

VAR-reeks

127

Alternatieven van en voor de bestuursrechter

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

Ter behandeling van de preadviezen van

Mr. B.J. van Ettekoven

Mr. M.A. Pach

Prof. mr. I.C. van der Vlies

Boom Juridische uitgevers

Den Haag

2002

© 2002 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 196 2

NUGI 693

www.bju.nl

Inhoud

In memoriam mr. J. van der Hoeven	7
Rede van de voorzitter, prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	8
Aanduiding belangrijke discussiepunten door de preadviseurs	14
Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte)	16
Mevrouw mr. M. Pel	16
Mr. M.W. Scheltema	23
Mevrouw mr. L.F. Wiggers-Rust	27
Mr. J.E.M. Polak	31
Mr. D.A.C. Slump	38
Mr. L.J.A. Damen	40
Uitslag van de VAR-pleitwedstrijd, gehouden op 7 mei 2001	42
Interventies, met reacties van de preadviseurs (middaggedeelte)	45
Mr. D. Allewijn	47
Mr. B.J. Schueler	53
Mr. N. Verheij	57
Mr. A.R. Neerhof	58
Mr. L.M. Koenraad	64
Mevrouw mr. N.M. van Waterschoot	68
Dr. M.V.C. Aalders	74
Mr. B.W.N. de Waard	79
Mr. W. Konijnenbelt	83
Mr. T. Barkhuysen	85

Stellingenprocedure	89
Verslag van de secretaris over 2000	96
Bestuur en ereleden	100
Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR	101

In memoriam mr. J. van der Hoeven

De voorzitter gedenkt het op 19 februari 2001 overleden erelid mr. J. van der Hoeven

Ons VAR-erelid J. van der Hoeven is op 19 februari 2001 overleden. Hij was een staats- en bestuursrechtelijke reus, in de wetenschap en in de praktijk. Van zijn staatsrechtelijke geschriften noem ik zijn proefschrift *De plaats van de Grondwet in het constitutionele recht*, uit 1958, dat in 1988 werd heruitgegeven, voorzien van een extra hoofdstuk over de Grondwet 1983. Er zullen niet veel gepromoveerden zijn die kunnen zeggen dat hun proefschrift dertig jaar na dato opnieuw werd uitgegeven. Op bestuursrechtelijk gebied noem ik zijn opstel 'De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht', in de bundel *Honderd jaar rechtsleven*, uit 1970. De vergadering zal zich herinneren dat twee jaar geleden is gesproken over preadviezen onder de gezamenlijke titel *Verschuiving van de magische lijn*, een titel die men gerust ook als een hommage aan Van der Hoeven mag beschouwen.

Zoals gezegd was Van der Hoeven ook een praktijkman. Als eerste voorzitter van de Afdeling rechtspraak heeft hij zijn stempel gedrukt op de Arob-rechtspraak. Ik hoef slechts zijn uitspraak van 25 augustus 1976 te noemen, waarin hij uitmaakte dat de waarschuwing, voorafgaande aan politiedwang, een beschikking is, met alle gevolgen voor de verhoogde rechtsbescherming van dien. Voor de VAR zal Van der Hoeven natuurlijk primair blijven voortleven als de auteur van dat prachtige boek *De drie dimensies van het bestuursrecht*, dat in 1989 het licht zag en dat hij schreef ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de VAR. Het is een boek dat van een groot inzicht getuigt, dat in zekere zin tijdloos is en dat wij bijvoorbeeld nog elk jaar met graagte aanbieden aan de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd. Wij danken Van der Hoeven voor zijn grote inzet en betekenis voor het bestuursrecht in het algemeen en voor de VAR in het bijzonder.

Rede van de voorzitter, prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels

Een dure plicht

Inleiding

Na de vuurwerkramp in Enschede en de cafébrand in Volendam strijden vooral landelijke politici om het doen van de meest vergaande uitspraken ten aanzien van de noodzaak van bestuurlijke handhaving. Het moet maar eens afgelopen zijn met dat vermaledijde gedogen en er moet stevig worden gehandhaafd! Dat moet toch ook kunnen? Er zijn immers voldoende bevoegdheden en dus is het toch slechts een kwestie van lef? Gemeentelijke en provinciale bestuurders en waterschapsbestuurders die aanmoedigen, zo niet vermaningen, van deze aard te horen krijgen van ministers en van de media, zijn doorgaans genuanceerder, doordat ze dagelijks in de frontlinie staan. Maar zij zijn ook verdacht, want zij vooral hebben het immers zo ver laten komen.

Ik heb mij het afgelopen jaar verwonderd over het simplisme waarmee in het publieke debat wordt gesproken over gedogen en handhaven. Het gaat over een complex vraagstuk. Ik wil het vandaag hebben over enkele aspecten van dit vraagstuk, dat thans actueler is dan ooit en dat mij als betrokken buitenstaander zeer ter harte gaat.

Een valse tegenstelling

Om te beginnen wil ik iets zeggen over de valse tegenstelling tussen handhaven en gedogen. Ik doe dat met een gefingeerd, maar uiterst herkenbaar voorbeeld. Het gaat over een composteerbedrijf dat twee vestigingen heeft, één in de gemeente G, één in de gemeente H. Beide vestigingen zijn ongelukkig gesitueerd, want in beide gevallen ondervindt de buurt al geruime tijd overlast ten gevolge van het lawaai en de stank,

die de emissiegrenzen van de milieuvergunning overschrijden. Onlangs hebben omwonenden zich georganiseerd in belangenverenigingen. In beide gemeenten hebben de respectieve verenigingen zich tot het gemeentebestuur gewend.

In de gemeente G wordt het probleem als volgt aangepakt. Er wordt overleg georganiseerd tussen bedrijf, omwonenden en gemeente. Daarna wordt besloten te zoeken naar een andere locatie voor het bedrijf binnen dezelfde gemeente. B en W zien daarvoor wel mogelijkheden. Uiterlijk binnen twee jaar moet het bedrijf vertrekken naar de nieuwe locatie. Voor de tussentijd wordt een gedoogbeschikking opgesteld, waarbij afdeling 3.4 Awb wordt toegepast. Aan de beschikking worden voorwaarden verbonden die ertoe strekken de stank- en lawaaihinder terug te brengen, zonder overigens dat daarmee een situatie zal ontstaan die helemaal conform de vergunning is. Dat namelijk blijkt bedrijfstechnisch niet mogelijk, althans zo duur dat het bedrijf niet meer rendabel te exploiteren valt. Na het in werking treden van de gedoogbeschikking wordt regelmatig gecontroleerd of het bedrijf zich aan de gedoogvoorwaarden houdt. Als dat een enkele keer niet het geval blijkt te zijn, is een indringend gesprek met de toezichthouder voldoende om het bedrijf weer op het rechte pad te brengen. Na twee jaar wordt het bedrijf inderdaad verplaatst.

In de gemeente H pakt men de zaak heel anders aan. Na klachten van de belangenvereniging en een daarop volgend gesprek met de bedrijfsleiding krijgt het bedrijf te horen dat de emissiegrensoverschrijdingen niet langer zullen worden getolereerd. De wethouder van milieu laat zich interviewen voor de plaatselijke krant en spreekt harde taal. Nadat de overschrijdingen niettemin doorgaan en dit door een toezichthouder wordt vastgesteld, wordt door het hoofd van de Afdeling milieu een zogeheten ambtelijke brief geschreven die er niet om liegt. Als het bedrijf nog één keer wordt betrapt op handelen in strijd met de vergunning, zal niet worden gearzeld een sanctiebesluit te nemen. Het bedrijf laat zich niet bang maken. Het meent geen kant op te kunnen, ervan uitgaande dat faillissement geen aanvaardbaar perspectief is, niet voor de bedrijfsleiding, maar ook niet voor de werknemers. De overtredingen gaan op hetzelfde niveau door. Het management denkt: als je toch de schuld krijgt, kun je het maar beter ook gedaan hebben! Na nog een brief en een stevig gesprek ten gemeentehuize (we zijn inmiddels een jaar verder) wordt een dwangsombesluit genomen. Het bedrijf krijgt een termijn van drie maanden om de zaken op orde te brengen. Daarna zal het per dag dat overtredingen plaatsvinden een dwangsom van f 10.000,- verbeuren met een maximum van f 1.000.000,-. Er verandert echter niets; elke dag vinden overtredingen plaats. De 100 dagen van verbeurte verstrijken, we zijn dan in totaal anderhalf jaar verder. Het gemeentebestuur kan nu een miljoen gulden gaan invorderen, maar huivert ervoor dat te doen. Het bedrijf, dat zeer bescheiden winstmarges heeft, zal daardoor ter ziele gaan; twintig man zullen op straat staan. Er wordt in het college diverse keren gedebatteerd over de vraag wat te doen: invor-

deren of niet? Wordt niet ingevorderd, dan is er twee jaar lang gehandhaafd zonder dat het iets heeft opgeleverd. Wordt wel ingevorderd, dan kan het bedrijf de poorten sluiten als gevolg van het faillissement, met alle sociale en economische gevolgen van dien. B en W komen er niet uit. Alles blijft zoals het was.

Dit voorbeeld dient er natuurlijk niet toe aan te tonen dat de overheid beter kan gedogen dan handhaven. Dat is in het algemeen ook niet zo. Wel maakt het duidelijk dat gedogen en handhaven eenvoudige termen zijn voor complexe activiteiten. In de gemeente G werd gedoogd op een wijze die mij lang geleden al eens heeft gebracht tot de bewering dat gedogen onder omstandigheden ook handhaven is.¹ In de gemeente H werd op papier gehandhaafd, maar de facto konden de overtredingen doorgaan. Het zal de vergadering, denk ik, niet moeilijk vallen aan te geven welk gemeentebestuur het meest wijs heeft gehandeld.

Er zitten veel schakeringen tussen langdurig, stilzwijgend gedogen, zonder uitzicht op legalisatie, en de meest strikte handhaving, bestaande uit zeer regelmatige controle en prompte sancties met een korte begunstigingstermijn. Aan rechtmatig gedogen zijn in beleidsnota's en in de jurisprudentie zoveel eisen gesteld, dat er van een schaduwnormering sprake is die inhoudelijk dicht in de buurt van de bij of krachtens de wet gestelde voorschriften komt. Bij de handhaving zijn er anderzijds nogal wat legale bestuurlijke handelwijzen die in de weg staan aan daadwerkelijke beëindiging van overtredingen. Ten eerste zal vrijwel altijd een begunstigingstermijn moeten worden gegeven. Bij de keuze daarvan laat de rechter het bestuur een zekere vrijheid; hij grijpt pas in wanneer de termijn te kort is of veel te lang. Ten tweede is er een belangrijk verschil tussen het *nemen* van een sanctiebesluit en de tenuitvoerlegging daarvan. De tenuitvoerlegging kan op haar beurt weer variëren van 0 tot 100%, met alle mogelijke gradaties daartussen. Kan men dus zowel bij het gedogen als bij het handhaven allerlei vormen onderscheiden, we kennen ook nog de boeiende tussenfiguur van de partiële handhaving. Stel dat het bedrijf uit het voorbeeld door het gemeentebestuur, dat graag de kool en de geit wil sparen, een last onder dwangsom krijgt opgelegd voor overschrijding van een in de last aangegeven geluidsniveau, dat ligt beneden het tot dan toe geproduceerde niveau, maar boven het niveau dat de vergunning toestaat. Hoewel er nog weinig jurisprudentie is en we dus voorzichtig moeten zijn, lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak naar mijn inschatting voor dergelijke constructies weinig te voelen.² Toch leidt de afwijzing van deze tussenvorm er in sommige gevallen toe dat er helemaal niet wordt gehandhaafd, na afweging van alle

1. 'Zullen we handhaven?', in: P.J.J. van Buuren e.a. (red.), *Milieurecht in stelling*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1989, p. 24-47.

2. Zie voor een geval waarin partiële handhaving wel werd toegestaan ABRvS 2 oktober 1997, AB 1998, 374 m.nt. G.J. Zie voorts A.B. Blomberg, *Integrale bandhaving van milieurecht* (diss.), Den Haag: BJU 2000, p. 110-112.

belangen. Ook in die gevallen echter zou een half ei beter zijn dan een lege dop. Ik begrijp overigens wel waarom de Afdeling hier voorzichtig is. Het toestaan van partiële handhaving kan natuurlijk ook leiden tot een half ei daar waar een heel ei zou kunnen worden verorberd! Hoe dan ook laat het voorgaande zien dat het niet zinvol is in eenvoudige schema's te spreken over handhaven en gedogen en dat degene die roepen dat het maar eens afgelopen moet zijn met het gedogen buiten de werkelijkheid staan. In elk afzonderlijk geval zal moeten worden gezien welke aanpak het meest recht doet aan de te beschermen belangen.

Het belang van de normering van toezicht

Uit het voorbeeld blijkt ook dat vóórdat het eventueel tot een sanctie komt, een ander uiterst belangrijk onderdeel van de handhaving aan de orde is: het handhavingstoezicht.³ In zekere zin is dat een veel belangrijker onderdeel. In de quick scan die het NIBRA uitvoerde voor de Commissie onderzoek cafébrand, de Commissie-Alders, bleek dat in 75% van de gevallen een einde aan overtredingen van brandveiligheidsvoorschriften werd gemaakt na aandringen daarop door de toezichthouder die de overtreding had geconstateerd.⁴ Ook uit eerder onderzoek op uiteenlopende beleidsterreinen blijkt dat, vaak zelfs in een nog groter percentage gevallen, toezicht heilzaam werkt en sancties niet meer nodig zijn.⁵ Des te opvallender is het feit dat lange tijd weinig aandacht werd gegeven aan de normering van het toezicht. De aandacht die er was, ging vooral uit naar de normering van de in de Awb geregelde toezichtsbevoegdheden.⁶ Maar terwijl we onderhand vrij goed weten wanneer en hoe er mag worden gedoogd en in welke gevallen er een sanctie moet worden opgelegd, zijn er nauwelijks antwoorden op de vraag *hoe vaak* er moet worden *gecontroleerd*, anders gezegd, hoe intensief het toezicht moet zijn.

Toch is dat misschien wel de meest cruciale vraag ten aanzien van het overheids-optreden, voorafgaand aan de rampen in Enschede en Volendam. Had de gemeente Enschede vaker en beter toezicht moeten uitoefenen? Het lijkt er wel op. Uit één van de achtergrondstudies bij het rapport van de Commissie onderzoek vuurwerkcramp, de Commissie-Oosting, blijkt dat bij SE Fireworks de laatste jaren gemiddeld slechts

3. Zie recent daarover de oratie van A.J.C. de Moor-van Vugt, *Toezicht achter matglas*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

4. NIBRA, Vergunningverlening, controle en handhaving brandveiligheid, Arnhem 2001.

5. Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, *Handbaven op niveau*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 48.

6. Zie bijvoorbeeld de memorie van toelichting bij de derde tranche van de Awb en de dissertatie van O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingstoezicht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

één keer per jaar tamelijk oppervlakkig werd gecontroleerd, in het kader van de oud-nieuwcontroles.⁷ Maar wat zou dan wél genoeg zijn? Voor de handhaving van het milieurecht zijn destijds tabellen opgesteld met toezichtsfrequenties voor vier categorieën bedrijven. Die tabellen bevatten geen rechtsnormen, maar voorwaarden waaronder het rijk bereid was de uitvoering en handhaving van milieurecht door gemeenten en provincies financieel te steunen. Die geormerkte financiering is al weer een tijdje van de baan. De tabellen kunnen uiteraard nog wel worden gebruikt, doch zijn rechtens zonder betekenis. Maar stel dat ze door de gemeente Enschede als beleidsregels zouden zijn gehanteerd. Volgens de tabel zou SE Fireworks dan eens per jaar, maar uitgebreider, moeten zijn gecontroleerd. In een jaar kan echter veel gebeuren. Een paar ton massa-explosief vuurwerk van de klasse 1.1 kun je binnen pakweg een week nadat een zeer strenge controle heeft plaatsgevonden, in huis hebben. De volgende controle laat dan nog 51 weken op zich wachten. Een dergelijke controlefrequentie zou de ramp waarschijnlijk niet hebben voorkomen.

En hoe zat het in die andere rampgemeente? Er was nog kort tevoren door het gemeentebestuur een brief gestuurd over hoe om te gaan met de gewraakte kerstversieringen. Zou de cafébaas daarnaar hebben gehandeld, of ook los daarvan zijn eigen verantwoordelijkheid hebben genomen, die meebrengt dat je geen makkelijk brandbare versiering in je overvolle zaak hangt, dan zou er niets gebeurd zijn. Is het dan niettemin zo dat de gemeente onvoldoende toezicht heeft uitgeoefend? Dat lijkt me niet. De gemeente Volendam lijkt het laatste half jaar, voorafgaand aan de brand, zelfs meer te hebben gedaan aan toezicht dan menige andere gemeente. Anderzijds lopen toch de rillingen over je rug wanneer je, in het rapport van Polak en Verstedden, leest hoe B en W van Volendam reageerden op de notitie van de brandpreventiefunctionaris (tien maanden vóór de brand uitgebracht).⁸ Diens constatering, dat als hij in zijn eentje voor een veilige, vergunde situatie in alle 215 openbare inrichtingen in Volendam moest zorgen, dit tien jaar zou gaan duren, leidde bij B en W tot de conclusie dat hij dat dan maar moest doen. Men accepteerde zonder blikken of blozen dat er tien jaar mee heen zouden gaan vooraleer overal van een veilige situatie sprake zou zijn. Dat kan bezwaarlijk worden aangemerkt als voldoende toezicht.

Maar opnieuw; wat is dan wel voldoende? We hebben daarvoor eenvoudigweg geen normen. Ik denk dat één van de uitdagingen voor het handhavingsbeleid zal zijn het ontwikkelen van een toezicht dat doeltreffend én doelmatig is: zo vaak als nodig om een behoorlijke naleving te verzekeren. Maar ook voor de beoefenaren van het bestuursrecht ligt hier een uitdagende vraag op tafel. Wat is behoorlijk in dit verband? Het bestuur moet in algemene zin natuurlijk zo vaak toezicht uitoefenen als,

7. Commissie onderzoek vuurwerkcramp, deel A, *De vuurwerkcramp*, Den Haag; SDU 2001, p. 244-248.

8. J.M. Polak en C.J.N. Verstedden, *De cafébrand in Volendam. Een ramp om van te leren*.

alles afwegend en gelet op de beschikbare middelen, in redelijkheid nodig en verantwoord is om zijn wettelijke toezichtstaak uit te voeren. Maar met dit antwoord schieten we nog niet veel op. Bij gebreke van beginselen van behoorlijk toezicht, die in elk geval mede zien op de vereiste minimumintensiteit van het toezicht, zouden er beleidsregels ter zake moeten worden opgesteld. Per beleidsterrein moet dan worden aangegeven wat de voor een adequate handhaving benodigde toezichtsfrequentie is, wat dat kost, of dat kan worden gerealiseerd en hoe. Gedifferentieerd moet worden niet alleen naar beleidsterrein, maar ook naar de aard en eigenschappen van de activiteit of situatie waarop toezicht moet worden uitgeoefend. In individuele gevallen kunnen eventueel gedane toezeggingen aan omwonenden etcetera van aanvullend belang zijn. Bestuursorganen moeten vervolgens verantwoording afleggen over de mate waarin ze hun toezichtbeleid hebben gerealiseerd. Op den duur zouden zich uit die toezichtspraktijk beginselen van behoorlijk toezicht kunnen ontwikkelen, die (ook) op de toezichtsfrequentie en -intensiteit betrekking hebben.

Handhaving: een dure plicht

Dit alles kost waarschijnlijk veel tijd, geld en doorzettingsvermogen. Elk handhavend orgaan klaagt over een gebrek aan middelen. Soms is dat terecht, vaak is het een kwestie van andere prioriteiten of een gebrekkige organisatie. Mijns inziens moeten bestuursorganen veel meer voor de rechtshandhaving over hebben. Sterker: handhaving is in zekere zin een plicht, en wel in tweeërlei opzicht een dure plicht. Let wel: handhaving, niet sanctionering (waarmee bestuurlijke handhaving vaak ten onrechte wordt vereenzelvigd); die is niet verplicht.

Hebben bestuurders veel over voor de vervulling van die dure plicht tot handhaving? Tot nu toe vaak niet. Zij menen dat je met handhaving niet scoort bij de gemiddelde kiezer. Op de korte termijn hebben ze daar ook wel gelijk in. Wie echter langer kijkt dan zijn politieke neus lang is, zal beseffen dat de handhaving van het recht dat ons allen beschermt, een levensbelang is. Als de vreselijke recente rampen één positieve kant hebben, dan is het wel dat zij het belang van een behoorlijke handhaving hebben aangetoond. Daarvoor moeten we ook financieel het nodige over hebben. Als handhaving een dure plicht is, wordt het tijd dat de vervulling daarvan ook eens letterlijk op prijs wordt gesteld.

Aanduiding belangrijke discussiepunten door de preadviseurs

Mevrouw mr. M.A. Pach

Een belangrijk onderwerp dat ik hier graag aan de orde zal zien komen, is het vreedstichtende karakter van bestuursrechtspraak.

Mevrouw mr. I.C. van der Vlies

Wat ik in de eerste plaats graag aan de orde zal zien komen, is het uitgangspunt dat mediation een vorm van *conflictbehandeling* inhoudt, terwijl de bestuursrechtspraak in beginsel een vorm van *conflictbeslechting* is, en dat tussen deze beide activiteiten een principiële verschil bestaat. Daarnaast is het naar mijn mening van principiële belang dat een mediationafspraken aan de rechter kan worden voorgelegd. Dit tweede punt heeft twee aspecten. De toegang tot de bestuursrechter mag niet worden geblokkeerd, en bovendien mag het voor de bestuursrechter niet mogelijk zijn te zeggen dat er ten onrechte afstand van het beroep op de bestuursrechter is gedaan, met als gevolg dat de mediationafspraken helemaal geen betekenis zou hebben. Het is dus van belang dat enerzijds de bestuursrechter iets over de zaak *kán* zeggen en dat anderzijds die rechter niet geheel onder de mediationafspraken uit kan komen.

Mr. B.J. van Ettehoven

In mijn preadvies heb ik enige keuzen gemaakt waarover we het vandaag zouden kunnen hebben. De premisse luidt 'er is iets aan de hand'. Je kunt je dan afvragen of je oplossingen *binnen* het systeem moet zoeken, of dat je het systeem moet aanpassen. Impliciet is in mijn preadvies de opvatting neergelegd dat suggesties voor een oplossing alle *binnen* het huidige systeem moeten worden gedaan. De discussie zou dus kunnen zijn of een dergelijke benadering wel wenselijk is of dat we het beter

zouden kunnen hebben over het systeem zelf. Vervolgens ontstaat dan wel het probleem dat mijn preadvies geen betrekking op aanpassingen van het systeem heeft.

Een volgende keuze van mijn kant is dat ik enkele elementen uit het geheel heb gelicht. Ik heb een definitie van de taak van de bestuursrechter gegeven met daarin vier elementen. Mijn beschouwingen heb ik beperkt tot de elementen *tijd* en *finaliteit*. Een premisse van mijn kant is dat zich in de bestuursrechtspraak problemen ten aanzien van die twee punten voordoen. Wat de tijd betreft: we zouden het over de stelling kunnen hebben dat procedures te lang duren. Wat de finaliteit betreft: ik ben niet de enige die hier problemen ziet, want een groot aantal schrijvers, van wie er enige in de zaal zitten, hebben maatregelen in dit opzicht bepleit. Ook over de vraag of er finaliteitsproblemen zijn, zouden we vandaag kunnen spreken. Als we het over de onderwerpen eens zijn, komen we toe aan de oplossing. Ik heb suggesties voor een oplossing aangedragen, en het zou leuk zijn als we daarover zouden kunnen debatteren.

Voorzitter: In een bespreking van de preadviezen heb ik gelezen dat het merkwaardig zou zijn dat wij hier de hele dag over oplossingen gaan praten terwijl het probleem niet zou zijn geanalyseerd. Het VAR-bestuur had echter in al zijn onschuld zo maar het idee dat hier wel degelijk een probleem ligt en dat uit het feit dat dit probleem al talloze malen door heel veel schrijvers is opgeworpen, mag worden afgeleid dat er wel iets van zal bestaan! Dit blijkt trouwens ook uit de preadviezen. Wij mogen dus naar mijn mening vandaag over oplossingen praten.

Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte)

Mevrouw mr. M. Pel

Ik waardeer het zeer dat ik hier als leider van het project 'Mediation naast rechtspraak' het een en ander mag zeggen, want voor het overige ben ik hier als civilist een vreemde eend in de bijt. Over bestuursrechtelijke finesses zal ik niet spreken, want iedereen in de zaal weet daarvan meer af dan ik!

Het is erg belangrijk dat het onderwerp van vandaag degelijk wordt behandeld. In de preadviezen komt die degelijkheid al tot uiting, en ik heb horen zeggen dat deze vergadering meer belangstelling geniet dan sommige vergaderingen van andere jaren. Dat is verheugend voor degenen die het bestuderen van verschillende vormen van conflictoplossing een warm hart toedragen. Ik maak een compliment aan de VAR en aan de preadviseurs voor hun inspanningen. Ik vind de preadviezen duidelijk, en er staan ook mooie conclusies in waartegen je je leuk kunt afzetten.

Om het belang van het onderwerp te onderstrepen zoek ik aansluiting bij een opmerking van Brenninkmeijer in zijn bespreking van de preadviezen: 'Onbekend maakt onbemind.' Dat mediation door onbekendheid onbemind is, blijkt uit onderzoek in Nederland en in andere landen. Advocaten die niets van mediation weten, vinden het allemaal onzin, en rechters die er niets van weten, vinden het ook maar zo-zo omdat zij toch naar eigen zeggen altijd al bemiddelen. Uit onderzoek in Nederland is gebleken dat mensen die veel van mediation weten, er genuanceerder tegenover staan en mediation zien als een vorm van conflictoplossing die op maat kan worden ingezet. De inzet van het instrument proberen we in Nederland te bevorderen door een doorverwijzingscursus in het kader van het project 'Mediation naast rechtspraak'.

Voordat ik naar aanleiding van de preadviezen enige complimentjes en speldenprikjes ga uitdelen, wil ik in het kort iets over het project zeggen. Ik kan geen propaganda nalaten: de brochure over het project leg ik aanstonds achter in de zaal, en

degenen die haar nog niet kennen, nodig ik van harte uit een exemplaar mee te nemen. Het gaat hier om een *onderzoeks*project, waarin we gedurende drie jaar aandacht besteden aan alle variabelen met doorverwijzing naar mediation en aan alle doorverwijzingsmomenten. Ik wijs er dan ook op dat het onderzoek waarvoor zo wordt gepleit al wordt gedaán. In 2003 zal de wetgever op basis van de onderzoeksresultaten gaan beslissen hoe het met mediation verder moet.

Dit brengt mij op de stelling van mevrouw Van der Vlies dat mediation in de Algemene wet bestuursrecht moet worden geregeld. Op één punt zal ik het in dit verband nooit met haar eens worden: de *methode* van mediation zullen we naar mijn mening nooit in de wet moeten vastleggen. Mediation is juist heel iets anders dan de heel procedureel gerichte bestuursrechtelijke rechtsgang en ook heel iets anders dan de civielrechtelijke rechtsgang. Van belang bij mediation is de flexibiliteit van het proces. Als je de methode van mediation in de wet gaat vastleggen, ontstaat er vervolgens allerlei behoefte aan verfijningen en gaat men zich van allerlei regels afvragen hoe ze moeten worden uitgevoerd. Een dergelijke vastlegging lijkt mij dan ook niet zo'n goed idee. Er zijn andere dingen waarvan ik denk dat ze wél goed in de wet kunnen worden vastgelegd.

