andere uit de verwijzingen blijken. Ook met vele anderen heb ik regelmatig gesproken, al dan niet naar aanleiding van een concept. Ik ben hen buitengewoon dankbaar voor de tijd die ze daar in hebben gestoken. Het zijn de volgende personen: B. van der Meulen, W. Tonkes, M. de Rooij, R.H. Happé, Guido Koop, Paul ten Westeneinde, Rolf Verduyn, Loes Verschoor, B.J. Schueler, W. Wiarda, Roger M. Deitz, Michael Herz, H.J.E. Bruins Slot, Marlies Boermans, Joris Tuyten, M.V.C. Aalders, N. Verheij en J.E.M. Polak.

Leeswijzer

Degenen die minder dan weinig tijd hebben en die toch iets willen lezen, kunnen wellicht hoofdstuk 3 en 7 ter hand nemen.

1 Plaats van geschilbeslechting

1.1 Inleiding

Alternatieven voor de bestuursrechter zijn te vinden in andere vormen van rechtsbescherming voor de burger, in andere vormen van controle op het openbaar bestuur, en mogelijk andere vormen om in rechtseenheid te voorzien.¹ Deze alternatieve vormen kunnen mogelijk ook worden gecombineerd. In dit verhaal staat de vraag of mediation een alternatief voor de bestuursrechter kan zijn centraal. Mediation is met name bedoeld als een alternatief voor de bestuursrechter vanuit een oogpunt van rechtsbescherming voor de burger, althans de wederpartij van het bestuur. Voor een algemene beschrijving daarvan wordt naar het preadvies van M.A. Pach verwezen. Rechtsbescherming wordt in het kader van mediation niet beperkt opgevat, het recht wordt geplaatst in de bredere relatie tussen bestuur en burger, in het perspectief van een integer en behoorlijk bestuursoptreden. Soms is een conflict een uitvloeisel van wederzijds onbegrip, waarop het recht maar beperkt greep heeft. Dat neemt niet weg, dat die conflicten ernstig kunnen zijn. Voorts kan mediation een uitkomst bieden bij besluitvorming die een uitgebreid feiten- of belangencomplex beslaat, waardoor soms meer besluiten in samenhang moeten worden genomen.

Gaat er iets verloren bij conflictbehandeling langs de weg van mediation, met name doordat de functies van de bestuursrechter zouden kunnen worden beperkt? Of wordt erbij gewonnen, zodat er een alternatief voor de bestuursrechter in kan worden gezien en wel zodanig dat een wettelijke regeling te overwegen is?

1. Zie voor een bespreking van de rol van de rechter bij de rechtsvinding onder andere: E.S.G.N.A.I. van de Griend & B.W.N. de Waard, *Rechtsvinding, Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel van de Asser-serie (Asser-Vranken)*, Zwolle 1996, met name B.W.N. de Waard, *Door de bestuursrechtelijke bril gezien*, p. 83.

1.2 De controle op de overheid

De overheid heeft in de sociale-verzorgingsstaat een machtige positie verkregen.² Deze macht behoort te worden gecontroleerd, onder andere met het oog op de vraag of zij rechtmatig wordt uitgeoefend. Andere aspecten van het bestuursoptreden worden niet door de rechter, maar door anderen gecontroleerd, zij het eveneens partieel.³ De controle door de bestuursrechter kan bovendien alleen dan worden uitgeoefend wanneer zij wordt geactiveerd door de belanghebbende burger. Dat de taak een partiële is, doet echter aan het essentiële karakter ervan niet af. Om vele redenen wordt aangenomen dat het bestuur de adem van de rechter in de nek moet voelen. Voor het houden van een rechte rug heeft het bestuur de rechter nodig.⁴ Niet uit moreel opzicht alleen, maar ook uit een oogpunt van evenwicht van machten.

De controlerende aspecten van de functie van de rechter komen niet alleen tot uitdrukking in de voorliggende zaak, zij reiken verder. De functie van de rechter als controleur van het bestuur, behoort zich keer op keer te verheffen boven een enkelvoudig gelijk of ongelijk. Alleen daardoor kan de rechter zijn controlefunctie op het bestuur uitoefenen.

De wettelijke nadruk op de bevoegdheid om besluiten te toetsen en bij gegrondverklaring te vernietigen spoort met de oorspronkelijke functie van de bestuursrechter. De taak van de bestuursrechter was, in de grijze geschiedenis van het ontstaan van de rechtsbescherming, gericht op het controleren van de wettigheid van het bestuurlijk handelen. In de memorie van toelichting bij de eerste fase van de reorganisatie van de rechtspraak is beschreven hoe de visie op de taak van de bestuursrechter in de loop der jaren is gewijzigd.⁵ Zij heeft zich ontwikkeld van overwegend controle op het bestuur tot primair rechtsbescherming van de burger.

Naast deze vorm van controle zijn er andere vormen van controle effectief.⁶ Een daarvan kan een direct inzicht zijn in wat het handelen van het bestuur in concreto voor een burger betekent. Veel bestuurders zullen kunnen verhalen over wat de confrontatie met burgers betekent naar aanleiding van regeltoepassing in een bepaald geval.⁷ Cliëntgerichtheid is meer dan een slogan: het betekent zich kunnen verplaat-

2. Vergelijk ook Marieke M. Kaajan, *Mediation in het bestuursrecht. Mogelijkheden voor een wettelijke regeling*, AA 50 (2001), 2, p. 64-73, de laatste bladzijde.

3. Vergelijk A.F.M. Brenninkmeijer, *Het procesrecht als proces*, in: A.F.M. Brenninkmeijer, C.A. van Wijmen & J.H. Blaauw, *Harmonisatie van procesrecht bij integratie van rechtspraak*, Handelingen NJV 1991-I, Zwolle 1991.

4. Vergelijk P. van der Heijden, *It takes three to tango, Over de rechter en politiek*, Amsterdam 2000.

5. TK 1991-1992, 22 495, nr. 3, p. 34 e.v.

6. Vergelijk M.L.M. Hertogh, *Consequenties van controle*, Den Haag 1997.

7. Al is het maar het noemen van de naam: Gumus, Handelingen TK 1996-1997, p. 7248 e.v.

sen in de situatie van een bepaald individu.⁸ Ook dat kan tot bijstelling van het handelen van het bestuur leiden, wat natuurlijk weer niet mag leiden tot cliëntelisme.

Zou mediation op aanzienlijke schaal worden ingevoerd, dan dient te worden bezien of aan deze aspecten van de functie van de bestuursrechter niet tekort wordt gedaan. Op deze mogelijke schaduwzijden van mediation is meer dan eens gewezen.⁹ Tevens dient de mogelijkheid te worden opgehouden dat een open gesprek met burgers ambtenaren en bestuurders iets kan leren wat tot een herbezinning op de taak leidt, en wat ook een vorm van controle is.

1.3 Rechtsbescherming door de rechter

De reden waarom mediation wordt voorgesteld ligt vooral in de pretentie van een betere conflictbehandeling. De vraag moet dus worden bezien of, en zo ja, waarom deze wijze van conflictbehandeling een welkome aanvulling kan bieden op de bescherming in rechte die de bestuursrechter biedt.

Het oordeel van de rechter over een bestuurshandelen impliceert niet in alle gevallen dat daarmee het hem voorgelegde conflict werkelijk is beslecht. Op zichzelf is dat opvallend. De traditionele taak van de rechter is immers conflicten te beslechten.¹⁰ De taak van de rechter wordt daarmee gelegitimeerd. Legitimatatie kan worden verkregen door de wijze waarop wordt rechtgesproken en de waardering die daarvoor bestaat, zowel wat betreft de professionele waardering¹¹ als het voldoen aan de traditionele verwachting.¹²

Wat betreft de legaliteit voor de bestuursrechter kan worden opgemerkt dat de grenzen enerzijds strikt zijn getrokken, anderzijds heel ruim. De grenzen zijn strikt in de zin dat de bestuursrechter alleen op verzoek van een belanghebbende kan optreden en alleen een besluit mag beoordelen, behoudens uitzondering.

Door de grondslag van zijn bevoegdheid in de wet en de vrijheid die hem bij de wijze van toetsing wordt gelaten, kan de rechter verdergaande legitimatie verwerven door de wijze waarop hij rechtspreekt. In het algemeen wordt aangenomen dat er wel vertrouwen bestaat in de rechterlijke macht. Dat vertrouwen neemt echter niet weg dat er ook

8. In deze zin is ook de rede van J.C.M. Leijten, *We need stories*, Zwolle 1991, te begrijpen.

9. Onder andere door Roelf Stutterheim, *Informeel geschilbeslechting: Quo vadis*, NJB 1997, p. 1558.

10. Vergelijk M.S.E. Wulffraat-van Dijk, *Feitenonderzoek door de bestuursrechter*, Zwolle 1995, p. 10 e.v.

11. Vergelijk B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging*, Zwolle 1987.

12. W.A. Jacobs zet in 'ADR en consument', Deventer 1998, de verschillende verwachtingen en de wijze waarop conflicten door verschillende instanties moeten worden behandeld tegen elkaar af.

wel kritiek is.¹³ Deze zou kunnen samenhangen met de verwachtingen die de criticus van de rechtspraak heeft. Scherpe kritiek is bij voorbeeld geleverd door de werkgroep die het rapport inzake de juridisering van het bestuur opstelde.¹⁴ In dit rapport werd gesteld dat de rechter te vergaand toetst. Van een breed gedragen opvatting dat de rechter het bestuur bij zijn werk zou blokkeren, is echter niet gebleken.¹⁵ De aanwezige kritiek lijkt eerder te zijn ingegeven door de mate waarin de rechter rechtszekerheid biedt. Het vergt soms enkele procedures en dan doorgezet tot de hoogste rechter voordat duidelijk is welke wijze van besluitvorming door het bestuur ter uitvoering van bepaalde wettelijke regels door de rechter wordt toegelaten.¹⁶

Vanuit de burger, *pars pro* tot voor de wederpartij van het besluitende bestuur, lijkt er vooral behoefte te bestaan aan effectieve rechtspraak, in die zin dat het woord van de rechter de rechtsstrijd ook werkelijk beëindigt, zoals in de belastingrechtspraak doorgaans het geval is. Voorts lijkt de burger het op prijs te stellen dat wat hij zegt en waarvoor hij staat in de uitspraak wordt gewaardeerd. Niet in de zin dat de rechter het goed vindt, maar dat blijkt dat de rechter het heeft gehoord, het doorziet en kan plaatsen in relatie tot het bestuurshandelen. Naar deze aspecten is echter lang geen onderzoek gedaan en de uitspraken kan ik niet verder onderbouwen dan met wat mij is gebleken uit uitspraken van burgers en advocaten naar aanleiding van rechterlijk oordelen.¹⁷

Beslist de rechter alleen tot vernietiging van het besluit, dan is de rechtsstrijd niet beëindigd. Dat gebeurt pas nadat het nieuwe besluit formele rechtskracht heeft gekregen.¹⁸ Het kan echter ook zijn dat daarover opnieuw het oordeel van de rechter wordt gevraagd, waarna dezelfde gang moet worden gemaakt. Het is de rechter niet verboden om een finale voorziening te geven. Zou de rechter daar nu maar meer gebruik van maken.¹⁹ In dit opzicht is de doelstelling van mediation principieel verschillend: van een geslaagde mediation is alleen sprake indien het conflict de wereld uit is.

13. Zie voor een bespreking van de verschillende nuances daarvan: J.E.M. Polak, *De rechtsbescherming in het bestuursrecht in 2010: naar een poldermodel voor de rechtsbescherming*, NTB 2000, p. 55 e.v., onder andere het slot. Zie ook J.L.M. Gribnau, *Legaliteit en legitimiteit*, NTB 2001, p. 9 e.v. Op p. 14: Van rechterlijk activisme is geen sprake. Integendeel, men kan zich afvragen of de Hoge Raad niet veel te terughoudend is.

14. *Bestuur in geding*, rapport van de werkgroep onder leiding van J.A. van Kemenade, Haarlem 1997.

15. Vergelijk regeringsnota inzake juridisering.

16. Dat is bij voorbeeld af te leiden uit de kritiek op de jurisprudentie inzake de handhaving van het gedoogbeleid of het specialiteitsbeginsel.

17. Vergelijk J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak*, Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten, Deventer 2000.

18. Vergelijk B.J. Schueler, *Vernietiging en opnieuw voorzien*, over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen, Zwolle 1994.

19. Zo spoort N.S.J. Koeman de rechter aan in: *Effectieve en inhoudsvolle bestuursrechtspraak*, NTB 2001 1, p. 20.

Door velen wordt de taak van de rechter om de waarheid te achterhalen onderstreept. In dat licht wordt veelal de functie van het vooronderzoek, het deskundigenbericht en het min of meer contradictoire karakter van de zitting geplaast.²⁰ De taak om de waarheid te achterhalen is in beginsel omvangrijker dan het toetsen van het bestuursbesluit. Daartoe kan immers worden volstaan met het nalopen van de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot het nemen van het besluit en de beoordeling van de draagkracht van de motivering. Die feiten moeten wel juist zijn, maar behoeven niet de gehele waarheid te betreffen.

Men kan zich dan ook afvragen wat in bestuursrechtelijke gedingen waarheid is. Dat doet de bestuursrechter zelf ook wel, met name als hij de indruk heeft dat het 'echte' geschil niet de rechtmatigheid van het besluit betreft, maar de wijze waarop het is genomen. Dat gebeurt in gevallen waarin de burger maar niet kan begrijpen waarom het bestuur zo handelt als het doet, hij zich opzij gezet, gediscrimineerd of anderszins niet serieus genomen voelt. Deze waarheid betreft niet de juridische inhoud van het besluit als zodanig, maar is veeleer een kwestie van bejegening of communicatie. Deze ruimer opgevatte betrekking tussen burger en bestuur kan de rechter nauwelijks achterhalen, hoe ruim hij zijn taak eventueel ook opvat.

Wat hieruit naar voren komt, is dat zeker de hoogste bestuursrechter in zekere zin beperkt is bij het bieden van rechtsbescherming. Het veld lijkt te ongrijpbaar om in alle gevallen het 'echte' conflict te pakken. De zaak zou ook kunnen worden bekeken vanuit de gezichtshoek van de burger, en wel waarom hij niet krijgt waarop hij meent recht te hebben. Dat kan in mediation aan de orde komen.

1.4 Waarborgen in de rechterlijke procedure, rechtseenheid

De rechtsbeschermingprocedure is met waarborgen omgeven. Zou de taak van de bestuursrechter in een aanzienlijke mate door een andere vorm van geschilbeslechting, namelijk mediation, worden overgenomen, dan kan men zich afvragen of aan mediation vanuit de optiek van deze waarborgen dezelfde eisen moeten worden gesteld.²¹

De rechter behoort zijn uitspraken te motiveren. Zowel ter overtuiging van het bestuur is nodig dat de rechter zijn redenen uiteenzet, als ter legitimatie van het oordeel

20. Zie bijvoorbeeld: W. Faber, 90 jaren in beroep, Geschiedenis van de raden van beroep en de ambtenarengerechten, Zwolle 1992, onder andere p. 132 e.v.; B. van den Berg, Deskundigheid in het geding (diss. Utrecht), Den Haag 1999; maar niet door iedereen, zie bijvoorbeeld: E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, NTB 2000, p. 214 e.v.

21. Vergelijk A.F.M. Brenninkmeijer, Algemene beginselen van behoorlijke geschilbeslechting, in: M.V. Polak (red.), Geschilbeslechting naar behoren, Deventer 1998, p. 5 e.v.

van de rechter over het bestuurshandelen, als ten bewijze tegenover de belanghebbende dat er recht is gedaan. De motivering biedt de gelegenheid de betrokkenen uit te leggen waarom de rechter in hun zaak tot het gegeven oordeel is gekomen. Betrokkene heeft immers zijn eigen opvatting over recht en redelijkheid en zal mogelijksterwijs door een motivering van de rechter tot de constatering komen dat men in redelijkheid verschillend kan denken. De mogelijkheid tot inzicht in de redelijkheid van het systeem en de wijze waarop het is toegepast, wordt hem in ieder geval onthouden indien de motivering achterwege zou worden gelaten.²² Uiteraard kan men opmerken dat betrokkene wel het meest overtuigd van de redelijkheid van het systeem zal raken indien dat met zijn inzichten samenvalt en leidt tot een voor hem gunstig oordeel.

Het beginsel van de openbaarheid betreft de toegankelijkheid van de dossiers, de openbaarheid ter terechtzitting en de mondelinge en schriftelijke uitspraak.²³ Van dit beginsel wordt ook aangenomen dat het algemeen wordt onderschreven, met inachtneming van de vertrouwelijkheid die soms kan zijn geboden met het oog op de privacy of het staatsbelang.

Van de rechter wordt verwacht dat hij de rechtseenheid bevordert. Een dergelijk uitgangspunt berust op de gedachte van een objectief rechtsstelsel, waarin de oplossingen worden gevonden door de toepassing van regels.²⁴ Het relativeren van dit stelsel ten behoeve van de oplossing in individuele gevallen, met inachtneming van de beginselen van een objectieve rechtsvorming ('het mag niet te gek worden'), is reeds op veel plaatsen aan de orde gesteld.²⁵ Bij het zoeken van een aanvullende of betere standaardoplossing voor het overbruggen van tegenstellingen gaat het niet om het oprekken van de regels, maar om het vinden van oplossingen die passen bij het probleem zoals dat uiteindelijk in overleg tussen partijen kan worden geformuleerd. Stelt men conflictoplossing voorop, dan relateert dat de werking van het objectieve recht. Deze uitkomst is niet verrassend. De regels die het objectieve recht vaststellen, zijn immers ook niet zonder meer een weergave van het absolute goede.²⁶

Andere waarborgen zijn gelegen in de beginselen van onafhankelijkheid, onpartijdigheid, deskundigheid, van hoor en wederhoor, de gelijkheid van partijen, fair procedure en de termijnen.²⁷ Deze beginselen zijn zonder uitzondering fundamentele beginselen.

22. Vergelijk voor functies van motivering: E.T. Feteris, *Redelijkheid in juridische argumentatie*, Zwolle 2000, met name p. 233 e.v.