Over de vraag 'wat is mediation?' heeft zowel mevrouw Van der Vlies als mevrouw Pach geschreven. Vooral Pach is er naar mijn mening in geslaagd heel praktisch inzichtelijk te maken hoe de gang van zaken bij mediation precies is. Bij beide preadviezen heb ik echter het onderwerp 'het belang van belangen' enigszins gemist. In de juridische procedure beslissen we immers op basis van *rights*, terwijl bij mediation partijen gaan onderhandelen op basis van *interests* (belangen); met *power* (de derde manier om conflicten op te lossen) bemoeien we ons helemaal niet. Hier komt een erg belangrijk onderscheid naar voren. Belangen zijn niet alleen de elementen die niet direct in de juridische procedure tot uiting komen. Onder ieder standpunt zitten allerlei belangen.

Een onderwerp waaraan mevrouw Pach aandacht heeft besteed, wordt gevormd door de 'indicatoren'.⁹ Zij noemt daarbij de onderhandelingsruimte en de communicatieproblemen. Een belangrijke indicator die ik van mijn kant zou willen toevoegen, is de omstandigheid dat de rechterlijke beslissing het eigenlijke conflict niet kan oplossen. We hebben ook te maken met sub-indicatoren. Ik noem in dit verband duurrelaties (bijvoorbeeld bij arbeidsconflicten) en meerpartijenconflicten waarbij maar twee partijen in de procedure zijn. Het lijkt mij goed te beseffen dat mediation niet alleen maar bestaat uit het op dreef helpen van de communicatie. Dat is wel het eerste dat moet gebeuren, maar daarna komt een groot gewicht toe aan de belangen, het brainstormen en het verzinnen van opties.

9. Zie p. 129 preadvies M.A. Pach.

Ik kom toe aan de vraag wat er naar mijn mening op het gebied van mediation wél in de wet zou moeten komen. Hier noem ik in de eerste plaats de geheimhouding, een belangrijk punt. Wij merken in het project nu al dat er soms nieuwsgierige rechters zijn die als de mediation is mislukt willen weten wat er eigenlijk is gebeurd en wat de reden van de mislukking is. Verleden week was ik op een congres in Amerika dat onder andere over dit onderwerp ging: ook Amerikaanse rechters blijken heel nieuwsgierig te zijn en zitten ernaar te vissen wat zich in de mediation heeft voorgedaan, hetgeen uiteraard tot zeer onwenselijke situaties leidt.

Ook op het punt van de vaststellingsovereenkomst/-afpraak zal wettelijk iets moeten worden geregeld. In het project gebeuren gelukkig al kleine ongelukjes, die je ook als leuke onderzoeksmomentjes zou kunnen beschrijven. Als een overeenkomst is gesloten en als bijvoorbeeld een partij na afloop te kennen geeft dat zij zich nogal onder druk gezet voelde of niet goed genoeg heeft nagedacht, kan een probleem ontstaan. Eén van de preadviseurs heeft in dit verband de mogelijkheid van bedenktijd geopperd, terwijl mevrouw Van der Vlies voor een beroepsmogelijkheid pleit. Er zijn allerlei mogelijkheden, waarbij ook kan worden gedacht aan het gebruik in Zwolle, neerkomend op het maken van een mondelinge afspraak, gevolgd door een besluitfase. In ieder geval zal de vaststellingsovereenkomst/-afpraak tijdens de projectperiode heel goed moeten worden onderzocht. Een wettelijke regeling op dit punt bestaat in Frankrijk, waar de rechter vaststellingsovereenkomsten kan homologeren. Ik heb hierover artikelen die ik bereid ben op verzoek beschikbaar te stellen; ik zal de Franse regeling nu niet verder gaan beschrijven.

De derde preadviseur, Van Ettekoven, heb ik schromelijk verwaarloosd. Van harte ben ik het met hem eens dat het zaak is goed te experimenteren met het systeem van de poortrechter (screening). Misschien kan op deze manier een *multidoor courthouse* ontstaan. Volgens mevrouw Pach zullen we daardoor allemaal veel arbeidsvreugde krijgen. Ik heb die arbeidsvreugde al, en als zij nóg groter wordt, zal ik dat alleen maar toejuichen, maar ik weet niet of dit voor alle rechters geldt, want er zijn ook rechters die er heel anders over denken!

Van Ettekoven, die nu vooral over het procesrecht heeft geschreven, is overigens de kampioen-doorverwijzer in Amsterdam. Ik weet dus dat hij mediation een warm hart toedraagt. Hij besteedt in zijn preadvies veel aandacht aan de factor tijd. Ik heb ooit eens een lezing over tijdbeleving gehouden waarbij één van mijn stellingen was: geen tijd is geen prioriteit.

Mevrouw mr. M.A. Pach

Het bestaan van het onderzoeksproject waaraan door mevrouw Pel leiding wordt gegeven juich ik uiteraard van harte toe, en ik neem met vreugde kennis van de onderwerpen die er onderdeel van uitmaken. Daaraan voeg ik toe te hopen dat dit project nog maar pas het begin is van veel langer durend onderzoek. We weten dat in de Verenigde Staten nog steeds wordt gediscussieerd en nagedacht. Ik hoop dat we nog heel veel fouten maken, zodat we daarvan nog heel veel kunnen leren.

Wat moet er al dan niet wettelijk worden geregeld? Ik ben het van harte met mevrouw Pel eens dat er niet te veel moet worden geregeld en dat we daarvoor zeker op dit moment moeten oppassen. We moeten nog veel meer ervaring opdoen voordat we dingen kunnen vastleggen. Misschien moet inderdaad de geheimhouding, ter creëring van een gevoel van veiligheid, worden geregeld, maar ik ben er zelf nog niet eens van overtuigd dat dit nu zo heel hard nodig is. Mijn ervaring van de afgelopen vier jaar is dat de geheimhouding nog in geen enkele zaak een probleem is geweest. Weliswaar is immers het proces van mediation vertrouwelijk, maar de uitkomst ervan is openbaar. Komt men tot een goede oplossing (wat in 80% van de zaken die bij de mediator terecht komen het geval is), dan speelt de aanloop een veel minder grote rol. Geheimhouding is eigenlijk alleen relevant in de zaken waarin het mis is gegaan. Het is een taak van de mediator ervoor te zorgen dat in de afsluiting van een niet-gelukte mediation goede afspraken worden gemaakt over wat wél en wat niet naar buiten kan komen. Daarbij kunnen dingen verkeerd lopen, maar ik weet niet zeker of er al een wettelijke regeling te maken is die problemen voorkomt.

Ik erken dat ik in mijn preadvies aan de kwestie van de belangen niet ben toegekomen. Vermoedelijk ben ik het belang van belangen zó vanzelfsprekend gaan vinden, dat ik er geen aandacht meer aan heb besteed.

Tegenover een uitbreiding van het aantal indicatoren sta ik aarzelend. Ik ben het ermee eens dat de vraag 'kan de rechterlijke beslissing het conflict oplossen?' bij het uitmaken of mediation al dan niet zinvol is een belangrijk element vormt. Toch kun je daarover vaak niet aan de hand van het dossier een goede beslissing nemen, omdat je nog niet weet wat het eigenlijke conflict is. Het hanteren van deze indicator levert een probleem op, maar het is wel degelijk een criterium dat je in je achterhoofd mag hebben.

De duurzaamheid van de relatie hanteerde ik aanvankelijk ook zelf als criterium, maar ik heb het gevoel gekregen dat die duurzaamheid in het bestuursrecht eigenlijk geen goede indicator is, niet omdat zij niet relevant zou zijn, maar omdat zij geen onderscheidend vermogen heeft. Ook in zaken waarin je eigenlijk niet van een duurzame relatie of een nog voortdurende relatie zou kunnen spreken (ik denk aan een uitkerings situatie, of aan een ontslag waarmee de relatie wordt beëindigd) is media-

tion een zinvolle manier om uit het probleem te komen. Het aanleggen van het criterium 'duurzaamheid van de relatie' helpt mij dus niet om erachter te komen of mediation geïndiceerd is.

De vaststellingsovereenkomst zal vandaag nog wel vaker ter sprake komen. Mevrouw Pel heeft er al op gewezen dat het in Zwolle anders gaat. Inderdaad heb ik de vaststellingsovereenkomst niet nodig. Ik denk dat het in het proces van mediation heel goed mogelijk is een materiële overeenstemming te bereiken die in een verslag wordt neergelegd en waarmee het bestuur vervolgens handelt volgens de voor het bestuur aangewezen methode, door een nieuw besluit te nemen, het oude besluit te wijzigen, of het oude besluit in te trekken. Op die manier kan het bestuur tot uiting brengen dat er ook werkelijk overeenstemming is. Dat is de bestuursrechtelijke manier om te laten zien hoe men eruit gekomen is, terwijl hierdoor tevens toegang tot de rechter wordt gegeven.

Mevrouw mr. I.C. van der Vlies

Het is lastig over de hoofdlijnen te discussiëren als je min of meer het gevoel blijft hebben dat je het daarover wel eens bent! Ik denk dat er uiteindelijk op veel punten wel een wettelijke regeling zou kunnen komen, maar er zijn twee punten waarop een wettelijke regeling naar mijn mening niet op de lange baan moet worden geschoven: de mediationafspraken en de geheimhouding. Daar liggen enige nuances.

De afspraak moet in mijn visie goed worden geregeld. Ik heb het gevoel dat we in dit verband soms andere betekenissen aan woorden hechten. Van belang lijkt mij dat partijen, het bestuur en de burger, in een schriftelijk stuk duidelijk maken dát en waaróver zij het eens zijn geworden. Mij maakt het niet zo veel uit of men dat stuk een verslag of een akkoord noemt. Het is in ieder geval een voor het bestuursrecht niet direct plaatsbaar stuk, want wij redeneren in het bestuursrecht vanuit de besluiten die de overheid neemt. Die besluiten kunnen op zichzelf zijn ingegeven door het overleg met de burgers of door overleg met meer partijen, en ze kunnen de neerslag van onderhandelingen vormen, maar uiteindelijk gaat het om een besluit dat er ligt, en dat is, hoe beperkt of ruim je het ook ziet, een handeling vanwege de overheid. Dat is het aspect waar het mij bij de inpassing in het bestuursrecht om te doen is.

Bij de afronding van een geslaagde mediation zie ik de opgave die twee aspecten te verenigen. Aan de ene kant heb je het akkoord dat tussen partijen is bereikt en aan de andere kant heb je het bestuursprocesrecht, dat er vooralsnog nu eenmaal op is ingericht dat een handeling van de overheid centraal staat. In mijn eenvoud heb ik dan vervolgens een heel simpele oplossing bedacht waarin ik wellicht alles weer samen pak: partijen sluiten een akkoord en het stuk waarin zij dat akkoord neerleg-

gen, bevat mede als het ware de motivering van het besluit dat uiteindelijk gaat komen. Het akkoord zou gedurende een bepaalde periode, die we nu niet precies hoeven te begrenzen, moeten blijven liggen, opdat partijen de gelegenheid hebben erover na te denken en het bestuur de gelegenheid heeft hetgeen zich heeft voorgedaan in een besluit vast te leggen. Dat besluit is het besluit dat uiteindelijk appellabel moet worden, maar dat ook niet mag worden losgedacht van het akkoord dat is bereikt. Een en ander komt erop neer dat het akkoord uiteindelijk als onlosmakelijk van het besluit zou moeten worden gezien, maar dat voor het overige het beroep bij de rechter zich richt tegen het besluit.

Op die manier zoek ik naar een constructie waarbij je het bereikte akkoord respecteert en tevens recht doet aan het gegeven dat het bestuursprocesrecht nu eenmaal is ingericht op een handeling vanwege de overheid. Zelf heb ik het gevoel dat ik niet meer dan een aanzet geef, en ik kan alleen maar hopen dat zich vandaag een veel betere oplossing voordoet. Wat in mijn ogen de essentie is, verwoord ik nog eens als volgt. Het bestuursprocesrecht gaat nu eenmaal uit van handelingen van de overheid, terwijl mediation uitgaat van een akkoord tussen twee partijen. Wil je toch de toegang tot de rechter handhaven, wat naar mijn mening nodig is, dan dien je deze beide aspecten te respecteren. Juist het organiseren van de toegang tot de rechter zou niet aan een globale ontwikkeling in de rechtspraktijk moeten worden overgelaten. Ik kom nu tevens op de kwestie van de indicatoren. Van principiële aangelegenheden die de rechtsorde betreffen moet je zekerstellen dat ze bij de rechter kunnen komen. Raakt een geschil principieel de rechtsorde, dan moet je er zeker van zijn dat uiteindelijk de rechter er iets over kan zeggen. Eén van die principiële aangelegenheden is dat een akkoord dat in mediation is bereikt in beginsel aan de rechter moet kunnen worden voorgelegd. Het is de taak van de wetgever dat te garanderen.

De mate waarin de rechter in dat opzicht gaat toetsen, kan naar mijn mening aan de rechtspraak worden overgelaten. De goede weg moet hier tastenderwijs worden gevonden. Dit aspect zou ik in ieder geval voorlopig nog niet in de wet willen regelen, maar de toegang tot de rechter wel.

Mevrouw mr. M. Pel

Allereerst iets over de indicatoren. Er is geen principieel verschil van mening, maar mensen willen graag houvast. Als je als doorverwijzende rechter nog niet zo lang met mediation bezig bent, wil je met enige zekerheid kunnen uitmaken wat voor soort zaken zich voor mediation lenen. Daarbij blijkt dat bijvoorbeeld alle arbeidszaken zich in principe heel goed voor mediation lenen. Op het gevaar af veel te vaag te worden, wil ik hier overigens als mijn mening geven dat eigenlijk alle zaken, behalve

enkele principiële zaken, zich goed voor mediation lenen, maar bij arbeidszaken kun je het zo goed uitleggen! Hetzelfde geldt voor burenzaken. Als je pas met mediation begint, kun je op deze manier je Fingerspitzengefühl ontwikkelen. Na een tijdje kun je veel globaler oordelen, en krijg je een soortgelijk gevoel als op de zitting: je kunt er iets mee, of je kunt er niets mee. Wat wij doen, is zoeken naar manieren waarop je met mediation kunt beginnen.

Dit brengt mij op de principiële aangelegenheden. Mijn ervaring is dat mensen dingen als principes gaan zien als ze heel erge ruzie hebben. Als ze geen ruzie hebben, hebben ze ook niet zo'n last met hun principes. Daarom ben ik er nooit zo van onder de indruk als iemand op de zitting zegt: ik wil mijn recht, het is een principiële zaak! Als je erin slaagt daar doorheen te duwen en te kijken wat de onderliggende lagen zijn, blijkt het nogal eens mee te vallen. Ter illustratie nodig ik de toehoorders uit eens aan conflicten te denken die ze zelf hebben gehad: het wordt pas een conflict als je ergens kwaad over wordt. Er zijn maar heel weinig principiële zaken. In civibus komt het voor dat een groot bedrijf nieuwe algemene voorwaarden heeft en eens wil weten of die kloppen, en of er niet iets met de zwarte of de grijze lijst aan de hand is. Je hebt iets heel nieuws bedacht, en dat wil je eens laten uittesten. Ik wil overigens onmiddellijk aannemen dat er in het bestuursrecht veel méér van dergelijke voorbeelden zijn, want mijn deskundigheid houdt hier weer op! In ieder geval denk ik dat de principes meestal niet zo zwaar zijn als ze lijken.

Gesproken is over een verslag waarin de bereikte overeenstemming wordt neergelegd. Op de vraag of op dat punt van een *verslag* of van een *overeenkomst* moet worden gesproken, is mevrouw Van der Vlies al beter ingegaan dan ik zou kunnen. Ook ik van mijn kant heb me meteen afgevraagd wat het verschil eigenlijk is.

Tot slot iets over de stelling dat de bereikte overeenstemming in principe aan de rechter moet kunnen worden voorgelegd. Uiteindelijk moet dat inderdaad kunnen. Ieder probleem moet je uiteindelijk aan de rechter kunnen voorleggen, maar die mogelijkheid moeten we niet te veel 'opperen' of vooraan leggen, want dan gaan mensen de gang van zaken expres extra ingewikkeld maken. In de huidige situatie kan men al proberen door mediation de voortgang te traineren, in het besef dat men later toch naar de rechter zal gaan. Wordt de door mevrouw Van der Vlies bepleite wettelijke regeling tot stand gebracht, dan kan men net doen of men het met de overeenkomst eens is en vervolgens te kennen geven dat men zich heeft vergist, dat men is bedrogen of onder druk is gezet. Ook zullen mensen, nadat ze twee weken hebben mogen wachten, toevallig net in die twee weken op zakenreis zijn gegaan, of in de periode niet aan goed nadenken zijn toegekomen, zodat ze om een wachttijd van vier weken zullen gaan vragen. Natuurlijk moeten partijen met de bereikte overeenstemming naar de rechter kunnen, maar je moet die mogelijkheid niet te veel op een

presenteerblaadje aanbieden, want op die manier bied je mensen die mediation niet te goeder trouw willen benutten mijns inziens te veel gelegenheid.

Mr. M.W. Scheltema

Ik ben advocaat in Den Haag, en wil naar aanleiding van de discussie graag een vraag stellen. Mevrouw Van der Vlies is van mening dat beroep op de bestuursrechter mogelijk moet zijn. Daarbij wil ik aandacht vragen voor de manier waarop de rechter de vaststellingsovereenkomst kan toetsen. Als een volledige toetsing mogelijk is, is de zin van een mediation vrij beperkt, want iedereen kan dan volledig op het akkoord terugkomen. In een wettelijke regeling zal dan ook mijns inziens moeten worden vastgelegd hoe de rechter met het resultaat van de mediation omgaat.

In het civiele recht, eigenlijk mijn vakgebied, toetst een rechter een vaststellings-overeenkomst veel terughoudender. Partijen kunnen in principe ook van dwingend recht afwijken, tenzij ze daarmee in strijd komen met de openbare orde. Op die manier kunnen ze dingen vastleggen die bij een gewone toetsing door de rechter wellicht niet overeind zouden kunnen blijven. Een mediationafspraken zou naar mijn mening ook in het bestuursrecht op een dergelijke wijze moeten worden getoetst. De rechter zou de overeenkomst marginaal moeten toetsen. In het geval van een puur financieel geschil tussen twee partijen kan de toetsing beperkt blijven tot de constatering dat er een vaststellingsovereenkomst ligt en dat er geen derden-belanghebbenden zijn, in welk geval een besluit dient te worden genomen conform hetgeen is afgesproken. Lastiger wordt het natuurlijk als er derden-belanghebbenden zijn die niet bij de mediation zijn betrokken, want hun belangen zullen voor volledige toetsing in aanmerking komen, waarbij de bestuursrechter wellicht niet volledig zal kunnen voldoen aan hetgeen in de vaststellingsovereenkomst is neergelegd. Er kan een soort openbare-ordeprobleem ontstaan als mensen worden betrokken bij een afspraak waarbij ze geen partij zijn.

Natuurlijk moet beroep op de rechter, ook in het geval van tweepartijenverhoudingen, mogelijk zijn, als was het alleen maar om de naleving van een afspraak te kunnen afdwingen: als het bestuur het beoogde besluit niet neemt, zal de burger wel naar de rechter móeten. Wat ik bepleit, is dat in een wettelijke regeling op dit punt meteen de wijze van toetsen door de rechter wordt betrokken. De toetsing zal in beginsel zeer marginaal moeten zijn. Wellicht zouden zelfs afspraken die in strijd zijn met dwingend bestuursrecht stand moeten kunnen houden.

Mevrouw mr. I.C. van der Vlies

Ik heb het volste vertrouwen in mediation. Je mag ervan uitgaan dat een geslaagde mediation het conflict ook werkelijk heeft beëindigd. Als ik de bal aan de andere kant leg: mediation is erop gericht dat partijen ook zelf vinden dat het conflict is beëindigd, zodat het voor de hand ligt dat de behoefte aan het beroep op de rechter gering zal zijn. Zou na mediation toch weer een vlucht naar de rechter gaan optreden, dan zou het doel van mediation niet zijn bereikt en zou mediation niet de zelfstandige waarde hebben die men er thans in vermoedt. Bij een discussie op hoofdlijnen moeten we volgens mij deze pretentie van mediation vasthouden. Er dient naar te worden gestreefd dat werkelijk een conflictoplossing wordt bereikt, inclusief de bejegening, de belangenaspecten en alles wat partijen als het werkelijke conflict ervaren.

Vervolgens rijst de vraag hoe opnieuw het beroep op de rechter kan worden geopend. Een deur is open, of een deur is dicht. Staat de deur op een kier, dan is hij open. Daarbij kun je het beroep op de rechter al weer vérder regelen met de magische formule dat marginaal zal worden getoetst, maar zoals men weet pakt marginale toetsing bij de één anders uit dan bij de ander. Tegen het regelen van marginale toetsing in de wet heb ik overigens van mijn kant geen enkel bezwaar. Uit de zaal is de gedachte geopperd criteria als ‘openbare orde’ en ‘rechtsorde’ van tevoren op te nemen, opdat duidelijk wordt dat de rechter een uit mediation ontstane afspraak terughoudend toetst. Ik heb er geen moeite mee, want naar mijn mening spreekt het vanzelf het principe te hanteren dat de rechter terughoudend toetst en moet kijken naar de aspecten die nog voor hem zijn overgelaten en ten aanzien waarvan hij een wakende functie vervult. Is dat principe niet vanzelfsprekend, dan verdwijnt de essentie uit het systeem. Het systeem houdt in dat met de mediation het conflict in principe beëindigd is, maar dat met het oog op aangelegenheden die van principieel belang zijn beroep op de rechter open moet staan.

De woorden ‘van principieel belang’ moet men hierbij niet opvatten in de zin van: ik eis de rechtsstaat heden, en morgen is het te laat! Ik doel op hetgeen door rechters en door andere professionele rechtsbeoefenaars uiteindelijk als essentie van het systeem wordt ervaren. Met het oog op aangelegenheden die in déze zin van principieel belang zijn, moet beroep op de rechter mogelijk zijn.

Mevrouw mr. M.A. Pach

Brenninkmeijer schreef al: met juristen weet je het maar nooit! De discussie die zich nu ontwikkelt gaat aan de kern van de zaak voorbij. Als je mediation als alternatief

wilt gebruiken, moet je er niet meteen weer allerlei regelingen overheen storten, want dan kunnen we ons beter concentreren op de voorstellen van Van Etekoven.

Het maken van allerlei regelingen is trouwens ook niet nodig. Mediation is het 'parkeren' van het juridische circuit, en als je er niet uit komt, keer je terug in het juridische circuit dat je even had stilgezet. Laten we accepteren dat zoiets bestaat en tot resultaat kan leiden. De discussie die nu ontstaat, gaat, zoals mevrouw Van der Vlies terecht heeft gezegd, alleen maar over die paar gevallen waarin de mediation mislukt. Het is dan heel gemakkelijk terug te keren, want er ligt al een open procedure die alleen maar even is geschorst.

Voorzitter: Van mevrouw Pel heb ik begrepen dat partijen in elke stand van het 'geding' naar de rechter zouden moeten kunnen gaan. Wat ik niet precies begrijp, is hoe zij dat precies wil combineren met de houding 'ze mógen wel, maar liever niet'. Zoiets kun je vinden, maar je kunt het moeilijk in de wet neerleggen.

Hoe zit het nu? Moet je dan toch niet iets basaal regelen? Men kan bezwaar tegen het juridiseren van mediation maken, maar we hebben natuurlijk een juridisch systeem waarin we bijvoorbeeld met termijnen te maken hebben. Moeten we dan niet sowieso toch een aantal dingen wettelijk vastleggen?

Mevrouw mr. M. Pel

Ik zou bijna alleen maar 'ja' kunnen zeggen, maar ik zeg dat toch niet!

Voorzitter: In een enquête mag je inderdaad zo nooit een vraag stellen, maar we zijn nu aan het debatteren!

Pel: Ik weersta de verleiding om kort en bondig 'ja' te zeggen.

De visie van mevrouw Pach is helemaal juist. Je hebt het juridische spoor en op een gegeven moment neemt men de wissel en gaat men het mediationspoor op. Loopt dat spoor dood, dan rijdt het treintje terug en wordt gewoon het juridische spoor vervolgd. Leidt het volgen van het mediationspoor wél tot een goed einde, dan rijst de vraag: wat moet er met de vaststellingsovereenkomst? In het bestuursrecht moet er inderdaad iets met zo'n vaststellingsovereenkomst, omdat een besluit moet worden genomen. Problemen die in dat verband ontstaan, horen volgens mij thuis bij de problemen die over dat besluit ontstaan. Ik zie instemmende reacties, dus het is niet allemaal wartaal wat ik zeg!

Voorzitter: Er wordt vanmiddag ook nog over gestemd, maar dan bent u al weg!

Pel: Een ander punt is: er ligt een afspraak, en dán ontstaan er problemen. Zoiets komt wel voor. In Frankrijk heeft men daarom de regeling van de homologatie, die ik eerder al noemde. Partijen kunnen de afspraak ter homologatie aan de rechter voorleggen. Daarover is een heel interessante discussie gevoerd, die ook hier nog eens aan de orde zou kunnen komen. In elk geval rees de vraag of de rechter de mediationovereenkomst inhoudelijk moet gaan toetsen, of dat hij alleen maar moet nagaan of partijen het ermee eens zijn. De stand van zaken is, naar ik heb begrepen, op het ogenblik dat de rechter alleen maar toetst of partijen het ermee eens zijn. Ook al vindt de rechter het nóg zo'n rare overeenkomst, als partijen het oké vinden, is het oké. Denkt echter één van de twee partijen bij nader inzien dat de overeenkomst haar toch niet zo aanstaat, dan blijft homologatie achterwege, wordt de gehele mediation weggedacht en wordt precies verdergegaan waar men op het juridische spoor was gebleven. Dit laatste is voor mij als civilist een vreemde gang van zaken. Vaststellingsovereenkomsten kunnen worden vernietigd, maar niet op grond van dwaling, alleen als er bedrog is. Bovendien rijst hier een bewijsprobleem, in verband met de vertrouwelijkheid. Op deze manier ontstaat een groot aantal problemen, en ik ben dan ook blij dat ik om twaalf uur weg moet, want dan hoef ik dáároveň niet meer na te denken!

Sprekend over de kwaliteit van mediation heeft mevrouw Van der Vlies gezegd dat we moeten aannemen dat mediation iets extra's biedt en dat dat goed is. Ook ik heb dat natuurlijk als uitgangspunt, want anders had ik de functie van projectleider niet aangenomen. Het neemt echter niet weg dat mediation tijdens een gerechtelijke procedure een heel moeilijke vorm van mediation is. Er zijn mensen die een enorme ervaring hebben opgebouwd en een succespercentage kunnen laten zien dat klinkt als een klok, maar er zijn ook beginnende mediators die aardig wat ervaring hebben met 'gewone' mediations, zonder echter al veel te hebben gewerkt met mediation tijdens een procedure en mediation met verharde standpunten. De laatstgenoemden moeten nog wennen aan dit nieuwe. Het succespercentage van de nieuwe mediators is daardoor nu wat lager, hoewel we het nu toch ook al omhoog zien wandelen. Als mediators nu nog niet allemaal stralend tevreden terugkomen, kun je niet zeggen: dus het is niks! Het heeft even zijn tijd nodig, en wij doen alles aan kwaliteitsbevordering, door middel van cursussen, trainingen en uitwisseling van ervaringen. Laten we niet meteen bij iedere rimpeling in de paniek schieten, maar laten we denken: een leuk leermomentje, daar gaan we iets mee doen!

Voorzitter: Ik kan u verzekeren dat het ook een tijdje heeft geduurd voordat het met de bestuursrechtspraak iets begon te worden. Ongeveer een jaartje of honderd!