23. Vergelijk M.F.J.M. de Werd, *De openbare uitspraak. Reconstructie van een verwaarloosd leerstuk*, NJB 2001, p. 67 e.v.

24. Vergelijk M.W. Hesselink, *Wat is recht?*, NJB 2000, p. 2032.

25. E.M.H. Hirsch Ballin in: *De Hoge Raad herdacht*.

26. Vergelijk ook Van Roermund, a.w., p. 86.

27. B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging*, Zwolle 1987; A.G. van Galen & H.Th.J.F. van Maarseveen, *Beginselen van administratieprocesrecht*, VAR LXXXII, Alphen aan den Rijn 1978.

Deze zullen vaak hetzelfde zijn voor een rechter en een mediator, waaraan niet afdoet dat er ook verschillen kunnen zijn die het gevolg kunnen zijn van zowel de inhoud van een geschil als de eisen die aan rechtspraak over bestuursgeschillen moeten worden gesteld.²⁸

Bij een substantiële toename van mediation, waarbij mediation een deel van de taak van de bestuursrechter overneemt, dient te worden gezien in welke mate de procedure van mediation aan deze eisen voldoet dan wel het niet voldoen daaraan kan worden gecompenseerd doordat er sprake is van andere waarborgen.

1.5 Handelingen van het bestuur

Slechts een deel van de bestuurshandelingen kan door de belanghebbende burger aan de bestuursrechter worden voorgelegd.

Tussen deze handelingen, doorgaans besluiten, bestaan wel weer onderling grote verschillen. Het kan een enkele handeling of besluit betreffen, waarover aan beide kanten van geen of geen belangrijk verschil blijkt. Er kan ook van een langer lopende relatie sprake zijn, waarin overleg eventueel vanzelfsprekend is. In veel gevallen kan een handeling uiteindelijk worden teruggebracht tot of worden toegerekend aan een besluit. In dat geval is er beroep op de bestuursrechter mogelijk.

Ingeval een handeling niet met een besluit is verbonden, staan er andere procedures open bij een blijvende klacht vanuit de burger, zoals het klachtrecht krachtens de Algemene wet bestuursrecht of een beroep op een ombudsman.

Mediation is niet beperkt tot een bepaalde vorm van handelen van het bestuur, maar kan bij elke vorm van handelen worden ingezet. In die zin vormt mediation niet alleen een alternatief voor de bestuursrechter, maar ook voor andere mogelijke procedures. Het feit dat mediation niet een beperkte toegang kent, impliceert bovendien het voordeel dat een conflict niet hoeft te worden gejuridificeerd voordat aan de oplossing ervan kan worden begonnen. Voor mediation is nodig dat partijen over een conflict willen spreken en de kosten daarvoor willen en kunnen betalen.

1.6 Afdoening door anderen dan de rechter, mediation

Bij de vraag of er alternatieven moeten zijn voor de bestuursrechter bij de conflictbeslechting moet naast de effectieve rechtsbescherming in het gegeven geval, steeds de

28. Vergelijk J.M. Barendrecht & E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling*, Den Haag 2000, p. 6.

vraag aan de orde komen wat de verdergaande betekenis van de uitspraak van de rechter is in het rechtsstatelijke bestel.

Het uitgangspunt van een zo goed mogelijke individuele rechtsbedeling en dat van de openbare functie van de rechter in het staatsbestel kunnen mogelijkwijze tegenover elkaar komen te staan. De overwegingen, gericht op het vinden van alternatieven, komen voort uit de wens tot het vermijden van een conflictueuze relatie dan wel het verbeteren van de betrokken relatie, het vinden van een oplossing ten gronde en het weghouden van conflicten bij de rechter die er eigenlijk niet horen en daardoor het verminderen van het beroep op de rechter, met een positief gevolg voor de werklast van het bestuur en de rechter.²⁹

De directe eisen vanuit artikel 6 EVRM brengen met zich dat de gang naar de rechter de burger niet kan worden onthouden, indien het geschil burgerlijke rechten of een strafsancie betreft.³⁰ Minst genomen zullen dus eisen moeten worden gesteld aan de wijze waarop voor het volgen van een alternatieve weg wordt besloten.

De Nederlandse bestuursrechter is bovendien van oordeel dat het recht van bezwaar en beroep van openbare orde is, zodat een overeenkomst waarin afstand is gedaan van het beroep op de rechter niet in de weg kan staan aan een ontvankelijk beroep op de rechter.³¹ Naar positief recht is de rechter derhalve onmisbaar.

In de literatuur zijn wel argumenten opgeworpen om het oordeel van de rechter dat overeenkomsten over de toegang tot de rechter ontoelaatbaar zijn, te mitigeren.³² In het algemeen is immers wel toegelaten dat partijen ervoor kiezen hun conflicten op een andere manier dan via een proces voor de rechter op te lossen, men denke bijvoorbeeld aan arbitrage. Waarom zou dat nu niet mogelijk zijn indien de handeling die aan het conflict ten grondslag ligt een besluit is? De bijzondere positie waarin deze categorie handelingen komt te verkeren, is niet goed te verklaren. Zeker niet als men bedenkt dat het bestuur soms hetzelfde effect langs een andere weg kan verkrijgen. De jurisprudentie van de bestuursrechter in deze zou beter in de algemene rechtsdogmatiek passen indien de rechter van geval tot geval zou beoordelen of een overeenkomst over het beroepsrecht toelaatbaar zou zijn. De beperking in het beroepsrecht kan in geen geval zo ver gaan dat het recht dat de burger krachtens artikel 6 EVRM toekomt, zou worden beperkt.³³ In dat licht zou moeten worden bezien hoe een eventueel beroep op de rechter mogelijk zou moeten worden gemaakt.

29. Een voordeel dat niet alleen in Nederland wordt gesignaleerd, vergelijk Ernest Gellhorn & Ronald M. Levin, *Administrative Law and Process*, West group 1997, p. 161.

30. Vergelijk H. Simon, *Bestuursrecht en mensenrechten*, NJB 1999, p. 1187.

31. Vergelijk I.C. van der Vlies & R.J.M.G. Widdershoven e.a., *Bestuursgeschillen, een onderzoek naar de beslechting van interbestuurlijke geschillen*, Zwolle 1999, met name het derde hoofdstuk.

32. Vergelijk D.A. Lubach, *Beleidsvereenkomsten*, Deventer 1992, p. 165 en S. Pront-van Bommel, *Afstand van beroep op de administratieve rechter*, NTB 1993, p. 182 e.v.

33. Genuanceerder is de HR in belastingzaken, zie: R.H. Happe, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming*, Deventer 1996, p. 214, onder andere HR 18 december 1991, BNB 1992, 133.

Binnen die grenzen is te verdedigen dat partijen ervoor mogen kiezen zelf een conflict op te lossen en daarvoor niet naar de rechter te gaan. De weg naar de einduitspraak van de bestuursrechter is de langste om een einduitspraak te krijgen, die dan onder omstandigheden weer niet een einduitspraak is. Voor het kiezen van die weg dienen dus goede redenen te kunnen worden aangewezen. Zo'n reden lijkt er niet te zijn indien wat aan de bestuursrechter wordt voorgelegd in wezen een conflict is dat beter langs een andere weg kan worden opgelost, zoals de conflicten die een bejegening, de belangenafweging of de communicatie betreffen.

Maar zelfs indien een conflict wel een besluit betreft, is niet goed in te zien waarom de bestuursrechter radicaal afwijzend is jegens overeenkomsten, die mede afstand van een beroep op de bestuursrechter behelzen. De jurisprudentie van de Hoge Raad is wat dat betreft op twee punten verschillend. Voor wat betreft de arbitrageovereenkomst en de vaststellingsovereenkomst, ligt daarvoor een grondslag in de wet.³⁴ Zij worden marginaal getoetst. In andere gevallen gaat de Hoge Raad na in hoeverre de rechtsgang met waarborgen is omkleed. Deze twee punten bieden de gelegenheid om precies na te gaan in hoeverre de afstand zorgvuldig is gedaan en in hoeverre de procedure die daarvoor in plaats is gekomen met waarborgen is omkleed.

De mate waarin de rechter zijn functie als bezorger van gelijkheid en verzorger van rechtmatigheid kan vervullen is dus beperkt, maar zou indien de afdoening via mediation in kwantiteit zou toenemen verdergaand kunnen worden beperkt.

De bestuursrechter is weliswaar niet een monopolie op het oplossen van geschillen tussen burger en overheid verleend, noch bij juridische geschillen noch bij andere conflicten.³⁵ Wel moet bij een eventuele beperking van zijn taak, hetzij materieel, hetzij formeel, ervoor worden gezorgd dat de functie van de rechter bij de rechtstoepassing door het bestuur en zijn taak bij de rechtsvorming in het algemeen wordt gewaarborgd. Indien de bestuursrechter een beroep tegen een vaststellingsovereenkomst ontvankelijk acht en beoordeelt, kan hij zelf daarvoor de criteria ontwikkelen die bepalen of de procedure die heeft geleid tot de uitkomst met zorg en terecht is gekozen, of zij met de nodige waarborgen is omkleed en of de uitkomst past binnen het bestuursrecht.

1.7 Criteria voor de keuze

Invoering van mediation als een formeel alternatief vergt selectiecriteria: wanneer de rechter, wanneer de mediator? En in het verlengde daarvan wellicht criteria voor de keuze tussen de Nationale ombudsman en de mediator.

34. Zie A.F.M. Brenninkmeijer, *Tijdige geschillenbeslechting zonder rechter: ADR en tijdigheid van rechtspraak*, *Trema* 1999, 10a, p. 42 e.v., met name p. 43.

35. Zoals gebruikt door onder andere John Griffiths, *Legal pluralism and the social working of law*, in: P.W. Brouwer e.a. (red.), *Coherence and conflict in law*, Deventer/Zwolle 1992, p. 155, p. 109 e.v.

Bij de ontwikkeling van het project in Zwolle is geëxperimenteerd met de criteria voor de selectie van zaken die via mediation zouden worden behandeld en niet, in ieder geval niet rechtstreeks, bij de rechter.³⁶ Aanvankelijk toetste de selecteur aan de hand van tien punten, zoals aard van de relatie, belang van snelheid, kosten, deskundigheid. Na verloop van tijd werd het aantal criteria teruggebracht tot zes, die vooral betrekking hadden op de vraag of het om een juridisch geschil ging dan wel er andere factoren in het spel waren, de onderhandelingsmogelijkheid en de vraag of partijen voor zichzelf zouden kunnen opkomen. Ten slotte werden er in 1999 nog twee criteria gehanteerd:

- Is er enige onderhandelingsruimte dan wel keuzevrijheid?
- Is er reden om aan te nemen dat het geschil zijn belangrijkste oorzaak vindt in inadequate of verstoorde communicatie, of in als onheus ervaren bejegening?

Daarnaast werd in 1998 een proef gestart die de keuze geheel aan partijen overliet en was er dus alleen sprake van zelfselectie.

Deze criteria zijn van praktische aard en zijn toegesneden op de selectie van individuele gevallen. Daarnaast zou men kunnen overwegen naar criteria te zoeken die meer per juridische categorie selecteren. Zo werd bijvoorbeeld ook in Zwolle een zaak die corruptie of fraude betrof niet naar de mediation verwezen.

De aard van de criteria maakt reeds duidelijk dat de vraag of er een toegang tot mediation is, niet aan de hand van een juridisch criterium wordt gemaakt, maar aan de hand van de vraag of tegenstellingen kunnen worden overbrugd.³⁷ Het accent wordt meer gelegd op de vraag hoe in een bepaald geval de beste oplossing voor partijen kan worden gevonden. Het subjectieve karakter van de conflictbeslechting staat voorop.

Door conflictbehandeling en toepassing van regels tegenover elkaar te plaatsen, wordt een verheldering bereikt van de gezichtspunten: gaat het om de burgers of gaat het om de toepassing van de regels? Deze tegenstelling is natuurlijk niet zo scherp. In het ideale geval leren bestuur en rechter van de conflictbehandeling en passen dat in volgende casus toe, terwijl het bestuur de lessen ook in regels kan verwerken.

Mediation is een vorm van conflictbehandeling; de procedure voor de rechter leidt in beginsel tot geschilbeslechting aan de hand van regels.³⁸ Bezien wordt hoe mediation past in het systeem van de rechtsbescherming aan de hand van vragen als:

36. Vergelijk C.L.B. Kocken, Verwijzing naar Mediation, Een onderzoek betreffende de verwijzing van partijen naar mediation bij de sector bestuursrecht van de rechtbank Zwolle, juni 2000, p. 17 e.v.

37. Vergelijk Bert van Roermund, Recht, verhaal en werkelijkheid, Bussum 1993, p. 106 e.v.

38. Zie voor een behandeling van overeenkomsten en verschillen voor- en nadelen, onder andere: Mediation, the alternative?, Conferencebook, Amsterdam, maart 1998, Den Haag, Ministerie van Justitie, 1999.

- Wat zijn de waarborgen in de rechtspraak die niet mogen worden gepasseerd?
- Hoe verhoudt zich wat de rechter kan doen tot wat tussen burger en bestuur reeds gangbaar is?
- In welke fase kan mediation worden toegepast?

In dit preadvies ga ik ervan uit dat er in de verschillende stadia waarin het bestuur en de burger met elkaar te maken hebben een verschil van mening kan ontstaan dat soms aanleiding kan zijn voor het groeien van een conflict.³⁹ Bestuur en burger kunnen uit eigen beweging een mediator inschakelen, in welke fase van de besluitvorming of het proces van de rechter dan ook. Er kan worden overwogen op meer structurele basis mediation aan te bieden.

39. Zie voor een algemene beschrijving van de waarde van overleg tussen burgers en bestuur: Mark H. Moore, *Creating public value*, Harvard University press, Engeland, 4e druk 1998, met name p. 180 e.v.

2 Karakteristieken van geschillen

Zou mediation zinnig, mogelijk en geoorloofd zijn bij alle vormen van bestuur?

Voor het vinden van karakteristieken van geschillen met het bestuur kunnen verschillende ingangen worden genomen: routinematig of niet, partijen (het soort bestuursorgaan, de soorten burgers), wettelijke regels (structuur, beleidsgebied).

Hier volgt een kleine verkenning van bestuurlijk handelen, om te bezien hoe de optie van mediation zou kunnen uitpakken.

2.1 Besluitvorming

Confectie of maatwerk

Besluiten kunnen routinematig worden genomen, dat wil zeggen zonder enig contact van betekenis met de aanvrager of de getroffen en.

In de gevallen waarin het bestuur niet routinematig beslist, kunnen zich verschillende visies op het te nemen besluit voordoen. Hiermee is in beginsel de kiem voor een conflict gelegd, maar zeker niet elk verschil van inzicht behoeft daartoe te leiden. Het is immers het vergaren van de verschillende inzichten en die in relatie tot elkaar plaatsen, dat tot een goed besluit kan leiden.

Bij principiële meningsverschillen kan het proces van inventariseren en afwegen ingewikkelder zijn. Het verschil kan voortkomen uit een andere visie op belangen, bijvoorbeeld het algemene belang, zoals de afweging tussen milieu- en economische belangen. Het kan voortkomen uit een eigen belang van de burger, bijvoorbeeld inzake de visie op de noodzakelijke kosten van het bestaan of de noodzaak een bepaalde opleiding te volgen. Voor de verschillende gebieden in het recht kunnen de kleureringen verschillend zijn. De conflicten op het terrein van de ruimtelijke ordening dragen veelal een politieke kleur, maar ook andere conflicten kunnen een op het algemeen belang gerichte lading hebben. Te ingewikkeld voor mediation? Of biedt dat juist een manier om te ordenen?

Besluiten als die over huursubsidie worden routinematig genomen. Er is doorgaans geen contact over het voorgenomen besluit. Iemand die meent dat zijn geval bijzonder is, kan dat in beginsel in de bezwaarprocedure aan de orde stellen. Dit wordt wel het piep-systeem genoemd. Makkelijk genoeg voor mediation, of juist te talrijk en te routinematig?

Bevoordelend, belastend, straffend

In de wereld van de subsidie is overleg en het exploreren van de mogelijkheden naar aanleiding van een aanvraag niet ongebruikelijk. In het kader van vergunningverlening wordt ook veel overleg gevoerd. Dat kan betrekking hebben op de vaststelling van de feiten, bijvoorbeeld ook die inzake de mogelijke werking van technische apparatuur, op de onderhandeling over belangen of op de interpretatie van regels.

Belastende besluiten, zoals de intrekking van vergunningen, zijn vaak gericht op het doorvoeren van een correctie, hetzij in het gedrag van de vergunninghouder, hetzij in het beleid. Over dergelijke voorgenomen besluiten wordt overleg gevoerd.

Bij straffende besluiten moet wellicht de grootste aarzeling bestaan of conflicten daarover langs de weg van mediation zouden moeten worden opgelost. Dat kan zijn omdat het bestuur een bepaald gedrag op grote schaal wil ontmoedigen. Het gaat dan niet zozeer om individuele gevallen, maar om een lijn die aan de hand van individuele gevallen wordt uitgezet. Het signaal dat daarover overlegd kan worden, kan dan in de ogen van het bestuur een contra-indicatie inhouden.

Een contra-indicatie voor mediation vanwege gevoeligheid van de materie of de signaalfunctie kan zich voorts voordoen bij fraude of corruptie. Mediation heeft nu eenmaal een vertrouwelijk karakter. Het feit alleen dat een dergelijke kwestie vertrouwelijk wordt behandeld, hoe goed en grondig dit ook zou gebeuren, kan een verkeerde indruk vestigen.

De mogelijkheid dat de wijze waarop wordt gestraft in mediation wordt vastgesteld, moet wellicht, gelet op de grote gelijkens, tezamen met de mogelijkheden in het strafrecht worden bekeken.

Voorzover partijen reeds in een privaatrechtelijke verhouding tot elkaar verkeren, zijn er geen beletselen voor de toepassing van mediation, eindigend in een vaststellingsovereenkomst.⁴⁰

40. Zo ook, bijvoorbeeld: G.H. Addink, A.J. Fioole & P. Kort, Bemiddeling in bestuursrechtelijk perspectief: een voorstel voor een wettelijke regeling, NTB 2000, p. 119 e.v., vide p. 126, die ook voorstellen voor financieel publiekrechtelijk bestuursoptreden mediation mogelijk te maken.

2.2 Partijen

Bestuur

Het bestuur is in de hier te bespreken vormen van conflictbeslechting steeds een van de partijen. Het bestuur kent veel organen. De ene bestuursinstelling is beter georganiseerd dan de andere. Sommige gemeenten zijn goed gestructureerd en kennen een op de burgers gerichte benadering; bij andere is dat minder het geval. Bij sommige wordt de kennis goed op peil gehouden, bij andere minder. Gespecialiseerde bestuursorganen als de NMA of instellingen waaraan gemeenten ten behoeve van een gespecialiseerde taak bepaalde bevoegdheden hebben gedelegeerd zoals op het gebied van de sociale uitkeringen, kunnen een eigen stijl ontwikkelen.

De omvang van het bestuur kan een aparte factor zijn. Dat speelt bijvoorbeeld op gemeentelijk niveau. Een bestuur in een kleine gemeente heeft doorgaans meer kennis over de feitelijke situatie en de betrokken belangen. Het beschikt daardoor in beginsel over meer inzicht in de oplossingsmogelijkheden en maakt daarvan ook gebruik.

Belanghebbende

Ook aan de kant van de belanghebbenden zijn er grote verschillen. De wederpartij van het bestuur kan een eenzame burger of een internationaal opererende onderneming zijn. Dit verschil is merkbaar in de wijze waarop de belanghebbende kan worden en daadwerkelijk wordt bejegend. Een verschil in bejegening kan voortkomen uit het grote verschil tussen mensen en instellingen als belanghebbenden, maar ook uit het verschil in de wijze waarop burgers handelen. De een zal direct bij het bestuur aan de bel trekken indien hij de informatie die wordt gevraagd opmerkelijk vindt en zo wellicht in een vroege fase een mogelijke vergissing voorkomen, de ander zal alles doen wat er wordt gevraagd en pas nadat het besluit genomen is, constateren dat er iets is misgegaan. Deze burger kan voor de correctie van het genomen besluit niets anders doen dan een bezwaarschriftprocedure starten. Bij de voorbereiding van besluiten kunnen geschillen gewoon onderwerp van onderhandeling zijn, ze kunnen uit de weg worden geruimd en ze kunnen blijven bestaan. Alleen de laatste komen bij de rechter.

Groepen

Voorts kan een verschil in hoofdzaak de relatie tussen het bestuur en een burger of een groep van burgers met parallelle belangen betreffen; maar ook het bestuur en burgers of groepen van burgers met tegengestelde belangen.

Een geschil met meer partijen is naar zijn aard lastiger op te lossen. Dat wil niet zeggen dat het bestuur zonder overleg met partijen zou moeten beslissen. Overleg kan zijn aangewezen om zoveel mogelijk tegenstellingen uit de weg te nemen en te zien wat er in overeenstemming kan worden bereikt. Ook indien overleg niet slaagt in de zin dat er volledige overeenstemming wordt bereikt, kan er sprake zijn van een goede voortgang in de besluitvorming.

Op het terrein van de ruimtelijke ordening en het milieu bestaat veel ervaring met alternatieve vormen van bestuur. Er zijn op deze terreinen in hoog tempo regels gemaakt die gevolgen hadden voor het dagelijks handelen van velen. Op dit terrein bestaan eenvoudige onderhandelingen van burger en bestuur inzake kleine bouwvergunningen, maar ook complexe onderhandelingsituaties met complexe partijen en partijbelangen.

Advocaten

De rol van advocaten wordt verschillend gewaardeerd. Inschakeling van advocaten kan leiden tot verharding van het conflict, maar advocaten die op bemiddeling zijn ingesteld kunnen ook ervoor zorgen dat een conflict niet bij de rechter komt. De laatste soort advocaten worden wel eens als 'zacht' ervaren; de eerste als processtijgers. Uit een onderzoek uit Duitsland is gebleken dat de wettelijke beloningsstructuur invloed heeft op de wijze waarop advocaten hun beroep uitoefenen. Wordt het voeren van een proces door de overheid beter betaald dan het streven naar een vergelijk, dan wordt er meer tot het voeren van een proces besloten.

De rol van advocaten wordt vaak nog gezien als het voeren van processen. Al te vaak worden zij pas dan ingeroepen indien partijen denken dat het tijdstip voor het voeren van een juridische procedure is aangebroken. Een advocaat die tijdig wordt aangezocht om te bezien of het conflict bij de rechter kan worden weggehouden, verkeert van meet af aan in een andere positie. Ook buiten mediation kan op een bemiddelende rol van een advocaat worden aangedrongen.

Overigens wordt juist voor de balans in de verhouding tussen de partijen bij mediation vaak verwacht dat de burger zich door een advocaat laat bijstaan. Dit kan voor een advocaat een tijdrovende bezigheid zijn. Dat impliceert dat advocaten die niet door hun cliënt worden betaald maar op vergoeding van rechtsbijstand zijn aangewezen, minder enthousiast zouden kunnen zijn voor het volgen van deze procedure.

2.3 De wettelijke regels

Structuur

De aard van wettelijke regels kan, afgezien van de inhoud ervan, van belang zijn bij de bepaling van de karakteristieken van het geschil. Introductie van nieuwe regels gaat vaak

gepaard met een piek in het beroep op de rechter. Dat kan zijn omdat belanghebbenden moeten wennen aan een nieuwe regel, of omdat de interpretatie ervan moeilijkheden oplevert. Partijen wachten dan op duidelijkheid van de hoogste rechter.

Op verzoek van het ministerie van Justitie is onderzoek gedaan naar de mate waarin regels conflicten opwekken.⁴¹ Een van de uitkomsten van het onderzoek was dat regels met een duidelijke norm minder conflicten opwekken. De burgers weten dan dat er nauwelijks kans op succes is. Het is een keuze: het creëren van confectie-uitspraken kan voordelen boven maatwerk opleveren, doordat het bestuur als geheel beter functioneert en overzichtelijker is. Het kan toch noodzakelijk zijn te bezien of bepaalde individuen niet te zeer aan de negatieve kant van een routinematig beslissende overheid terecht kunnen komen.

Wettelijke regels kunnen meer of minder ruimte laten voor een individuele benadering. Dat kan het gevolg zijn van de detaillering in de normen, een duidelijk algemeen verbod, een beperkte of ruime beleidsvrijheid voor het bestuur, de aanwezigheid van een antihardheidsclausule of een duidelijke stellingname in de toelichting. Of de aanwezige ruimte om op maat gesneden oplossingen te bieden goed wordt benut, hangt zowel van de burger als het bestuur af.

Er kan ook sprake zijn van een samenloop van regels over vergelijkbare onderwerpen. Bij scholingsuitkeringen kunnen bijvoorbeeld verschillende regels een rol spelen. Ambtenaren die de regels toepassen, kunnen allen, zonder dat zij het van elkaar weten, van oordeel zijn dat een bepaald feitencomplex niet onder een bepaalde regeling hoort. Zo kan een samenloop er oorzaak van zijn, dat iemand net steeds van een uitkering wordt uitgesloten, terwijl globaal gezien hij wel voor een uitkering in aanmerking zou moeten komen.

Beleidsgebieden

Ook de aard van het geregelde onderwerp kan van invloed zijn op de wijze waarop een conflict wordt opgelost. Bij het opleggen van onroerendezaakbelasting ligt het accent op regeltoepassing en een zo groot mogelijke gelijkheid. De vennootschapsbelasting is minder goed uniform toe te passen, omdat de gevallen onderling sterk verschillen. In dergelijke gevallen is er ruimte voor onderhandeling. De details daarvan komen niet naar buiten: daar zijn de inspecteur en de belastingplichtige (of zijn deskundige vertegenwoordiger) beiden niet mee gediend. Het gaat hier om een professioneel veld, van beide kanten. Hetzelfde kan worden opgemerkt over de mededinging. De rechter wordt alleen ingeschakeld als het om ingewikkelde juridische kwesties gaat, dan wel de aanvrager belang heeft bij uitstel. Bij mogelijke kwesties laat de Nederlandse Mededingings-

41. H.R. Schimmel & G.J. Veerman, Over regels en appel. De conflictopwekkendheid van artikel 57 AAW, WODC-rapport 102, Arnhem 1990.

authoriteit een brief uitgaan met het eigen standpunt. Dat is veelal aanleiding om een advocaat in te schakelen voor professioneel overleg.

Bij de sociale zekerheid gaat het in beginsel om normen van de parlementaire wetgever. De toepassing kent echter wel lokale gewoontes. Hoewel wat partijen betreft er eigenlijk geen beletsel is om in dergelijke gevallen mediation toe te passen, is het niet gebruikelijk, althans wordt het niet naar buiten gebracht, dat conflicten langs de weg van bemiddeling worden opgelost (anders dan de mediation in Zwolle). Kennelijk vrees men hier de precedentwerking.⁴²

Bij beschikkingen inzake het verblijf van vreemdelingen in Nederland is er onderhandelingsruimte, maar deze kan minder goed worden benut. Vreemdelingen die niet over vaardigheden of middelen beschikken die voor Nederland van algemeen erkende waarde zijn, hebben weinig in te brengen.

Bij de toepassing van het kiesrecht is er weinig onderhandelingsruimte omdat de beschikkingen in het algemeen rechtstreeks uit de wet volgen, indien de feiten eenmaal zijn vastgesteld. De feiten zijn in het algemeen eenvoudig vast te stellen.

Er zijn lokale verordeningen inzake het parkeren van fietsen of het buiten plaatsen van vuilniszakken, en die zijn te handhaven door bedreiging met een dwangsom.

De beleidsgebieden laten zich dus nader karakteriseren in de marges die het bestuur en de burger hebben om nader tot elkaar te komen. Soms gaat het alleen maar om eenvoudige wetstoepassing, soms gaat het naar zijn aard om een compromis waarbij burger en overheid elkaar zo goed mogelijk moeten vinden. Het wezenlijke geschil ligt dan veelal niet in de toepassing van wettelijke regels, maar in de belangencomplexen en de appreciatie van de feiten.

Dergelijke verschillen in beleidsterreinen brengen met zich dat reeds nu een groot verschil kan worden aangetroffen in de wijze waarop conflicten worden afgedaan.^{43, 44}

2.4 Type gebreken

Wanneer we ons richten op het type gebreken dat kan kleven aan handelingen van het bestuur, treden er weer andere aspecten naar voren. Soms is er sprake van slordigheden.

42. Vergelijk ook A.T. Marseille, *Voorspelbaarheid van bestuurshandelen*, Deventer 1993.

43. Vergelijk A.J. Hoekema e.a. (red.), *Integraal bestuur. De behoorlijkheid, effectiviteit en legitimiteit van onderhandelend bestuur*, Amsterdam 1998; Boudewijn de Waard (red.), *Negotiated Decision-making*, Den Haag 2000 en de daarin aangehaalde literatuur voor de beschrijving van casus waarbij overleg is gevoerd.

44. Dat ligt vermoedelijk anders op het terrein van het privaatrecht, waar wellicht wel voor enkele grotere gebieden de oorzaken van de conflicten goed kunnen worden weergegeven, vergelijk bijvoorbeeld Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller, a.w., p. 41.

Te denken valt aan data als geboortedatum, huwelijksdatum, datum van een schoolexamen en dergelijke, of aan de weergave van een naam. In zulke gevallen is het eigenlijk misleidend om van een conflict te spreken. Het gaat om een eenvoudige feitenvaststelling. In zulke gevallen is rechter noch mediation een gewenste reactie. Men moet dan eerder interne systemen ontwikkelen die dergelijke misslagen voor het grootste deel voorkomen of snel en eenvoudig kunnen herstellen. Op gemeentelijk niveau kan dan worden gedacht aan de inrichting van stadskantoren; bij landelijk werkende organen kan worden gedacht aan lokale diensten, althans kleinere eenheden.

Dat neemt natuurlijk niet weg dat zich kan voordoen dat het bestuur blijft weigeren dergelijke gegevens correct in te voeren of de burger blijft weigeren ze te verstrekken. Dan wordt het een kwestie van bejegening of slechte communicatie. In zo'n geval is mediation niet uitgesloten.

Doordat het verkeer tussen burgers en bestuursorganen wordt geregeerd door een groot aantal regels met formele voorschriften, kunnen procedurefouten voorkomen. Aanvragen moeten voor een bepaalde termijn worden gedaan, onder overlegging van bepaalde bewijzen of stukken, en daarbij kunnen financiële en andere eisen worden gesteld. Een aanvraag die niet strookt met vastgelegde eisen kan buiten behandeling worden gelaten, behoudens waar het reparabele gebreken betreft, die kunnen worden hersteld (artikel 4:5 Awb).

Of burgers worden gehouden aan procedurele voorschriften, hangt vaak af van de behandelende ambtenaar. Komt de zaak eenmaal voor de rechter, dan kan de rechter vaak niet anders meer dan de burger op het eigen falen wijzen en het besluit in stand laten. Ook nalaten van de kant van het bestuur leidt echter vaak tot instandlating van het besluit. Ook de rechter kan het schenden ervan namelijk pardonneren (artikel 6:22 Awb). Besluiten kunnen bijna niet stuk.

De vraag kan worden gesteld of de positie van bestuur en burger in de mediation procedure wat dit betreft dezelfde zou zijn als voor de rechter.

2.5 Soort handelingen

In de voorgaande paragrafen zijn verschillende soorten handelingen van het bestuur aan de orde gekomen: zowel feitelijke als rechtshandelingen. Niet besproken zijn de privaatrechtelijke rechtshandelingen, die, gelet op het onderwerp van het preadvies, ook verder niet aan de orde komen. Voor de mogelijkheden die mediation biedt, maakt het niet uit welke soort handelingen het betreft.

Mediation behoeft ook niet het geheel van een eventuele rechtsbetrekking te betreffen. Het is goed mogelijk dat men bepaalde delen van de rechtsbetrekking aan een mediator voorlegt, al is het maar een kwestie waarvoor een zekere expertise is vereist of een zekere berekeningswijze.

Sommige zaken lenen zich minder goed voor rechtspraak, zoals die inzake bejegening. De rechter kan eventueel wel uitspreken dat iemand niet fair of minachtend is bejegend, maar zal dat zelden tot zijn taak rekenen. De onderzoeksbevoegdheden en de deskundigheid van de rechter zijn daarop niet toegesneden. Bovendien wil een dergelijke uitspraak lang niet altijd helpen. Een ambtenaar of bestuurder die te horen krijgt dat zijn optreden niet correct is, kan bij zichzelf denken dat de rechter er niets van begrijpt, niet weet wat het bestuur elke dag meemaakt en vervolgens voortgaan op dezelfde manier. Mediation biedt in dit opzicht veel meer mogelijkheden tot een oplossing die verder gaat dan die ene kwestie.

2.6 Passende geschilbeslechting

Voor de vraag of een geschil aan een bestuursrechter kan worden voorgelegd, spelen de voorgaande onderscheidingen geen rol. Voor de toegang tot deze rechter is slechts van belang of het geschil uiteindelijk als een geschil inzake een besluit kan worden gezien. Dat is nu eenmaal, behoudens in het ambtenarenrecht, zo geregeld.⁴⁵

Poogt men met de voorgaande factoren in het hoofd te bepalen welke geschillen nu langs welke weg het beste kunnen worden opgelost, dan kan men in ieder geval zeggen dat de principiële juridische geschillen de weg naar de rechter moeten vinden.

Van vele andere geschillen kan men opmerken dat die zich niet in de primaire besluitvorming als geschil manifesteren. Slordigheden of misverstanden zullen veelal pas aanleiding tot een geschil geven bij ontvangst van een nadelig besluit door de belanghebbende.

Beziet men deze factoren, dan lijkt het voor de hand te liggen met mediation in de fase van de primaire besluitvorming terughoudend om te gaan. Blijken er echter bijvoorbeeld uit klachten of procedures bij de Ombudsman veel problemen in een bepaald gebied of met een bepaalde afdeling te zijn, dan kan dat aanleiding vormen om in een aantal gevallen tot mediation bij de primaire besluitvorming over te gaan.

Bij bepaalde beleidsgebieden kan er aanleiding zijn direct tot mediation over te gaan, namelijk als het om complexe belangen gaat.

45. Voor de toegang tot de burgerlijke rechter is die weliswaar tamelijk ruim, er hoeft alleen maar te worden gesteld dat er een vordering is, maar dat doet niet af aan het beginsel.

3 Vormen van geschilbeslechting en conflictbehandeling

3.1 Overlegcultuur

Er wordt in Nederland reeds veel overlegd en onderhandeld. Kan nu worden gezegd dat er nog een vorm van overleg moet worden geïntroduceerd of dat de verdere invoering daarvan moet worden gepropageerd?⁴⁶ Zo gesteld leidt de vraag bijna automatisch tot een ontkenning: er wordt genoeg gepraat, er moet ook maar eens worden besloten. Men kan de vraag ook anders stellen. In Nederland wordt veel overlegd en onderhandeld. Op basis van deze gewoonte is er al voor een belangrijk deel een traditie van luisteren en afwegen. Deze vormt een goede basis voor mediation. Wat kan mediation bijdragen aan het structureren van het overleg? Wat mediation kan bijdragen is een specifieke procedure die het luisteren en overleggen kan structureren en ervoor kan zorgen dat dit niet oeverloos wordt.

Voor een goede situering van mediation is het nodig verschil te maken tussen de verschillende wijzen van conflictbehandeling en geschilbeslechting.

3.2 Conflictbehandeling en geschilbeslechting

Er is verschil tussen geschilbeslechting en conflictbehandeling, hoewel het resultaat hetzelfde kan zijn: er is geen conflict meer.⁴⁷

Geschilbeslechting is een juridisch begrip en is gericht op het beëindigen van een geschil door een afspraak of een uitspraak die partijen aan een bepaald resultaat bindt en hen verplicht volgens de daarin vervatte normen te handelen. Een rechterlijke uitspraak is een voorbeeld van geschilbeslechting.