Mevrouw mr. L.F. Wiggers-Rust

Laat ik beginnen met de vereniging te complimenteren met de fraaie preadviezen over een zo actueel onderwerp, waarvan ook mooie besprekingen zijn verschenen. Brenninkmeijer pleit in zijn bespreking voor een discussie op hoofdlijnen, een onderzoek naar de samenhang in de onderwerpen. Ofschoon ook de details mijns inziens zeer verleidelijk zijn, deel ik zijn suggestie op deze dag de hoofdlijnen en samenhang niet uit het oog te verliezen. Het is tegen die achtergrond dat ik hier een enkele opmerking wil maken.

In de discussie over dejuridisering heeft het kabinet de suggestie gedaan dat het inzetten van alternatieve vormen van geschillenbeslechting een oplossing zou kunnen betekenen. Dan rijst de vraag of mediation werkelijk een dejuridiserende bijdrage kan leveren. Ook mevrouw Van der Vlies heeft die vraag in het bijzonder aan de orde gesteld. Zoals men weet, ben ik persoonlijk een warm voorstander van mediation, en ik denk dan ook zeker dat mediation een belangrijke bijdrage zou kunnen leveren. Punten van overweging zijn daarbij:

- bij mediation staan expliciet gemaakte belangen van partijen centraal en niet hun formeel-juridische standpunten;
- mediation kan betrekking hebben op het gehele tussen partijen bestaande conflict in alle facetten en behoeft niet te worden beperkt tot één specifiek besluit;
- in mediation worden geschillen niet (slechts) formeel maar materieel en derhalve in beginsel finaal beslecht.

Tegen die achtergrond ben ik, in aansluiting op opmerkingen van mevrouw Pel van zojuist, er nogal beducht voor partijen nog weer op te porren tot nadere circuits. Misschien moet er een soort afdichting ‘voor het geval dat’ zijn, maar terecht is opgemerkt dat een deur die op een kier staat open is. Over een eventuele wettelijke regeling moet hoe dan ook heel goed worden nagedacht. Zelf staat mij in de eerste plaats voor ogen dat men in het geval van een mislukte mediation terug gaat naar waar men was. Als al een procedure loopt, zal de mediator daarbij voor het bewaken van termijnen moeten zorgen.

Een vraag die zich opdringt en die ook Brenninkmeijer, naar aanleiding van de preadviezen van Van der Vlies en Pach, heeft gesignaleerd, luidt als volgt. Is bij mediation het recht ook in die zin secundair, dat van het geldende bestuursrecht en

zelfs van dwingend recht zal mogen worden afgeweken? Ik zou die vraag met klem *ontkennend* willen beantwoorden, en ik zal toelichten waarom.

In de eerste plaats bepaalt artikel 3:14 BW, zoals ook mevrouw Van der Vlies in haar preadvies vermeldt, dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht heeft, *niet* mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Ik ga er daarbij evenals mevrouw Van der Vlies van uit dat de overheid bevoegd is vaststellingsovereenkomsten te sluiten. Bij dit artikel sluit weer aan artikel 3:1, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht, dat de bepalingen van hoofdstuk 3 van die wet, waarin enkele beginselen van behoorlijk bestuur zijn neergelegd, van overeenkomstige toepassing verklaart op onder meer het privaatrechtelijke optreden van de overheid, voorzover de aard van het optreden zich daartegen niet verzet. Beide bepalingen zijn in hoge mate elkaars spiegelbeeld en vullen elkaar ten dele aan. Dit betekent dat het publiekrecht bij mediation, die beoogt uit te monden in een vaststellingsovereenkomst (vergelijk de artikelen 7:900 en volgende van het Burgerlijk Wetboek), gewoon van toepassing is.

In de tweede plaats iets over artikel 7:902 BW, dat wellicht soelaas zou kunnen bieden. Het artikel bepaalt: 'Een *vaststelling* ter *beëindiging* van onzekerheid of geschil op *vermogensrechtelijk gebied* is ook geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde [cursivering van de interveniëntel].' Ik wijs er hierbij op dat de wet van 'vaststelling' en niet van 'vaststellingsovereenkomst' spreekt.

De goede zeden en de openbare orde zal iedereen hierbij dadelijk in beeld hebben. Daarmee mag niet in strijd worden gehandeld, maar ook het afwijken van dwingend recht moet in een zeer beperkt kader worden gezien. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat deze bepaling een codificatie van een arrest van de Hoge Raad uit 1935 vormt, waarin het geschil zich toespitste op de vraag hoe een bepaalde regel van dwingend recht moest worden uitgelegd en of zij toepasselijk was. De Hoge Raad was van mening dat partijen hun geschil daarover door een vaststelling zouden moeten kunnen beslechten en dat zij daarop, als de regel later toch van toepassing blijkt te zijn, niet zouden moeten terugkomen. Overigens is het standpunt van de Hoge Raad dat partijen die, wetend dat een regel van dwingend recht van toepassing is, deze regel bewust buiten beschouwing laten, iets doen dat bepaald niet de bedoeling is. In 1995 heeft de Raad dit nog eens expliciet uitgemaakt. De Hoge Raad heeft dus op dit punt heel duidelijk een zeer beperkte opvatting.

Ik wijs er naar aanleiding van het geciteerde artikel 7:902 BW verder nog op dat deze bepaling alleen over de *beëindiging* van onzekerheid of geschil spreekt, en niet over de *voorkoming* van onzekerheid of geschil. Op het gebied waarvoor ik mij zelf nogal sterk maak, de mediation in het speelveld van milieu en ruimtelijke ordening, wordt juist in het preventieve traject veel van mediation verwacht.

De geciteerde bepaling bevat bovendien een beperking in de woorden *op vermogensrechtelijk gebied*. Buiten het vermogensrechtelijk gebied kan onbeperkt aan dwingend recht worden getoetst.

Ik stel samenvattend vast dat ook artikel 7:902 BW geen soelaas biedt en dat dus bij vaststellingsovereenkomsten waarbij de overheid partij is, de grenzen van het recht in aanmerking dienen te worden genomen. In de beleidsbrief ADR wordt opgemerkt dat partijen van dwingend recht zouden kunnen afwijken. Dit zet ons naar mijn mening op het verkeerde been. Het kabinet heeft het bij de formulering van zijn standpunt over juridisering in het openbaar bestuur wél goed gezien: het wijst expliciet op het rechtsstatelijk belang dat de overheid zich aan de wet houdt en het tekent daarbij aan dat overheid en burger niet in gezamenlijk overleg kunnen beslissen de wet opzij te zetten.

Waarom hecht ik er als voorstander van mediation aan het voorgaande naar voren te brengen? Mijn motief is dat ik bang ben voor ontwikkelingen als zich hebben voorgedaan bij convenanten en bij de vergunning op hoofdzaken. Als we het recht in dezen aan onze laars lappen of terzijde schuiven, bestaat de kans dat partijen zich in hoge mate inzetten om tot goede dingen te komen terwijl toch achteraf de rechter een streep door het resultaat haalt. Nu zou men kunnen zeggen dat de rechter er als partijen het méér dan eens zijn helemaal niet aan te pas hóéft te komen, maar die verwachting zou wel eens niet realistisch kunnen zijn. Zeker op het gebied van milieu en ruimtelijke ordening kunnen derden die niet aan de mediation hebben willen meedoen of die over het hoofd zijn gezien bij de rechter tegen het behaalde resultaat opkomen, maar ook partijen zelf zouden op de overeenkomst kunnen willen terugkomen.

Op dit laatste punt denk ik aan het arrest van de Hoge Raad inzake de zaak tussen de gemeente Alkemade en Hornkamp.¹⁰ Hierin ging het om de bouw door een grondeigenaar van vier woningen. Het bestemmingsplan moest worden herzien, waartoe de gemeente zich bereid toonde. De eigenaar, die f 4.000,- moest betalen en moest beloven dat hij alleen zou verkopen of verhuren aan ingezetenen of economisch gebondenen, vond het geheel uiteindelijk niet lucratief genoeg en riep de nietigheid van de overeenkomst in. Zowel het Hof als de Hoge Raad kwam tot de conclusie dat hier sprake was van *détournement de pouvoir*. De Wet op de Ruimtelijke Ordening, in het kader waarvan de voorwaarden waren gesteld, strekt niet tot het bevorderen van een goede woonruimteverdeling, zodat de overeenkomst wegens strijd met de openbare orde nietig werd geacht. De gemeente moest het bedrag van f 4.000,- terugbetalen.

10. HR 3 april 1998, NJ 588.

Dit wijst erop dat ook mediators, bijvoorbeeld bij het 'taartvergroten', waarbij allerlei onderwerpen bij het conflict worden betrokken, in het oog moeten houden dat bepaalde bevoegdheden met een bepaald doel zijn gegeven. Zeker in een kring als deze lijkt het mij van belang de misvatting dat men bij mediation dwingend recht opzij zou kunnen zetten niet te laten bestaan of ontstaan. Veeleer zouden we moeten kijken hoe we mediation binnen de grenzen van het recht optimale kansen kunnen geven.

Mevrouw mr. M.A. Pach

Het onderwerp 'is afwijking van dwingend recht al dan niet mogelijk?' is in mijn ogen eigenlijk niet zo belangrijk. Ik vind de formulering die de staatssecretaris heeft gebruikt en die in de nota terecht is gekomen ongelukkig, en ik ben het met mevrouw Wiggers eens dat hiermee een ongelukkige richting is ingeslagen. Overigens blijkt uit het voorbeeld van de uitspraak van de Hoge Raad dat het ook zonder mediation wel eens gebeurt dat partijen tot een overeenkomst komen die in strijd is met dwingend recht. Het is ook niet uit te sluiten dat zoiets van tijd tot tijd blijft gebeuren, al dan niet in mediation.

In verreweg de meeste gevallen is afwijking van dwingend recht echter geen item. Mijn ervaring is dat in mediation zelden om expliciet afwijken van dwingend recht wordt gevraagd. Het gaat er vaak veel meer om de 'taart' te vergroten buiten de regels van het dwingend recht, door andere onderwerpen bij het conflict te betrekken. De voorbeelden die ik in mijn preadvies heb genoemd, hebben niets met dwingend recht te maken, maar houden verband met het creatief zoeken naar oplossingen. Ik meen dat het probleem veel kleiner is dan het voor juristen lijkt.

Voorzitter: Maar als het probleem zich nu voordoet?

Pach: Dan ben ik er niet vóór van dwingend recht af te wijken. Ik vind het ook niet nodig.

Mevrouw mr. I.C. van der Vlies

Ik ben er tegen dat in strijd met het recht wordt gehandeld. De voorzitter heeft in zijn rede aangegeven hoe ingewikkeld het is het recht te handhaven. Als we erin slagen het zo goed mogelijk te handhaven, ook in de mediation, lijkt mij dat alleen maar buitengewoon meegenomen!

Mevrouw mr. L.F. Wiggers-Rust

Mevrouw Pach wijs ik er nog op dat de risico's in tweepartijengeschillen minder groot zijn dan in complexere geschillen, bijvoorbeeld op het gebied van milieu en ruimtelijke ordening.

Pach: Dat is nog de vraag!

Mr. J.E.M. Polak

Het zal geen verbazing wekken dat ook ik begin met het bestuur te complimenteren. Mijn oratie ging over hetzelfde onderwerp en als je het nodig vindt het daarover te hebben, vind je het natuurlijk prachtig als het VAR-bestuur besluit er een jaarvergadering aan te wijden. Toen ik mijn onderwerp ongeveer een jaar geleden verzong, wist ik overigens niet welk onderwerp de jaarvergadering vandaag zou hebben. Sommige onderwerpen hangen blijkbaar in de lucht! Twee jaar geleden sprak men op de VAR-jaarvergadering over de 'magische lijn' en de dag daarvóór promoveerde ik min of meer op hetzelfde onderwerp.

Voorzitter: Wij gaan altijd eerst na waarmee u bezig bent, en dan stellen we het onderwerp vast!

Polak: Nu houd ik over mezelf op. Aan de complimenten voor het bestuur voeg ik graag de complimenten voor de preadviseurs toe. Dat klinkt altijd een beetje obligaant, want juristen doen bij bijeenkomsten als deze altijd erg vriendelijk tegen elkaar, maar de preadviezen van vandaag passen goed bij wat het erelid van onze vereniging Van der Hoeven, zojuist door de voorzitter herdacht, in zijn fraaie boek *De drie dimensies van het bestuursrecht*, over de VAR-preadviezen schreef (bladzijde 199). Die preadviezen hebben, aldus Van der Hoeven, een grote invloed op de ontwikkeling van het bestuursrecht gehad. Ik denk dat dit ook voor de preadviezen van vandaag zal opgaan. Van Ettekoven gaat zeer terecht in op de vraag hoe het bestuursrecht zodanig kan worden aangepast, dat het voldoet aan de wenselijkheid om met het oog op de praktijk sneller en efficiënter tot uitspraken te komen. Daarnaast is er een groeiende roep om ook buiten rechte via mediation tot oplossing van geschillen te komen. Daarover gaan de twee andere preadviezen.

In mijn interventie zal ik het vooral over het preadvies van Van Ettekoven hebben, maar voorafgaand daaraan wil ik een opmerking maken over mediation. Ik proef een zekere tegenstelling tussen de visie van mevrouw Pach, inhoudende dat er niet zo

veel behoefte aan is de vaststellingsovereenkomst in de wet te gaan vastleggen, en de opvatting op dat punt van mevrouw Van der Vlies, die juist voor een wettelijke regeling pleit. Zelf zou ik geneigd zijn mevrouw Pach, die de laatste jaren grote ervaring heeft opgedaan, te volgen. Als wij juristen dit onderwerp nu weer onmiddellijk tot ons nemen en gaan juridiseren, doen we tekort aan de ontwikkeling die zich heeft voorgedaan. De toegang tot de rechter lijkt mij trouwens geen groot probleem. Als er een vaststellingsovereenkomst is en je vindt dat die met bedrog tot stand is gekomen, dan kun je naar de rechter, en wanneer het bestuur een besluit neemt, kun je proberen dat besluit bij de rechter met succes aan te vechten. Daarbij zal niet gelden dat de uitkomst van de mediation ten volle aan toetsing onderworpen zal zijn. Het lijkt mij niet zo verstandig dit allemaal weer in regels te gaan vastleggen. Ook over de invoering van een wachttermijn kan ik niet enthousiast zijn. Ik zou dolblij zijn als mensen het op een zitting eens zouden worden, en ik sta niet te juichen over een wachttermijn waarin men het vervolgens toch nog eens óneens kan worden!

Dan iets over het preadvies van Van Ettekoven. Met heel veel van zijn opmerkingen ben ik het eens. Ingaand op het element 'finaliteit' pleit hij ervoor dat er ook wanneer de rechter vindt dat er gebreken aan een besluit kleven een eindoplossing komt. Ik signaleer een zekere tegenstelling tussen zijn opvattingen op dit punt en de mijne. Met Van Ettekoven ben ik het eens dat de wetgever niet dwingend zou moeten vastleggen dat rechters in geval van gebreken altijd zelf in de zaak zouden moeten voorzien nadat ze het bestuur hebben gehoord. Wél meen ik dat de bestuursrechters in de toekomst primair een houding zouden moeten aannemen waarbij zij streven naar een finale oplossing en dus ook naar het zelf in de zaak voorzien. Naar mijn gevoel kan dat trouwens heel goed worden gecombineerd met de gedachte dat de rechter niet op de stoel van het bestuur moet gaan zitten en de beleids- en beoordelingsvrijheid dient te respecteren door nadat gebreken zijn geconstateerd het bestuur de gelegenheid te bieden zijn visie op die gebreken te geven.

De voorkeur van Van Ettekoven gaat er niet naar uit dat er vervolgens door de rechter een eindbeslissing wordt genomen. Hij houdt die mogelijkheid wel op allerlei manieren open, maar zou toch in de meerderheid van de gevallen het bestuur de mogelijkheid willen geven ofwel tegen de gebreken constaterende rechter 'nee' te zeggen, ofwel een nieuw besluit voor te dragen waarbij op de constatering van gebreken wordt gereageerd. Ik vind dat Van Ettekoven hiermee het bestuur misschien wel een mogelijkheid ontnemt. Stel nu eens dat het bestuur het niet met de constatering van gebreken eens is en, ervan uitgaande dat de rechter na zo'n tussenbeslissing wel niet van mening zal veranderen, aan de rechter duidelijk wil maken hoe in de visie dat er gebreken zijn vervolgens met de bestaande beleids- en beoordelingsvrijheid moet worden omgegaan. De voorkeuroptie van Van Ettekoven houdt mijns inziens te weinig rekening met een situatie die in de praktijk nogal eens voor-

komt. Als de rechter gebreken signaleert, moet het bestuur naar mijn gevoel primair van mening kunnen blijven dat het niet met die signalering eens is, maar toch ook duidelijk kunnen maken dat uitgaande van de gebreken op een bepaalde manier zou moeten worden besloten. Van Ettekoven zal straks natuurlijk zeggen dat hij die mogelijkheid niet wil afsluiten, maar zijn voorkeur gaat in ieder geval niet naar deze optie uit.

Nu al doet zich in de praktijk het probleem voor dat we in gevallen waarin gebreken zijn geconstateerd en waarin het bestuur van mening is dat de rechter dat ten onrechte heeft gedaan, voortdurend te maken krijgen met een opeenstapeling van besluiten. De rechter vindt dat er in een besluit gebreken zijn, en het bestuur is het daarmee niet eens, maar is gehouden met inachtneming van de uitspraak van de eerste rechter een nieuw besluit te nemen. Gaat het bestuur dan vervolgens in hoger beroep, dan ontstaat een opeenstapeling van onder meer het nieuwe besluit waarmee het bestuur het eigenlijk zelf niet eens is; men is immers in hoger beroep gegaan. Men kan tot een oplossing komen door beide besluiten bij de hogerberoepsrechter voor te leggen, maar ik denk dat het in de meerderheid van de gevallen in zo'n situatie toch eenvoudiger is als er een duidelijke einduitspraak van de rechter ligt waartegen het bestuur vervolgens kan appelleren, door aan te geven dat het met de signalering van gebreken niet eens is.

Ook over de snelheid wil ik nog een opmerking maken. Het is in mijn ogen heel goed dat van binnenuit blijkt dat het naar de mening van rechters vaak te lang duurt. Heel inzichtelijk is de opmerking in het preadvies van Van Ettekoven, inhoudend dat er de eerste vier maanden heel veel gebeurt, maar dat vervolgens het dossier een jaar de kast in gaat. Er moet duidelijk iets veranderen: er moeten organisatorische maatregelen worden genomen om ervoor te zorgen dat het dossier vervolgens *niet* een jaar de kast in gaat. Ook op advocatenkantoren gebeurt het overigens natuurlijk dat een dossier een jaar de kast in gaat; dit gras zal ik alvast voor de voeten van de preadviseur wegmaaien!

Van Ettekoven pleit voor een prikkel voor het bestuur in gevallen waarin niet tijdig is beslist. Hij doelt hier op een artikel 6:2-geval. Er is een fictief besluit, de rechter constateert dat niet tijdig is beslist en vervolgens moet er een dwangsom voor het bestuur zijn om ervoor te zorgen dat dit tijdig beslist. Dit lijkt mij een goed idee, waarbij ik aanteken dat ook nu al een dwangsom kan worden opgelegd.

Vervolgens wijdt Van Ettekoven veel woorden aan wat er bij de bestuursrechtspraak kan worden verbeterd. Moet het roer niet om, zo vraagt de preadviseur zich af. Hij beantwoordt deze vraag bevestigend en bepleit de invoering van een termijn voor rechters. Dit lezende, vroeg ik mij af of Van Ettekoven de financiële prikkel die hij voor het bestuur in gedachten heeft, ook zou willen invoeren voor de rechters. Ik

zal hierover graag iets naders horen, want zo ver is Van Ettekoven toch nog niet gegaan.

Mr. B.J. van Ettekoven

Mijn dank voor deze kritische kanttekeningen, waarop ik in overeenkomstige volgorde zal ingaan.

Allereerst dan iets over de finaliteit. De rechter constateert een gebrek, en Polak en ik zijn het erover eens dat het goed zal zijn als er binnen de procedure een mogelijkheid komt tot herstel van dat gebrek op een snelle en effectieve manier. Niet eens zijn we het erover of dat herstel per se op een bepaalde manier tot stand moet komen. In mijn preadvies heb ik aangegeven dat hierover al door een aantal mensen is nagedacht. Schueler spreekt van het voordragen van een nieuwe beslissing. Daarmee bedoelt hij niet dat door het bestuur een nieuw besluit wordt genomen, maar dat het bestuur te kennen geeft welk type beslissing vervolgens zou moeten worden genomen. Dat is meer een brief, die eventueel de vorm van een conceptbesluit kan hebben, waarna de rechter zelf in de zaak zou moeten voorzien.

Ook Polak is voorstander van een schriftelijk stuk van het bestuursorgaan, waarin, naar ik nu begrijp, eventueel twee standpunten kunnen worden ingenomen. Het primaire standpunt kan zijn dat het inzicht van de rechter over het gebrek in het geheel niet wordt gedeeld, het secundaire standpunt kan inhouden dat, ervan uitgaande dat er toch een gebrek is, op grond van de wet en het beleid van het bestuursorgaan een expliciet omschreven beslissing tot stand zou moeten komen.

Dat is een methode, die het voordeel heeft dat je mogelijk niet te maken krijgt met de inbreng in de procedure van nieuwe besluiten. Gegeven de jurisprudentie op de artikelen 6:18 en 6:19 Awb, weten we allemaal hoe ingewikkeld de situatie daardoor kan worden. Toch zou ik de gang van zaken niet willen beperken tot het schriftelijke stuk van het bestuursorgaan en de opdracht aan de rechter in al die situaties zelf in de zaak te voorzien. Ik heb het idee dat je op deze manier te veel van de rechter vraagt en dat je de mogelijkheid open moet laten om een aantal varianten in te bouwen.

Er zijn op z'n minst drie varianten denkbaar. Ik heb willen onderscheiden tussen de situatie waarin het dictum van het eerste besluit deugt, maar het besluit overigens een gebrek bevat, en de situatie waarin het dictum zelf een gebrek heeft. In die eerste situatie kun je inderdaad goed werken met een schriftelijk stuk waarin het bestuur uitlegt hoe de beslissing dan wél had moeten worden gemotiveerd, in bepaalde gevallen: welke ándere weigeringsgrondslag van toepassing is. De rechter kan dan de zaak oplossen door gebruik te maken van artikel 8:72, derde lid, Awb (de gedekt-

verklaring). De beslissing van de rechter houdt dan in dat het met deze nadere toelichting allemaal klopt, dat het dictum al klopte en dat de zaak derhalve kan worden 'afgehecht'.

Ook zelf in de zaak voorzien is uiteraard een mogelijkheid. Dat kan ook als het dictum niet deugde. Sterker nog: als het dictum niet deugde, is deze weg *verplicht*, want dan kun je niet gedekt verklaren. Er zijn echter ook veel situaties waarin ik het graag aan het bestuur overlaat in de tussentijd met een wijzigingsbesluit te komen. Dat heeft een aantal voordelen. Besluiten vergen veelal een bepaalde manier van voorbereiden. Je moet besluiten bekend maken, je moet soms belangen inventariseren, je kunt en moet soms de belangen van derden-belanghebbenden erbij betrekken, besluiten moeten als ze eenmaal zijn genomen soms worden gepubliceerd, en ze hebben meteen rechtskracht. Dat zijn factoren die ertoe leiden dat het in de ene situatie de voorkeur geniet het bestuur te vragen een wijzigingsbesluit te nemen, terwijl het in de andere situatie, afhankelijk van het type gebrek, beter is een schriftelijk stuk te laten uitbrengen of een voorgenomen besluit te laten formuleren, waarna de rechter hetzij gedekt kan verklaren, hetzij zelf in de zaak kan voorzien. In de laatstbedoelde situatie kan de rechter met partijen bespreken wat voor type gebrek er aan de orde is en voor welke oplossing uit een oogpunt van effectiviteit het beste kan worden gekozen. De optie waarbij het bestuur een wijzigingsbesluit neemt, zou ik niet willen uitsluiten.

Een belangrijke reden daarvoor kan ik als volgt omschrijven. Er is een procedure bij de rechter aan de gang. Heeft het bestuur dan niet de mogelijkheid, die op zich al bestaat op grond van artikel 6:18, eerste lid, Awb, om een intrekking- of een wijzigingsbesluit te nemen? Het antwoord luidt: ja, dat kan het bestuur op elk moment doen, en waarom dan niet als de rechter een gebrek constateert? Ik denk dus dat je de optie waarbij het bestuur een wijzigingsbesluit neemt sowieso open moet laten.

Ontstaat dan de ellende die voortvloeit uit wat Polak noemt 'de opeenstapeling van besluiten'? Die opeenstapeling leidt inderdaad op het ogenblik tot nogal wat ellende. In ieder geval levert zij allerlei procedurele complicaties op. Daarom heb ik mij, ook al is de materie weerbarstig, ertoe gezet over een wijziging van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb te gaan nadenken. Zo'n wijziging is overigens volgens mij sowieso nodig, want de toepassing van die artikelen is één groot drama, maar ook in het licht van deze materie lijkt mij er een goede reden tot wijziging. Voor het geval dat het bestuur een wijzigingsbesluit neemt, moet je er namelijk voor zorgen dat dat besluit moeiteloos in de procedure kan worden betrokken. Daarom heb ik een voorstel gedaan. In mijn voorstel probeer ik te komen tot een zodanige formulering, dat je geen last hebt van de perikelen die er op dit moment bestaan en dat je het wijzigingsbesluit gemakkelijk in de procedure kunt betrekken.

Ik kom toe aan de factor snelheid. Polak heeft gesproken over situaties waarin er de eerste vier maanden heel veel gebeurt, maar waarin vervolgens het dossier een jaar de kast in gaat. Die beschrijving is inderdaad in veel situaties van toepassing. De dagelijkse gang van zaken bij rechtbanken komt er in de kern op neer dat wordt gewerkt met het fifo-systeem: first in, first out. Dat is eerlijk, en als je het wilt veranderen, moet je goede redenen hebben om het te doorbreken. Het nadeel van het systeem is dat elke zaak, hoe simpel ook, pas na een jaar en vier maanden aan bod komt, doordat zij heeft liggen wachten op al die andere zaken die éérs moeten worden afgedaan. Over simpel gesproken: je hebt van die zaken waarvan je na twee minuten kijken ziet dat je wel weet wat ermee moet gebeuren. Waar ik naartoe zou willen, is een systeem van differentiatie van zaken en zaaksmanagement. Ik heb in dat verband enige suggesties gedaan. We zouden veel winst kunnen boeken door in een heel vroeg stadium per zaak de mate van gecompliceerdheid te bekijken en de vraag te beantwoorden of de zaak in een bepaald traject kan worden gezet en eventueel versimpeld kan worden afgedaan.

Het laatste punt van de interventie van Polak had betrekking op financiële prikkels. Bij het stellen van een termijn voor besluitvorming door het bestuur kunnen, aldus Polak, ook nu al dwangsommen worden opgelegd. Dat is waar. Wat ik heb willen constateren, is dat waar rechters bevoegdheden hebben (hetzelfde geldt overigens voor het bestuur) ze er niet altijd op dezelfde wijze mee omgaan. Ik heb aangegeven op hoeveel verschillende manieren door rechters met artikel 6:2-beroepen wordt omgegaan. Die gang van zaken vind ik onjuist. Toepassing van artikel 6:2 leidt tot een heel simpele juridische situatie: heeft het bestuur tijdig beslist, ja of nee? Daaruit zou een volstrekt ondubbelzinnige en transparante reactie van de rechter moeten voortvloeien, die in alle gevallen hetzelfde is. Daarom bepleit ik het opnemen in de wet van een dwangsom voor het bestuur. Dit heeft het voordeel dat het bestuur, als het zich aan de termijn van de rechter houdt, die dwangsom niet verbeurt. Houdt het zich er niet aan, dan moet het ook maar gewoon betalen.

Met die redenering loop ik vast als het om de financiële prikkel voor de *rechter* gaat. Dat krijg je natuurlijk als je zo 'moedig' bent te zeggen: moeten we nu maar niet gewoon in de wet zetten dat de uitspraaktermijn voor de rechtbanken twaalf maanden bedraagt? Als de rechter die termijn niet haalt, wat dan? Voorlopig gok ik erop dat de rechtbanken er dan alles aan zullen doen om ervoor te zorgen dat ze de zaak binnen die twaalf maanden de deur uit hebben, maar er zal ongetwijfeld een geval komen waarin het mis gaat. Vooralsnog wil ik niet naar een situatie toe waarin partijen geld bij de staat kunnen claimen omdat de uitspraak na dertien maanden komt.

Over deze kwestie heeft Damen in het boek *Tijdigheid van rechtspraak* het volgende opgemerkt. Juist als je tijdigheid en finaliteit op elkaar stapelt en als het belangrijk is dat de rechter energie in de zaak steekt en met partijen naar een oplos-

sing gaat zoeken, bijvoorbeeld via de bestuurlijke lus, kan het inlassen van die bestuurlijke lus ertoe leiden dat de uitspraak na dertien of veertien maanden pas komt. Het zou natuurlijk belachelijk zijn als men dan bij de staat via een civiele vordering een bedrag zou kunnen krijgen! Materiële en finale geschilbeslechting weegt voor mij zwaarder dan de factor tijd. Daarom wil ik voorlopig niet aan een financiële prikkel voor de rechter die de termijn niet haalt.

Mr. J.E.M. Polak

Op het punt van de finaliteit zijn Van Ettekoven en ik het, hoe jammer dat ook is voor het debat, voor een belangrijk deel eens. Ook ik vind niet dat de wetgever de weg van de wijzigingsbesluiten onmogelijk zou moeten maken, maar ik heb in dat verband nog wél een aandachtspunt. Van Ettekoven gaat er, naar ik aanneem, van uit dat in het geval van een wijzigingsbesluit het eerste besluit weg is. Bij een andere visie voorzie ik toch nog problemen. In een situatie waarin de rechter gebreken constateert en het bestuur op zijn standpunt wil blijven staan, wil het bestuur geen wijzigingsbesluit nemen, maar wil het wél dat bij een finale uitkomst zijn beleidsvrijheid en beoordelingsruimte op de juiste wijze worden ingevuld.

Bij de komende evaluatie van de Awb en bij het ontwerpen van wijzigingen zal naar mijn mening uitgangspunt moeten zijn dat de rechter voor een finale oplossing zorgt, hetzij door zelf in de zaak te voorzien, hetzij door het bestuur bij de hand te nemen. Wat ons vak vaak niet zo populair maakt, is juist die opeenstapeling van besluiten, en dát brengt weer met zich dat methoden als mediation populairder kunnen worden. Dat laatste is op zich natuurlijk niet bezwaarlijk, maar we moeten ons eigen bestuursprocesrecht wél dusdanig moderniseren, dat we wat dit betreft niet al te veel aan populariteit inboeten.

Met de suggesties van Van Ettekoven ter bevordering van de snelheid ben ik het over het algemeen van harte eens, maar het punt van de financiële prikkel blijft voor mij, in alle ernst gezegd, enigszins een probleem. Aan bestuursorganen is heel moeilijk uit te leggen dat zij wanneer ze een wettelijke termijn overschrijden met een financiële sanctie worden gestraft, terwijl de rechter in het geval van termijnoverschrijding in een betere positie verkeert. Komt er een wettelijke termijn voor de rechter, dan is toch de rechter bij uitstek een figuur die zich daaraan zou moeten houden. Anders ligt het overigens natuurlijk als alle partijen met termijnoverschrijding instemmen.

Ik begrijp wel dat het bestuur en de rechter in dit opzicht niet geheel vergelijkbaar zijn, maar het zal mij niet verbazen als we over een jaar of tien tot het inzicht zijn

gekomen dat aan alle termijnbepalingen sancties bij overschrijding verbonden moeten zijn.

Mr. D.A.C. Slump

Wat de financiële prikkel betreft: je kunt natuurlijk aan een civiele procedure denken, maar je kunt ook een regeling overwegen waarbij een gerecht dat binnen het jaar een zaak niet op de zitting heeft gekregen of geen uitspraak heeft gedaan, in ieder geval het griffierecht moet terugstorten. Dat is dan een kleine financiële prikkel. Een andere gedachte is terugstorting van bijvoorbeeld één keer het tarief voor de zitting en één keer het tarief voor het verweerschrift, op basis van standaardtarieven naar analogie van de proceskostenveroordeling.

Het belangrijkste punt waarop ik wil ingaan, is het volgende. Ik heb een bezwaar tegen het preadvies van Van Ettekovén, dat nog enigszins is versterkt door de interventie van Polak van zojuist. Mijn bezwaar richt zich tegen de bestuurlijke lus, zeker in situaties waarin het bestuursorgaan niet weet of het het wel met de door de rechter op de zitting gemaakte opmerkingen eens is. Ik voel er niet zo veel voor dit probleem te compliceren door een nieuw besluit uit te lokken, misschien tegen heug en meug, met het vasthouden van de mogelijkheid om in hoger beroep te gaan. Gewenst lijkt mij een heel actieve houding van de rechter op de zitting, waarbij hij probeert te proeven of de door hem geopperde bezwaren tot instemming en tot een reële kans op een verbetering leiden. Is dat inderdaad het geval, dan zou ik willen kiezen voor aanhouding, heropening van het vooronderzoek en het bieden van de mogelijkheid om binnen een bepaalde termijn met een hersteld besluit te komen. Is er te veel weerstand, of weet de rechter niet hoe het bestuursorgaan zich zal opstellen, dan moet in mijn visie gewoon worden vernietigd. Het besluit is dan weg en de rechter bepaalt een termijn van drie, vier of zes weken waarbinnen het bestuursorgaan opnieuw moet beslissen. Komt er daarna weer een beroep, dan dient ambts-halve te worden gekozen voor versnelde behandeling op heel korte termijn.

Mr. B.J. van Ettekovén

Met hetgeen Slump heeft opgemerkt, kan ik het, denk ik, wel eens zijn. Eerst iets over de financiële prikkel. De huidige situatie, waarin op dit punt in het geheel niets is geregeld, kunnen we beschouwen als het andere uiterste. Op het ogenblik kunnen rechters een zaak twee jaar in de kast laten liggen, met veel maatschappelijke schade. Mijn voorstel is daarom: doe maar eens stoer en zet een termijn van twaalf maanden

in de wet! Als er eenmaal een wettelijke verplichting is, zullen rechters, omdat dat dit nu eenmaal bij hen zo werkt, hun proces daarop gaan inrichten. Op dit moment is er geen stimulans om het proces van afdoening van zaken zó efficiënt in te richten dat een termijn van twaalf maanden wordt gehaald. In jaarverslagen lees je dat men terug wil naar twaalf maanden. Eerst was dat als een gemiddelde bedoeld, en nu wordt men nóg stoerder en spreekt over 'maximaal twaalf maanden'. Ik ben van mijn kant heel benieuwd of het in 2003 zo ver zal zijn dat de Centrale Raad en de Afdeling kunnen zeggen: dat hebben we geklaard, we halen nu in alle zaken maximaal twaalf maanden. Met het oog op het psychologisch effect lijkt het mij nuttig een wettelijke uitspraaktermijn te bepleiten.

Slump heeft verder goede suggesties voor een beperkte financiële prikkel gedaan. Die zal de staat niet al te zwaar vallen.

Dan iets over de bestuurlijke lus. Als het bestuur het niet met de rechter eens is, moet het dat maar op de zitting kenbaar maken. Het bestuur kan twee kanten op. Als de reactie erop neerkomt dat het bestuur zelf inziet dat het niet goed heeft gehandeld, kunnen partijen in overleg met de rechter een hersteltraject kiezen. Is de reactie de tegenovergestelde, zoiets als 'ik begrijp niet waar u het over heeft, wij verschillen fundamenteel van mening, er is helemaal geen gebrek in het besluit', dan zal de uitkomst moeten zijn dat de rechter een uitspraak doet, zodat het bestuur kan bekijken wat het wil doen. Het heeft dan de keus tussen enerzijds in hoger beroep gaan, met als doel dat het appèlcollege kan toetsen of de rechter al dan niet gelijk heeft, en anderzijds zich laten overtuigen door de vernietigingsuitspraak en vervolgens op heel korte termijn een tweede besluit nemen.

Komt er in het tweede geval vervolgens weer een beroep, dan dreigt zich het drama voor te doen dat de zaak gewoon weer in de kast gaat en dat de tweede beslissing op een bezwaarschrift na een jaar eindelijk eens op de zitting komt. Daar moeten we echt iets aan doen. In de huidige situatie is dat al mogelijk. Een college kan beleid op grond van artikel 8:52 Awb voeren, en kan er via versnelde behandeling voor zorgen dat de zaak binnen de kortste keren weer op de zitting komt, maar dat moet dan ook werkelijk gebeuren.

Voorzitter: Ik geef vóór de lunchpauze Damen nog het woord voor een korte interventie. De reactie en de eventuele discussie zullen dan na de pauze volgen, want voordat we gaan lunchen ga ik ook nog iets zeggen over de VAR-pleitwedstrijd.

Mr. L.J.A. Damen

De preadviezen heb ik met veel plezier en doorgaans met veel instemming gelezen, maar twee pagina's uit het preadvies van Van Ettekoven hebben mij toch erg doen aarzelen. Het gaat om de bladzijden 40 en 41.

Van Ettekoven stelt het probleem van de snelheid aan de orde en noemt op bladzijde 40 als één van de mogelijke oplossingen dat in hoger beroep veel meer enkelvoudige behandeling zou moeten worden toegepast. Op bladzijde 41 komt hij met een andere mogelijke oplossing, in mijn terminologie: de bureaucratisering van de bestuursrechtspraak. Anders gezegd: Van Ettekoven wil de rechter nóg minder zelf het handwerk laten doen, hij wil hem dit werk nog verder laten 'delegeren', in de, naar ik aanneem, niet-bestuursrechtelijke betekenis van het woord.

Meer unus-rechtspraak in hoger beroep is volgens Van Ettekoven heel goed realiseerbaar. We zien dat de Centrale Raad van Beroep heel weinig voor enkelvoudige kamers kiest terwijl ook het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, voorzover in hoger beroep optredend, nauwelijks van deze mogelijkheid gebruik maakt, maar de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State pakt het anders aan. Van Ettekoven schrijft: 'Gelet daarop is opvallend, dat ik van de Afdeling steeds meer uitspraken in hogerberoepszaken zie afkomen die enkelvoudig zijn geweest. Het kan dus wel.' Is dit nu een normatief oordeel, of is het een empirische waarneming. Zegt Van Ettekoven: 'het gebeurt, dus het kan kennelijk wel,' of vindt hij dat het eigenlijk wel goed gaat en zegt hij daarom 'het kan zo wel'?

Misschien ziet Van Ettekoven andere unus-jurisprudentie van de Afdeling dan ik, maar de gepubliceerde jurisprudentie en de jurisprudentie die ik voor de AB te zien krijg die niet wordt gepubliceerd, sterken mij niet in het oordeel dat het altijd wel goed gaat. De vorige week stond in de *JB* een uitspraak over de Vogelwet, waarbij de annotator begrijpelijke kritiek heeft aan de hand van de vraag of dit nu wel een unus-zaak was. Over een paar weken verschijnt een uitspraak in de AB over een kwestie met een kapvergunning in Medemblik, waarbij ik zelf nogal wat zorgen over de kwaliteit heb. Van Ettekoven is van mening dat enkelvoudige behandeling veel meer kan worden toegepast dan nu gebeurt en hij leidt kennelijk uit jurisprudentie van de Afdeling af dat de unus-rechtspraak goede resultaten heeft, maar om welke jurisprudentie gaat het hier precies? De jurisprudentie die Van Ettekoven zelf terugkrijgt en die zijn uitspraken bevestigt?

Een tweede aarzeling heb ik bij de bepleite verdere bureaucratisering van de rechtspraak (bladzijde 41). Dit is volgens Van Ettekoven een kwestie van kiezen. Zelf kiest hij ervoor dat de rechter niet of zo weinig mogelijk zelf zijn uitspraken schrijft. Ik vraag mij af of hiermee een ontwikkeling op gang zou komen die we zouden moeten toejuichen. Mijn eigen, wat beperktere ervaring dan die van Van Ettekoven is in ieder

geval dat je, als je zeker weet dat je op een gegeven moment zelf de uitspraak moet kunnen opschrijven, ietsjes anders naar de zaak kijkt dan wanneer je denkt: het bureau of de secretaris komt er wel uit, of iemand anders lost het probleem wel op, en dan kijk ik of er niet al te grote onzin op papier is gekomen en of ik mijn naam er wel onder kan zetten.

En als we nu deze bureaucratisering in hoger beroep met nóg meer unus-zaken combineren, is dat dan wel zo'n gelukkige ontwikkeling? Zouden we voordat we zoiets bepleiten niet beter moeten weten hoe het nu met de unus-rechtspraak gaat en of daarover in een kwalitatief onderzoek iets te zeggen valt? Ik weet dat publicatie van de resultaten van een onderzoek naar hoger beroep al enige tijd wordt verwacht, maar ik ken de inhoud ervan nog niet. Misschien heeft Van Ettehoven een beter beeld.

Mijn slotvraag luidt: weet Van Ettehoven wel zeker dat we niet van het Porsche-niveau aan het afdalen zijn naar het Volkswagen-niveau, maar naar het Trabant-niveau? Daarmee heb ik de slechtste auto genoemd die ik heb kunnen bedenken!

Uitslag van de VAR-pleitwedstrijd, gehouden op 7 mei 2001

De voorzitter spreekt als volgt

De wedstrijd is afgelopen maandag gehouden in Nijmegen. Goorden mag worden genoemd als de grote man achter de organisatie, die meer dan voortreffelijk was. Ik ben er de hele dag bij geweest, en het was allemaal fantastisch. Een prachtige locatie én een spannende wedstrijd, waar het natuurlijk om gaat. 's Morgens ging het over een casus, die ook in de schriftelijke ronde aan de orde was, over de aanwijzing van een tippelzone. Een belangenvereniging van de dames was daarmee niet helemaal gelukkig, en er waren ook nog andere eisers die tegen de aanwijzing opkwamen: een schoonmaakbedrijf dat in de te vestigen zone gelegen was en dat van mening was dat eer en goede naam zouden worden aangetast, alsmede de eigenaar van een massagesalon die dacht dat zijn handel ernstig in het gedrang zou komen. Ook was er natuurlijk een verweerder: het college van B&W.

Zoals altijd waren er verliezers en winnaars. Laat ik eerst zeggen wie er meededen, of liever wie er *niet* meededen. Wij nodigen natuurlijk steeds alle tien de juridische faculteiten uit. Bij de Open Universiteit is het altijd wat lastig een team bij elkaar te krijgen en dat is ook dit jaar niet gelukt; verder deden, om uiteenlopende redenen, Rotterdam en Maastricht niet mee. Alle andere faculteiten namen gelukkig wél deel. Na verleden jaar hadden we natuurlijk allemaal de hoop dat het eens een heel andere uitslag zou worden, maar ik kan de plaat gewoon nóg een keer afdraaien: als nummer drie eindigde Nijmegen, als nummer twee eindigde Utrecht en als nummer één eindigde het team van de Vrije Universiteit. Laatstgenoemd team bestond uit Francetta Schoe, Jet de Graaf, Stefan Tellekamp Booland en Edit Wikler-Nordmann. Hun verzoek ik, zo mogelijk met medeneming van de trofee, naar voren te komen.

(Applaus)

Jullie hebben het fantastisch gedaan. Eén van jullie heeft zich zelfs als beste van alle verweerders van het hele toernooi verweerd! Francetta, je hebt je zo goed verweerd, dat de vraag rijst hoe het nu verder moet. Wordt het de advocatuur, of zelfs de politiek?

Schoe: Nee, ik ben wel vrij warm geworden voor de advocatuur. Het is ontzettend leuk om eens een echte praktijkgerichte casus te behandelen en je helemaal in te leven in diverse posities. Ik moet zeggen dat dit me blijkbaar niet zonder succes is afgegaan.

Voorzitter: Dat is heel mooi gezegd. Het juiste midden tussen zelfbewustheid en bescheidenheid!

Stefan heeft vooral in de finale gepleit, waarbij Jet naar mijn indruk als een soort verstekeling mee was. Ze had zich niet bij de rechter aangemeld, maar zei af en toe toch stiekem iets tussendoor, wat volgens mij ook wel heel goed werkte. Of dat officieel allemaal mocht, weet ik niet. Stefan heeft het zwaar gehad, want de finalecasus ging weer over iets totaal anders. Kun je in een paar zinnen zeggen waar althans naar jouw mening de finalecasus over ging?

Tellekamp Booland: Volgens mij was het een ruimtelijkeordeningscasus. Het ging over de vestiging van een stervensbegeleidingshuis in een villawijk in Breda.

Voorzitter: Ja, en de omwonenden vonden dat niet zo prettig. Zij vreesden voor 'het af- en aanrijden van lijkwagens'.

Tellekamp Booland: Dat was één van de argumenten.

Voorzitter: Letterlijk werd dat door jou zo gezegd. Ik heb later begrepen dat in de echte zaak (de zaak heeft in Breda echt gespeeld) de advocaat precies hetzelfde had gezegd. De vraag of hiermee de bestemming 'wonen' geweld werd aangedaan, hield partijen enigszins verdeeld. Het was een mooie zaak. Zo'n finale is altijd moeilijk. Heb je nu het gevoel dat de juiste partij heeft gewonnen?

Tellekamp Booland: Absoluut. Utrecht heeft in de finale weinig juridische argumenten gebruikt.

Voorzitter: Dan moeten wij toch weer eens wat aan de opleiding gaan doen! Nu treft het dat Utrecht bezig is alles weer overhoop te halen. Dat doen ze hier zo eens in de

vijf jaar, en nu wordt het in het kader van de overgang naar het bachelor/masterstelsel opnieuw gedaan. Ik denk dat er voor Utrecht nog hoop is!

Fijn dat jullie hier zijn. We hebben jullie voor deze dag uitgenodigd en straks bij de lunch zijn jullie onze gast. Hopelijk zal het dit team eens lukken er de hele dag, inclusief de borrel, bij te blijven. Dat lukt niet elk jaar, maar dat heeft ook te maken met het feit dat die pleitwedstrijd soms één of twee dagen van tevoren is, en ik weet dat je daarna een heel lange herstelperiode nodig hebt. Doordat nu maandag al de wedstrijd was, zal dit probleem zich minder voordoen.

Evenals de andere deelnemers mogen jullie allemaal een jaar gratis lid zijn van de VAR. Vanmorgen is zelfs in de huishoudelijke vergadering voorgesteld dit ook maar te laten gelden voor alle supporters van de teams. Het bestuur moet zich daarop nog beraden. In ieder geval hopen wij vooral ook dat jullie vervolgens levenslang lid van de VAR zullen blijven.

De Vrije Universiteit heeft nu drie jaar opeenvolgend de beker gewonnen, en ook in het midden van de jaren '90 een keer, dus vier keer in totaal. Er staan erg veel namen op de beker, zodat het bestuur zich moet beraden op de vraag of we niet moeten zeggen: hou die beker nu maar, dan kunnen wij ook eens een nieuwe kopen! Dat horen jullie nog wel. In ieder geval komen jullie namen erop te staan.

Daarnaast rijst natuurlijk de vraag: hoe kunnen we voorkomen dat die VU het volgend jaar wéér gaat winnen? Daarop hebben we ons al beraden. Er zijn twee opties. De eerste optie is dat we de Vrije Universiteit uitsluiten. Dat is een in het bestuursrecht nog niet zo veel voorkomende sanctie. Deze optie lijkt ons wat vergaand en is bovendien niet helemaal eerlijk. De tweede optie is dat we het de mensen van de Vrije Universiteit zodanig moeilijk maken, dat ze misschien wel niet kunnen meedoen. Daarvoor hebben we het volgende bedacht. Iedereen weet dat het niet zo goed gaat met de loop der treinen en dat de pleitteams zich doorgaans met de trein begeven naar de plaats waar de pleitwedstrijd is. We dachten dus: als we nu maar ver genoeg weg gaan zitten, heb je dikke kans dat ze pas na de lunch binnenkomen, en dan winnen ze nooit meer. Daarom houden we het volgend jaar de wedstrijd in Maastricht.

Interventies, met reacties van de preadviseurs (middagdeelte)

Mr. B.J. van Ettehoven

Damen heeft vóór de lunchpauze aandacht gevraagd voor het punt 'enkelvoudig of meervoudig zitten in hoger beroep'. Hij aarzelt of enkelvoudig zitten wel verantwoord is. Als hij kijkt naar wat er af en toe aan uitspraken in de jurisprudentietijdschriften staat en naar wat hij verder langs ziet komen, heeft hij zijn twijfels. Mijn reactie is: als ik zie wat de dames en heren wetenschappers aan noten bij meervoudig gewezen uitspraken schrijven, dan liegt dat er ook niet om! Meervoudig zitten is dus kennelijk geen garantie voor een verhoging van de kwaliteit van de uitspraken.

Iets serieuzer: niet alle zaken zijn even moeilijk. Jurisprudentietijdschriften hebben de neiging zaken te selecteren waarin bijzondere dingen aan de hand zijn en waarover iemand nu eens een mooie noot kan schrijven. Ik ken maar één tijdschrift dat een uitzondering vormt doordat het ook standaardzaken opneemt. Het rechterlijk handwerk bestaat, ook al is het misschien een beetje teleurstellend als ik dat zeg, voor een groot deel uit standaardtype-zaken, bulkzaken voor de afdoening waarvan protocollen gelden, simpele zaken, feitelijk of rechtens. Daarop kan heel goed één rechter worden gezet. Ik denk aan zaken waarin niet de rechtseenheid en niet de rechtsvorming in het geding is. Als dat wél het geval is, moet uiteraard meteen voor een meervoudige kamer worden gekozen. Dat geldt trouwens zowel voor de eerste lijn als voor de appèlcolleges. Is de rechtseenheid of de rechtsvorming in het geding, is de zaak feitelijk of juridisch complex, dan moet de zaak naar een meervoudige kamer, maar in 80% van de zaken is dat niet het geval.

Stel nu dat iemand het niet met de ongegrondverklaring van zijn beroep eens is en in hoger beroep gaat. Wordt die zaak dan in hoger beroep ineens zo veel ingewikkelder, dat er drie raadsheren op moeten zitten? Ik wijs erop dat raadsheren toch al beter thuis in de materie moeten zijn en dat ze dat ook vaak zijn, doordat ze in gespecialiseerde kamers werken. Als er een raadsheer zit die acht of tien jaar ervaring in WAO-zaken heeft en er komt een simpele zaak langs, moet er dan toch een meervoudige kamer worden ingeschakeld? Ik heb alleen maar willen aangeven dat dit een keuze

is, hoewel ik eraan heb toegevoegd dat een dergelijke werkwijze naar mijn mening niet verantwoord is. Je kunt op deze manier te werk gaan in tijden dat je weinig of niets te doen hebt, maar als je als rechter elke dag over de gang langs die kasten met een werkvoorraad van twee tot drie jaar loopt, heb je niet alleen de verantwoordelijkheid voor een kwalitatief hoogstaand eindproduct. Je kunt je dan niet de luxe permitteren om te zeggen: we maken uitsluitend Porsches, we gaan nog eens met ons drieën een rondje om de kerk en we gaan het nóg beter en nóg mooier omschrijven. Zowel een rechter individueel als een college als geheel heeft een verantwoordelijkheid ten opzichte van al die mensen die op een uitspraak wachten.

Af en toe mag ik deelnemen aan een debat. Als ik dan hoor wat de rechtspraak ergerlijk vindt, is het nog niet eens zo zeer het oordeel van de rechter ten materiële, maar het feit dat het allemaal zo ontzettend lang duurt en dat men er lang op moet wachten. De wereld moet verder. Tegen die achtergrond zeg ik: probeer nu ook in hoger beroep eens kritisch naar het werken met meervoudige kamers te kijken, experimenteer zo mogelijk met enkelvoudige kamers en zodra je op een zaak stuit waarin toch iets bijzonders aan de hand is, kun je die in elk stadium terugverwijzen naar een meervoudige kamer.

Het andere punt waarvoor Damen aandacht heeft gevraagd, heeft hij omschreven als 'verdere bureaucrativering'. Ik vind 'bureaucrativering' in dit verband een lelijk woord. Het wekt de indruk dat de activiteiten van onze ondersteunende juristen (juridisch medewerkers, secretarissen, auditeurs) een hoog bureaucratisch gehalte hebben. Laat ik iets praktisch vooraf zeggen, ook al is het misschien schokkend. Ik zat in de pauze aan tafel naast Ilsink en die zei: schrijven, schrijven, zelfs bij de Hoge Raad schrijven de raadsheren niets zelf! De civiele kamer schrijft voor een deel zelf, maar de uitspraken op het gebied van strafrecht en belastingrecht worden allemaal door de ondersteuning geschreven. Het gaat erom dat je als rechter je verantwoordelijkheid neemt, dat je in de raadkamer heel goed aangeeft welke lijn je volgt, dat je het toetsingsmodel goed in je hoofd hebt en dat je exact weergeeft wát je op wélke punten in de uitspraak wilt hebben. Als je het concept dan terugkrijgt, is het jouw verantwoordelijkheid ervoor te zorgen dat er staat wat er moet staan. Het kan gebeuren dat de tekst op enige punten niet deugt. Meestal is dat in de laatste twee of drie alinea's op de op één na laatste pagina van de uitspraak, want dat is het enige stukje waar het echt over gaat. Je moet er dan voor zorgen dat je die paar alinea's zelf opnieuw schrijft, of je gaat in debat met je secretaris/auditeur over een aanscherping van de formulering. Doe je dat niet en denk je 'ach, het zal wel, laat ik mijn handtekening eronder zetten', dan ben je wat mij betreft geen goede rechter, of neem je je werk wat dit betreft niet serieus.

Er is wel een 'maar'. Deze aanpak vergt dat je ooit als rechter zelf hebt leren schrijven. Je kunt alleen maar het werk van anderen nakijken als je het handwerk ooit zelf

hebt geleerd. Het mag niet zo zijn dat er een categorie rechters komt die het zelf schrijven nooit hebben geleerd. Als Damen dát bedoelt te zeggen, ben ik het er met- een mee eens. Rechters die zelf nooit hebben leren schrijven, kunnen onmogelijk checken of wat er staat wel helemaal deugdelijk is. En zo af en toe is het ook heel goed weer eens een uitspraak zelf te schrijven, want dan ervaar je hoe dat ook alweer was en waar je tegenaan loopt. Dat gaat trouwens vanzelf. Als je na een zitting de zaken verdeelt, is er altijd wel een zaak bij waarbij de ondersteuning begint te piepen en groen en geel kijkt. Dan weet je genoeg en bied je aan die uitspraak zelf te schrijven.

Mijn conclusie is dat er naar mijn mening in hoger beroep meer enkelvoudige behandelingen kunnen zijn, mits de selectie op de soort zaak verantwoord is, en dat het verantwoord is veel van het schrijven aan de ondersteuning over te laten. Rechters zijn te duur om veel te schrijven. Ze moeten veel zittingen doen en veel knopen doorhakken, maar het uitwerken kunnen ze in hoge mate aan de ondersteuning overlaten. Als je dit alles bij elkaar optelt, kom je dan bij Trabanten uit? Ik denk van niet. De producten blijven verantwoord.