46. Het onderhandelen brengt eigen complicaties mee: S. Pront-van Bommel, H.D. Stout & I.C. van der Vlies, *Juridische kwaliteiten van onderhandelend bestuur*, Amsterdam 1998.

47. Vergelijk M.V.C. Aalders, *De mediator als hulpverlener bij het oplossen van milieuconflicten*, Milieu en recht 1999, p. 270 e.v., met name 272.

Geschilbeslechting gebeurt ook bij arbitrage en bestuurlijke arbitrage. Als alternatief voor de rechtspraak kan men arbitrage overwegen.⁴⁸ Hoewel deze vorm van conflictbeslechting onder omstandigheden zeker voordelen kan hebben boven de procedure voor de rechter (specifieke deskundigheid, snelheid), blijft zij hier buiten bespreking, omdat haar gelijkenis met de procedure voor de rechter (uitwisseling van standpunten voor een onpartijdige instantie die de beslissing neemt) groot is en niet zo'n specifiek verschil oplevert als met mediation wel het geval is.

De behandeling door de ombudsman, het klachtrecht en het petitiericht zijn in zekere zin zwakkere vormen van conflictbeslechting. Zij zien immers niet op de wijze waarop een conflict kan worden behandeld, maar op een uitspraak van een derde ten aanzien van dat conflict, die onder omstandigheden overigens effectiever kan zijn dan een rechterlijke uitspraak. In de wijze waarop deze instanties tot een uitspraak komen kan ook van verschillende stijlen sprake zijn, zodat meer of minder bemiddelend optreden kan worden waargenomen.

Conflictbehandeling duidt op het proces waarin en de wijze waarop een verschil tussen twee of meer partijen aan de orde komt. Ingeval er een besluit moet worden genomen waarbij het bestuur zichzelf ziet als de middelaar tussen tegenstrijdige belangen, kan zeker worden gezegd dat het bestuur bemiddelend optreedt. Het behandelt zelf het, in een democratie onvermijdelijk optredende en het daglicht zoekende conflict. In die zin wordt er in Nederland veel bemiddeld. Voorts wordt er ook wel een externe bemiddelaar aangezocht om te bezien of partijen nog tot een vergelijk kunnen komen. De heren Albeda en Rood hebben wat dat betreft een reputatie opgebouwd.

De grootste professionaliteit inzake conflictbehandeling is wellicht bij de rechters te vinden. Zij doen in beginsel niet anders. De stijl en de werkwijze die ze daarbij hantieren, zijn verschillend. Sommige rechters zoeken de schikking, andere rechters stellen zich zo lijdelijk mogelijk op. Sommige rechters zijn van oordeel dat hun deskundigheid alleen bestaat uit het toepassen van regels, andere rechters menen dat het ook van belang kan zijn partijen op hun houding en positie in het proces te wijzen. De stijl van de rechter kan dus meer of minder bemiddelend zijn. Dat heeft de rechter dan gemeen met mediation: een zekere vorm van bemiddeling.

Er is nog een overeenkomst tussen het proces voor de rechter en de mediationprocedure: de behandeling van het conflict gebeurt onder leiding van een onafhankelijke, deskundige derde.

Een van de grote verschillen met mediation is dat de rechter uiteindelijk op basis van zijn eigen gezag uitspraak doet (en er dus in ieder geval een oplossing komt), terwijl de mediator niet meer doet dan constateren waar partijen zijn uitgekomen (dat kan ook

48. Vergelijk I.C. van der Vlies & R.J.G.M. Widdershoven, e.a., Bestuursgeschillen, Deventer 1999.

inhouden dat partijen er niet zijn uitgekomen). In die zin beslecht de rechter het geschil en heeft de mediator het conflict behandeld.

3.3 Bemiddeling en mediation

Bij bemiddeling wordt ernaar gestreefd partijen een zodanige houding tegenover hun eigen positie en die van de ander(en) dat er een reëel overleg mogelijk is. Dit kan op alle mogelijke wijzen gebeuren. Bemiddelend optreden kan door partijen zelf gebeuren, zij kunnen daarvoor één of meer derden aanwijzen, of welke vorm dan ook. De stijl die gebruikt wordt door de bemiddelaar kan verschillend zijn: duwend en trekkend, oplossingen aandragend, of meer afwachtend. Aan de bemiddelaar behoeven geen andere eisen te worden gesteld dan de verwachting dat hij adequaat zal handelen.

In dit bestek gebruik ik mediation als een wijze van conflictbehandeling waarbij wordt gepoogd in kaart te brengen wat de geschillen zijn, wat de overeenkomsten zijn, wat de grenzen zijn, wat de mogelijke uitkomsten zijn en wat de uiteindelijke overeenstemming is.

Mediation heeft zowel trekken van bemiddeling als van conflictbeslechting. Kenmerkend voor mediation is:

- de aanwezigheid van een deskundige, onafhankelijke mediator;
- vrijwilligheid bij de partijen;
- het sluiten van een mediationovereenkomst;
- het stellen van een termijn;
- het exploreren van oplossingsmogelijkheden;
- het inventariseren van verschillen en overeenkomsten;
- gericht zijn op de toekomst;
- dat een uitkomst wordt ontwikkeld en gedragen door de betrokken partijen;
- dat de uitkomst wordt vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst.

Aan deze kenmerken kan men andere toevoegen; van de genoemde kenmerken worden sommige essentiëler geacht dan andere. Voor een bespreking daarvan verwijs ik naar het preadvies van M.A. Pach.

Met bemiddeling heeft de mediation gemeen dat de uitkomst in beginsel de instemming van partijen behoeft. Alle betrokkenen moeten in de gelegenheid worden gesteld en in de gelegenheid zijn bij te dragen aan de oplossing. Daartoe moeten er ook waarborgen zijn voor de mogelijkheid dat partijen hun inbreng reëel kunnen bieden. Van de bemiddeling is ook de meer informele sfeer afkomstig.

Met de procedure voor de rechter heeft mediation gemeen dat er sprake moet zijn van een procedure en een onafhankelijke deskundige. Deze treedt echter niet op als degene die de beslissing moet nemen, maar als degene die partijen begeleidt in het vinden van een oplossing.

3.4 Mediation in de verschillende fasen van de besluitvorming

Voor het nemen van een primair besluit

In bepaalde gevallen is voor het nemen van een besluit reeds waarneembaar dat de standpunten uiteenlopen. Van een geschil kan worden gesproken zodra duidelijk is dat er een punt is waarbij één of meer belanghebbenden zich niet zullen neerleggen. In veel gevallen neemt het bestuur het besluit toch en zal een burger dat toch onbestreden laten. Dan is het geschil beëindigd.

In andere gevallen kan er voor het nemen van een besluit overleg worden gevoerd dat kan leiden tot een vergelijk. Dit overleg kan in een ruime opvatting reeds worden gekwalificeerd als geschilbeslechting: geheel door partijen zelf.⁴⁹

Partijen kunnen eventueel zelf constateren dat zij bepaalde kwesties niet uit de weg kunnen ruimen en van oordeel zijn dat het nuttig zou zijn een ordening van het conflict te bewerkstelligen. Dat kan zich met name voordoen ingeval het bestuur met verschillende soorten belanghebbenden heeft te maken.

Er kan dan worden besloten een bemiddelaar of een mediator in te schakelen.

Na het nemen van een primair besluit

Indien één of meer belanghebbenden tegen een besluit een bezwaarschrift indienen, is het in ieder geval duidelijk dat er sprake is van een geschil.

Om verschillende redenen kan het bestaan van een geschil pas na het nemen van het besluit blijken, zoals bij routinematig genomen beslissingen. Voorts is het denkbaar dat derde-belanghebbenden zich pas na het nemen van het besluit als tegenstanders ervan laten kennen (zie verder hoofdstuk 5).

Na de beslissing op bezwaar

Ingeval een beslissing pas reëel wordt behandeld tijdens de bezwaarprocedure, is het goed denkbaar dat de realiteit van een conflict pas na de bezwaarfase doordringt.

Ook kan een conflict zijn verhard na de behandeling op bezwaar, doordat een partij het gevoel heeft dat geen recht is gedaan aan zijn standpunt, doordat de procedure heel formeel is verlopen of doordat de procedure overwegend van een intern karakter is geweest.

49. Vergelijk Jacqueline M. Nolan-Haley, *Alternative dispute resolution in a nutshell*, West group 1992.

De thans gangbare vorm van conflictbeslechting loopt van de mogelijkheden van het bestuur zelf, naar de bezwaarprocedure, naar de rechter in eerste instantie en ten slotte naar de hoogste bestuursrechter. Deze vorm is gereserveerd voor conflicten rond besluiten. Voor andere vormen van bestuurshandelen zijn andere vormen van conflictbeslechting gecreëerd.

Bezien zal worden welke plaats mediation in de fase van de primaire besluitvorming, het bezwaar en het proces van de rechter zou kunnen krijgen.

4 De mogelijkheden van het bestuur

4.1 Inhoudelijk

Het bestuur beschikt in beginsel over de bevoegdheid de individuele merites van een zaak tot hun recht te laten komen. In wezen wordt bij mediation van deze bevoegdheid van het bestuur gebruik gemaakt.⁵⁰ De vraag is namelijk of het bestuur in voorkomende gevallen wel gebruik maakt en dan adequaat gebruik maakt van de bevoegdheden die het heeft. Het kan gebeuren, door drukte, door stagnatie, door vastgelopen verhoudingen, dat een besluit een andere inhoud krijgt of op een andere wijze wordt genomen dan vanuit een oogpunt van objectieve rechtsvorming noodzakelijk en vanuit individuele rechtsbedeling wenselijk is.

In veel gevallen is het bestuur gebaat bij het zoeken naar standaardoplossingen. Het volgen van standaardoplossingen maakt het bestuur handzaam. Bedoeld zijn hier de gevallen waarin de computer het werk kan doen, onder eventuele selectie van standaarduitzonderingen. Uit een oogpunt van rechtsbedeling behoeft tegen deze wijze van handelen niet principieel bezwaar te worden gemaakt. Er wordt nu eenmaal op grote schaal aan regeltoepassing gedaan en dat niet in ieder geval de grootst mogelijke rechtvaardigheid wordt bereikt, is wellicht een gegeven dat in een land met een grote regeldichtheid moet worden geaccepteerd.

Desalniettemin kan de vraag worden gesteld of in bepaalde rechtsgebieden of bij bepaalde soorten zaken toch niet moet worden gezien of een beslissing meer recht kan doen aan de individuele omstandigheden van het geval.⁵¹

50. Vergelijk H.J. Brown & A.L. Mariott, *ADR Principles and Practice*, London 1993, p. 232-245.

51. John. C. Dernbach, Richard V. Singleton II, Cathleen S. Wharton & Joan M. Ruthenberg, *A practical guide to legal writing and legal method*, Littleton Colorado 1999, p. 83. Norman J. Singer/Sutherland, *Statutes and statutory construction*, 5e druk, 1992.

4.2 Bevoegdheidsproblemen

Zoals gezegd, is het kenmerk van mediation dat alle mogelijke opties worden verkend. Het overschrijden van wettelijk gestelde regels is in beginsel geen optie. Een ambtenaar die bevoegd is tot het nemen van een bepaald besluit in mandaat zal in beginsel ook bevoegd zijn te overleggen over moeilijkheden die zich bij het nemen daarvan voordoen. Hij is in beginsel ook gemachtigd binnen de grenzen van zijn bevoegdheid naar de beste oplossing te zoeken. Materieel gebeurt er in mediation niets anders dan wat de ambtenaar juridisch gezien ook daarbuiten had kunnen doen. Bezieet men de door Pach gegeven voorbeelden, dan valt ook op dat het vaak gaat om eenvoudige zaken die echter soms over het hoofd zijn gezien omdat ze in het normale patroon van overleggen niet voorkomen, zoals het resultaat dat de directrice een andere school gaat zoeken (vergelijk p. 118), de vergoeding van trainingen en een regeling van het pensioengat (p. 132), oplossing van een geschil dat onder overgangsrecht valt (p. 133), aansprakelijkstelling voor achterstallige premies (p. 134), up-to-date brengen van oude zaken (p. 135).

Desalniettemin is te bepleiten dat de ambtenaar of een lid van een meerhoofdig college in het bijzonder wordt gemachtigd een besluit te nemen in een proces van mediation. Dat voorkomt in ieder geval dat het als zodanig bevoegde gezag zich niet aan de vaststellingsovereenkomst gebonden acht.

De mandaatgever kan de gemandateerde bevoegdheid immers blijven uitoefenen (artikel 10:7 Awb). Een goed overlegklimaat kan bovendien niet worden verkregen indien er onzekerheid bestaat over de vraag of het bestuur zich wel aan de vaststellingsovereenkomst gebonden acht.

De iets ingewikkeldere zaken betreffen vaak de toepassing van verschillende regels. De meeste mandaatregels hebben betrekking op het werken met één of meer bepaalde regels. Burgers vallen echter niet van nature onder bepaalde regels en dat maakt dat de werkelijkheid soms weerbarstiger is dan de regels. Deze problematiek doet zich met name voor bij de lokale besturen waar verschillende soorten regelingen moeten worden toegepast. Het uitonderhandelen van verschillende regels is niet door alle besturen op dezelfde wijze opgepakt. Hoe groter de gemeente is, des te meer specialisatie komt er binnen de organisatie voor. In dergelijke gevallen kunnen zich mandaatproblemen voordoen. Alsdan kan er aanleiding zijn om het mandaat van een bepaalde ambtenaar uit te breiden. Indien het een kwestie betreft die de portefeuille van verschillende wethouders raakt, kan er aanleiding zijn om een wethouder te machtigen of te besluiten met twee personen aan het traject deel te nemen.

Voorts is het mogelijk dat men tegen de grenzen van het specialiteitsbeginsel aanloopt. Doordat in de mediationprocedure de samenhang van besluiten aan de orde kan komen, is het niet uitgesloten dat de grenzen wat dat betreft voelbaar worden. Ook daar

geldt echter dat de kwestie juridisch niet anders ligt dan bij het nemen van besluiten die separaat worden genomen.

Mochten er toch problemen inzake de bevoegdheid worden gesignaleerd, dan vormt dat aanleiding tot een zekere vorm van ruggespraak. Mandaatbevoegdheid of wettelijke bevoegdheid dient in beginsel niet te worden overschreden. Bij mediation staat immers niet voorop dat er nieuwe juridische interpretatie van wettelijke regels wordt ontwikkeld. Indien gedurende de mediation blijkt dat daarvan toch sprake zou kunnen zijn, kan dat punt aan de rechter worden voorgelegd.

4.3 Onderhandeling

Uit de voorbeelden die in hoofdstuk 2 zijn gegeven, is af te leiden dat er in veel gevallen reeds wordt onderhandeld. Partijen bemiddelen vanzelf wel, dat wil zeggen gaan een conflict zoveel mogelijk uit de weg. Op zichzelf kan mediation hier ook het overleg structureren.

Het zoeken naar compromissen is in het fiscale recht zeker niet ongewoon.⁵² Zodra het geld dat bij het opleggen van de aanslag is betrokken een substantieel bedrag beslaat, is er nauwelijks sprake van een puur eenzijdige handeling. De belastingplichtige hoopt dat de inspecteur de aanslag min of meer conform de aangifte zal opleggen en indien dat niet het geval is, dat er een vorm van overleg zal plaatshebben. Dat overleg vindt in de meeste gevallen plaats tussen de inspecteur en een adviseur. Voorheen betrof dat een overleg tussen heren. Men ging ervan uit dat indien er overeenstemming was bereikt de aanslag conform zou worden opgelegd. Alleen in bepaalde gevallen werd, hetzij vanwege de complexiteit hetzij vanwege het ontbreken van optimale persoonlijke verhoudingen, een vaststellingsovereenkomst gesloten. Nu is dat anders en is het sluiten van een vaststellingsovereenkomst volgens model, regel. De vaststellingsovereenkomst kan zowel in het kader van het opleggen van de aanslag, de behandeling van het bezwaarschrift als op enig ander moment worden gesloten.

Men kan zich de vraag stellen waarom in het fiscale recht het afdoen via overleg en zelfs overeenkomst in beginsel op zo weinig weerstand is gestoten.

Dat kan zijn omdat er vaste relaties bestaan tussen de adviseurs en de consulenten. Na verloop van tijd kan de wijze van handelen bij betrokkenen bekend zijn. Het kan zijn omdat het vaststellen van de feiten buitengewoon ingewikkeld kan liggen en medewerking van beide partijen vereist is. De fiscus zou het niet eenzijdig kunnen doen omdat het niet goed haalbaar is feiten uit het buitenland, over een samengesteld bedrijf of in

52. Vergelijk P.J. Wattel, De reikwijdte van de fiscale vaststellingsovereenkomst, I en II, WPNR 6217 resp. 6218.

een andere⁵³ ingewikkelde situatie te achterhalen. Men is op elkaar aangewezen en probeert daar zo redelijk mogelijk in te zijn, zonder dat daarmee is gezegd dat het om heilige boontjes gaat.

De fiscus kende en kent tot op zekere hoogte een eigen traditie. Van inspecteur op inspecteur werd, al dan niet via uitgesproken scholing, de wijze van doen overgedragen, waarbij aan de eer van het ambt moest worden gedacht.⁵⁴

Er was van oudsher een tamelijk innige band met het privaatrecht, waardoor het gebruik van privaatrechtelijke vormen, het denken in privaatrechtelijke figuren niet vreemd was. Dat zal zeker niet zijn tegengewerkt door het feit dat de belastingkamer bij de Hoven en de Hoge Raad was ingebed.

Deze vorm van bemiddelend besluiten, die ook buiten het fiscale recht veel voorkomt, heeft niet geleid tot een vlucht in de mediation. Overleg en mediation liggen dus niet per se in elkaars verlengde. Uit het voorbeeld kan alleen worden afgeleid dat een vaststellingsovereenkomst in bestuursrechtelijke zaken wel mogelijk is.