Voorzitter: Constatierend dat Damen geen behoefte aan repliek heeft, vraag ik mij af of Ilsink hieraan misschien nog iets wil toevoegen.

Mr. J.W. Ilsink: Wat moet ik er nog over opmerken? Ik heb Van Ettekoven ingefluisterd wat hij moest zeggen!

Mr. D. Allewijn

Mij is te verstaan gegeven dat de spreektijd schaars is. Dat kan worden opgevat als een compliment aan de preadviseurs, die kennelijk de tongen hebben weten los te maken. Ik heb nog even onderzocht of de mij toegewezen vijf minuten onderhandelbaar waren. Daarbij heb ik ingebracht dat ik misschien in mijn hoedanigheid van bestuursrechter vijf minuten zou kunnen krijgen, en in mijn hoedanig van mediator nóg eens vijf minuten. Dat heb ik echter niet helemaal weten uit te onderhandelen, dus dáárin ga ik het niet zoeken.

Voorzitter: Oké, zes dan!

Allewijn: Zo werkt het niet. Dit is wheelen en dealen, en dat is wezenlijk iets anders dan mediation!

Aan het begin van mijn interventie wil ik het probleem analyseren dat we proberen op te lossen als we naar alternatieven zoeken. Al enige malen vandaag is de vraag aan de orde geweest of we geen oplossingen proberen te zoeken terwijl er geen probleem is. Welnu, iedereen weet dat er een probleem is. Het wordt benoemd in termen van effectiviteit en traagheid; ik heb van mijn kant de neiging het te benoemen in termen van, paradoxaal uitgedrukt, gejuridiseerdheid van de rechtspraak. De bestuursrechtspraak is wel erg geformaliseerd en gejuridiseerd. Bestuursrechtspraak deugt, ook in zijn beginselen, maar we hebben van die beginselen min of meer dogma's gemaakt, waardoor ze niet meer flexibel worden toegepast, we hebben van het proces een procedure gemaakt, waardoor we geen oog meer hebben voor de procesmatige kanten van de rechtspraak, en we hebben van onze middelen doelen gemaakt. Ex-tunc-toetsing van besluiten aan beginselen is natuurlijk een heel goed middel om geschillen te beslechten, maar als je niet in je achterhoofd houdt dat je wel degelijk bezig bent een geschil te beslechten en als je daardoor alleen nog maar de toetsing uitvoert, raakt het doel, de beslechting van het geschil, misschien wat op de achtergrond. Mevrouw Pach sprak vanochtend de hoop uit dat we het vandaag over de vreedstichtende taak van de bestuursrechtspraak zouden gaan hebben. Vóór de lunchpauze is het daarvan nog niet helemaal gekomen. Omdat ik het op dit punt van harte met deze preadviseur eens ben, ben ik niet degene die het debat zou moeten aangaan, maar ik zal het leuk vinden als na mij mensen het spreekgestoelte beklimmen die willen betogen dat rechters helemaal geen vreedstichtende taak hebben.

Rechters hebben van nature de neiging om achteruit te kijken. Dat geldt niet alleen voor bestuursrechters, maar ook voor strafrechters: er is iets in het verleden gebeurd dat al dan niet moet worden bestraft. Ook de denkwijze van civiele rechters is op het verleden gericht. Zij denken in termen van onrechtmatige daden of contractbreuk, aan de hand van feiten die zich in het verleden hebben voorgedaan. Doordat wij bestuursrechters de ex-tunc-toetsing hanteren, kan het wel eens zijn dat wij wat overdreven terugkijken. Als je de ex-tunc-toetsing als een dogma ziet, kun je zelfs de neiging hebben er een verbod in te zien om eens aan partijen te vragen: hoe is het er nu mee, en hoe stellen jullie je de toekomst voor?

Het komt erop neer dat bestuursrechtspraak soms tot gevolg heeft dat de problemen onopgelost blijven liggen terwijl de rechter netjes zijn taak uitvoert. Geen wonder dat partijen pogingen doen om zelf hun problemen op te lossen. Dat gaat, als ze eruit komen, vaak sneller en het kan ook gaan over de dingen die naar de mening van partijen zelf aan de orde moeten komen. Hier komt het alternatief mediation in beeld.

Mij is opgevallen dat in deze vergadering mediation sterk wordt gedefinieerd als een alternatief voor rechtspraak. Het ligt ook voor de hand in dit gezelschap zo'n

definitie te gebruiken, want we zijn juristen, en rechtspraak is voor ons een heel gebruikelijk middel om geschillen te beëindigen. Ik meen echter dat het een nieuw licht op de zaak kan werpen als we mediation beschouwen als een alternatief voor onderhandelingen zónder mediator. Er wordt namelijk, ook in de wereld van het openbaar bestuur en in de wereld van de omgang tussen burgers en openbaar bestuur onderhandeld bij het leven, op allerlei plekken. Er wordt onderhandeld met ambtenaren die in een spreekkamer zitten en er wordt tentatief onderzocht welk bouwplan kansen zou kunnen hebben en welk bouwplan niet. Er wordt onderhandeld, in sky-boxen en in rondvaartboten, tussen wethouders en bouwondernemers. Als je die onderhandelingen vergelijkt met mediation, blijkt er heel veel te zeggen te zijn voor het gestructureerde onderhandelingsproces dat mediation biedt.

Vanochtend is grote zorg uitgesproken over derden die buiten het proces zouden worden gelaten. Damen heeft een poosje geleden gewezen op het 'weghorizontaliseren van derden-belanghebbenden'. Tegen deze achtergrond moeten we bedenken dat de mediator niet aan het werk gaat zonder dat hij zich ervan heeft vergewist dat alle relevante belangen aan tafel zijn. In de mediationkamer wordt, anders dan in de sky-boxen, niet onderhandeld als niet alle belangen aan tafel zitten. Ik denk dat de geest van artikel 8:26 Awb in principe in de mediationkamer méér aanwezig is dan in de bestuursrechtelijke rechtszaal. Zonder dat je met iedereen met wie je zaken *moet* doen zaken *kunt* doen, heeft onderhandelen in de gedachtegang van mediators geen zin. Daarom kunnen wij als mediators ons ook niet zo goed voorstellen dat er nog mensen in beroep willen gaan tegen de overeenstemming. Als dat zich namelijk voordoet, is er wél iets mis gegaan, en wij willen dan onmiddellijk weten wát er mis is gegaan. Hoe komt het, willen we vragen, dat je je handtekening hebt gezet en nu toch beroep wilt instellen? Er is namelijk veel fantasie voor nodig om zoiets te begrijpen.

Zo zijn er veel van die sceptische opmerkingen over mediation die je 'van binnen uit' nogal moeilijk kunt begrijpen. Ik heb een kleine praktijk als mediator in zaken met de overheid, veel kleiner dan die van mevrouw Pach, maar het is mij nog nooit overkomen dat vertegenwoordigers van een bestuursorgaan aan de tafel hebben gezegd: zullen we eens een mogelijkheid onderzoeken buiten ons bevoegdheidskader om? Ook heeft in mijn bijzijn nooit één van de burgers aan de tafel dat soort suggesties gedaan.

In iedere mediation komt er een moment waarop iedereen zijn belangen netjes op tafel legt: de inventarisatie van de belangen. Meestal legt de vertegenwoordiger van het bestuursorgaan als één van zijn eerste belangen op tafel dat de oplossing moet passen binnen de kaders van de wettelijke regeling. De motivering daarvan is dat je ermee naar buiten moet kunnen komen. Ook over de vertrouwelijkheid wordt uitvoerig gesproken, en de vertegenwoordigers van de bestuursorganen leggen op tafel

dat ze met het resultaat naar buiten moeten kunnen komen. De gemeenteraad wil het weten en de pers wil het weten. Mediation vindt, al met al, nu juist *niet* in een achterkamertje plaats. Het is wel een vertrouwelijk proces, maar dat is natuurlijk een gesprek met de wethouder op de wethouderskamer óók. Er wordt juist heel zorgvuldig gekeken naar aspecten als vertrouwelijkheid en rechtmatigheid. Het recht ligt eigenlijk altijd op de mediationtafel, als één van de aspecten die bij het vinden van een oplossing een rol spelen. Een geruststellende gedachte in dit verband is dat het legaliteitsbeginsel bij onze bestuursambtenaren, gezien het beeld in de mediationkamers, in goede handen is. Wij noemen dit: het onderhandelen in de schaduw van het recht.

Tot slot nog iets over de bestuurlijke lus. We spreken over twee kanten van dezelfde medaille. Aan de ene kant onderzoeken we hoe de bestuursrechter oplossingsgericht kan worden gemaakt, aan de andere kant hoe partijen hun oplossingsgerichtheid zelf kunnen verwezenlijken, eventueel met hulp van een mediator. De oplossingsgerichtheid van de bestuursrechter lijkt mij met name een kwestie van attitude. Bij het bespreken van regelingen voor de bestuurlijke lus krijg ik een beetje het gevoel dat we de behoefte aan een attitudeverandering bij de bestuursrechter aan het juridiseren zijn. Het kan zijn dat de attitude van de bestuursrechter verandert als je de bestuurlijke lus in de wet opneemt, maar we hebben ook het zelf in de zaak voorzien in de wet opgenomen en we zien op dat punt maar heel langzaam een attitudeverandering optreden. Ik denk dat een tweesporenbeleid nodig is. Je zult misschien de voorziening in de wet moeten treffen, maar als je wilt dat bestuursrechters wat meer naar de toekomst en naar de oplossing gaan kijken in plaats van naar wat er in het verleden fout is gegaan, zul je toch ook gewoon aan beïnvloeding van mensen moeten doen.

Mevrouw mr. M.A. Pach

Het zal Allewijn niet verbazen dat ik met de meeste van zijn opmerkingen van harte instem. Zijn interventie biedt mij de gelegenheid iets te zeggen over de vraag in welke fase van een geschil of conflict mediation kan worden gebruikt. Allewijn heeft net gezegd dat je mediation ook eens zou moeten beschouwen als een alternatief voor onderhandelingen zónder mediation, in een beginfase, misschien zelfs in een preventieve fase, voordat er nog van een echt conflict sprake is. Het gaat dan om een gestructureerde manier om een kwestie op te lossen.

Dat is het beginpunt. Tijdens de pauze had ik een discussie met één van de collega's van de Centrale Raad van Beroep. Ik denk dat mediation ook bij zaken die al bij de Centrale Raad of bij de Raad van State liggen een heel goede mogelijkheid is.

Sterker nog, ik heb verscheidene van zulke zaken behandeld: die waren al voorbij het appèlcollege terug bij de eerste rechter. Op dat moment doet zich de situatie voor dat partijen worden geconfronteerd met de beperkingen van de rechtsgang en dat ze inzien dat de oplossing die ze wensen wellicht niet via de rechtsgang te bereiken is. Dat kan een heel goed moment zijn om eens op een andere manier naar het probleem te kijken.

Mijn conclusie is dat mediation in alle stadia van conflicten of het voorstadium daarvan een goede methode kan zijn. Mediation komt niet slechts in aanmerking op één bepaald moment of op een ander bepaald moment, maar we moeten te allen tijde voor mediation als een conflictoplossende aanpak open staan.

Mr. B.J. van Ettehoven

De benadering door Allewijn van het onderwerp 'bestuurlijke lus' kan ik wel onderschrijven. In mijn preadvies heb ik aangegeven dat we, als we een dergelijk instrumentarium willen gaan gebruiken, op een aantal punten beslissingen moeten nemen. Moet de procedure al dan niet via een besluit worden gevoerd? Moet daartegen hoger beroep kunnen worden ingesteld? Bij deze en dergelijke vragen heb ik wat voors en tegens op een rijtje gezet. Mijn conclusie was dat de bestuurlijke lus in wezen ook nu al kan worden toegepast. In Amsterdam zijn wij zo brutaal om af en toe een artikel 8:64- of een 8:68-beslissing te schrijven die in wezen gewoon een tussenuitspraak is en die je zou kunnen beschouwen als het inzetten van een bestuurlijke lus. Er staat namelijk in: bestuursorgaan, u hebt het niet goed gedaan, en het gebrek is op bepaalde punten reparabel. De lus is dus mogelijk zonder wetswijziging. Ook méér zelf in de zaak voorzien is uiteraard zonder wetswijziging mogelijk, want de bevoegdheid daartoe is al in de Awb opgenomen.

Brenninkmeijer heeft de vraag opgeworpen of het, nu we er met de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb zo'n puinhoop van hebben gemaakt, noodzaak is te roepen: wetgever, los dit op met een ander type artikel 6:18/6:19, waarin een betere regeling is neergelegd! Bij wijze van alternatief, aldus Brenninkmeijer, zouden we aan de hoogste bestuursrechters kunnen vragen de jurisprudentie die zij hebben ontwikkeld te ontwarren en ons richtlijnen mee te geven waarmee we wél op een fatsoenlijke manier het proces in kunnen gaan.

Samenvattend: er kan al veel zonder wetswijziging. Toch ben ik er bang voor dat zonder wetswijziging in feite minder op gang zal komen dan eigenlijk nodig is. Een bepaling in de wet die op een bestuurlijke lus gericht is, met een goede toelichting, zou in dit opzicht een stimulans kunnen vormen. We kunnen constateren dat het proces zich op een bepaalde manier heeft ontwikkeld. Heel langzamerhand ontstaat er

wat meer aandacht voor de bestuursrechter als geschilbeslechter en niet als 'rijkskeurmeester', die braaf ex tunc toetst op rechtmatigheid en zich verder niet zo veel aantrekt van de vraag of daarmee het geschil is opgelost. Dat is een ontwikkeling die heel langzaam gaat. Bestuursrechters hebben zich op verschillende punten geuit en hebben een systeem opgebouwd. Ik denk dat ze zonder dat een serieus signaal wordt afgegeven er niet spontaan voor zullen kiezen het roer om te gooien en helemaal de andere kant op te gaan. Ook al is het dan treurig dat dit nodig zou zijn: ik hoop erop dat het opnemen van enige wijzigingen in de wet (met de juiste toelichting) die het model in stand laten maar die het mogelijk maken het proces te stroomlijnen, een impuls zal geven tot meer gericht beslechten van geschillen in de zin waarin we daarover vandaag spreken, meer naar de materie en meer naar de finaliteit. Daarom bepleit ik toch op enkele punten een wetswijziging in overweging te nemen.

Mr. D. Allewijn

De ex-tunc-toetsing van het besluit is als beginsel en als denkmodel niet fout. In heel veel gevallen is ex tunc toetsen een heel praktische aanpak, vooral als het heel snel gebeurt. Het verleden is dan immers nog niet zo lang geleden. Als je een maand later te horen krijgt dat het zo niet had gemogen, heb je alle tijd om het alsnog goed te gaan doen. Als je daarentegen twee jaar later te horen krijgt dat het zo niet had gemogen, is het wel leuk om tevens iets te horen over hoe het dan wél mag. Er is een soort balans tussen tijd en finaliteit. Hoe langer een zaak ligt, hoe meer van een rechter mag worden verwacht.

Van Ettekoven: Hoe langer, des te finaler!

Allewijn: Ik wil er nog op wijzen dat bestuursrechters gewetensvol en zorgvuldig te werk gaan. We kunnen niet zeggen dat op zichzelf foute rechtspraak wordt bedreven, maar in de cursus over verwijzing naar mediation merken we dat rechters het heel leuk vinden erover na te denken welke vragen je aan partijen zou kunnen stellen om een spaatje dieper in het conflict terecht te komen. Een standaardvraag die we al hebben ontwikkeld, luidt: als het besluit wordt vernietigd, is het probleem dan opgelost? Ik wijs ook de bestuursambtenaren en de advocaten van eisende partijen erop dat je deze vraag vaker kunt tegenkomen. 'Als het besluit wordt vernietigd, is dan het probleem opgelost?' Als rechters zo'n simpel zinnetje in hun repertoire stoppen, kunnen ze wonderen verrichten. Mensen gaan daardoor ineens over de toekomst nadenken in plaats van over het verleden. Ook in zulke kleine dingen zou het kunnen zitten.

Mr. B.J. Schueler

Ook ik wil iets over de ‘bestuurlijke lus’ zeggen. Die term heb ik overigens niet zelf bedacht, maar what’s in a name? Het gaat om het verschijnsel. Aan Van Ettekoven wil ik, aan de hand van diens stellingen 15 en 16,¹¹ over dit verschijnsel een vraag voorleggen. De genoemde stellingen komen erop neer dat we er ook wel uit kunnen komen zonder een door de rechter aan het bestuursorgaan op te leggen verplichting om wat Van Ettekoven noemt een herstelactie te verrichten.

Nu wil ik onmiddellijk toegeven dat er tal van gevallen zijn waarin een vervangende beslissing tegen de wil van het bestuursorgaan een wat ongelukkige constructie zou zijn. Dit geldt met name als zo’n beslissing onomkeerbare gevolgen zou hebben. Hierbij denk ik aan een sanctie, leidend tot afbraak van een bouwwerk, opgelegd tegen de wil van het bestuursorgaan en natuurlijk ook tegen de wil van de overtreder. Als zo’n sanctie later in hoger beroep ongedaan wordt gemaakt, is het bouwwerk al afgebroken, waardoor een nogal wonderlijke situatie ontstaat. In zo’n geval is het beter eerst uit te discussiëren of inderdaad de weigering om een sanctie op te leggen onrechtmatig was en of een ander besluit moet worden genomen.

Maar er zijn ook tal van gevallen waarin de voordelen van een afgedwongen vervangende beslissing van het bestuursorgaan wel degelijk blijken. Stel bijvoorbeeld dat een standplaatsvergunning voor de verkoop van het een of ander is verleend. De standplaats wordt al lang gebruikt, er wordt alleen over de vergunning gediscussieerd. De rechtbank vindt dat de vergunning op een verkeerde grond is verleend en vernietigt het bestreden besluit. Dat is nu typisch een geval waarin allerlei situaties denkbaar zijn die moeten leiden tot de conclusie dat de vergunning in stand kan blijven. Je kunt je bijvoorbeeld voorstellen dat de vergunning op een andere grond kan worden verleend: volgens de APV kan de vergunning op de gronden a tot en met d worden verleend, het bestuursorgaan heeft (ten onrechte) grond a gekozen, maar de gronden b tot en met d zijn nog helemaal niet aan de orde geweest. Is het dan niet veel beter dat, in tegenstelling tot wat nu vaak gebeurt, de rechter het bestuursorgaan vraagt hoe het tegen die andere gronden aan kijkt? Wanneer het bestuursorgaan daarover meteen een oordeel geeft, kan de rechter in een einduitspraak het geschil beslechten.

Het is, met andere woorden, naar mijn idee wel degelijk wenselijk dat de rechtbank het bestuursorgaan kan verplichten een standpunt over de alternatieve gronden voor het besluit in te nemen. Kan er nu een probleem rijzen als vervolgens nog hoger beroep wordt ingesteld? Ik blijf bij het voorbeeld van de standplaatsvergunning. De vergunninghouder zou in hoger beroep de vergunning alsnog kwijt kunnen raken; in

11. P. 97 preadvies.

de tussentijd heeft hij er dan gebruik van kunnen maken. Het 'finale moment' wordt weliswaar even opgeschoven tot hoger beroep, maar er ontstaat op deze manier in ieder geval continuïteit in de procedure.

Belangrijker nog is dat ik helemaal geen reden zie waarom de rechter in een situatie als deze het hele geschil na een vernietiging uit handen zou moeten geven aan het bestuursorgaan. Zoals gezegd doel ik nu op de situatie waarin grond a ondeugdelijk is bevonden, terwijl de gronden b, c en d nog ter discussie staan. Mijn bezwaar is dat het bestuursorgaan de tegenpartij van de burger is. Ik zie nu even af van de ingewikkelder constructie waarin derden in het geding zijn; hoofdzaak is hier dat ik geen reden zie om het geschil uit handen te geven aan een partij die vervolgens in eigen zaak een geschil zou moeten gaan oplossen. Anders dan Schreuder-Vlasblom en Daalder onlangs in het *NTB* suggereerden, is hier geen sprake van een onafhankelijke actor die min of meer boven de partijen staat.

De rechter moet, anders gezegd, het bestuursorgaan kunnen dwingen de knoop door te hakken in alle situaties die zich daarvoor lenen en moet daarover dan ook een rechtsoordeel kunnen geven. Het voorstel van Ettekooven, dat ik overigens in veel opzichten onderschrijf, komt er in dit opzicht op neer dat aan het bestuur wordt overgelaten dat de herstelactie al dan niet wordt opgepakt. Het bestuursorgaan zou te kennen kunnen geven dat het eerst eens wil kijken of het het wel met de rechter eens is. Het zou de rechter kunnen verzoeken met vernietiging te volstaan, onder het motto 'we zien wel hoe het verder gaat'. Dit betekent, vanuit de burger gezien, dat het geschil weer aan zijn tegenpartij uit handen wordt gegeven.

Er zijn natuurlijk situaties waarin het beter is wél een tussenstap te maken, tijdelijk te volstaan met vernietiging en partijen de ruimte te geven naar alternatieven te zoeken. Dit is met name het geval als de rechter door de zaak in één keer af te doen onomkeerbare gevolgen in het leven zou roepen terwijl nog hoger beroep kan volgen. Een tweede situatie die in dit verband moet worden genoemd en waarop ook in het preadvies wordt gewezen, is de situatie waarin belangen van derden bij de zaak betrokken zijn. Het kan dan erg ingewikkeld zijn de zaak binnen de rechterlijke procedure af te handelen. De derden moeten immers op de een of andere manier bij de beslissing worden betrokken en vooral als het om een nog onbekende kring van derden-belanghebbenden gaat, is het beter daarvoor opnieuw gebruik te maken van de bestuurlijke fase.

Kort gezegd: ik stel voor de rechter de bevoegdheid te geven het bestuursorgaan de verplichting op te leggen een vervangende beslissing voor te dragen en die al meteen in de procedure in eerste aanleg te betrekken. Graag zal ik hierop reacties horen.

Mr. B.J. van Ettehoven

Schueler en ik zijn het niet met elkaar eens, en dat moet natuurlijk kunnen. Ik denk dat ik in dezen een vrij principieel standpunt heb. Je hebt als rechter veel macht, maar je kunt het bestuursorgaan volgens mij niet verplichten een bepaald besluit te nemen. Je kunt beslissen dat het genomen besluit om een bepaalde reden niet rechtmatig is en dus onderuit gaat, en dan is het aan het bestuur een nieuwe beslissing te nemen. Dat is de gewone procedure. Daarnaast kan het soms wenselijk zijn de bestuurlijke lus toe te passen, maar het lijkt mij niet gepast het bestuursorgaan daarbij te verplichten de door de rechter gewezen weg te volgen als het bestuursorgaan te kennen geeft het met die weg niet eens te zijn. Zo'n situatie moet zich desnoods maar oplossen in schadevergoeding of iets anders, maar ik zie er weinig brood in een bestuursorgaan te verplichten een standpunt in te nemen op een lijn die dat orgaan zelf helemaal niet ziet zitten.

Ik begrijp wel dat een verplichte herstelactie in het kader van de finaliteit efficiënt zou kunnen zijn. De redenering is dan: ook al zijn ze het er niet mee eens, laten ze nu maar, in de lijn van wat de rechter aan gebreken constateert, zeggen hoe ze dan van hun wettelijke bevoegdheid en hun beleid gebruik zouden maken. Vervolgens zou je als rechter wellicht zelf in de zaak kunnen voorzien. In mijn ogen is dit echter principieel een heel oneigenlijke oplossing.

Praktisch gesproken vraag ik me af of zich een probleem zou voordoen. Ik blijf bij het voorbeeld waarbij iemand een standplaatsvergunning heeft, waarbij geconstateerd wordt dat die op de verkeerde grond is verleend en waarbij zich ándere gronden voor de verlening van de vergunning aandienen. Ik moet het eerste bestuursorgaan nog tegenkomen dat in zo'n situatie geen gebruik maakt van de procedure door te kennen te geven dat het zich heeft vergist en dat bijvoorbeeld niet op grond a maar op grond b een vergunning had moeten worden verleend! Het bestuursorgaan zal een dergelijk standpunt in zijn verweerschrift opnemen en ook bij de behandeling ter zitting kenbaar maken. Als grond b dan ook inderdaad de enige juiste grond is, heeft de rechter op zich al genoeg materiaal om zelf in de zaak te voorzien.

Of ik hiermee recht doe aan de principialiteit van de bezwaren van Schueler tegen het niet opnemen van een verplichting, weet ik niet. In ieder geval zie ik niet dat er behoefte aan een verplichting is en vind ik het, verder strekkend, zelfs onjuist het bestuur tot een herstelactie te verplichten.

Mr. B.J. Schueler

Ik zal formuleren waarin mijn principiële bezwaar gelegen is, en ik meen dat mijn bezwaar tevens praktisch relevant is. Na een terugwijzing na vernietiging speelt het bestuursorgaan in zekere zin rechter in eigen zaak, terwijl de procedure nog niet afgelopen is. Bij de totstandkoming van de Wet Arob en de Awb was het idee dat er na het geven van het rechtsoordeel alleen nog maar beleidsbeslissingen hoefden te worden genomen, maar zo werkt het eigenlijk niet, of bijna nooit. Juist over beleid wordt, zeker als er advocaten of juridische ambtenaren aan te pas komen, in juridische termen gediscussieerd, en zo wordt het geschil nadat het is teruggewezen onmiddellijk gejuridiseerd. Het juridische geschil leeft dan voort, terwijl de rechter zich min of meer heeft teruggetrokken. Hij kan er wel weer in worden betrokken, maar staat vooralsnog op de achtergrond. Uit een oogpunt van effectieve en evenwichtige geschilbeslechting vind ik dit bedenkelijk. Dat is mijn principiële bezwaar.

Om een en ander wat concreter te maken: het is vaak voor een bestuursorgaan erg aantrekkelijk een bestreden besluit in stand te laten, met name om aansprakelijkheid te voorkomen. Het is een toenemend probleem dat de rechtspersoon waartoe een bestuursorgaan behoort na vernietiging wegens onrechtmatige daad aansprakelijk wordt gesteld. Neem je nu een besluit met dezelfde gevolgen, dan is er, bijvoorbeeld wegens het ontbreken van causaal verband, meestal geen aansprakelijkheid. Hoe coulant willen we in deze fase van de procedure jegens het bestuursorgaan zijn? Ik wil niet in herhaling vervallen, maar ik vind mijn bezwaar in ieder geval een principiële punt. Het is niet alleen maar een bedenksel.

Mr. B.J. van Ettekoven

De rechter heeft verschillende mogelijkheden. Hij kan in de eerste plaats kiezen voor wat ik 'de vernietiging sec' heb genoemd: de enkele vernietiging, waarmee de bal wordt teruggelegd bij het bestuursorgaan in de bezwaarfase. Daarbij kan de rechter wel overwegingen meegeven over de manier waarop het bestuur dan wél zou moeten beslissen, maar uiteindelijk kan hij het bestuursorgaan niet verplichten een besluit te nemen dat helemaal met zijn overwegingen overeenstemt. Als dat bij een kale vernietiging niet kan, zou ik het raar vinden te kiezen voor een regeling van de bestuurlijke lus waarbij de rechter het bestuur zou kunnen *opleggen* een besluit af te geven, of met een schriftelijk stuk te komen, dat helemaal in de lijn van het gedachtegoed van de rechter ligt. Tot welk besluit het bestuur wil komen, moet het zelf weten.

Natuurlijk kan er een prijskaartje aan hangen als het bestuur in zijn standpunt volhardt en de lijn van de rechter niet volgt. Ik ga ervan uit dat het bestuur in dat geval in hoger beroep zal gaan. Men zal bij het appèlcollege zijn gelijk willen halen.

Voorzitter: Ligt het er ook niet aan hoe je het geschil definieert? Betreft in het voorbeeld het geschil de vraag dat de vergunning niet is verleend in verband met grond a, of gaat het geschil over de vraag of überhaupt de vergunning had moeten worden verleend? Het laatste is ruimer, en tegen die achtergrond kan ik mij iets voorstellen bij de onwenselijkheid van het rechter in eigen zaak spelen. Als je het geschil enger definieert, komt die onwenselijkheid niet in beeld.

Mr. B.J. Schueler

Bij een engere definitie is er eigenlijk een nieuw geschil ontstaan. Toen ik in 1988 veldonderzoek naar deze kwestie deed, ging ik er nog nietsvermoedend van uit dat het geschil de vraag betrof of de aanvrager al dan niet een vergunning zou krijgen, maar dat bleek helemaal niet zo te zijn.

Je kunt natuurlijk een geschil in vijf subgeschillen opknippen en die één voor één gaan beslechten. Dat is min of meer de methode-Arob. Volgens mij hebben we dit achter ons gelaten, want het gaat er vandaag nu juist om dat een dergelijke aanpak niet bevredigend werkt. Overigens ben ik het ermee eens dat uiteindelijk de definitie van het geschil bepalend is.

Voorzitter: Misschien moeten we niet over de bestuurlijke lus, maar over de bestuurlijke lasso spreken, een lasso die kan worden aangetrokken!

Mr. N. Verheij

Het valt me op dat Van Ettekovén in zijn preadvies een argument tegen het voorstel van Schueler aanvoert dat hij nu niet noemt. Als de rechter in een tussenuitspraak in het kader van de bestuurlijke lus een bestuursorgaan de verplichting kan opleggen een besluit te nemen dat het bestuursorgaan zelf onjuist vindt omdat het bijvoorbeeld grote precedentwerking vreest, wordt het bijna onvermijdelijk afzonderlijk hoger beroep tegen de tussenbeslissing open te stellen. Dat heeft ook weer allerlei nadelen. Van Ettekovén heeft terecht enige malen betoogd dat de ontwikkelingen niet in die richting zou moeten gaan. Dit lijkt mij een belangrijk praktisch punt.

Mr. B.J. Schueler

Ik was al blij dat Van Ettekoven er niet over was begonnen, maar nu stelt Verheij dit punt dan toch nog aan de orde! Het probleem speelt overigens ook nu al, maar het is minder zichtbaar. Als nu wordt vernietigd en teruggewezen en als vervolgens het bestuursorgaan in hoger beroep gaat, wordt soms een nieuw besluit genomen terwijl het hoger beroep aanhangig is. Een extra complicatie is daarbij dat dat nieuwe besluit in werking treedt. Ik denk nu aan de situatie dat na een vernietiging een nieuw besluit wordt genomen onder mededeling dat de rechter weliswaar iets heeft overwogen, maar dat dat niet klopt en dat de uitspraak nu wordt nagekomen door iets anders te gaan doen. In extreme gevallen kan zich onder de huidige regeling deze gang van zaken voordoen. Het bestuursorgaan kan daaraan niets veranderen: het loopt zoals het loopt.

In mijn ogen ontstaat op deze manier niet een zo veel gunstiger situatie dan wanneer tegen een tussenuitspraak in hoger beroep kan worden gegaan voordat in eerste aanleg een einduitspraak wordt gedaan. Ik ben er nog niet van overtuigd dat het laatste nadeliger, juridificerende of complicerender is dan het eerste.

Mr. A.R. Neerhof

In deze interventie zal ik enige opmerkingen maken over het preadvies van Van Ettekoven. We hebben het vandaag al enige malen gehad over de bestuurlijke lus. Daarop nog wat nader ingaand wil ik tevens aandacht besteden aan de opmerkingen in het preadvies over het passeren van vormgebreken en het zelf in de zaak voorzien. Af en toe heb ik namelijk de stellige indruk dat de mogelijkheden daartoe als iets te ruim worden gezien. De lus lijkt mij juist een oplossing voor het probleem dat het aantal gevallen waarin de rechter zelf in de zaak kan voorzien of vormgebreken kan passeren nogal tegenvalt.

Allereerst iets naar aanleiding van de bladzijden 68 tot en met 70 van het preadvies, waarin de lus nader wordt uitgewerkt. De grote verdienste van het preadvies is in mijn ogen dat er gedachten over de vormgeving van de lus worden ontwikkeld, zodat zichtbaarder wordt wat de praktische voor- en nadelen ervan zijn. In de 'lus' komt het bestuur opnieuw aan zet. Er is een gebrek geconstateerd dat een bepaald karakter heeft (vaak zal het een motiverings- of zorgvuldigheidsgebrek zijn) en de rechter geeft het bestuursorgaan de kans het gebrek te herstellen. In dat soort gevallen lijkt zo'n lus mij een goede oplossing. De rechter kan nagaan of het besluit dat na het herstel van het gebrek is genomen een besluit is dat juridisch door de beugel kan.

Wat mij in het preadvies verbaast, is dat de lusgedachte niet wordt aangehangen als het gaat om zuiver procedurele gebreken. Een procedureel gebrek is bijvoorbeeld het niet *boren*. Ettekoven ziet in het preadvies twee opties. De eerste is dat de rechter oordeelt dat men is benadeeld en tot de conclusie komt dat hij moet vernietigen. De tweede is dat de rechter geen benadeling constateert en derhalve het vormgebrek passeert. Volgens mij is er echter ook een grote categorie gevallen waarin een betrokkene weliswaar niet is gehoord, maar waarin niet precies valt uit te maken of hij daardoor al dan niet is benadeeld, aangezien er nog enige beleidsvrijheid bestaat. Wat ik niet begrijp, is dat volgens het model van Van Ettekoven in zulke gevallen het bestuur kennelijk *niet* de opdracht kan krijgen het gebrek te herstellen, opdat daarna wordt bezien of het uiteindelijke besluit wel juridisch door de beugel kan.

Dan nog iets over het zelf in de zaak voorzien. Ik heb de indruk dat Van Ettekoven hier iets te veel mogelijkheden ziet. Tot mijn verbazing staat betrekkelijk stellig in het preadvies dat in het geval dat het verbod van vooringenomenheid is geschonden de rechter zelfs verplicht zou zijn zelf in de zaak te voorzien. Dat lijkt mij niet juist, gelet op de manier waarop het verbod van vooringenomenheid met name in Nederland wordt ingevuld. Dit verbod is bij ons een betrekkelijk organisatorisch, procedureel beginsel geworden. Als voorbeeld van vernietigingen die op deze grond hebben plaatsgevonden, noem ik het geval van de besluitvorming van gedeputeerde staten over de goedkeuring van een bestemmingsplan waarbij een wethouder van de gemeente Amsterdam in allerlei fasen bij de besluitvorming was betrokken: als lid van een stuurgroep, als lid van een commissie die de indieners van bedenkingen hoorde en als vertegenwoordiger bij de Raad van State. Ik kan niet begrijpen dat de rechter in een dergelijk geval niet eerst het bestuur zelf aan zet zou moeten laten komen. Het gebrek kan worden hersteld. Weliswaar is er iets gebeurd dat als een schending van artikel 2:4 Awb kan worden aangemerkt, maar zonder meer zelf in de zaak voorzien zonder dat eerst weer het bestuur aan het woord komt om de zaak recht te zetten, lijkt mij wat te kort door de bocht.

Zoals gezegd krijg ik soms de indruk dat wat te gemakkelijk wordt gedacht dat de rechter zelf in de zaak kan voorzien of een vormgebrek kan passeren. Af en toe klinkt in het preadvies enigszins door dat we het met het besluitvormingsprimaat van het bestuur en met de machtscheiding niet te nauw moeten nemen. Het bestuur heeft nu eenmaal fouten gemaakt, zo lijkt Van Ettekoven te redeneren, en dan is het soms niet anders dan dat de rechter aan zet is. Naar mijn mening verdienen het primaat van het bestuur en het respect voor de beleidsvrijheid meer aandacht. Alleen op die manier kan men erin slagen, in het belang van de finale geschilbeslechting, de bestuurlijke lus een goede oplossing te doen zijn.

Tot slot nog een gedachte waarvan ik mij heb afgevraagd of ik die nu moest opperen of niet. We bevinden ons in een model waarin nog steeds elementen van objec-

tieve rechtmatigheidscontrole aanwezig zijn. Het besluit staat centraal. Zou het nu, gezien de complicaties die vandaag aan de orde zijn, waarbij het zelfs nodig is over zo'n bestuurlijke lus te praten, geen aanbeveling verdienen het besluit als criterium voor toegang tot de rechter los te laten en de rechtsbescherming op subjectieve leest te schoeien? Daarbij kan dan de Schutznormleer worden gehanteerd. Strekt de geschonden norm werkelijk tot bescherming van de betrokkene, dan kan de rechter ingrijpen, met name in de zin van een veroordeling tot schadevergoeding, en voor het overige houdt de rechter zich erbuiten. Hij moet immers geschillen beslechten en kan beter niet meer aan objectieve rechtmatigheidscontrole doen.

Voorzitter: Ik heb de indruk dat dit laatste punt elk jaar wel weer terugkomt!

Neerhof: Ik kon het niet laten!

Voorzitter: Het maakt niet uit welk onderwerp. Het volgend jaar vast ook weer! Ik heb al tegen Van Ettekoven gezegd dat hij h  rop nu maar even niet moet ingaan.

Mr. B.J. van Ettekoven

Het eerste kritiekpunt van Neerhof komt neer op de vraag: waarom geen bestuurlijke lus bij een procedureel gebrek? Ik ging ervan uit dat mensen, zoals dat meestal gaat, een mix van grieven hebben, deels van procedurele, deels van materiële aard. Mensen voeren bijvoorbeeld aan dat ze onzorgvuldig zijn behandeld, dat ze niet zijn gehoord en dat ze hun zienswijze niet hebben kunnen uiten, maar ze vinden tegelijkertijd dat de rechter w  l iets over de inhoud van het geschil moet zeggen. Van collega Slump heb ik geleerd dat het dan heel verhelderend kan zijn partijen te laten *kies*en.

De ene mogelijkheid is daarbij dat de discussie over de *procedure* gaat. Als de burger er gelijk in heeft dat hij ten onrechte niet is gehoord, moet hij vervolgens worden teruggebracht in de stand van de procedure waarover het gaat, maar op de zitting is dan niet de inhoud aan de orde, en de burger moet het bestuur laten doen wat het moet doen: heroverwegen aan de hand van doelmatigheids- en rechtmatigheids-criteria. De rechter kan niet voorspellen hoe die heroverweging gaat uitvallen als de burger ten onrechte niet gehoord is. Hij zal de burger moeten voorhouden dat hij wat dat betreft de ontwikkelingen afwacht.

De andere mogelijkheid is dat de burger niet langer over de procedure klaagt, dat hij de desbetreffende grieven intrekt en dat de *inhoud* van de zaak aan de orde komt. Het laten kiezen tussen deze twee opties werkt fantastisch. Ik merk dat deze opmer-

king nogal wat hilariteit wekt, maar ik wil er dan op wijzen dat de beide benaderingen elkaar uitsluiten. De scheiding is niet alleen praktisch, maar deugt ook in theoretisch opzicht. Je kunt niet zeggen dat je terug wilt naar de hoorzitting in bezwaar, omdat je daar eigenlijk méér had willen zeggen, en dan tóch van de rechter vragen het geschil inhoudelijk te beoordelen.

Min of meer in het kader van dit model heb ik gekozen voor het exclusieve onderscheid tussen 'benadeeld' en 'niet-benadeeld'. Meestal bestaat de situatie dat mensen in beroep nog allerlei stukken naar voren hebben kunnen brengen en op de zitting uitgebreid zijn gehoord, zodat de conclusie is dat alles wat de betrokkene mogelijkerwijs op de hoorzitting in de bezwaarfase naar voren had willen brengen inmiddels wel door hem is gezegd. Omdat dan niet meer kan worden volgehouden dat hij benadeeld is, kan de schending van een vormvoorschrift worden gepasseerd. Overigens is in theorie de door Neerhof veronderstelde situatie mogelijk, en misschien zou je inderdaad de bestuurlijke lus tot procedurele gebreken moeten uitbreiden, maar ik vraag me, mede naar aanleiding van wat Damen heeft geschreven, af of het bij zeer fundamentele gebreken, als er niet is gehoord en als er nog geen sprake is van een goede selectie van feiten en een goede toepassing van het recht, niet beter is heel snel te vernietigen en te zorgen dat de bal weer helemaal bij het bestuur ligt.

Neerhof: Dat kun je toch ook zeggen als er een motiveringsgebrek in het geding is? Ook dan kan het beter zijn zo snel mogelijk terug te gaan naar het bestuur. Ik zie het verschil niet.

Van Ettekoven: Principieel is er inderdaad geen verschil. Misschien is een uitbreiding gerechtvaardigd, en moet de rechter inderdaad in elk geval op zich beoordelen of het zinvol is daar de kans van de bestuurlijke lus te bieden. De categorie procedurele gebreken is dan in mijn preadvies ten onrechte uitgesloten.

Terecht heeft Neerhof in mijn preadvies een extra positief beeld van het zelf in de zaak voorzien bespeurd. Mijn opstelling is min of meer een reactie op de rechtspraak waaruit lijkt voort te komen dat er helemaal niets kan. Wat ik heb willen aangeven, is dat er méér mogelijk is dan op dit moment gebeurt. Daarbij heb ik aangetekend dat het problematisch ligt, en als allereerste suggestie heb ik op bladzijde 80 opgemerkt dat het probleem van de beperkingen die aan zelf in de zaak voorzien kleven, kan worden opgelost door de bestuurlijke lus ervóór te schakelen. Op die manier laat je immers het bestuur zeggen wat het eigenlijk al had moeten zeggen. Op dit punt zijn Neerhof en ik het eens. Los daarvan denk ik dat er, zeker in de sfeer van de tweepartijengedingen over financiële beschikkingen die op imperatieve bepalingen berusten, veel meer mogelijk is dan op dit moment gebeurt. Ik wijs op de belastingrechtspraak.

Wie kan mij uitleggen waarom het daar allemaal wél kan en waarom het op het gebied van de sociale zekerheid niet zou kunnen?

Ik kom bij de vooringenomenheid. Als de stelling die Neerhof op dit punt uit mijn preadvies destilleert er inderdaad in staat, heb ik niet goed geformuleerd. Over een vooringenomen bestuursorgaan is een mooie uitspraak gedaan door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, waarbij annotator Heringa een probleem signaleert waarvoor twee oplossingen bestaan. De ene oplossing is dat de rechter de zaak naar een ander bestuursorgaan verwijst, mits dat in het betrokken rechtsbestel mogelijk is. Omdat dit, zoals ik heb geconcludeerd, bij ons niet zo maar kan, is in Nederland de enige andere oplossing dat de rechter de beslissing neemt. Heringa werpt de vraag op of ook bij andere problemen, zoals grof misbruik van bevoegdheid en grove onzorgvuldigheid, zelf in de zaak voorzien niet de aangewezen weg is. Daarover maak ik in mijn preadvies¹² de navolgende opmerking, die eigenlijk bedoeld is betrekking te hebben op álle punten: 'Ik zou die vraag niet zonder meer bevestigend willen beantwoorden. Per geval dient te worden gezien 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.' Bij de vooringenomenheid is nogal bepalend wie er vooringenomen was. Is de burgemeester het bevoegde bestuursorgaan en moet je vaststellen dat de burgemeester vooringenomen was, dan zijn de uitwijkmogelijkheden zeer beperkt. Gaat het om een lid van het college of om een ambtenaar die daaronder zit, dan kan de beslissing misschien worden teruggelegd bij het bestuur met de mededeling: deze ambtenaar mag er beslist niet meer mee te maken hebben, maar laat het college zelf de verantwoordelijkheid nemen en met een beslissing komen die niet vooringenomen is.

Tot zo ver mijn reactie op de interventie van Neerhof.

Neerhof: De laatste vraag wordt dus écht niet beantwoord?

Van Ettekoven: Jawel. Ik mag er van de voorzitter niet op ingaan, maar laat ik er in het kort twee dingen over zeggen.

Voorzitter: U mag zometeen heel kort iets zeggen, maar even alle gekheid op een stokje: natuurlijk kunnen we het besluitbegrip beter afschaffen, maar dat is een onderwerp waarover je op zich een hele dag kunt praten, alleen al in verband met de vele consequenties, terwijl ik nu wil proberen iedereen in déze vergadering bij de les te houden.

12. P. 89 preadvies.

Van Ettekoven: Ik zal bij de les blijven!

Neerhof heeft gezien dat ik ervoor heb gekozen oplossingen aan te dragen binnen het besluitmodel. Ik acht het niet reëel een jaar of zeven na de invoering van de Awb van afschaffing van dat model uit te gaan. Het zou waanzin zijn het model nu af te schaffen en het is de moeite waard te proberen het proces zoals het nu loopt te stroomlijnen en te kijken of we binnen de huidige contouren vooruitgang kunnen boeken. Laten in de tussentijd wetenschappers, onder wie de Commissie rechtsbescherming, maar nadenken over de vraag hoe het misschien beter kan. Ik wil daarop niet wachten; ik wil de eerstkomende vijf jaar veel vooruitgang boeken, zodat we, binnen het huidige model, meer finaal-materieel geschillen kunnen beslechten.

Veel verwacht ik overigens van het experiment in het kader van de nieuwe Vreemdelingenwet 2000. Artikel 83 van die wet maakt ex-nunc-toetsing door de bestuursrechter mogelijk, niet pas nadat hij ex tunc oordelend heeft geconcludeerd dat het bestreden besluit onrechtmatig is, maar met voorbijgaan daaraan. Op die manier krijgen, zoals Allewijn hier heeft bepleit, het heden en de toekomst veel meer accent. De redenering is dan: het kan best zijn dat het besluit zoals het er ligt niet deugt, maar daar gaat het nu niet meer om, het gaat erom of betrokkene nu nog in aanmerking kan komen voor een verblijfsstatus, een kapvergunning, een bouwvergunning of wat dan ook. Als dit in het vreemdelingenrecht lukt, zal ik graag voorstellen deze benadering veel breder in het bestuursrecht te gaan toepassen. Het is aan de Afdeling in dit opzicht lijnen uit te zetten. Er zijn allerlei mitsen en maren, maar dit is de moeite van het nadenken waard. Op deze manier zouden we veel winst kunnen boeken.

Iets wat eveneens winst zou kunnen opleveren, is een benadering die ik, met dank aan De Rooij, als volgt zou willen omschrijven. Mensen die ook aan civiel recht doen, kennen het vorderingenmodel. Nu lopen wij op het ogenblik tegen een grote onduidelijkheid tussen twee kampen op: ben jij van handhaving van het objectieve recht, of ben jij van de geschilbeslechting? Als geschilbeslechting belangrijker wordt, wordt de vordering belangrijker. We werken nu nog steeds niet met de vordering in de beroepsgronden, en dat leidt tot een diffuus beeld. Het zou wel eens heel verhelderend kunnen zijn als in artikel 6:5 een omschrijving van de vordering zou worden vereist. Men kan dan niet in het algemeen met beroepsgronden volstaan, maar moet een vordering formuleren op basis waarvan het geschil wordt beslecht.

Deze benadering heeft ook een keerzijde. Allewijn heeft mij voorgehouden dat het beslist niet makkelijk is een goede vordering te formuleren. Dat geldt zowel voor het civiele recht als voor het bestuursrecht. Als je de eis van het indienen van een vordering stelt, moet je dus ook gaan nadenken over het systeem van rechtsbijstand en moet je je afvragen of je dan niet naar verplichte rechtsbijstand toe moet. Omdat we zo hechten aan ons laagdrempelige bestuursrecht, zou dit een beletsel kunnen zijn.

In ieder geval zou naar mijn mening uit de invoering van de vordering, met verplichte rechtsbijstand, winst kunnen komen.

Mr. L.M. Koenraad

De lezing van het preadvies van Van Ettekoven heeft bij mij niet geleid tot de psychische decompensatie waarvoor de preadviseur zich bevreesd toont. Integendeel: ik heb er met veel genoegen en vaak met instemming kennis van genomen. Als productiemedewerker bij de Bredase rechtbank (aldaar beoefen ik het fraaie vak van stafjurist; leve de delegatie!) vond ik de behandelde onderwerpen en de gesignaleerde problemen uiterst herkenbaar. Over twee punten wil ik graag met Van Ettekoven en eventueel met andere aanwezigen van gedachten wisselen: het voorstel tot invoering van artikel 8:55a Awb¹³ en het voorstel tot invoering van artikel 8:64a Awb.¹⁴

Allereerst iets over het voorgestelde art. 8:55a. Van Ettekoven wil dat het beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit in beginsel wordt behandeld met toepassing van artikel 8:54 Awb. Ik vraag mij af of die benadering het beoogde effect sorteert, zelfs als de uitspraak van de rechtbank wordt versterkt met een dwangsom. Papier is immers geduldig, en het verbeuren van dwangsommen schijnt niet altijd erg te worden gevonden zolang die dwangsommen maar niet worden geïncasseerd. Ik baseer mij hier op de gang van zaken die ik in het Bredase arrondissement tegenkom. Ofwel er komt geen zitting en er komt toch nog binnen een redelijk korte termijn een besluit van het bestuursorgaan, ofwel er komt wél een zitting, gevolgd door een uitspraak, waarbij we in een belangrijk aantal van de gevallen moeten constateren dat een tweede beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit volgt, maar dan omdat de door de rechtbank gestelde termijn is overschreden.

Persoonlijk contact tussen een gemachtigde van het trage bestuursorgaan en de rechtbank lijkt mij effectiever. De gemachtigde voelt, zoals dat heet, de bui al hangen: hem of haar wacht een stevige uitbrander ter zitting. Die dreiging maakt, althans in de Bredase praktijk, dat de betrokken gemachtigde, vaak met succes, in zijn eigen ambtelijke organisatie op spoed zal aandringen.

Zo is het bij de rechtbank in Breda min of meer gewoonte geworden dat een geplande zitting (artikel 8:44 Awb biedt daarvoor een goede grondslag) in veel gevallen te elfder ure kan worden afgelast. Die zittingen worden overigens gepland vroeg in de ochtend, met een tijdsduur van vijf, maximaal tien minuten. Morsen met

13. P. 23 preadvies.

14. P. 68 preadvies.

zittingscapaciteit is zonde. Datzelfde geldt overigens voor de capaciteit voor het produceren van uitspraken, met of zonder toepassing van artikel 8:54 Awb.

Nu zullen de toehoorders wellicht opperen dat hetzelfde doel kan worden bereikt via het door Van Ettekoven voorgestelde artikel 8:55a, eerste lid, aanhef en onder b. Dat is op zichzelf waar, maar op die wijze gaat de wet een valse indruk wekken en ontstaat een praktijk die niet overeenstemt met de indruk die de wet vestigt. Ik pleit er, kort gezegd, voor spelregels over de behandeling van beroepen tegen het uitblijven van een besluit neer te leggen in de Procesregeling bestuursrecht. De A van 'Awb' moet immers geloofwaardig blijven. Ook lijkt het mij goed de bedoelde spelregels iets flexibeler te maken. Ik kan mij voorstellen dat het zittingsconcept bij grotere rechtbanken minder effectief kan functioneren dan bij kleinere rechtbanken, maar uiteindelijk gaat het er niet om het bestuursorgaan op zijn nummer te zetten, maar zo snel mogelijk tot een reëel besluit te komen. Dat is het doel waarop ook Van Ettekoven met zijn voorstellen uit is.

In dat verband lijkt het mij overigens aanbevelenswaardig aandacht te schenken aan de situatie waarin een beroep gepaard gaat met een verzoek om voorlopige voorziening. Als de rechtbank op zeer korte termijn actie onderneemt, bijvoorbeeld op de voet van artikel 8:44 Awb, moet worden betwijfeld of voldoende spoedeisend belang resteert. De combinatie met een verzoek om voorlopige voorziening komen we in de praktijk nogal eens tegen. Met wat bellen en met duw- en trekwerk kom je een aardig eind in de richting van intrekking van het verzoek, maar dit is een nogal ongeregelde praktijk. Een procesregeling biedt in mijn ogen ruimte om de praktijk op één lijn te krijgen. Daarvan kan ook een aardige signaalfunctie uitgaan, in dit geval naar de advocaten, inhoudende dat het ongewenst is direct ook met een verzoek om voorlopige voorziening te gaan zwaaien. Zo'n verzoek heeft immers zijn eigen intake en leidt tot extra belasting van het rechterlijk apparaat.

Ik kom bij het door Van Ettekoven voorgestelde artikel 8:64a Awb. Over de vertaling van de bestuurlijke lus in geldende wetgeving kunnen we mooie ideeën hebben, maar het zal enige tijd kosten voordat zo'n vertaling realiteit wordt. Kunnen de rechtbanken in de tussentijd een gedragslijn kiezen waardoor het bestuurlijke-lusmodel wordt benaderd? Van Ettekoven heeft al gesproken over de schorsingsbeslissing en de beslissing tot heropening van het onderzoek. Zou artikel 8:45 Awb in dit opzicht een grondslag kunnen bieden? Principiëler geformuleerd: is het geoorloofd in een verzoek om nadere informatie klip en klaar aan te geven dat het bestreden besluit in de ogen van de rechtbank niet deugt? Zo nee, waarom niet? Ik zie in deze hantering van artikel 8:45 praktische voordelen. Een motiveringsgebrek zou bijvoorbeeld in de driemaandsmelding (artikel 4 Procesregeling) kunnen worden aangegeven en aan de hand van de reactie van het bestuursorgaan zou de rechtbank ertoe kunnen besluiten hetzij heel snel te vernietigen en de zaak zo snel mogelijk terug te wijzen naar het

bestuursorgaan, hetzij na te gaan of en, zo ja, in hoeverre zij zelf in de zaak kan voorzien.

Voorzitter: Ik geef Van Ettekoven in overweging zijn reactie kort te houden. Mede met het oog op het technische karakter van de vraagstelling, kan misschien de preadviseur ten behoeve van de verslaglegging een wat langer antwoord op schrift verzorgen.

Mr. B.J. van Ettekoven

Het eerste onderdeel van de interventie van Koenraad zou ik willen samenvatten als: 'artikel 8:54 Awb versus artikel 8:52 Awb'. In het meest recente model van de Procesregeling (een voorstel daartoe) wordt niet meer alleen de weg via artikel 8:54 gekozen; men wil ook de mogelijkheid via artikel 8:52 open laten. Kennelijk is dit de uitkomst van een debat tussen de rechtbanken waarbij verschillende lijnen worden aangehouden. Sommigen vinden het kennelijk effectiever het artikel 6:2-beroep op een zitting te behandelen en daar uitbranders te geven, of wat dies meer zij dan buiten zitting een 8:54-uitspraak te doen, het beroep gegrond te verklaren en het bestuursorgaan de opdracht te geven binnen een bepaalde termijn alsnog een besluit te nemen.

Hier gebeurt nu precies datgene waarvoor ik bang ben. Ik vind dit zó'n standaard situatie, dat het ondenkbaar zou moeten zijn dat er in het land allerlei verschillende oplossingen worden bedacht. Op het ogenblik kun je in het arrondissement Breda of Den Bosch met rechters te maken krijgen die het op de éne manier doen, terwijl in Amsterdam of in Groningen ándere oplossingen worden gekozen. Om die reden heb ik, juist indachtig de A van Awb, bepleit een volstrekt algemene, transparante en ondubbelzinnige regeling te treffen. Als we deze heel simpele situatie in de wet regelen, weet iedereen waar hij aan toe is.