4.4 Mediation bij complexe belangen

Voor bemiddelende besluitvorming kan in het algemeen naar de beschouwingen over onderhandelend, netwerkend of horizontaal bestuur worden verwezen. Op veel gebieden, ruimtelijke ordening, milieu, economische ontwikkeling, is een andere vorm van bestuur voor grote projecten nog nauwelijks denkbaar.⁵⁵

Voor het handhaven van rust en vrede in buurten kan bemiddeling ook een goede vorm blijken te zijn. Alsdan is de vraag hoe de besluitvorming juridisch wordt afgerond: in een convenant, een overeenkomst of een besluit.

Het kan ook het gevolg zijn van lokale verhoudingen. De leefwijze van verschillende groepen burgers spoort niet zonder meer met die van andere. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen in kleinere gemeenten die met import uit de stad te maken krijgen. In die gevallen kan er sprake zijn van cultuurverschillen. Het bestuur kan een dergelijk verschil signaleren. Alsdan kan het overwegen het niet op afdoening in bezwaar te laten aankomen, maar te onderzoeken of op een andere wijze de verschillen kunnen worden overbrugd.

Voor het terrein van de leefomgeving is een aparte stichting opgericht, de Stichting Mediation in Milieu en Ruimtelijke Ordening. Deze heeft over een tiental zaken die

53. De werking van fiscale vaststellingsovereenkomsten is door de Hoge Raad erkend, zie bij voorbeeld: HR 5 maart 1995, BNB 1995, 246 en HR 22 april 1998, BNB 1998, 214.

54. Vergelijk R.H. Happé, Fiscale vaststellingsovereenkomst, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), Contractvrijheid, E.M. Meijers Instituut, Deventer 1999.

55. Vergelijk preadviezen VAR 1998, Complexe besluitvorming.

met behulp van mediation verder zijn gekomen dan wel zijn opgelost, verslag uitgebracht.⁵⁶ Doordat bij mediation duidelijkere regels van kracht zijn over de wijze van inventariseren en het tempo van het proces, kan door mediation op dit terrein een belangrijke professionalisering van het proces optreden. De mogelijkheden daartoe worden wisselend beoordeeld; bij gebrek aan voldoende ervaring en evaluaties is dat voorlopig nog een kwestie van optimistisch of pessimistisch schatten.⁵⁷

De belangengroeperingen hebben soms een principieel karakter, dat het onmogelijk maakt ten aanzien van bepaalde zaken compromissen te sluiten. Dat wil niet zeggen dat mediation dan niet mogelijk is of geen nut zou hebben. Men kan ook uitdrukkelijk afspreken dat de mediation betrekking zal hebben op de vaststelling van de feiten, de in te roepen deskundigen en andere procedurele kwesties. Op deze wijze kan men tot een nadere omlijning komen van de zaken die partijen werkelijk gescheiden houden. Van belang is dat de weg waarlangs dat gebeurt en de deskundigheid van degene onder wiens leiding dat gebeurt, dan vaststaan.

4.5 Mediation bij bejegening

Het bestuur kan zelf signaleren dat het met de behandeling van bepaalde zaken niet goed gaat. Belanghebbende kan bijvoorbeeld het ene na het andere bezwaarschrift in een bepaalde zaak indienen. Dat kan het gevolg zijn van onvermogen of onbegrip van de kant van belanghebbende. Bij de sociale zekerheid, bij andere individuele uitkeringen of bij de belastingen kan het zijn dat belanghebbende in een zodanige staat verkeert dat hij niet in staat is het bestuur te benaderen op een wijze die in het bestuursrecht is voorgeschreven.

Ook kan het voorkomen dat veel belanghebbenden in een bepaalde sector opeens bezwaren indienen. In die gevallen kan er sprake zijn van een bejegeningkwestie. Er kan ook sprake zijn van nieuw beleid.

De wijze waarop het bestuur met conflicten omgaat, heeft andere kanten dan alleen het inhoudelijke aspect. Indien in een wijk, een buurt, een kleine gemeenschap de indruk wordt gewekt dat het bestuur meer naar de één dan naar de ander luistert en een zekere voorkeursbehandeling geeft, indien de indruk wordt gewekt dat het bestuur jegens bepaalde personen geen gezag heeft, dan kan het het overwegen waard zijn om niet alleen naar de juridische inhoud van klachten te kijken, maar tevens naar de wijze

56. Lidy F. Wiggers-Rust (red.), Toepassing van mediation bij conflicten in het leefomgevingsbeleid. Praktijkverkenning, Den Haag 2000.

57. Naar: N.S.J. Koeman, Bemiddeling als vorm van alternatieve geschillenbeslechting in ruimtelijke ordening en milieu, Bouwrecht 1995, 9, p. 729 e.v.; Aalders, a.w., p. 274.

waarop met belanghebbenden en eventueel tussen belanghebbenden is gecommuni- ceerd. Dat vergt andere vaardigheden dan juridisch-technische. Het vergt de vaardig- heid bloot te leggen waarop een conflict betrekking heeft en dat vervolgens zodanig aan de orde te stellen dat er een klimaat ontstaat waarin een vergelijk kan worden gevonden.

Dit zijn de kwesties waar de rechter in het algemeen in het duister blijft tasten en aan een onderzoek ten gronde niet toekomt, eenvoudig omdat de procedure en de vaardig- heid van de rechter daartoe in beginsel niet zijn bedoeld. Het zijn precies de geschillen die niet bij de rechter zouden moeten komen. Een bestuur kan in deze zelf veel doen.

4.6 Voor- en nadelen

Als mogelijke nadelen van mediation bij de primaire besluitvorming kunnen de volgen- de punten worden genoemd.

Mediation kan de besluitvormingsprocedure onnodig verlengen en daardoor partijen schade toebrengen. Of dit nadeel zich werkelijk voordoet, hangt af van de omstandighe- den van het geval. Zelfs bij een mislukte mediation behoeft de tijd die gespendeerd is aan het vaststellen van de feiten en de inventarisatie van de mogelijkheden geen wegge- gooid tijd te zijn. Die activiteiten moesten toch gebeuren.

Mediation kan kostbaar zijn. Partijen moeten de mediator zelf betalen in deze fase, ten- zij wordt besloten van deze regel af te wijken. Er zijn meer kosten: partijen die niet goed voor zichzelf kunnen opkomen, gemeten aan hun eigen deskundigheid, de positie tegenover het bestuur en het belang van de zaak, moeten over deskundige bijstand kun- nen beschikken (zie het preadvies van M. Pach). Deskundige bijstand kan door een advocaat, een rechtshulpverlener of iemand met andere bekwaamheden worden verleend. De kosten voor dergelijke bijstand kunnen oplopen. Van de advocaat wordt niet alleen gevergd dat hij zich in de zaak inwerkt, maar ook dat hij bij de zittingen aanwezig is. Deze zittingen kunnen kort duren, maar ook lang. In dat opzicht verschilt mediation van een bezwaarprocedure of een procedure voor de rechter: partijen moeten er zelf uit- komen en er valt dus niet een verlossende hamerslag, waarna een derde vaststelt wat er moet gebeuren. De winst kan er wel in zijn gelegen dat door de grondigere behandeling het conflict ook werkelijk is beslecht. Bij jarenlang durende schermutselingen kan dat ook financieel voordeel opleveren. Deze mogelijke winst laat zich wellicht vooral aan de kant van het bestuur voelen. Dit kan structureel inzicht in een betere behandeling van zaken of van bepaalde belanghebbenden hebben gekregen, waardoor winst voor de lan- gere termijn optreedt. Daar staat tegenover dat niet elke mediation zal slagen en daar- door kosten kunnen zijn gemaakt die niet terug worden verdiend.

Principiëler is het mogelijke bezwaar dat het bereiken van een individuele oplossing in strijd komt met het beginsel van de rechtseenheid.

Praktisch kan men daartegen opwerpen dat ook tegen de uitkomst van mediation bezwaar en beroep kan worden mogelijk gemaakt. De kans dat de rechter bij een geslaagde mediation gevraagd wordt, bijvoorbeeld door een derde-belanghebbende, de zaak te beoordelen, is wellicht kleiner. De openstelling van de gang naar de rechter vermindert in ieder geval de formele ongelijkheid tussen besluiten en mediationbesluiten in relatie tot een rechterlijke toetsingsmogelijkheid. De beperking die in het vermogen van de rechter besloten is om rechtseenheid anders dan in de eigen jurisprudentie teweeg te brengen, wordt dus niet wezenlijk veranderd. De rechter kan nu eenmaal niet alle besluiten toetsen.

Van een acute bedreiging van de rechtseenheid is zeker geen sprake indien de mediation een bejegeningkwestie is of een feitelijke handeling. Bij het zoeken van compromissen over belangen kan daar nauwelijks sprake van zijn, althans niet in die zin dat voor de rechter een grotere eenheid zou worden bereikt: de rechter toetst de belangenafweging immers marginaal. Bij afspraken over de vaststelling van feiten in de aanloop tot het nemen van besluiten, zoals bij sommige soorten fiscale aanspraken gebruikelijk is, evenmin. Door overeenstemming over de feiten te bevorderen, stelselmatiger de belangen te inventariseren en de wijze waarop eenieder zoveel mogelijk kan worden gediend na te gaan en in kaart te brengen, zou zelfs wel eens een grotere eenheid kunnen worden bereikt.⁵⁸

De zorg om het verlies van de rechtseenheid lijkt vooral te worden ingegeven door de mogelijkheid dat partijen in strijd met het recht tot elkaar zouden kunnen komen. Dat is echter niet de opzet van mediation, zij het dat het ook in die procedure kan gebeuren dat partijen het recht schenden. Die mogelijkheid is echter niet klaarblijkelijk groter of kleiner dan bij andere vormen van besluiten: partijen, inclusief het bestuur kennen nu eenmaal niet altijd al het toepasselijk recht dan wel passen het in de ogen van de rechter soms verkeerd toe.

Voorts kan men aanvoeren dat de rechter minder geadieerd zou kunnen worden. Dat is hopelijk juist. Een van de positieve effecten van mediation zou immers het verminderen van de werklast van de rechter kunnen zijn. Of dat effect er zal zijn, moet worden afgewacht. Het is natuurlijk niet gezegd dat de selectie van zaken die nog wel voor de rechter wordt gebracht, een juiste is. Of de huidige selectie een juiste is, bijvoorbeeld mede gelet op de zeefwerking van de bezwaarprocedure, kan echter evenmin met zekerheid worden gezegd.

58. Vergelijk W.S.R. Stoter, *Belangenafweging door de wetgever* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag 2000.

Bij meerpartijenconflicten moet extra zorgvuldigheid worden betracht. Derde-belanghebbenden behoren bij de mediation te worden betrokken. De aanwezigheid van derde-belanghebbenden leidt in beginsel tot een meerpartijenmediation. Die kan slagen of geheel of gedeeltelijk mislukken. Een mediation die deels geslaagd is, heeft soms voor partijen wel de belangen die bij de besluitvorming zijn betrokken inzichtelijker gemaakt. Uit deze opmerking kan worden afgeleid dat een mediation die bepaalde partijen heeft uitgesloten, niet evenwichtig is en in strijd kan zijn met het beginsel dat belangen moeten worden afgewogen en met het evenredigheidsbeginsel. Zou dat anders zijn, dan zou het bestuur mogelijk in strijd met de wet handelen. Bij de mediationovereenkomst dient te worden vastgesteld of alle partijen bij de mediation zijn betrokken dan wel dient een voorziening te worden getroffen om de belangen van derden veilig te stellen.

Een geschil dat meer partijen betreft kan, indien de kern van het geschil een belangtegenstelling betreft, ingewikkeld liggen. Indien de kern van het geschil echter niet een conflict over belangen betreft, maar een verstoorde communicatie, kan mediation juist wel het ei van Columbus zijn. Mediation kan partijen dan dichterbij de oplossing brengen dan vele andere methoden van conflictbehandeling.

Bij het falen van een meerpartijenmediation kunnen zich ingewikkelde processuele complicaties voordoen.

Voorts wordt wel het vertrouwelijke karakter van mediation als een mogelijk bezwaar genoemd. Overleg in achterkamertjes of salons wordt vanuit rechtsstatelijk oogpunt terecht verworpen. Mediation vergt een vriendelijk klimaat (zie het preadvies van M. Pach), maar heeft niet tot doel zaken aan de openbaarheid te onttrekken. De vertrouwelijkheid is erop gericht andere opties boven tafel te brengen dan die welke al ter tafel liggen. Dat maakt van mediation niet een tijdelijk geheim genootschap. In beginsel behoort het resultaat van de mediation in een voor ieder kenbare overeenkomst te worden vastgelegd. Wat in de overeenkomst komt te staan, is afhankelijk van het onderwerp.

Bij een mediation die voornamelijk betrekking heeft op de communicatie tussen een ambtenaar of een bestuurder en een burger, kan de tekst van de overeenkomst kort zijn. Daarmee gaat geen openbaarheid verloren. Persoonlijke betrekkingen tussen het bestuur en de burger worden in het algemeen niet formeel gepubliceerd.

Zodra blijkt dat er een dubieuze financiële relatie is, kan die kwestie aan de orde komen en kan worden beoordeeld wat de wenselijke wijze van afhandeling is. Wellicht moet in dergelijke zaken geen mediation worden gestart of moet zij eventueel worden afgebroken.

Bij een mediation die betrekking heeft op het onderhandelen over belangen, kunnen vertrouwelijke gesprekken nodig zijn om de mediator inzicht te geven in de aard van de

belangen (caucus). Dergelijke informatie geeft de mediator de gelegenheid nieuwe (althans nieuw aangereikte) opties aan de orde te stellen. Gedurende het proces van mediation zou het bestuur over meer informatie kunnen gaan beschikken dan daarbuiten het geval zou zijn geweest, bijvoorbeeld ten gevolge van de vertrouwelijke sfeer. Dat is geen probleem indien de mediation slaagt, maar indien dat niet het geval is, kan het tot scheve verhoudingen leiden. Deze kunnen leiden tot een vooringenomen wijze van besluitvorming bij het bestuur of van een onzuivere procedure indien de rechter wordt geadieerd. Van dergelijke gevallen zijn (nog) geen voorbeelden bekend. Deze mogelijke problemen onderstrepen de noodzaak van een goede regeling van de mediation.

Bij mediation die betrekking heeft op de juridische kanten van een kwestie, behoeft vertrouwelijkheid of openbaarheid geen thema te zijn. Voorzover een mediationresultaat het bestuur verplicht tot het nemen van een bepaald besluit, gelden voor de motivering daarvan de wettelijke vereisten en de eisen inzake de bekendmaking.

4.7 Het vastleggen van het resultaat

De uitkomst van de mediation kan in een vaststellingsovereenkomst worden vastgelegd. Bij die overeenkomst legt het bestuur zich vast op een bepaalde uitoefening van zijn bevoegdheden. Het bestuur behoudt zijn bevoegdheden en sluit daarover een overeenkomst. In beginsel is het beeld dat het bestuur zijn bevoegdheid aan de mediator zou delegeren onjuist, daar de mediator niet meer doet dan het vastleggen van de overeenkomst. Zonder wettelijke grondslag zou een dergelijke delegatie niet zijn geoorloofd (artikel 10:13 Awb).

Aarzelt men toch over de vraag of het bestuur bevoegd is tot het sluiten van dergelijke overeenkomsten, dan is de wetgever de instantie bij uitstek die hierover duidelijkheid kan bieden (zie verder hoofdstuk 7).

4.8 Mediation in de eerste fase

Om tot mediation in de eerste fase te besluiten moet er een aanleiding zijn. Die kan er zijn indien blijkt van een aanzienlijk gebruik van de klachtenprocedure, indien een rapport van de Ombudsman bepaalde bejegeningaspecten aan de orde stelt of indien een zelfevaluatie leidt tot een vaststelling van klachten op een bepaald gebied of bij een bepaald onderdeel.

Wellicht is er nog het meest aanleiding tot mediation bij complexe besluiten. In conflicten met meer partijen kan gestructureerd overleg voordeel opleveren, ook al is mediation dan lastig. In dergelijke gevallen heeft men kunnen constateren dat er een goede procedure nodig is om eruit te kunnen komen. Bij andere complexe besluiten

kan het veel tijdswinst opleveren door stapje voor stapje vast te leggen over welke feiten overeenstemming is verkregen.

Voor het overige kan er altijd tot mediation worden overgegaan als blijkt dat de besluitvorming stagneert en de zaak het naar het oordeel van partijen wel waard is.

5 De mogelijkheden van de bezwaarprocedure

Over de functie van de bezwaarprocedure is veel geschreven en gesproken. Er worden de bezwaarprocedure verschillende functies toegedacht, zoals een informele gelegenheid om de verschillende kanten van het genomen besluit en de bezwaren daartegen nog eens te bespreken en de zeefwerking voor de rechter. Na de beslissing op bezwaar gaat nog maar een beperkt aantal klagers door naar de rechter. Dat kan worden verklaard door het feit dat zij in de procedure hun gelijk, althans gedeeltelijk, hebben gekregen, het kan zijn dat zij alleen maar hun bezwaren naar voren wilden brengen en althans nog een keer wilden worden gehoord, het kan zijn dat zij overtuigd zijn, of het kan zijn dat de moed hen in de schoenen is gezonken.⁵⁹

5.1 Hoe verhoudt de bezwaarprocedure zich tot mediation?

Bij de behandeling van een bezwaarschrift kan een adviescommissie worden ingeschakeld, die reeds in een tamelijk vroege fase een redelijk frisse blik kan bieden. De wijze waarop dergelijke commissies werken kent een grote variëteit. Sommige adviescommissies gaan meer bemiddelend te werk, andere vertonen in hun werkwijze een grote gelijkenis met de procedure voor de rechter en de wijze waarop de rechter toetst. Het accent van het onderzoek wordt door commissies die op formele wijze te werk gaan, niet gelegd op mogelijke alternatieven, maar meer op de vraag of het bestreden besluit de toets van de rechtmatigheid kan doorstaan. Dit is veelal mede het gevolg van de taakopvatting van een externe commissie. Die kan ook veranderen.

59. Zo signaleert ook Koeman dat de burger het gevoel heeft dat de overheid toch doet wat zij wil, in: De toekomst van de rechtsbescherming, NTB 1997, p. 191.