Mijn oplossing is een andere dan de oplossing die in Breda wordt gehanteerd. Gelet op de discussies tot nu toe tussen de negentien rechtbanken heb ik er niet veel vertrouwen in dat een uniforme oplossing totstandkomt. Het is ook een hele opgave op het punt van bevoegdheden in de Awb negentien rechtbanken op één lijn te krijgen. Tegen deze achtergrond geef ik de voorkeur aan mijn voorzet.

Ik kom bij het tweede onderdeel van de interventie van Koenraad. Inderdaad zal het een tijd duren voordat de bestuurlijke lus in wetgeving geregeld is. Ik heb er al op gewezen dat, via een 8:64- of een 8:68-beslissing, de bestuurlijke lus ook nu al kan worden toegepast. Daartoe ben ik gekomen omdat mijn uitgangspunt was dat de rechter het bestuursorgaan op de zitting met een bepaald gebrek confronteert. Daar-

bij is relevant dat wij in Amsterdam zittingsgericht werken, terwijl het vooronderzoek zoals we dat vroeger kenden niet zo veel meer voorstelt. Zaken liggen lang in de kast en als ze in de zittingscyclus komen, worden ze voorbereid. Tegen de tijd dat je het bestuursorgaan met het gesignaleerde gebrek kunt confronteren, doe je dat waarschijnlijk op de zitting.

Koenraad heeft zeer terecht gewezen op een andere fase van het onderzoek door de rechter, te weten het vooronderzoek. De rechter kan ook in het vooronderzoek het bestuursorgaan met een gebrek confronteren. Vroeger deden we niet anders. We schreven toen van die nare briefjes aan de bedrijfsvereniging, in de zin van: hebt u kennisgenomen van de uitspraak van de Centrale Raad van die en die datum; zo ja, deelt u dan niet het oordeel dat... enzovoort, zou dit kunnen betekenen dat het besluit voor intrekking in aanmerking komt en zou u mij binnen vier weken willen laten weten wat uw reactie is? In wezen was dat ook een bestuurlijke lus, maar dan in het vooronderzoek. In feite werd een tussenuitspraak gedaan, maar dan één waartegen men niets anders kon doen dan erop te reageren door middel van een schriftelijke reactie.

De vraag van Koenraad luidt of aan de bestuurlijke lus vorm kan worden gegeven in het vooronderzoek, bijvoorbeeld via een artikel 8:45-briefje, dat is bedoeld voor het opvragen van inlichtingen bij partijen. Mijn antwoord is dat ik niet zeker weet of je hiervoor speciaal artikel 8:45 nodig hebt, maar dat het rechters vrij staat partijen te benaderen met een kritische vraagstelling en dat een dergelijke wijze van benaderen wel eens het effect van de bestuurlijke lus zou kunnen hebben. Als men bij de Bredase rechtbank zo werkt, en het functioneert goed, moet men daarmee wat mij betreft vooral doorgaan. Gelet op onze manier van werken in Amsterdam, die zittingsgericht is, sluit mijn voorstel meer aan bij dat zittingsgerichte karakter.

Mr. L.M. Koenraad

Van Ettekovén heeft gesproken over de wenselijkheid van een uniforme afhandeling van beroepen tegen het uitblijven van beslissingen. Met wat hij daarover heeft gezegd, ben ik het helemaal eens. Het op één lijn krijgen van negentien sectorvoorzitters is een probleem en het op één lijn krijgen van negentien rechtbankvergaderingen is een nog veel groter probleem. Dit geheel terzijde. De vraag is welke oplossing het beste effect sorteert. Ik pleit niet voor een 'versnelde behandeling' die in de praktijk nauwelijks een versnelling oplevert, maar voor het gelasten van een inlichtingencomparitie op heel korte termijn. Op die manier kun je binnen een paar weken een zaak op de zitting krijgen, en kun je ook werk maken van het intrekken van het

verzoek om voorlopige voorziening. Ik heb de wijsheid niet in pacht, maar ik denk dat dit een optie is die snel kan werken.

Van Ettekoven: Ik begrijp dat heel goed, maar het vergt dat er rechters zijn die tijd hebben om dit soort zittingen te houden. Werk je via artikel 8:54, dan kun je de actie geheel gedelegeerd aan de griffie overlaten, met een goede auditeur of piketrechtter erbij die het hele circuit afregelt. Als college hoeft je daarnaar niet om te kijken. Dat is het voordeel.

Koenraad: Dat klopt. Het is een optie.

Vervolgens iets over de bestuurlijke lus. In Breda beschikken we over een baaiert aan subtiele overwegingen in de door Van Ettekoven aangegeven geest. Formuleringen als 'geeft dit aanleiding tot... enzovoort'. We zouden trouwens wel eens wat explicieter willen zijn omdat het zelflerende vermogen van bepaalde bestuursorganen niet buitengewoon groot te noemen is! Van Ettekoven heeft zelf al aangegeven wat het bezwaar tegen de door hem beschreven werkwijze is. Een briefje dat daarvoor eigenlijk niet is bedoeld, gaat hier door het leven als een tussenuitspraak. Dat wringt ergens.

Mevrouw mr. N.M. van Waterschoot

Van Ettekoven doet in zijn preadvies verschillende voorstellen om de geringe effectiviteit van de bestuursrechtspraak te verbeteren. Ik spits mijn interventie toe op de voorgestelde wijziging van artikel 6:22 Awb. Van Ettekoven stelt op pagina 71 van zijn preadvies voor om met toepassing van artikel 6:22 Awb niet alleen vormgebreken maar ook motiveringsgebreken van ondergeschikte aard te passeren. Met dit voorstel wordt een uitbreiding van het toepassingsbereik van artikel 6:22 Awb beoogd.

Ik wil voorop stellen dat een uitbreiding van het toepassingsbereik van artikel 6:22 Awb anno 2001 niet nodig zou zijn indien bestuursrechters het begrip 'schending van een vormvoorschrift' niet eng hadden geïnterpreteerd. Ik kan het standpunt van Van Ettekoven, inhoudend dat het de rechter niet valt te verwijten dat hij met het door de wetgever meegegeven beperkte gereedschapskistje geen wonderen kan verrichten, op dit punt dan ook niet delen. Gelet op de wetsgeschiedenis van artikel 6:22 Awb was een ruimere interpretatie van het begrip vormvoorschrift goed verdedigbaar. Uit de wetgeschiedenis valt op te maken dat onder een vormvoorschrift wordt verstaan een voorschrift dat geen eisen stelt aan de materiële inhoud van een besluit. Over het toepassingsbereik van artikel 6:22 Awb wordt expliciet vermeld: 'Bij schending van

andere – dus materiële – regels bestaat deze mogelijkheid niet.’ Op grond daarvan zou kunnen worden geconcludeerd dat alle voorschriften die geen materiële voorschriften zijn, vormvoorschriften zijn in de zin van artikel 6:22 Awb.

Daarbij komt dat de wetgever uitdrukkelijk heeft aangegeven dat niets aan het passeren van een vormvoorschrift in de weg staat indien appellant geen belang heeft bij een vernietiging op die grond. Dit belang is naar mijn mening gerelateerd aan de materiële inhoud van een besluit. Uit de wetsgeschiedenis blijkt zonder meer dat vormgebreken kunnen worden gepasseerd indien is vastgesteld dat het vormgebrek niet heeft geleid tot een andere uitkomst van de besluitvorming. Dit hoeft niet alleen te gelden voor vormvoorschriften in enge zin, maar kan ook van toepassing zijn op vormvoorschriften in de door mij bepleite in ruime zin. Bestuursrechters hebben echter niet voor een ruime interpretatie van het begrip ‘vormvoorschrift’ gekozen.

Een ruime interpretatie van ‘vormvoorschrift’ is anno 2001 dus geen geldend recht. Het valt op dat ook Van Ettekovén geen uitgebreid toepassingsbereik van artikel 6:22 Awb voorstelt. Overigens kan de vraag worden gesteld of er in zijn voorstel eigenlijk wel sprake is van een uitbreiding. In de wetsgeschiedenis van artikel 6:22 Awb wordt immers uitdrukkelijk aangegeven dat artikel 6:22 Awb in ieder geval ziet op schending van regels over het horen van belanghebbenden én de motivering. Het voorstel dat ook motiveringsgebreken van ondergeschikte aard kunnen worden gepasseerd valt dus eigenlijk al binnen het toepassingsbereik van artikel 6:22 Awb. Misschien kan Van Ettekovén op dit punt opheldering verschaffen.

Stel dat er wél sprake is van een uitbreiding, dan is deze uitbreiding naar mijn mening maar summier. Dat is jammer, want ik had na het doorlezen van de waarschuwing en het weerbericht op de eerste pagina van Van Ettekovéns preadvies een stormachtig wijzigingsvoorstel verwacht. Het is in mijn ogen bij een briesje gebleven, en ik zal uitleggen waarom ik dat zo zie.

De beperkte uitbreiding die Van Ettekovén voorstelt, past naar mijn mening niet in het gedachtegoed van het passeren van gebreken in een procesrecht dat zich ten doel stelt geschillen finaal en materieel te beslechten. Als een rechtmatigheidsgebrek door een bestuursrechter is vastgesteld, staat in beginsel niets aan het passeren van het gebrek in de weg, indien de rechter, al dan niet door middel van een bestuurlijke lus, heeft kunnen vaststellen dat het gebrek niet van invloed is geweest op de materiële inhoud van het bestreden besluit. Onder het huidige artikel 6:22 Awb past de rechter een dergelijke toets reeds toe op een vastgestelde schending van vormgebreken. Ik zie niet in waarom een dergelijke toets niet op andere gebreken dan vormgebreken zou kunnen worden toegepast.

Ook bevoegdheidsgebreken bijvoorbeeld hoeven niet van invloed te zijn geweest op de materiële inhoud van een besluit. Op basis van het voorstel van Van Ettekovén

kunnen bevoegdheidsgebreken echter niet met toepassing van artikel 6:22 Awb worden gepasseerd. Hij legt daaraan twee argumenten ten grondslag.

Het eerste argument ziet op het feit dat een bevoegdheidsvoorschrift een bepaling is van openbare orde. De functie van de rechter is waar het gaat om bepalingen van openbare orde tevens die van bewaker van het objectieve recht. Deze functie zou uit het oog kunnen worden verloren als de rechter een schending van een openbare-ordebepaling kan passeren. Ik vraag me af of die functie werkelijk uit het oog wordt verloren als dergelijke gebreken worden gepasseerd. Natuurlijk fungeert de rechter als het gaat om openbare-ordebepalingen als bewaker van het objectieve recht. Betoogd kan echter worden dat het objectieve recht niet zozeer wordt bewaakt door het niet passeren van schending van openbare-ordevoorschriften casu quo vernietiging van een bestreden besluit. Het objectieve recht wordt in eerste instantie bewaakt doordat voorschriften van openbare orde ambtshalve moeten worden getoetst. De vraag of daarna het besluit zou moeten worden vernietigd dan wel in stand zou moeten blijven, is naar mijn mening van een andere orde.

Het tweede argument dat Van Ettekovén aanvoert, is dat een te ruime mogelijkheid om gebreken te passeren in de fase van beroep bij de rechter afbreuk kan doen aan de inzet van het bestuur om de bezwaarfase te benutten voor in alle opzichten rechtmatige (en doelmatige) besluitvorming. Ik vraag me of deze angst voor een afbreuk aan inzet van het bestuur te rechtvaardigen is. Zo ja, zou dat dan niet gelden voor de naleving van vormvoorschriften en motiveringsvoorschriften? En als er sprake zou zijn van een verminderde inzet, ligt daarin dan de noodzaak om een gebrekkig besluit te vernietigen met de mogelijkheid van instandhouding van de rechtsgevolgen?

Een reden voor vernietiging zou kunnen zijn dat bij gegrondverklaring van het beroep casu quo vernietiging van het besluit toepassing kan worden gegeven aan de schadevergoedingsbepaling van artikel 8:73 Awb. Mocht in de mogelijke toepassing van die bepaling een prikkel worden gezien voor toekomstig rechtmatig handelen, dan zou ook kunnen worden gekozen voor toepassing van die bepaling bij instandlating van gebrekkige besluiten. Van Ettekovén doet daarvoor, in een andere context, een voorstel. Volgens artikel 8:72, eerste lid, Awb kunnen gegrondverklaring van het beroep en vernietiging van het besluit van elkaar worden losgekoppeld. In deze optiek zou dat betekenen dat het beroep gegrond wordt verklaard als een rechtmatigheidsgebrek is geconstateerd en dat vervolgens artikel 8:73 Awb zou kunnen worden toegepast, zonder dat dit hoeft in te houden dat het besluit wordt vernietigd. Het besluit kan na gegrondverklaring van het beroep ook in stand worden gelaten.

Een ontkoppeling van gegrondverklaring van het beroep en vernietiging van het besluit is wenselijk, omdat door de gegrondverklaring van het beroep in ieder geval komt vast te staan dat aan het bestreden besluit een rechtmatigheidsgebrek kleeft.

Daarna komt de vraag aan de orde of het bestreden besluit moet worden vernietigd of in stand kan worden gelaten. Als dit voorstel erdoor komt, is het huidige verschil in aansprakelijkheid tussen vernietiging en instandlating van een besluit opgeheven.

De enige vraag die vervolgens overblijft, is een heel principiële: welk verschil bestaat er nog tussen artikel 6:22 en artikel 8:72, derde lid, Awb? Met beide artikelen kan dan immers een zelfde resultaat worden bereikt. Ik wil daarover kwijt dat artikel 8:72, derde lid, Awb vóór het Awb-tijdperk meestal werd gebruikt als het ging om onomkeerbare situaties. Wat mij betreft moet ook onder huidig recht artikel 8:72, derde lid, Awb alleen in die gevallen worden toegepast. In alle andere gevallen kan toepassing worden gegeven aan artikel 6:22 Awb. Dit komt naar mijn mening een helder, doorzichtig procesrecht ten goede.

Ik rond af. In een bestuursprocesrecht dat zich een finaal-materiële geschilbeslechting ten doel stelt, kunnen naar mijn mening in beginsel alle rechtmatigheidsgebreken die niet van invloed zijn geweest op de materiële inhoud van een besluit worden gepasseerd. De rechter moet dit natuurlijk wel kunnen toetsen. Als het bijvoorbeeld gaat om een bevoegdheidsgebrek zou dat kunnen door bekrachtiging van het onbevoegd genomen besluit door het wél bevoegde orgaan (al dan niet via een bestuurlijke lus), waarmee dat orgaan te kennen geeft dat het eenzelfde materieel inhoudelijk besluit zou hebben genomen.

Het zal geen verbazing wekken dat ik een meer stormachtige wijziging van artikel 6:22 Awb wil voorstellen. Mijn voorstel is als volgt: *Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan ondanks een vastgesteld rechtmatigheidsgebrek in stand worden gelaten indien is gebleken dat het rechtmatigheidsgebrek niet van invloed is geweest op de materiële inhoud van het besluit en de belanghebbenden door de instandlating van het besluit niet zijn benadeeld.* Graag hierop de reactie van Van Etekoven.

Mr. B.J. van Etekoven

Mevrouw Van Waterschoot is met een vraag gekomen die voor mij tot nu toe verreweg de moeilijkste is. Bij het schrijven van het preadvies heb ik wel eens met anderen gediscussieerd. Daarbij bleken mensen zich af te vragen waarom ik in mijn voorstel voor een aangepast artikel 6:22 Awb zo voorzichtig was. Ze begrepen niet waarom ik alleen maar motiveringsgebreken als uitbreiding wilde nemen en waarom niet meteen veel méér, bijvoorbeeld alle algemene beginselen van behoorlijk bestuur, op z'n minst voorzover die een formeel karakter hebben.

Mijn benadering is sterk door de praktijk ingegeven. Ik constateer dat wij dagelijks zondigen tegen de regels die ons door de appèlcolleges worden aangereikt. Daarbij

gaat het mij niet om de formele motiveringsgebreken die erop neerkomen dat in het geheel geen motivering wordt gegeven, maar om materiële motiveringsgebreken, die naar mijn stellige overtuiging niet kunnen worden beschouwd als schendingen van een vormvoorschrift in de zin van artikel 6:22 Awb. Hoewel dus materiële motiveringsgebreken niet onder artikel 6:22 vallen, constateren wij met de regelmaat van de klok dat zo'n gebrek niet de kern van de zaak raakt. Terwijl de formulering van het besluit niet geweldig is of misschien wel helemaal niet deugt, kiezen we er, omdat de uitkomst bij het herstel van het gebrek niet wezenlijk anders zal zijn, toch voor het gebrek te passeren. De ene rechter zegt daarbij iets over artikel 6:22, de andere volstaat met de constatering dat het gebrek niet kan leiden tot vernietiging van het bestreden besluit en laat de grondslag daarvan in het midden.

Ik wilde hierover eerlijk zijn. Omdat we in de praktijk van alledag deze lijn volgen, wilde ik artikel 6:22 uitbreiden met motiveringsgebreken. Daarmee doel ik dan op materiële motiveringsgebreken van ondergeschikte aard die, doordat ze van ondergeschikte aard zijn, niet leiden tot benadeling van de betrokkene. De voorgestelde wijziging van artikel 6:22 is dus puur ingegeven door de praktijk.

Nu heeft mevrouw Van Waterschoot al heel lang over artikel 6:22 nagedacht, en ik hoop binnenkort, als haar proefschrift af komt, te zien waartoe dat allemaal heeft geleid. Ik denk dat ze er gelijk in heeft dat een wijziging van artikel 6:22 als het daarvan dan tóch komt misschien wel een heel ander karakter moet hebben. Je zou, conform de benadering van de werkgroep-Van Kemenade, kunnen kiezen voor de lijn dat elk gebrek waarvan het herstel niet tot een ander materieel oordeel leidt, mag worden gepasseerd. Dit komt neer op alle situaties waarbij het dictum van het besluit juist is.

Ik kan dit geheel niet volledig overzien, maar ik noem enige punten die van belang zijn. Er zijn gebreken waarvan je niet kunt uitsluiten dat ze, ook al zijn ze formeel van aard, een materiële component hebben. Dat uit zich onder andere in de vraag of er benadeling is. Als er een bevoegdheidsgebrek is, kan ik niet helemaal uitsluiten dat de uitkomst materieel anders zal zijn als de situatie aan het wél bevoegde orgaan wordt voorgelegd en als dat orgaan ex nunc opnieuw op het bezwaar gaat beslissen. Ik kan er in een dergelijke casus niet volkomen zeker van zijn dat ik het gebrek kan passeren en dat ik ervan kan uitgaan dat de betrokkene niet door het gebrek is benadeeld omdat het dictum na herstel van het gebrek gelijk zou blijven.

Geen verschil van mening hebben mevrouw Van Waterschoot en ik over het gegeven dat je in de hier geschetste casus uitsluitel kunt krijgen door de bestuurlijke lus toe te passen. Je kunt immers het wél bevoegde orgaan in de procedure betrekken en het verzoeken je te laten weten hoe het zou hebben beslist. De uitkomst is qua finaliteit gelijk. Het maakt niet uit of je artikel 6:22 toepast en uiteindelijk concludeert dat je wegens niet-benadeling het bestreden besluit in stand laat, of dat je wegens het

bevoegdheidsgebrek vernietigt maar, wetende wat het wél-bevoegde orgaan wil, het zij zelf in de zaak voorziet, hetzij de rechtsgevolgen in stand laat. Het gaat hier om twee verschillende oplossingen voor hetzelfde probleem.

Ik heb de indruk dat mevrouw Van Waterschoot gelijk heeft, maar ik zou een en ander beter moeten doordenken. Het kan zijn dat het inderdaad aanbeveling verdient een veel ruimere formulering te kiezen. We zouden kunnen zoeken naar een systeem waarbij alle gebreken die er qua inhoud van het dictum niet toe doen moeten worden gepasseerd. Het voorstel van de interveniënte ligt heel dicht aan tegen de visie van Van Kemenade cum suis op dit punt.

Het andere punt dat zij aan de orde heeft gesteld, is minstens even interessant. Aan de ont koppeling van gegrondverklaring en vernietiging zullen we wel moeten wennen. Ik heb op dit punt in een heel beperkte zin een voorstel gedaan. In drie situaties leek het mij vreemd de gegrondverklaring en de vernietiging aan elkaar te koppelen. Dit geldt ten eerste voor fictieve besluiten. Als er geen besluit is, kan er ook niets worden vernietigd. Ook als een besluit al is ingetrokken, rijst de vraag hoe het nog kan worden vernietigd. Voor een beperkt aantal situaties heb ik aldus een voorstel tot ont koppeling gedaan. Na die ont koppeling kan het beroep gegrond worden verklaard, waarmee zo nodig de weg naar schadevergoeding wordt geopend (proceskosten en griffierecht kunnen sowieso al worden vergoed), zonder dat iets hoeft te worden gezegd over het besluit.

Misschien is het mogelijk deze lijn dóór te denken en de ont koppeling algemeen te maken. Hier zie ik een 'bruggetje' naar het terrein van mijn medepreadviseurs. Er zou een splitsing kunnen worden aangebracht, waarbij allereerst aan de orde komt of appellant juridisch gelijk heeft. Bij een bevestigend antwoord op deze vraag kan de rechter daar ook nog iets aan doen. De betrokkene kan zijn griffierecht terugkrijgen of een vergoeding van proceskosten ontvangen; schadevergoeding is een heel andere vraag. Het tweede deel van het oordeel van de rechtbank zou dan betrekking hebben op de oplossing voor het besluit: laat de rechtbank dat al dan niet in stand?

Dit is een systeem waarover we eens goed zouden moeten nadenken en waar we de aansprakelijkheidsvraag en het recht op schadevergoeding tegenaan zouden moeten leggen. Laat je de koppeling los, dan ontstaat immers in de sfeer van de schadevergoeding een heel andere situatie. Dat is niet erg. De huidige jurisprudentie van de Hoge Raad komt erop neer dat vernietiging aangeeft dat er sprake is van een onrechtmatige daad die in beginsel gehoudenheid tot schadevergoeding oplevert. Die jurisprudentie zou dan moeten worden losgelaten. Gegrondverklaring zou niet zonder meer onrechtmatigheid betekenen. Zij zou alleen inhouden dat appelland heeft gescoord met zijn stelling dat aan het besluit een gebrek kleefde, zonder dat een uitspraak over de rechtmatigheid van het dictum van de bestreden beslissing zou zijn gedaan. Ik kan niet overzien tot welke complicaties dit alles leidt.

Ik kom tot een afronding. Ik geef toe dat ik in mijn voorstel tot wijziging van artikel 6:22 Awb (te) voorzichtig ben geweest. Er zouden wellicht méér dan alleen motiveringsgebreken moeten worden toegevoegd. Wél voel ik dat ik met mijn huidige voorstel aan de zekere kant zit.

Mevrouw mr. N.M. van Waterschoot

In het optreden van formele gebreken met materiële componenten zit, als het om artikel 6:22 Awb gaat, het probleem. Kan de rechter de inhoud van het besluit wel toetsen? Neerhof heeft eerder vandaag terecht opgemerkt dat de bestuurlijke lus in zulke gevallen goed zou kunnen worden toegepast. Ik voeg daaraan toe dat de bestuurlijke lus dan niet op herstel van het gebrek betrekking zou moeten hebben, maar op de toetsing van de rechter. Het bestuur kan bijvoorbeeld in een schriftelijk stuk aan de rechter aangeven hoe het zonder dat het gebrek zou zijn opgetreden zou hebben besloten. Ziet de rechter dat er materieel eenzelfde besluit uit de bus zou zijn gekomen, dan staat niets aan toepassing van artikel 6:22 in de weg. De bestuurlijke lus staat op deze manier in het teken van de toetsing van de rechter, en dient dus meer als toetsingsinstrument. Komt uit de bestuurlijke lus naar voren dat als gevolg van herstel van het gebrek inhoudelijk een ander besluit zou worden genomen, dan spreken we niet meer over artikel 6:22 Awb. In dat geval moet het besluit worden vernietigd.

Van Ettekoven: Dan is de benadeling ook gegeven.

Dr. M.V.C. Aalders

Ik zou, *pour l'honneur des dames*, graag weer wat meer de nadruk op het onderwerp mediation willen leggen. We hebben al veel gehoord over het preadvies van Van Ettekoven. Daalder en Koeman menen dat de preadviezen van Pach en Van der Vlies in eerste instantie ver verwijderd staan van dat van Van Ettekoven. Ik ben bij die instantie gebleven: ik heb me alleen verdiept in de preadviezen van de beide dames.

Om te beginnen wil ik enige kritische noten plaatsen bij de mediation op zich, in verhouding tot het bestuursrecht. Omdat ik zelf mediator ben, krijgt men nu misschien de indruk dat ik mijn eigen nest wil gaan bevuilen. Dat is nu ook weer niet de bedoeling, maar ik ben in de eerste plaats onderzoeker (ik werk bij het Centrum voor Milieurecht), en als onderzoeker moet je met kritiek kunnen kijken naar wat mediation vermag. In dit opzicht ben ik het geheel eens met Stutterheim.

In de eerste plaats valt mij dan op dat in Nederland bij het stimuleren en faciliteren van mediation vooral Justitie het voortouw neemt. Dit wekt meteen enige achterdocht: is er dan toch uit efficiency een beweging in de richting van mediation? Het aanbod van mediators is groot en de vraag is klein. Er zijn zo langzamerhand 2.000 mediators, en ik geloof dat er 1.000 mediations per jaar zijn. Justitie lijkt bij het stimuleren van mediation belang te hebben.

De bevordering van mediation gaat vaak gepaard met mooie karakteriseringen. Zo zou mediation veel sneller zijn en minder tijd kosten. De problemen op het gebied van het tijdsbeslag van de bestuursrechtelijke procedures zijn bekend. Ik moet hierbij aantekenen dat blijkens de literatuur ook mediation onder bepaalde omstandigheden heel lang kan duren. Dit hangt samen met het uitgangspunt dat een oplossing moet worden bereikt. Als die oplossing er niet komt, ben je als mediator niet goed bezig, want je moet scoren. Hiermee ben ik bij een volgend gevaar van een grote aandacht voor mediation. Zeker in het huidige stadium, waarin we proberen een niche in de markt van welzijn en geluk te veroveren, moet dit aspect in het oog worden gehouden.

Van der Vlies gebruikt de term *aanrakingstijd*. Ik vind dit een heel mooi woord, en ik ben ook echt van plan het te gaan gebruiken. 'Hebt u wel genoeg aanrakingstijd gehad?' Dit is zoiets als de aaibaarheidsfactor.

Nadat ik heb gezegd dat Justitie het voortouw heeft genomen, constateer ik onmiddellijk dat het bestuur in verhouding eigenlijk nog maar heel weinig aan mediation heeft gedaan. Ook in dit verband komt mevrouw Van der Vlies met een prachtige term: *bejegeningsmediation*. Hier ligt naar mijn mening een heel mooie taak voor het bestuur. Juist als het op besturen aankomt zijn initiatieven tot mediation op hun plaats. Daarbij hoeft het dan nog niet eens te gaan om initiatieven in of ter voorbereiding van rechtszaken: mediation kan ook op initiatief van het bestuur zelf worden ingezet. Ik deel de mening dat het nuttig is mediation toe te passen in voorfasen van besluitvorming. Daarbij denk ik aan grote projecten en aan gebiedgericht beleid.

Mevrouw Pach heeft een bijzonder goed preadvies geschreven, waarin ze erg veel literatuur heeft aangehaald. Mijn enige kritiek is dat de kritische noten die ze signaleert niet voldoende verder zijn uitgewerkt. Ik zal een kleine poging tot zo'n nadere uitwerking wagen.

Ik kom dan eerst bij de vrijwilligheid. Iedereen weet dat mensen sociale wezens zijn, die worden beïnvloed. Een zekere dwang in de positie van mediation en bij elke confrontatie met conflictoplossing is nooit te verwaarlozen. Het is voor een mediator erg moeilijk ervoor te zorgen dat die dwang voldoende wordt geneutraliseerd. Als partijen er echt op uit zijn een principiële beslissing uit te lokken, moet de rechter worden aangesproken, de rechter die een andere functie heeft dan de mediator.