Zelfs bij een bemiddelende methode van behandeling blijven er grote verschillen met mediation. De belangrijkste zijn:

- de mediator wordt benoemd met instemming van beide partijen dan wel aangewezen door een onafhankelijke instantie;
- de beslissing kan alleen worden bereikt met instemming van beide partijen;
- het resultaat is bij mediation afkomstig van partijen zelf en bestaat niet uit een advies van een derde.

De gelijkenissen tussen beide wijzen van behandeling kunnen worden versterkt.⁶⁰ De strekking van de bezwaarprocedure en de inrichting ervan bieden mogelijkheden tot een volledige heroverweging die ruim zou kunnen worden benut. Naar aanleiding van de ingediende bezwaren kan de commissie in beginsel alle haar voorgelegde bezwaren en het standpunt van het bestuur in ogenschouw nemen. Zij kan vervolgens de oplossingsmogelijkheden in overleg met betrokkenen exploreren. In die zin behoeft de materiële oplossingsruimte waarover een commissie kan adviseren niet geringer van omvang te zijn dan bij mediation het geval is. Zij werkt wat dat betreft in het verlengde van de primaire besluitvorming door het bestuur, waarbij alle oplossingen binnen de grenzen van het recht ter beschikking stonden.

De voordelen van inrichting van de bezwaarprocedure die meer is gericht op bemiddeling, liggen in de aard van die bemiddeling. Dat kan leiden tot een effectievere afdoening van de zaak, omdat partijen zich kunnen vinden in het resultaat.⁶¹

5.2 Mediation naast bezwaar

Mediation en bezwaar zijn niet uitwisselbaar. De bezwaarprocedure kan wel een meer of minder bemiddelend karakter krijgen, maar daaraan doet niet af dat het besluit uiteindelijk door het bestuursorgaan moet worden genomen en dat de daarop gerichte procedurele waarborgen moeten zijn vervuld.

Een andere optie is het invoeren van mediation naast bezwaar, als een alternatief voor partijen. Het ligt voor de hand mediation als officieel alternatief tegelijkertijd met de bezwaarprocedure open te stellen.⁶² Het kabinet verwijst vooral naar de mogelijkheden ten tijde van bezwaar.⁶³

60. Vergelijk I.C. van der Vlies, *Horizontaal bemiddelen zonder verlies van bezwaar*, a.w.

61. Vergelijk de bijdragen van N.S.J. Koeman, S. Pront-van Bommel, I.C. van der Vlies en A.F.M. Breninkmeijer in: *Van toetsing naar bemiddeling*, I.C. van der Vlies & S. Pront-van Bommel (red.), Deventer 1997.

62. Vergelijk Kaajan, a.w., p. 70, M.V.C. Aalders, *De mediator als hulpverlener bij het oplossen van milieuconflicten*, *Milieu en recht* 1999, p. 270-276, p. 275 en M.A. Pach, *Mediation en de decentrale overheid*. *Ervaringen uit de praktijk*, *Gst.* 1999, 7100, p. 337-341, met name p. 338-339.

63. Vergelijk TK 27 563, nr. 12, p. 3.

Partijen kunnen in onderling overleg tot mediation besluiten en onder voorwaarde dat de mediation slaagt van het volgen van de bezwaarprocedure afzien. Technisch kan dit op verschillende manieren worden gerealiseerd. Belanghebbende zou een bezwaarschrift kunnen indienen en, eventueel in overleg met derde-belanghebbenden en het bestuur, de behandeling ervan uitstellen tot blijkt of de mediation is geslaagd. Bij een mislukte mediation kan alsnog tot behandeling van het bezwaar worden overgegaan.

Een mislukking van de mediation kan tot complicaties leiden, zowel in verband met de vertrouwelijkheid, de duur en de kosten als met betrekking tot de vraag hoe dan het oorspronkelijke bezwaarschrift moet worden behandeld.

Ook bij een geslaagde mediation kunnen er problemen zijn. Het besluit dat ter uitvoering van een mediation, los van een bezwaarprocedure, wordt genomen, is een heroverwogen besluit waartegen in beginsel bezwaar moet worden gemaakt. Dat is denkbaar in geval van een spijtoptant of een derde-belanghebbende. Er mag worden aangenomen dat de toepassing van artikel 6:18 en 6:19 het nemen van een nieuw besluit na een geslaagde mediation niet in de weg staat, hoewel men er naar de letter van de tekst aan kan twijfelen of de mediation alle bezwaren van appellant volgens het bezwaarschrift heeft weggenomen.

Wellicht is dan de variant dat partijen voor mediation kiezen en afzien van het volgen van de bezwaarprocedure, of de mediation nu slaagt of niet, aantrekkelijker. Bij deze variant zou het beroep op de rechter tegen de uitkomst van mediation of de besluiten ter uitvoering daarvan, wettelijk moeten worden geregeld.

Partijen kunnen wellicht de ruimte die het voorstel van wet inzake rechtstreeks beroep op de bestuursrechter zal bieden benutten, door af te zien van de bezwaarprocedure en rechtstreeks beroep bij de rechter in te dienen. Gelet op de tijd die het starten van de procedure door de rechter doorgaans beslaat, kunnen partijen die benutten voor een mediationpoging, eventueel onder mededeling aan de rechter.

Slaagt de poging niet, dan wordt het beroep behandeld en worden regels inzake de vertrouwelijkheid door de rechter gehanteerd. Deze variant, die het onherroepelijk overslaan van de bezwaarprocedure impliceert, verdient de voorkeur uit een oogpunt van helderheid. De enige complicatie die zich dan nog kan voordoen, is dat de rechter van oordeel is dat de bezwaarprocedure toch moet worden gevolgd. Dat zou geen wenselijke uitspraak zijn (zie hoofdstuk 6 voor de volgende variant).

Overigens zij opgemerkt dat een mediation in de fase van bezwaar praktische problemen voor het bestuur kan opleveren. Aan de mediation moet worden deelgenomen door deskundige ambtenaren, maar dat zijn niet in alle omstandigheden degenen die bij het nemen van het besluit zijn betrokken. Zou de mediation niet slagen en zou er een bezwaarprocedure moeten worden gevolgd, dan mogen – gelet op artikel 10:2 Awb – niet de ambtenaren die belast waren met de voorbereiding het besluit op bezwaar

nemen en evenmin mogen degenen die hebben deelgenomen aan de mediationpoging het besluit nemen. Er kan zich dan een zekere krapte aan deskundige ambtenaren ontwikkelen.

Daarnaast kan worden overwogen om zaken waar een kennelijk niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond bezwaar moet worden uitgesproken, aan mediation te onderwerpen. Tezamen met betrokkene kan dan worden nagegaan of het mogelijke conflict op een andere wijze kan worden beslecht. Juist waar het gaat om bejegening kan dat een goede oplossing bieden en voorkomt het formele procedures voor de rechter.

5.3 Conclusie

De behandeling van een bezwaarschrift kan voor een groot gedeelte bemiddelend worden ingericht. De gelijkensis met mediation kan daardoor worden bevorderd.

De complicaties van het invoeren van mediation naast of in plaats van bezwaar zijn aanzienlijk. Gelet op de grote gelijkensis die in de behandeling van bezwaar met mediation kan worden bereikt, kan men zich afvragen of de invoering van mediation naast bezwaar in de praktijk moet worden nagestreefd.

Zonder een nadere wettelijke regeling lijkt het aan te bevelen om mediation, tenzij het voor het nemen van het primaire besluit gebeurt, pas te laten plaatsvinden na het instellen van het beroep op de rechter (zie verder hoofdstuk 7).

Zij het: indien partijen de voor- en nadelen overzien, kunnen zij besluiten dat in hun geval mediation tijdens de bezwaarschriftprocedureperiode wenselijk is.

6 Mogelijkheid van de bestuursrechter

6.1 Rol van de rechter

De rechter is er niet voor elk wissewasje, maar kleine belangen kunnen voor de burger wel essentieel zijn. Er is een zekere afstand tussen de werkelijkheid voor burger en bestuur, en de taak van de rechter. Dat beperkt de mogelijkheid om conflicten anders dan door de toetsing aan algemene regels en beginselen te beslechten, onverminderd de aandacht van sommige rechters daarvoor en de mogelijkheden die er zijn om te schikken. Er is meer aandacht voor de positie van de burger, onder relativering van het beginsel dat de wetsetrouwheid van het bestuur moet worden gecontroleerd, maar de juridische en feitelijke mogelijkheden van de rechter zijn beperkt.⁶⁴ Wat wel tot de constatering leidt dat de burger met een fooi en lege handen achterblijft.⁶⁵

Bij de bespreking van de mogelijkheden in de bezwaarprocedure in vergelijking met mediation is reeds op de mogelijkheden van bemiddeling gewezen. En analoog aan wat over de mogelijkheden van de bezwaarprocedure is opgemerkt, kan worden gezegd dat het nooit mediation wordt, wat de rechter ook doet. De rechter zou weliswaar als mediator kunnen optreden, maar een vertrouwelijk deel met een van de partijen is niet toegelaten en de rechter moet uiteindelijk de einduitspraak geven.

Er worden mooie pleidooien gehouden voor een actieve, schikkende, doorstotende of bemiddelende rechter (zie het eerste preadvies).⁶⁶ Onder leiding van de rechter kunnen partijen hun posities heroverwegen en proberen het conflict echt uit de wereld te hel-

64. Zo bijvoorbeeld in: Contourennota modernisering rechterlijke organisatie, TK 2000-2001, 26 352, nr. 31.

65. Zo A.Q.C. Tak, Verhoogde rechtsbescherming, NJB 1999, p. 1679 e.v.

66. Zie bijvoorbeeld D. Allewijn, Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter, RM Themis 1998, p. 291 e.v.

pen. De rechterlijke uitspraak is dan niet meer dan een bezegeling van de overeenstemming die partijen hebben bereikt. De voordelen zijn duidelijk: een oplossing van het conflict, de belanghebbende weet wat hij van het bestuur kan verwachten. De vraag is echter of de instemming van partijen met deze procedure wel vrij is verkregen. Niemand zal zonder enige aarzeling weigeren mee te werken aan het verkrijgen van een oplossing indien de rechter die de zaak behandelt daarom vraagt.⁶⁷

6.2 De rechter als doorverwijzer naar mediation

Ingeval een beroepschrift bij de rechter is ingediend, zou de rechter kunnen overwegen partijen aan te raden hun conflict langs de weg van mediation op te lossen. Dit is het systeem dat in Zwolle en Amsterdam wordt uitgetoetst.⁶⁸

De doorverwijzing kan op de zitting gebeuren, maar ook aan de poort en met de instemming van beide partijen met de te volgen mediationprocedure.

Eerder in dit preadvies is besproken (hoofdstuk 2 en 4) dat de geschiktheid van een conflict voor de behandeling in mediation van een aantal factoren afhankelijk is. Er valt niet op voorhand een eenvoudige handleiding voor te geven. Om die reden zijn in Zwolle uiteindelijk ook de criteria aangepast en teruggebracht tot twee:

- Is er onderhandelingsruimte dan wel keuzevrijheid?
- Is er reden om aan te nemen dat het geschil zijn belangrijkste oorzaak vindt in inadequate of verstoorde communicatie, of in als onheus ervaren bejegening?

Ter inperking van deze twee ruime criteria, zijn er contra-indicaties te ontwikkelen:

- Betreft de aangelegenheid gevoelige materie, zoals frauduleus handelen van ambtenaren of burgers, een met een strafrechtelijke sanctie vergelijkbaar besluit, een ernstige schending van de wet?
- Betreft het nieuw wettelijk beleid?

In het eerste geval kan het noodzakelijk zijn de rechter te adiëren vanwege de openbare-ordeaspecten. In het tweede geval kan het nodig zijn de rechter op korte termijn een uitspraak te vragen daar de uitleg van een wettelijke regel zo spoedig mogelijk vast moet staan.

67. Dit blijkt ook te spelen bij het mediationproject bij de rechtbanken, vergelijk M. Pel, Ervaringen, valkuilen en leerpunten in het project Mediation naast rechtspraak, 2000.

68. Uitvoersel van het landelijk project Mediation naast rechtspraak, aangekondigd in de beleidsbrief ADR, 2000-2002, TK 1999-2000, november 1999.

Daarna kunnen nadere selectiecriteria een rol gaan spelen als de vraag of het conflict een permanente relatie betreft, zoals in ambtenarenzaken vaak het geval is. Daaruit kan een positieve indicatie voor mediation worden afgeleid.

De selectiecriteria vragen om inzicht in het voorgelegde conflict. Om die reden ligt het voor de hand de selectie aan iemand met ervaring in de rechtspraak op te dragen: men moet een zaak kunnen doorzien en kunnen waarderen.

Een belangrijke indicatie kan zijn gelegen in het feit dat een van de partijen vraagt om de mediation; een sterkere nog indien beide partijen daarom vragen.

Voor het starten van de mediation is de instemming van beide partijen vereist. Het is ook aan partijen om de mediator te kiezen en de mediationovereenkomst te sluiten, waarin de overige condities zijn vermeld. De rechtbank kan daarbij wel een belangrijke rol spelen door een lijst van erkende mediators bij te houden en standaardmodellen voor de mediationovereenkomst op te stellen.

Voorts is van belang dat de rechter na een onverhoopt falen van de mediation het oorspronkelijke beroep kan behandelen en ervoor kan zorgen dat op partijen geen nadelige consequenties van de gefaalde mediation neerdalen.

6.3 De rechter na mediation

De toegang tot de rechter en de wijze waarop een aan hem voorgelegd conflict wordt behandeld zijn wettelijk geregeld. Een burger heeft het recht, in artikel 17 Gw geregeld, zich tot de rechter te wenden.⁶⁹ In de literatuur werd betwijfeld of de rechter zich wel zou moeten neerleggen bij een mediationovereenkomst in die zin dat de rechter de uitkomst van een zorgvuldige mediation zou moeten aanvaarden.

Indien een zaak in mediation is opgelost, behoeft de rechter er in beginsel niet meer aan te pas te komen. Belanghebbende kan onder omstandigheden toch het oordeel van de rechter willen inroepen, namelijk indien hij van oordeel is dat de mediation niet juist is uitgevoerd dan wel een besluit ter uitvoering van de mediation niet is genomen op de wijze waarop dat is toegezegd.

69. Vergelijk P. Sanders, Arbitrage en artikel 17 Grondwet, RM Themis 1995, p. 241-243.

Derde als spijtoptant

Een mogelijkheid is dat een vaststellingsovereenkomst wordt bereikt met een aantal partijen, maar zich later toch een derde meldt die het oude besluit wenst aan te tasten. Deze mogelijkheid kan worden gemarginaliseerd door de mediation pas te laten beginnen nadat de beroepschriften bij de rechter zijn ontvangen. In beginsel is een andere partij dan te laat met het indienen van een beroepschrift en is zijn beroep niet-ontvankelijk. Bestuursrechtelijk heeft hij dan geen ingang meer.

De derde en de uitkomst van de mediation

Voorts kan een derde een bezwaar- of beroepschrift indienen tegen het nieuwe besluit dat uit de mediation voortkomt.

Men kan stellen dat dit geschrift op dezelfde wijze moet worden behandeld als bezwaar (of beroep, afhankelijk van de wettelijke procedure) tegen een besluit dat na een rechterlijke vernietiging is genomen. In dat geval is men terug bij af.

Er kan wel sprake zijn van een zekere tijdwinst. De mediation kan minder tijd in beslag hebben genomen dan het doorlopen van de procedure voor de rechter, eventueel in twee instanties. Dat is echter speculatie, al naar gelang de omstandigheden van het geval. Het is immers niet uitgesloten dat de derde niet van zich zou hebben laten horen indien er een rechterlijke uitspraak zou hebben gelegen.

Men kan van oordeel zijn dat het beroep van de derde tegen de mediationuitkomst door de rechtbank moet worden behandeld, als ware het een beroep tegen de beslissing op bezwaar. Deze oplossing kan op moeilijkheden stuiten omdat de derde dan een instantie verliest, indien normaliter een bezwaarprocedure tegen het nieuwe besluit zou openstaan. Uiteraard kan men ook de derde die er blijk van heeft gegeven toch van de partij te willen zijn, uitnodigen tot een mediationprocedure. Dat ligt voor de hand indien het besluit door de mediation van karakter is veranderd en zijn belangen alsnog geraakt zijn, terwijl dat door de partijen gedurende de mediation niet is voorzien of onjuist is ingeschat.

Voor deze en dergelijke gevallen is het van openbaar belang dat de vaststellingsovereenkomst naar de eisen van het bestuursrechtelijke beginsel inzake motivering goed en kenbaar is onderbouwd.

6.4 De rechter en de uitvoering van de mediation

Omdat bij een geslaagde mediation het conflict uit de wereld is, mag worden aangenomen dat de uitvoering van de afspraken goed zal verlopen. Maar dat kan verkeren. Een

burger kan zich niet aan een regeling houden, een bestuurder kan zich weer minder beleefd gaan gedragen, bedragen kunnen niet op tijd worden overgemaakt. Al hetgeen mogelijk is in de sfeer van gebrekkige uitvoering van besluiten, is ook hier mogelijk. De vraag is dan hoe naleving van hetgeen in de vaststellingsovereenkomst is afgesproken, alsnog kan worden afgedwongen. In beginsel ligt dat niet anders dan bij alle vormen van gebrekkige uitvoering denkbaar is. Het sluiten van de vaststellingsovereenkomst zou niet moeten worden gezien als een handeling die het karakter van de boogde handelingen verandert. Doordat er een overeenkomst over de uitvoering van publiekrechtelijke bevoegdheden is gesloten, is niet de aard van de publiekrechtelijke bevoegdheid die het onderwerp van de overeenkomst was, veranderd. Een publiekrechtelijke verplichting kan, met inachtneming van hetgeen is afgesproken, op dezelfde wijze worden uitgeoefend en gehandhaafd. Op dezelfde wijze staan daarbij rechtsbeschermingsmogelijkheden ter beschikking, waaronder mediationuitkomst over de uitvoering van de afspraak.

Indien in dat kader beroep op de bestuursrechter openstaat, komen partijen vanzelf bij de rechter terecht. Deze kan beoordelen, mede op basis van de gemaakte afspraken, of partijen rechtmatig handelen.

Het bestuur kan naleving van de afspraak door belanghebbende vorderen door belanghebbende bij besluit verplichtingen op te leggen, zoals afgesproken in de vaststellingsovereenkomst.

6.5 Conclusie

De variant dat de rechter, nadat er een beroepschrift is ingediend, partijen de keuze voorlegt te pogen hun conflict langs de weg van mediation op te lossen, is een goed denkbare variant.

De rechter kan waken over de zorgvuldigheid van de procedure en ingeval de mediation niet slaagt, is er een goede weg tot de rechter.

In geval van een meerpartijenconflict dient ervoor te worden gezorgd dat alle partijen bij de mediation worden betrokken.

7 Plaatsing van mediation

7.1 Bemiddeling en mediation

Bemiddeling is in dit preadvies gebruikt als de aanduiding van een informele werkwijze, mediation als de aanduiding van een standaardprocedure. Dat is gedaan om de debatten over mediation te structureren, terwijl bemiddeling als containerbegrip wordt gehanteerd. Een bemiddelende stijl is te allen tijde mogelijk. Een bestuursorgaan kan de voorkeur geven aan een bemiddelende stijl van besluitvorming, een stijl waarin veel overleg wordt gevoerd en aandacht bestaat voor de relevante belangen en de variëteit van mogelijkheden om die te dienen. Bemiddeling kan als onderhandelings- en overlegwijze worden gebruikt bij het nemen van het primaire besluit, in de bezwaarschriftprocedure en bij de rechter, waarbij het dan wellicht gebruikelijker is om over de schikkende rechter te spreken. De uitkomst van de besluitvorming die langs de weg van bemiddeling is bereikt, kan steeds in een besluit of uitspraak worden vastgelegd. Als zodanig gaat het om een stijl die bij het bereiken van besluiten en uitspraken wordt gehanteerd. Een dergelijke stijl kan van doorslaggevend belang zijn voor het behalen van goede en blijvende resultaten. Een en ander doet niet af aan de vele andere aanduidingen die in omloop zijn en de redenen die daarvoor worden aangevoerd (vergelijk het preadvies van M.A. Pach).

Mediation verwijst niet alleen naar een stijl, maar ook naar een procedure. In de procedure dienen bepaalde onderwerpen in beginsel in een vaste volgorde aan de orde te komen en wordt het overleg geleid door een onafhankelijke, deskundige derde (de mediator). Het kan zo zijn dat de mediation niet geheel tot het einde wordt doorgevoerd, maar daaraan doet niet af dat het einde volgens het beginsel wel bestond. Dat partijen het zo eens zijn geworden dat zij een overeenkomst niet meer nodig achten, dat zij constateren dat de afstand tussen hen zo groot is dat overeenstemming niet kan worden bereikt of dat een van de partijen zich om hem moverende redenen uit de mediation terugtrekt, kan gebeuren. Dergelijke gebeurtenissen doen aan de aard van de proce-

dure niet af. Uit de procedure voor de rechter kan althans appellant zich terugtrekken of kan het bestuur alsnog toegeven.

7.2 Mediation en de bestuursrechtspraak

In de mediation kunnen juridische onderwerpen aan de orde komen, maar het ligt niet voor de hand dat men beoogt netelige juridische problemen op te lossen. Men kan eventueel pogen een lastig interpretatieprobleem te vermijden, waardoor de beëindiging van een interpretatiekwestie vooruit kan worden geschoven. Die kwestie moet dan wachten op een volgende appellant die haar aan de rechter zal voorleggen. Mediation kan betrekking hebben op feitelijke handelingen, besluiten of privaatrechtelijke rechtshandelingen, en is daarbij niet primair gericht op de oplossing van juridische kwesties.

De functie van de bestuursrechter is primair gericht op de oplossing van juridische vraagpunten die rijzen bij het nemen van besluiten, met inachtneming van de slechts indirecte toetsing van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Daarbij vervult de rechter een functie voor de rechtsbescherming van de burger, bij de controle op de rechtmatigheid van besluiten en bij de bewaking en bevordering van de rechts-eenheid.

In de functie voor de rechtsbescherming vullen mediation en bestuursrechtspraak elkaar goed aan. De rechter kan een conflict met name op de rechtmatigheidsaspecten beoordelen en in mediation kunnen met name de bejegingsaspecten, de communicatieproblemen en waardering van feiten en belangen aan de orde komen. Tussen de domeinen is geen scherpe scheiding, maar het onderscheid tussen beide vloeit voort uit elkaar aanvullende eigenschappen van het recht: objectieve rechtsvorming en tevens individuele rechtsbedeling. Indien het accent op individuele rechtsbedeling wordt gelegd, ligt een procedure voor de hand die dat aspect van de rechtsvorming uitlicht.

De mate waarin de rechter individuele rechtsbedeling verzorgt, is op dit moment mede van de persoonlijke visie van de rechter afhankelijk. Indien de visie dat alle aspecten van de besluitvorming en de verhouding tussen het bestuur en de betrokkene bij de behandeling door de rechter aan bod moeten komen, veld wint, wordt het verschil tussen mediation en rechtspraak geringer. Het kan ook zijn dat de opvattingen over mediation veranderen. Nu wordt door velen sterk de nadruk gelegd op de mediator als procesbegeleider, die niet de weg naar een bepaalde oplossing wijst. Om die reden moeten partijen ook tegen elkaar zijn opgewassen. Het is niet ondenkbaar dat bij mediation over bestuursrechtelijke aangelegenheden de procedure wordt aangepast, en dat wordt geaccepteerd dat in veel zaken de burger nu eenmaal minder handig is in het belichten van zijn positie dan tegenover het bestuur gewenst is. De mediator zou dan een actievere rol kunnen krijgen.

Of mediation en bestuursrechtspraak elkaar in de toekomst veel zullen blijven ontlopen, moet worden bezien. Dat kan alleen indien ook met mediation voldoende ervaring wordt opgedaan.

Het is de vraag of mediation op den duur sneller gaat dan rechtspraak. Voor de behandeling van een conflict in mediation is enkele weken of enkele maanden nodig.⁷⁰ Zou bij de mediation zijn afgesproken dat er geen beroep op de rechter meer openstaat, dan spreekt het vanzelf dat met mediation een grote tijdwinst kan worden geboekt. Zowel voor de zaak die via de mediationprocedure wordt opgelost, als voor de zaken bij de rechter, aangezien daar de werklast terugloopt. Het openen van een andere rechtsgang heeft echter niet per se een 'één op één'-gevolg. De duur van procedures voor de rechter is nu deels een gevolg van wachttijd. Die wachttijd kan zich bij mediation ook gaan voordoen. Daar komt bij dat de 'aanrakingstijd' bij mediation aanzienlijk is. Voor de beantwoording van de vraag of mediation uiteindelijk zal bijdragen aan een snelle conflictbehandeling moet meer ervaring worden opgedaan. Of mediation moet worden bevorderd is vooral afhankelijk van de vraag of ze voor bepaalde conflicten een goede wijze van behandeling vormt.

7.3 De normale gang van zaken bij mediation

Het bestuur en de belanghebbenden kunnen op de gedachte komen dat zij een verschil van mening dat hen gescheiden houdt langs de weg van mediation kunnen oplossen. Zij zoeken een erkende mediator en sluiten een mediationovereenkomst. Zij lichten hun posities toe. Alles gebeurt vertrouwelijk en blijft vertrouwelijk, tenzij partijen toestemming geven die vertrouwelijkheid op te heffen. Vertrouwelijk overleg tussen de mediator en een van de partijen behoort ook tot de mogelijkheden. Dat geeft de partij de gelegenheid haar houding en inzet zo goed mogelijk uit te leggen.

De mediator creëert het platform voor het overleg, een veilige omgeving voor de uitwisseling van gedachten en een klimaat dat leidt tot het vinden van oplossingen. De mediator stimuleert en moedigt partijen aan hun visie te geven. Hij zoekt naar onuitgesproken conflictpunten en tracht die aan de oppervlakte te krijgen en ervoor te zorgen dat deze in de oplossing tot hun recht komen.

De mediation duurt zolang als partijen dat willen. Soms betekent dat dat er maar een enkele zitting nodig is; soms kan het weken duren. Partijen moeten daar achterstaan, zonder hun instemming kan de mediation niet doorgaan.

Het resultaat van de mediation wordt vastgesteld. Schriftelijke vastlegging is vanuit de gedachte van mediation niet per se vereist: partijen zijn eruit gekomen. Juridisch

70. Vergelijk Brenninkmeijer, Trema, a.w., p. 46.

gezien lijkt het toch wel wenselijk een overeenkomst over het resultaat te sluiten. Bestuursrechtelijk gezien dient de overeenkomst openbaar te zijn, de Wet openbaarheid van bestuur is erop van toepassing (zie verder paragraaf 7.6).

Een ander aspect dat bij de normale gang van zaken behoort, is dat mediation pas wordt overwogen indien duidelijk is dat het nemen van een besluit niet vanzelf gaat of als er van geschillen ten aanzien van een genomen besluit is gebleken. Dat betekent dat wat de primaire besluiten betreft, mediation in beeld zal komen indien de betrokken materie complex is. Dat kan een ervaringsfeit zijn, zoals bij de vennootschapsbelasting, of sowieso uit de materie voortvloeien, zoals bij mededingingskwesties. Meer in het algemeen kan worden opgemerkt dat mediation bij het sluiten van convenanten kan worden gebruikt. Bij eenvoudige besluiten kan men doorgaans niet verwachten dat het volgen van een mediationprocedure in overweging wordt genomen; het is niet de normale manier van besluiten en kan dat ook niet worden. Om die reden ligt het voor de hand in gevallen waarin niet over complexe besluitvorming kan worden gesproken, af te wachten tot het besluit is genomen en wordt bestreden, tenzij natuurlijk partijen zelf vinden dat er moet worden gemedieerd.

7.4 De complicaties

Complicaties kunnen optreden in geval van een mislukte mediation. Partijen kunnen dan worden geconfronteerd met de gevolgen van het feit dat zij de ander in vertrouwen hebben genomen. Betreft de kwestie niet een ernstige aangelegenheid, dan vormt de mogelijke schending ervan ook geen ernstig probleem. Gedurende de mediation gaat het meer om de vertrouwelijke sfeer dan om het prijsgeven van vertrouwelijke zaken. Maar het kan ook zijn dat er wel vertrouwelijke gegevens aan de andere partij of de mediator zijn verstrekt. In dat geval zijn er verschillende risico's. Om die te verkleinen zal er bij het bestuur voor moeten worden gezorgd dat een andere ambtenaar de zaak voortzet. Indien een bestuursorgaan zelf bij de mediation betrokken is geweest, zal hij moeilijk kunnen worden vervangen. Alsdan zal hij geen gebruik mogen maken van kennis die hij vertrouwelijk heeft gekregen. De andere partij kan daarop in een eventuele procedure voor de rechter wijzen en de rechter zal het beroep op de vertrouwelijkheid moeten honoreren.

Het kan zijn dat de mediator door een van de partijen als getuige wordt gedagvaard. Dit zou in beginsel niet moeten gebeuren, omdat daarmee het vertrouwelijke karakter wordt aangetast. Wel kan van de mediator worden gevraagd openbaar verslag te doen van de wijze waarop hij is opgetreden. Uit de vaststellingsovereenkomst moet in beginsel zijn rol in voldoende mate blijken. Daarnaast kan een klachtprocedure over de wijze van optreden van mediators worden opgesteld.

Een en ander kan ingewikkelder liggen naar mate er meer partijen bij de mediation zijn betrokken.

Complicaties kunnen er ook zijn indien de informatie die wordt verstrekt over de positie en de toegankelijkheid van mediation aan vergelijkbare belanghebbenden, niet op dezelfde manier is begrepen. De mogelijkheid om van de procedure gebruik te maken moet in beginsel voor gelijke gevallen gelijk zijn.

Een geslaagde mediation van twee partijen kan blijken te zijn mislukt doordat een derde er niet bij was betrokken. Dat compliceert ook de verdere rechtsbeschermingprocedures.

Een mogelijke complicatie kan zijn gelegen in de kosten. De advocaat van de burger moet mogelijkwijze meer uren in de mediation steken dan in de behandeling van de zaak voor de rechter. Er moet nog worden beslist wie uiteindelijk de kosten voor de mediator draagt.

Een niet-geslaagde mediation kan bijdragen aan de verlenging van het proces. Dit is een van de redenen waarom het lastig is aan te geven of mediation op een grotere schaal zou bijdragen aan het boeken van tijdswinst. Een mislukking kan de irritatie vergroten en de procedure voor de rechter vertragen. Het kan ook zijn dat partijen er in goede harmonie niet uitkomen en dat van de voortgang die zij hebben geboekt in het proces voor de rechter kan worden geprofiteerd.

Non-complicaties lijken te zijn: de zorg dat er tijdens de mediation misbruik zou worden gemaakt van de vertrouwelijke sfeer en dat er speels met het recht zou worden omgegaan. Niet goed is in te zien waarom dat bij mediation een hogere frequentiegraad zou hebben dan bij andere beslissingen inzake besluiten.

Non-complicaties lijken eveneens de bevoegdheidsproblemen te zijn. Bij mediation bij de primaire besluitvorming kunnen ambtenaren en bestuurders binnen hun normale mandaat handelen. Dat is ook het geval bij mediation over een genomen besluit. Stuit men op de grenzen van het mandaat, dan impliceert dat doorgaans een juridische complicatie, bijvoorbeeld de wens om meer regelingen gecombineerd toe te passen of om in het kader van het overgangsrecht ten gevolge van gewijzigd beleid een niet-voorzien uitzondering te maken. In die gevallen ligt het voor de hand dat betrokkenen het benodigde overleg voeren met degenen die het mandaat verleenden of de zaak alsnog doorverwijzen naar de rechter. Wat dat betreft ligt de kwestie bij mediation anders dan bij een schikkende rechter. In die gevallen kan het mandaat lastiger zijn omdat ter zitting aanwezige ambtenaren vaak een beperkt mandaat hebben.

7.5 De juridische gevolgen van een falende mediation

Ingeval de mediation slaagt, behoeft de gangbare wijze van rechtsbescherming niet te worden gevolgd. Het is te overwegen in de modelafspraken op te nemen dat de belanghebbenden de gelegenheid krijgen gedurende een bepaalde termijn, bijvoorbeeld twee weken na het bereiken van het principeakkoord, zich alsnog uit de procedure terug te trekken. Zij hebben dan de gelegenheid om te bedenken of ze inderdaad achter het behaalde resultaat staan.

Bij het terugtrekken van een der partijen ontstaan er verschillende opties. In de fase van de primaire besluitvorming kan het bestuur het besluit nemen.

Bij een mislukte mediation tijdens de primaire besluitvorming ligt het voor de hand over te gaan tot de gangbare wijze van besluitvorming. Ingeval in een vroege fase al duidelijk wordt dat de mediation niet zal slagen, kan het bestuur zo spoedig mogelijk een besluit nemen, waarna volgens de gangbare criteria zou kunnen worden bepaald of een bezwaarschriftprocedure wordt gevolgd. Hebben partijen elkaar al uitgebreid gesproken, en waren alle belanghebbenden daarbij betrokken, dan ligt het voor de hand de bezwaarfase over te slaan. Er zal dan vanzelf blijken of alle partijen een direct beroep op de rechter wensen, omdat het overslaan van de bezwaarfase volgens het voorstel van wet alleen maar mogelijk is bij instemming van alle betrokkenen.

Het is aan de rechter ervoor te zorgen dat geen van beide partijen nadeel van de mediation ondervindt. Een van de mediationvoorwaarden zou, om rechterlijke controle mogelijk te maken, moeten zijn dat wat gedurende de mediation in vertrouwen is meegedeeld, in beginsel is beschermd. Een vergelijkbare regel geldt voor de vertrouwelijke briefwisseling tussen advocaten, krachtens artikel 12 van de Gedragsregels voor advocaten.

De vertrouwelijkheid van documenten bij het bestuur kan in het bestuursrecht niet onverkort gelden. De Wet openbaarheid van bestuur kan door de vertrouwelijke herkomst van de stukken niet worden gepasseerd. De rechter zal de beginselen inzake openbaarheid en vertrouwelijkheid moeten afwegen.

Indien de mediation mislukt in de fase voor de rechter, blijft het bestreden besluit bestaan. Bij de burger(s) kan alsnog acceptatie van het besluit zijn ontstaan. In dat geval trekken zij hun beroep in; het kan zijn dat ze de rechter berichten dat zij voortzetting van de procedure bij de rechter wensen. Alsdan geldt wat *mutatis mutandis* hiervoor is gezegd.

7.6 De vaststellingsovereenkomst

Voor mediation kan in elke fase van de besluitvorming of van de procedure van rechtsbescherming worden gekozen. Het volgen van procedures en het sluiten van overeenkomsten daarover is aan de keuze van partijen, voorzover er geen publiekrechtelijke belemmeringen zijn. Men kan mediation zien als een overeenkomst uit vele en de ontwikkelingen voorlopig op hun beloop laten.

Het standpunt dat er zonder nadere wettelijke grondslag de bevoegdheid is tot het sluiten van een vaststellingsovereenkomst, een speciale vorm van een bevoegdhedenovereenkomst, is ook verdedigbaar. Onder een bevoegdhedenovereenkomst wordt verstaan een overeenkomst over de wijze waarop gebruik zal worden gemaakt van een publiek-

rechtelijke bevoegdheid en waarbij ten minste een van de partijen een bestuursorgaan is.⁷¹ Bij het sluiten daarvan of de weigering tot het sluiten ervan en de uitvoering ervan is het bestuur gebonden aan het publiekrecht. Dat vloeit zowel uit de eerste afdeling van het derde hoofdstuk van de Algemene wet bestuursrecht voort, als uit artikel 3:14 jo. 3:15 BW. Een vaststellingsovereenkomst is bedoeld voor de beëindiging van een conflict (artikel 7:900 BW). Het is een obligatoire overeenkomst en dat houdt voor de betrokken partijen in dat zij zich naar de vaststelling moeten gedragen.⁷²

Over de vraag welke rechter bevoegd is de weigering tot of het sluiten van een dergelijke overeenkomst te beoordelen, kan verschillend worden gedacht.⁷³ Het staat geenszins vast dat de bestuursrechter zich hierover zal buigen. Voorzover de uitvoering van de vaststellingsovereenkomst een besluit betreft, kan daartegen in beginsel bezwaar worden ingesteld en beroep worden aangetekend bij de bestuursrechter.⁷⁴

De overheid wordt in het algemeen in haar contractsvrijheid beperkt in die zin dat zij geen overeenkomst mag sluiten indien er een publiekrechtelijke weg kan worden bewandeld en door het sluiten van de overeenkomst publiekrechtelijke waarborgen ontoelaatbaar worden doorkruist. Van een ontoelaatbare doorkruising zou sprake zijn indien de rechtsbescherming van betrokkenen te vergaand zou worden beperkt.

In deze doet deze problematiek zich eigenlijk niet voor. Het gaat om een afspraak van een bestuursorgaan met belanghebbenden. Beide gaan daarin verplichtingen aan. De belanghebbende zegt toe een bepaald feitencomplex op een bepaalde wijze te waarderen, een belang in een bepaald perspectief tot een ander te zien of zich in het vervolg op een bepaalde wijze te gedragen. Wat betreft de feitencomplexen en de belangenperspectieven, regardeert de afspraak in wezen bewijsproblematiek. Men accepteert en legt vast dat het zo is en niet anders. Wat dat onderdeel betreft, is er gelijkenis met de vaststellingsovereenkomst. Voorzover het gaat om andere onderdelen van het besluit, betreft het toezeggingen van de kant van het bestuur om een besluit van een bepaalde inhoud te nemen.⁷⁵ De aard van de materie en de partijen zijn bestuursrechtelijk. Om die reden ligt het voor de hand een specifiek op het bestuursrecht toegesneden vaststellingsafpraak te ontwikkelen.

71. Zie: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag 1999, p. 288.

72. Zie voor een korte behandeling: G.J. Meijer, Bindend advies en de vaststellingsovereenkomst, in de bundel, aangeboden aan H.J. Snijders, Tot persistit, Deventer 1997, p. 51 e.v.

73. Zie vorige noot, p. 294.

74. Zie AG 1 september 1992, AB 1993, 400 m.nt. ThGD (Hydro Agri II) en Vz. AG 26 september 1991, AB 1992, 283 m.nt. AFMB (Kemira Pernis).

75. Vergelijk R.H. Happe, De fiscale vaststellingsovereenkomst, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), Contractvrijheid, MI-12 van de Meijers-reeks, Deventer 1999; HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 46; AB 1994, 299; BNB 1994, 19.

Beroep kan worden opengesteld tegen het besluit waaraan de vaststellingsafpraak is gehecht. De bestuursrechter kan bij de rechtmatigheid van het besluit mede beoordelen of de mediation correct is uitgevoerd en niet tot een resultaat heeft geleid dat in strijd is met het recht.⁷⁶ In dat opzicht behoeft de beoordeling van de procedure van de mediation en de uitkomst ervan niet te verschillen van de wijze waarop de rechter een besluit dat op bezwaar is genomen, beoordeelt.

Een vergelijkbare eenvoudige redenering kan ook worden gevolgd, namelijk dat een geschil dat uit de wereld is geholpen niet meer bestaat, hoe de oplossing juridisch ook wordt gekwalificeerd. Indien bestuur en alle andere betrokkenen overeenstemming bereiken over de wijze waarop moet worden gehandeld, is er geen aanleiding tot zorg. Dit spreekt te sterker indien men zich realiseert dat voorzover het conflicten inzake besluiten betreft, de overeenstemming in de meeste gevallen niet zal leiden tot een stilzitten van het bestuur.

Er kan ook worden gekozen voor een nadere regeling van de vaststellingsafpraak, houdende het resultaat van de mediation. Voor de wijze waarop een dergelijke afspraak kan worden geregeld, kan een vergelijking worden gemaakt met sommige delen van de regeling inzake arbitrage, onverminderd het verschil in procedure en de bevoegdheid van de arbitragecommissie c.q. de mediator. Punten voor vergelijking zijn:

- de eis van schriftelijkheid voor het aangaan van de mediation (artikel 1021 Rv);
- het kiezen van de plaats van de mediation (artikel 1037 Rv);
- partijen worden op voet van gelijkheid behandeld, met zien verstande dat er bij de mediator een plicht tot empowerment, een zorgplicht tot gelijkheid wordt aangenomen (artikel 1039 Rv);
- op schriftelijk verzoek kan een derde zich voegen (artikel 1045 Rv);
- in de mediation worden de grenzen van het recht gerespecteerd (artikel 1054 Rv);
- de elementen van de vaststellingsovereenkomst (artikel 1075 lid 4 Rv plus die van artikel 1069 lid 2 onder c Rv);
- de openbare registratie (artikel 1058 lid 1 onder b Rv).

Voor het overige dient aan de eisen die aan een beschikking worden gesteld, te worden voldaan.⁷⁷ Zou men van oordeel zijn dat het om een privaatrechtelijke overeenkomst gaat, dan zou dat in beginsel de beoordeling van de overeenkomst aan de bestuursrechter onttrekken,

76. Zo ook: G.H. Addink, A.J. Fioole & P. Kort, Bemiddeling in bestuursrechtelijk perspectief: een voorstel voor een wettelijke regeling, NTB 2000, p. 119 e.v., met name p. 120.

77. Meer vasthoudend aan de vorm van de overeenkomst zijn: A.F.M. Brenninkmeijer & S. Pront-van Bommel, Het compromis in het bestuursrecht, TMD 1998, p. 2-7.

zij het niet helemaal. Men zou in de vaststellingsovereenkomst een voorbereidingshandeling voor het nemen van een besluit kunnen zien. Dat doet zich voor indien in de overeenkomst wordt toegezegd dat het bestuur bepaalde besluiten zal nemen. De beslissing van een bestuursorgaan om een mediation aan te gaan en die om de uitkomsten te aanvaarden kan met een besluit worden gelijkgesteld, eventueel via de gelijkstelling met een toezegging.⁷⁸

De inpassing in het publiekrecht zou kunnen geschieden door partijen de gelegenheid te geven een principeakkoord te tekenen, en vervolgens korte tijd later, bijvoorbeeld twee weken, een vaststellingsafpraak die is gehecht aan het besluit of de besluiten die het bestuur ter uitvoering van de mediation heeft moeten nemen. Het principeakkoord vervalt na de ommekomst van twee weken en dan herleeft het besluit waartegen beroep is ingesteld bij de bestuursrechter.

Door de ondertekening van de vaststellingsafpraak komt vast te staan dat de betrokken besluiten inderdaad de uitvoering van het principeakkoord en de daaraan gelijklopende vaststellingsovereenkomst zijn.

Door de afspraak komt ook vast te staan op welke besluiten de mediation betrekking heeft gehad en welke besluiten om die reden met elkaar samenhangen.

De afspraak vormt zo als het ware een toelichting op de genomen besluiten.

Een vreemde eend in de bijt van de Algemene wet bestuursrecht is dit niet. Men denke aan de brede werking van het tweede en derde hoofdstuk en aan bepalingen als artikel 6:1 en artikel 8:3 Awb en aan het uitgangspunt van de wederzijdse rechtsbetrekking die aan het besluitbegrip ten grondslag is gelegd.

Mocht belanghebbende zich daarna alsnog bedenken, dan is bezwaar of beroep tegen de genomen besluiten mogelijk, maar door hun nauwe verband met de vaststellingsafpraak zal hun geldigheid mede aan de hand van deze overeenkomst moeten worden beoordeeld. De mogelijkheid dat belanghebbende een element uit het besluit zou lichten waartegen het beroepschrift zou worden gericht, heeft dan weinig effect. Hij heeft zijn handtekening gezet voor het geheel. Het beginsel van de non-reformatio-in-peius verliest in een dergelijke setting zijn werking. Voor het vervolg blijft de normale procedure van kracht, daar het beroep zich richt tegen een besluit. Alle regels inzake het nemen van een besluit blijven eveneens van kracht.

Indien de burgerlijke rechter toch wordt geadieerd over de merites van de uitvoering van het principeakkoord of de vaststellingsafpraak, kan worden beoordeeld of er een

78. Zo ook Addink e.a., a.w.

met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstaat. Dat lijkt het geval te zijn waar het gaat om besluiten: tegen de weigering een besluit te nemen ter uitvoering van de vaststellingsafspraken kan de belanghebbende opkomen en evenzeer tegen de uitkomst van een wel genomen besluit. Voorzover het gaat om andere handelingen, wendt men zich terecht tot de burgerlijke rechter.

Een andere mogelijkheid, door mij niet hartelijk aanbevolen, is dat in de Algemene wet bestuursrecht wordt opgenomen dat de mediationuitkomst (of de vaststellingsafspraken) aan een besluit wordt gelijkgesteld. Voor een derde-belanghebbende doet zich dan eventueel de merkwaardige situatie voor dat hij in beroep zou moeten gaan tegen een handeling die mede van een niet-bestuursorgaan afkomstig is. De procespositie van degenen die wel bij de mediation waren betrokken, wordt dan ook wat eigenaardig. Maar de wetgever kan dat toch vast wel regelen. Een ander bezwaar is dat alle wettelijke regels die op de betrokken besluiten van toepassing zijn, alleen nog maar van overeenkomstige toepassing zijn.

7.7 Een mogelijke wettelijke regeling

Sommige elementen uit de mediationprocedure behoeven een wettelijke regeling, andere niet.

Elementen van de vaststellingsafspraken zouden kunnen worden geregeld. Er zou kunnen worden opgenomen dat partijen na het bereiken van een akkoord twee weken de gelegenheid krijgen om zich uit de mediation terug te trekken. Daarna wordt de vaststellingsovereenkomst, die aan de besluiten is gehecht, getekend. Tegen deze handeling, dit samengestelde besluit, staat gedurende de gewone termijn beroep open. Het is van belang de samenhang die in de mediation is bereikt te bewaren en te bepalen dat tegen de uitkomst als zodanig eventueel beroep kan worden ingesteld, of dat in dit geval een beroep tegen een onderdeel ervan gevolgen kan hebben voor het geheel. Voor een non-reformatio-in-peius is hier geen plaats.

Er is geen reden het beroep op de rechter te beperken. De overeenstemming die in de mediationprocedure wordt bereikt, dient immers binnen de grenzen van het recht te worden bereikt. Als dat is gebeurd, heeft een beroep op de rechter weinig zin, maar waarom zou men het verbieden? De rechter kan de zaak snel beslissen.

Bij een mediation behoeven geen openbare gespreksverslagen te worden gemaakt, maar de uitkomst van de mediation moet wel aan de gangbare eisen van motivering voldoen. Dit hoeft niet te worden geregeld.

Het kan ook zijn dat partijen overal zijn uitgekomen, maar over een bepaald juridisch punt geen overeenstemming hebben bereikt. Dat kan dan aan de rechter worden voorgelegd. Voorts kan een derde beroep wensen in te stellen.

De variëteit aan mogelijke uitkomsten is te groot om een wettelijke beperking in het beroepsrecht te kunnen rechtvaardigen. Bovendien zou dat mediation te veel in een juridische hiërarchie plaatsen en dat zou weer kunnen betekenen dat het juridische aspect in de procedure zelf weer te veel nadruk zou krijgen.

De uitkomst van mediation in de primaire besluitvormingsfase behoeft voor dit moment verder geen nadere regeling. Wel is te overwegen in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen dat tegen een besluit na mediation rechtstreeks beroep op de rechter openstaat. Ten aanzien van een besluit dat naar aanleiding van een mediation is genomen, zou geen bezwaarschriftprocedure meer behoeven te worden gevolgd. Indien blijkt dat een derde ten onrechte is overgeslagen, zou deze, indien hij daartoe bereid is, aan een uitbreiding van de mediation kunnen deelnemen. Zou hij dat niet willen, dan ligt het naar geldend recht voor de hand te overwegen om alsnog de bezwaarprocedure te doorlopen. Daarvoor pleit natuurlijk dat belanghebbenden dan alsnog de belangen kunnen afwegen, tezamen met het bestuur. Er pleit echter tegen dat het bestuur op concessies die het eerder heeft gedaan moet terugkomen. Dat versterkt het imago van het bestuur niet, hoezeer een ander standpunt door het door de derde belichte belang ook zou kunnen zijn gerechtvaardigd.

Het is te overwegen om in het voorstel van wet rechtstreeks beroep op te nemen, dat zowel het bestuur als de belanghebbende bij het verzoek om de bezwaarprocedure over te slaan kunnen opnemen, dat zij een mediation op prijs stellen.

Dat kan indien er eerder geen mediation is geweest of indien na het nemen van het besluit op mediation zich anderen hebben gemeld.

In een beroepschrift kan zijn aangegeven dat partijen mediation op prijs stellen. De rechtbank kan dan vaak beoordelen of te verwachten is dat anderen nog een beroepschrift indienen waarin zij al dan niet om mediation vragen. In de wet zou kunnen worden geregeld dat op het verzoek om mediation zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen zes weken na binnenkomst van het verzoek wordt beslist.

In de wet zou voorts kunnen worden geregeld dat de procedure van mediation ten hoogste twaalf weken mag bedragen.

Bij mediation inzake een beroep en besluit kan de rechter bepalen welke personen in beginsel als mediator geschikt zijn. Uit een dergelijke groep kunnen partijen de mediator kiezen voor de behandeling van hun conflict. Dit behoeft vooralsnog geen wettelijke regeling.

De kosten van rechtsbijstand en mediator moeten worden geregeld.

7.8 Conclusie

Mediation is met name geschikt voor de niet-juridische aspecten van het optreden van het bestuur, maar kan wel betrekking hebben op juridische aspecten van besluiten. Bij de behandeling van conflicten inzake besluiten vormen de bejegening, de communicatie, de vaststelling en de waardering van de feiten en de belangen de belangrijkste elementen. Er kunnen juridische kwesties aan de orde komen. Op het bestuur berust ook tijdens de mediation de verplichting zich aan de grenzen van het recht te houden. Die plicht wordt door de mediation niet veranderd. De ruimte van het bestuur tot rechtsvorming tijdens de mediation zijn gelijk te stellen met die van het bestuur tijdens de primaire besluitvorming.

De toegang tot de rechter wordt daarmee niet bedreigd, maar mediation vormt een aanvulling op de functie die de rechter heeft bij de rechtsbescherming. De taak van de rechter kan daardoor beter worden geconcentreerd op de juridische aspecten.

De controlerende taak die de rechter heeft ten aanzien van de rechtmatigheid van het bestuurshandelen wordt aangevuld, en niet bedreigd. Bovendien kan de indringende werking die van mediation kan uitgaan, het bestuur tot reflectie op het eigen werk brengen. Dat kan tot een algemene kwaliteitsverhoging van het bestuurswerk leiden.

8 Stellingen

De volgende conclusies kunnen als stellingen worden aangemerkt.

1. Belanghebbende en bestuursorgaan kunnen in beginsel beslissen een kwestie langs de weg van mediation op te lossen.
2. Het bestuur behoort beleid te ontwikkelen ten aanzien van mediation in de primaire besluitvorming bij:
 - complexe besluitvorming;
 - besluiten met verschillende belanghebbenden;
 - samenhangende besluiten;
 - belanghebbenden die vaak een bezwaarschrift indienen; of
 - dienstonderdelen die veel meer met bezwaar of beroep te maken krijgen dan andere.
3. De rechter kan mediation aanmoedigen bij bestreden besluiten die bejegening, communicatie, feiten of belangen lijken te betreffen.
4. Dubbele mediation met dezelfde partijen over een feitencomplex moet worden vermeden.
5. De vaststellingsafpraak, gehecht aan de besluiten waarmee de mediation wordt uitgevoerd, behoort in de Algemene wet bestuursrecht te worden geregeld.
6. Tegen besluiten ter uitvoering van vaststellingsafspraken staat rechtstreeks beroep op de bestuursrechter open.

7. De beoordeling of een conflict in de bezwaarfase geschikt is voor behandeling langs de weg van mediation moet geheel aan partijen worden overgelaten. De wettelijke belemmeringen, met name inzake termijnen, moeten worden weggenomen.

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (voorzitter)

Mw. mr. M.L. Haimé (secretaris)

Mr. B. Verwayen (penningmeester)

Prof. mr. M.A.P. Bovens

Mr. H.J.G. Bruens

Mw. mr. D. de Bruin

Prof. dr. M.W.C. Feteris

Mr. J.W. Ilsink

Mr. R.H. Lauwaars

Mr. J.B. Mencke

Mr. A.W.H. Meij

Mr. H.W.M. Oppenhuis de Jong

Mw. mr. W. den Ouden

Mw. mr. C. Pels Rijcken

Mr. F.P. Zwart

Ereleden

Mr. A.D. Belinfante †

Mr. J. van der Hoeven †

Mr. J.M. Polak

Mr. A. Rothuizen-Geerts

Mr. M. Scheltema

Mr. F.W. ter Spill †

Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)

XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)
XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burger- rechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1958)

XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)

LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXX	mr. L.J.M. de Leede mr. J.P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1975)
LXXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk- Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1978)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwettmatig bestuur	(1981)

LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Verstedden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)
XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. IJssink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)
	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)

106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolai mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuursprocesrecht	(1994)
114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht	(1995)
116	mr. E. Steyger mr. R.J.G.M. Widdershoven mr. A.W.H. Meij	Europees recht en het Nederlands bestuursrecht	(1996)
118	mr. C.P.J. Goorden mr. M.M. den Boer mr. F.K. Buijn	Zbo's, verzelfstandiging en privatisering	(1997)
120	mr. H.P. Heida prof. mr. F.A.M. Stroink mr. P.C.E. van Wijmen	Complexe besluitvorming	(1998)
122	mr. A.J.C. de Moor- van Vugt mr. J.L. de Wijkerslooth mr. N. Verheij	Verschuiving van de magische lijn	(1999)

124 prof. mr. C.A.J.M. Kortmann De Awb en de bijzondere wetgeving (2000)
 prof. mr. B.P. Vermeulen
 mr. P.J.J. Zoontjens