Een volgend punt is de onpartijdigheid. Ook een mediator heeft soms zijn sympathieën en heeft soms bepaalde doelstellingen die hij wil bereiken. In elke opleiding komt dat ethische probleem aan de orde, maar het blijft belangrijk er aandacht voor te vragen.

Machtsongelijkheid is, vooral in meerpartijenmediations, een probleem dat vaak niet goed op te lossen is. Datzelfde geldt voor de publieke rol van de overheid. Vanochtend is aandacht besteed aan de vaststellingsovereenkomst. Ik denk dat veel overheden geneigd zijn om als het op de vaststellingsovereenkomst aankomt zeer veel slagen om de arm te houden en alleen over inspanningsverplichtingen te spreken. Dat is ook een bekend probleem uit de Amerikaanse literatuur. In hoeverre kan de overheid überhaupt stelling nemen? In ieder geval kunnen we zeggen dat in gevallen waarin de overheid als gevolg van politieke overwegingen een andere richting inslaat altijd opnieuw de weg van mediation kan worden gevolgd.

Ook vertegenwoordiging is een probleem. Is iedereen vertegenwoordigd? Als je als mediator een geschil voorgelegd krijgt dat ermee samenhangt dat een bepaalde milieugroep een natuurgebied wil afsluiten, moet je daarbij dan ook de hengelaars en de dagjesmensen betrekken? Aan dergelijke problemen moet je in de mediation aandacht schenken, iets wat beslist niet altijd gebeurt.

Tot slot een opmerking over de rol van de rechter. De laatste tijd is het gebruikelijk de gedachte aan te hangen dat de rechter meer vaardigheden op het gebied van conflictoplossing moet ontwikkelen. Hij zou meer moeten verzoenen. Ik zou in dit verband iedereen willen aanbevelen het beroemde opstel 'The mediator, the judge and the administrator in conflict-resolution' van Torstein Eckhoff uit 1966 te lezen.¹⁵ De schrijver maakt een duidelijk onderscheid tussen de rol van de rechter en de rol van de mediator. De rechter verzoent niet, hij heeft alleen met de normen te maken; de mediator kijkt naar de belangen. Dit onderscheid beveel ik in de aandacht aan. Aan de beide preadviseurs die op mediation zijn ingegaan en aan de vergadering leg ik de vraag voor of we moeten zeggen dat de rol van de rechter aan het veranderen is. Hoeft de rechter niet langer alleen recht te spreken en moet hij ook conflictoplosser worden? Dit is in mijn ogen een nogal principiële kwestie. Als mediator ben ik geen rechter en ik wil als rechter ook geen mediator zijn.

15. *Acta Sociologica*, 1966, nr. 10, p. 158-166.

Mevrouw mr. M.A. Pach

Met deze interventie kunnen we, denk ik, de rest van de dag wel vol krijgen!

De laatste opmerking van Aalders kwam erop neer dat rechters geen mediators zijn en mediators geen rechters. Ik ben het daarmee eens. Waar de grens ligt, is minder gemakkelijk aan te geven dan je op het eerste gezicht zou denken. Ik worstel met die vraag regelmatig, maar nooit in een zaak. In een zaak is het onderscheid altijd heel helder; het is altijd de theorie die het moeilijk maakt de vraag te beantwoorden. Als ik in een zaak iets moet doen, weet ik precies hoe te handelen, of ik nu met mijn toga aan recht zit te spreken, of in de mediationkamer als mediator optreedt. Van rolverwarring heb ik dan absoluut geen last, en tot op heden heb ik ook niet de indruk dat partijen er last van hebben gehad. Maar theoretisch is het onderscheid zeker iets waarover je moet nadenken en waarmee je je intensief kunt bezighouden.

Op het punt van het onderscheid tussen rechters en mediators wil ik voornamelijk verwijzen naar wat ik erover in mijn preadvies heb geschreven. Als we het goed vinden dat rechters schikkingen beproeven, moeten we tevens constateren dat de activiteit die een rechter bij het beproeven van een schikking uitvoert heel erg lijkt op wat de mediator aan het doen is. Er zijn heel duidelijke verschillen aan te geven, waarvan het meest in het oog springende is dat de rechter de beslissing mag nemen, maar er zijn ook systemen denkbaar waarin de schikkende rechter wordt losgemaakt van de beslissende rechter.

Een ander verschilpunt is het kijken naar het recht tegenover het kijken naar de belangen. Dit klinkt theoretisch glashelder, maar is in de praktijk een stuk ingewikkelder. De hoofdrichting verschilt inderdaad. Als mediator kijk je veel meer naar de oplossing en naar de belangen die die oplossing genereren dan naar de rechtsregels.

In al deze opmerkingen geef ik overigens geen echt antwoord, maar kom ik alleen met stukken reactie. Ik zie het onderscheid tussen de rol van de rechter en de rol van de mediator in concreto als een veel minder groot probleem dan in theorie. Dat is trouwens nu ook precies waar mediation over gaat. De meest conflicten en geschillen zijn als je er theoretisch naar kijkt veel ingewikkelder dan wanneer je er in de praktijk mee aan de slag gaat.

Iets over het voortouw van Justitie. Het is inderdaad belangrijk dat niet alleen juristen zich met conflictbehandeling en -oplossing bezighouden en als mediators optreden. In de praktijk zijn het ook niet alleen maar juristen, hoewel die naar ik meen nu nog wel de meerderheid van de mediators vormen. Dat hoeft niet zo te blijven. De omstandigheid dat Justitie in dezen het voortouw heeft genomen, kun je negatief bestempelen, maar ook positief zien. Uit de Engelse situatie, waarin zich dezelfde ontwikkeling heeft voorgedaan, hebben we geleerd dat het een geweldige impact en uitstraling naar de samenleving heeft als de rechterlijke macht zich positief over

mediation als conflictbehandelings- en -oplossingsmethode uitlaat. Zodra rechters zeggen dat mediation een fatsoenlijke manier is om uit een conflict te komen, dat een conflict niet via rechtspraak hoeft te worden opgelost en dat mediation in sommige gevallen ook een betere aanpak is, heeft dat een veel grotere uitwerking dan een ontwikkeling die tot de rechtbanken beperkt blijft. Het is ook absoluut niet mijn toekomstbeeld dat mediation alleen iets voor de rechtbanken zou zijn. Integendeel: ik denk dat mediation in veel meer fasen zou moeten worden toegepast.

Ik kan niet op alle kritische opmerkingen van Aalders ingaan. Hij heeft onder meer nog gezegd dat ook mediators het vak moeten leren. Mediation is voor ons in Nederland een betrekkelijk nieuw verschijnsel, en het is inderdaad een vak dat je kunt leren. Ook rechtspraak leer je niet in één dag. Natuurlijk moet je met vallen en opstaan leren: van fouten maken leer je het meest. Als je een goede mediator bent, kun je overigens veel van de gesignaleerde problemen op een fatsoenlijke manier aanpakken.

Is het onfatsoenlijk van Justitie efficiencyoverwegingen in de beschouwing te betrekken? Mij lijkt van niet. Het is goed dat de efficiency niet als eerste argument wordt genoemd, maar als blijkt dat mediation voor een bepaald percentage van de zaken die nu via rechtspraak worden beslecht een betere oplossing genereert en dus efficiënter is, bestaat daartegen volgens mij geen enkel bezwaar.

Mevrouw mr. I.C. van der Vlies

Voor enige punten wil ik nog aandacht vragen.

Om aan te sluiten bij het zojuist genoemde punt: ik denk dat het er niet toe doet of Justitie nu al dan niet uit efficiencyoverwegingen mediation wil stimuleren. Het gaat uiteindelijk om de vraag of mediation een andere manier is om uit een conflict te komen dan rechtspraak. Als je mediation beschouwt als een andere manier om naar een conflict te kijken, vallen er allerlei problemen weg. Je kunt je bijvoorbeeld afvragen of het verschil tussen belangen en rechten reëel bestaat. Recht op een bouwvergunning wordt gewenst ten behoeve van bepaalde belangen, en is er beleidsvrijheid, dan komt het tot een belangenafweging die zich binnen de grenzen van het recht moet bewegen.

Waar gaat het bij mediation om? Wellicht is het, ook naar aanleiding van opmerkingen van Allewijn, aardig op het volgende te wijzen. Belangrijk bij mediation is de exploratiefase, waarin werkelijk wordt nagegaan waar de kern van de zaak ligt en wat de oplossingsmogelijkheden zijn. De exploratiefase is heel ruim en vereist een zeer actieve houding van de mediator. Op die manier kunnen oplossingen aan de

orde komen waarbij niet voorop staat wat je maximaal uit het recht kunt halen, maar wat een goede manier is om het probleem te schetsen en eruit te komen.

Dit is niet per se hetzelfde als bemiddeling. Er is bij het vergelijken van methoden van conflictbehandeling sprake van een continuüm, maar daarbij geldt dat je bemiddeling mede kunt zien als het zoeken naar de snelste weg om eruit te komen. Bij bemiddeling gaat veel aandacht uit naar de vraag op welke punten partijen elkaar zonder problemen kunnen vinden. Bij mediation daarentegen is het leidende beginsel (over de grensgevallen kun je altijd blijven steggelen) het exploreren van de mogelijkheden die zich aandienen. Daarom is mediation in de primaire fase een goede methode bij wat ingewikkelder problemen. Bij mediation kun je methodisch de verschillende belangen, de verschillende mogelijkheden en de belangentegenstellingen aan de orde krijgen. Op die manier zou je mediation ook kunnen zien als een professionalisering van de inspraak. Mediation is uit dit oogpunt bezien in de primaire fase een mooi middel.

Komt het daarbij aan op principiële aangelegen wat het recht betreft, dan kan men het er natuurlijk ook in het kader van de mediation over eens zijn dat men daarvoor naar de rechter zal gaan. Ik denk hierbij bijvoorbeeld aan situaties waarin iets moet worden gezegd over de vrijheid van meningsuiting of over de rechtsgelijkheid op een principieel niveau. De mediationovereenkomst hoeft niet per se alle mogelijke invalshoeken te bestrijken.

De volgende vraag is wat men met de mediationovereenkomst wil bereiken. Het Amerikaanse systeem zit wat dit betreft anders in elkaar dan het Nederlandse. In het Amerikaanse systeem gaat het bij mediation tussen overheid en burger niet in dezelfde mate over de bevoegdhedenproblematiek als in het Nederlandse systeem. Men kent in de Verenigde Staten niet de Nederlandse vanzelfsprekende rechtsbescherming door de bestuursrechter. Van belang in het Nederlandse systeem is de erkenning van de eigen mogelijkheden van de mediation en het ontwikkelen van een manier waarop de bestuursrechtelijke toegang tot de rechter wordt opgehouden.

Mr. B.W.N. de Waard

Ik ben erg geïnteresseerd in mediation, maar ik heb er nog de vraag bij of deze methode van conflictbehandeling door de rechterlijke macht moet worden aangeboden. In dit kader richt ik mij vooral tot mevrouw Pach, die heeft gezegd dat ze het vandaag graag wil hebben over de vredestichtende taak van de rechter. Ik kan mij heel goed voorstellen dat er rechters zijn die graag vrede willen stichten, maar betreft mediation niet een ander vak, een andere taak en een ander rol dan het vak, de taak en de rol van de rechter?

In dit verband ben ik enigszins in verwarring gebracht door wat ik vandaag allemaal heb gehoord. Mij is een beeld geschetst van het bestuursprocesrecht dat ik eigenlijk niet herken. Utlatingen van mevrouw Pach, van Allewijn en zelfs af en toe van Van Ettekoven gaan niet over wat ik als het bestuursprocesrecht ken. Het kan zijn dat een rechter het leuk vindt een spaatje dieper in het probleem te duiken, maar aan partijen wordt een heel ander scenario voorgehouden.

De achtergrond van mijn vraag of de rechterlijke macht mediation moet gaan aanbieden, kan wellicht het beste duidelijk worden gemaakt aan de hand van scenario's. Het moet het publiek duidelijk zijn wat men te verwachten heeft als men de rechterlijke macht benadert. Naar mijn mening is het al een hele toer het publiek duidelijk te maken hoe de bestuursrechter in het algemeen met een bepaald probleem zal omgaan. Eén aspect dat heel moeilijk duidelijk te maken is, komt erop neer dat iemand die bij een bestuursrechter komt van alles over een geschil wil gaan vertellen, maar dan meteen te horen krijgt: dat doet er niet toe, het gaat alleen over dit besluit. In zoverre kan ik mij heel goed voorstellen dat mediation nuttig is, maar kom ik erg in verwarring als ik mensen over de vreedstichtende taak van de rechter hoor spreken. Min of meer in aansluiting op de interventie van Aalders zou ik mevrouw Pach dan ook de vraag willen voorleggen waarom de rechterlijke macht mediation moet aanbieden.

Parallel hieraan zou ik ook de opvatting van Van Ettekoven over deze vraag willen horen. In zijn preadvies spreekt Van Ettekoven over 'drie zeven'. Toen ik dat las, dacht ik 'wat staat er ook alweer in 3:7?', maar het bleek niet over een wetsartikel te gaan. Van Ettekoven heeft het over drie *zeven*, waarbij de derde zeef de poortrechter is. Verscheidene deelnemers aan dit debat heb ik al heel enthousiast over de poortrechter horen spreken. Mevrouw Pel gaf daarbij te kennen dat de gedachte van een poortrechter haar wel aanspreekt omdat de toepassing daarvan kan leiden tot een *multidoor courthouse*. Ik denk dan: misschien is dat helemaal niet wat Van Ettekoven bedoelt. Van Ettekoven heeft het over een zeer ervaren rechter die in heel korte tijd scenario's voor het verdere verloop van de zaak moet bespreken. Mijn vraag aan Van Ettekoven luidt: wat neemt nu eigenlijk de bestuursrechter in normale zaken over van de voordelen die worden gezien in zoiets als mediation? We zien dat de gewone bestuursrechtspraak tekortschiet. Dat is ook één van de redenen waarom mediation omhoog komt. Ik wijs echter op de problemen die in de door mevrouw Pach geschetste casus naar voren komen. Een voorbeeld daarvan is het probleem 'er heeft nooit iemand naar mij geluisterd'. Gaat dit in het nieuwe bestuursprocesrecht anders worden? Is het inderdaad zo dat in het nieuwe bestuursprocesrecht rechters, zoals Allewijn suggereert, geregeld vragen of het probleem voorbij is als een bepaalde beslissing wordt genomen?

Ik zal tot slot proberen aan de vraagstelling een wat zakelijker tintje te geven. Mevrouw Pach merkt in haar preadvies aan de hand van doorlooptijden op dat mediation een efficiënte methode van geschilbeëindiging is. Dit is althans mijn interpretatie van bepaalde passages. Ik ben van mijn kant nieuwsgierig te vernemen of mediation eveneens efficiënt is als we kijken naar de menskracht die van de rechters wordt gevergd. Dit verklaart mijn vraag of mediation wel door de rechterlijke macht moet worden aangeboden. Ik zie Van Ettekoven zijn ervaren rechters op de klus van poortrechterschap zetten, waarbij zij heel snel te werk moeten gaan. Misschien kan dat wel niet. Ik kan mij voorstellen dat Van Ettekoven zegt: als wij dezelfde tijd kregen als mevrouw Pach om aan mediation te doen konden ook wij veel meer mensen tevreden naar huis sturen.

Mevrouw mr. M.A. Pach

De ervaring heeft mij tot nu toe geleerd dat ik aan een zaak die ik als mediator behandel, in vergelijking met een zaak die ik als rechter behandel, minder of precies evenveel tijd kwijt ben. Als mediator lees ik het dossier niet, en dat scheelt een slok op een borrel! Ook hoef ik als mediator geen uitspraak te schrijven, wat eveneens veel verschil maakt. Natuurlijk is de situatie ingewikkeld, want je moet ook rekening houden met de tijd van de ondersteuning, maar globaal blijkt uit berekeningen die we hebben gemaakt dat we met de tijd heel aardig uitkomen. Zaken die aan mediation worden onderworpen, kosten niet veel meer tijd dan zaken waarop rechters worden gezet.

Een terecht gestelde en veel bediscussieerde vraag luidt: moet mediation door de rechterlijke macht worden aangeboden en moet mediation door rechters worden verzorgd? De hoofdlijn is op dit moment dat naar de mening van het ministerie mediation eigenlijk niet door rechters zou moeten worden verzorgd; de vraag van De Waard is daarmee al min of meer beantwoord. Persoonlijk heb ik hierop een iets andere visie. Ik ben altijd een beetje eigenwijs en ik vind voorlopig nog, totdat het echt niet meer mag, dat het voor rechters heel goed is ook eens een tijd aan mediation te doen. Dat geldt niet voor iedereen, maar ook niet iedereen hoeft in de strafsector of de civiele sector te werken. Er zijn rechters die het heel leuk vinden en er ook heel goed in zijn schikkingen tot stand te brengen. Die rechters zouden ook heel geschikt kunnen zijn voor de mediantiontak. Ik geloof er echt in dat we een *multidoor courthouse* kunnen opzetten en dat we een deel van de zaken binnen de poorten van de rechtbank op een heel efficiënte manier via mediation kunnen behandelen.

Over de vraag of die aanpak noodzakelijk is, kun je heel lang twijfelen. De Waard heeft vandaag een heel ander beeld van de bestuursrechter horen schetsen dan hij

voor ogen heeft, terwijl het al zo moeilijk is uit te leggen wat bestuursrechters doen. Ik zeg dan: daarover gaat het nu juist precies! Moeten we beginnen bij ons beeld van wat bestuursrechtspraak zou moeten zijn, of moeten we kijken naar wat de mensen van ons verwachten? In een groot aantal jaren heb ik vele zaken voorbij zien komen waarbij ik met enige moeite heb geprobeerd uit te leggen wat ik wél en wat ik niet mag doen, en waarvoor ik er als rechter zit. Vaak heb ik dan mensen naar huis zien gaan met het idee: dit hadden we beter achterwege kunnen laten! Op mijn beurt denk ik dan dat ik van mijn kant, met mijn kennis en ervaring op het gebied van het bestuursrecht, misschien beter iets anders had kunnen doen. Van belang in dat verband is ook de hulp van de organisatie van de rechtbank als neutrale instelling. Ik ben ervan overtuigd dat de neutraliteit en de deskundigheid van de rechtbank een belangrijke factor vormen die ertoe leidt dat mediationzaken bij ons in Zwolle een hoog slagingspercentage kennen.

Of ik daarin helemaal gelijk heb, zal nog moeten blijken. De provincie Overijssel begint nu met een project waarbij mediation wordt aangeboden in de bezwarenfase. Ik ben heel benieuwd. Misschien wordt ook in dat project veel succes geboekt. Ik zou dat van harte toejuichen, want hoe eerder een conflict de wereld uit is, hoe beter. Het is absoluut niet mijn bedoeling het monopolie naar de rechterlijke macht toe te halen. Ik meen dat mediation in alle fasen van een conflict hanteerbaar is en dat de mogelijkheden daartoe open moeten blijven.

Mr. B.J. van Ettekoven

De taak van de bestuursrechter is nog gewoon wat zij was. Wij beoordelen massaal besluiten op rechtmatigheid. Dat is althans het vertrekpunt, maar je kunt niet vermijden dat je af en toe ziet dat, welke beslissing je ook neemt, één of beide partijen daarmee niet geholpen zullen zijn. Zeker bij bejegeningssklachten kun je wel uitleggen wat je gaat toetsen, maar schiet de klager daarmee helemaal niets op. Dat is één van de categorieën waarvoor een aanbod van mediation zin kan hebben.

Het is overigens vaak de vraag of je erachter kunt komen wat de echte motieven voor mensen zijn om procedures te beginnen. Soms ligt het er duimendik bovenop, soms kom je met doorvragen toevallig achter de achterliggende motieven en soms blijven zulke motieven in het verborgene. In de gevallen dat je tegen zulke motieven aanloopt, zie je soms de mogelijkheid dat mediation mensen kan helpen. Het is dan gerechtvaardigd dat je als rechter mediation aanbiedt. Dat hoeft niet in te houden dat de rechter zelf als mediator optreedt. De rechter kan zich beperken tot de constate-

ring dat hij de zaak zou kunnen verwijzen. Voor een kleine categorie van zaken kan dat zin hebben.

Met mevrouw Pach, met wie ik het hierover onderling wel eens heb gehad, verschil ik overigens enigszins van mening. Zij ziet in wezen in elke zaak een geschikte mediationzaak. Van mijn kant denk ik dat we al een heel eind op weg zouden zijn als we in 5% van de gevallen zouden kunnen verwijzen en als dan hopelijk in 50% van die gevallen succes zou worden geboekt. In die situatie zou ik niet van een mislukking willen spreken.

Mr. W. Konijnenbelt

De zon is al bijna onder, en daarom moet het nog maar eens worden gezegd: hoe prachtig is het toch dat de VAR bestaat! De VAR haalt het beste uit de mens, althans het beste uit de preadviseurs. Overigens heb ik mij bij lezing van de preadviezen en bij overdenking van het onderwerp afgevraagd of het nu toeval is dat het onderwerp *mediatie* op de agenda verschijnt in een tijd waarin zo veel vrouwen zich met het recht zijn gaan bezighouden en of het toevallig is dat nu juist de vrouwen onder de preadviseurs dat onderwerp behandelen, terwijl Van Etekoven gewoon rechttoe, rechtaan over het rechterlijke werk schrijft, zij het dat hij daarmee leuke dingen wil doen. Het zijn maar vragen!

Pach: Het is geen toeval!

Konijnenbelt: Er is één verschil tussen De Waard en mij, maar dan ook maar één verschil: hij is in de war en ik niet, maar verder zijn we het aardig eens. Administratieve rechtspraak is iets fundamenteel anders dan mediatie. Bij administratieve rechtspraak gaat het, zoals mevrouw Van der Vlies ergens in haar preadvies heeft uiteengezet, in het geheel niet om het beslechten van geschillen, maar om de vraag of een bepaald voorgelegd bestuursbesluit de rechtmatigheidstoets kan doorstaan. Een heel enkele keer is het belangengeschil waarvan de appellant last heeft identiek aan de rechtsvraag, maar dat zal maar in 5% van de gevallen zo zijn. Voor het overige is dat geschil iets veel ruimers en misschien zelfs iets heel anders. De finaliteit van de rechtspraak staat dus ook in functie van datgene waarop de rechtspraak gericht is: kan over de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van het voorliggende besluit voldoende duidelijkheid worden verschaft? Het zoeken naar het antwoord op die vraag is iets heel anders dan geschilbeslechting.

Er zijn verschillende mogelijkheden als een besluit dreigt te worden vernietigd. Van Ettekooven heeft ze allemaal prachtig behandeld en op een rij gezet. Ik wil er in dit verband op wijzen dat een vertekend beeld wordt gegeven wanneer wordt gezegd dat de rechter pas wanneer hij zelf in de zaak voorziet het rechtmatigheidsgeschil ten einde heeft behandeld. In ingewikkelde zaken op bijvoorbeeld het gebied van de ruimtelijke ordening en het milieu zie ik nogal eens dat al vrij snel duidelijk is dat het besluit in ieder geval op een bepaalde grond moet worden vernietigd, maar dat in de uitspraak ook aandacht wordt besteed aan alle andere gronden die bij het nemen van het nieuwe besluit relevant kunnen zijn, terwijl dan aan het eind wordt gezegd dat het besluit hoe dan ook op grond van een bevoegdheidsgebrek onderuit moet. Op die manier worden partijen vérder geholpen zonder dat de rechter zelf in de zaak voorziet. De rechter moet trouwens met het zelf in de zaak voorzien voorzichtig zijn, want hij is geen bestuurder. Hij heeft een heel ander type verantwoordelijkheid.

Bij mediatie gaat het erom dat mensen onder begeleiding via onderhandelingen proberen materieel uit een geschil te komen, waarbij het speelveld zo breed kan worden getrokken als nodig is. De praktijk heeft bewezen dat mediatie soms als min of meer een concurrent voor rechtspraak een rol kan spelen, mits het geschil voldoende overzichtelijk is, vooral wat de partijen en de belangen betreft. Zodra de situatie een beetje moeilijk wordt, is mediatie als min of meer alternatief voor rechtspraak vrijwel ondenkbaar. Hierbij denk ik aan ruimtelijkeordeningszaken, milieuzaken en veel zaken die bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven terechtkomen. In sommige gevallen kan ik mij wel in een éérder stadium een zinvolle mediatie voorstellen. Zo kan bijvoorbeeld een procedure ex Afdeling 3.5 Awb zijn gevoerd, met een ontwerpbesluit waartegen bedenkingen kunnen worden ingediend. Indien de zaak ingewikkeld is, zou er daarna een mediatie op los kunnen worden gelaten.

Ik kan mij goed voorstellen dat de rechter af en toe zijn vingers voelt jeuken om partijen die hij voor zich ziet en die een quasi-debat over de rechtmatigheid van het besluit voeren, met de koppen tegen elkaar te slaan en te zeggen: jongens, laten we even niet flauw doen en het hebben over de dingen waar het écht over gaat! Hier stuiten we trouwens op het relatieve voordeel van de unus-rechtspraak. Een unus-rechter kan in dit opzicht ter zitting veel meer doen dan drie personen die, al dan niet met toga, een meervoudige zitting houden. Zo'n rechter doet dan echter iets wat buiten zijn eigenlijke roeping staat. Misschien maakt hij er mensen gelukkig mee, maar eigenlijk doet hij dan niet datgene waarvoor hij wordt betaald.

Mijn laatste opmerking over mediatie. Laten we er alsjeblieft niets maar dan ook helemaal niets over regelen, want anders gaan we weer juridiseren en mogelijkheden afsluiten. 'We' of 'ze' moeten vooral doen wat nuttig lijkt, en wanneer er dan een nieuw besluit moet worden genomen, zien we wel weer.

Mr. B.J. van Ettehoven

De opvatting van Konijnenbelt strookt met die van Koeman. De rechter hoeft niet altijd zelf in de zaak te voorzien en partijen kan hij een eind helpen door de beroepsgronden te bespreken die waarschijnlijk weer relevant worden als het bestuur opnieuw op het bezwaar moet beslissen. Zoals ik in mijn preadvies heb aangegeven, kan dat soms wél en soms niet. Je moet goed selecteren, maar soms kun je zien aankomen dat de zaak op een ander geschilpunt zal gaan 'hangen', en je doet er dan verstandig aan daarover iets te zeggen. Koeman heeft hierop gewezen in een artikel in het *NTB*, waarbij hij tot mijn genoegen onder het motto 'zo kan het ook' een Amsterdamse uitspraak noemt. Als de rechter op deze manier partijen verder kan helpen, moet hij dat zeker doen. Konijnenbelt en ik zijn het eens.

Mr. T. Barkhuysen¹⁶

Een bekende stelling is dat een recht zonder bijbehorend rechtsmiddel (een procedure waarmee de naleving van dat recht zonodig kan worden afgedongen) geen recht is. Aan deze stelling moest ik denken bij het lezen van de overigens uiterst lovenswaardige voorstellen van preadviseur Van Ettehoven om de procedure voor de bestuursrechter sneller te doen verlopen. Van Ettehoven benadrukt immers weliswaar het belang van tijdige rechtspraak voor de effectiviteit daarvan en stelt met het oog daarop onder meer voor de bestuursrechter te binden aan wettelijke doorlooptijden, maar in zijn voorstellen ontbreekt een sanctie indien de rechter deze termijn desalniettemin overschrijdt, laat staan een mogelijkheid voor de justitiabele om daartegen op te komen.

Dit valt te meer op nu Van Ettehoven ten aanzien van bestuursorganen die wettelijke beslistermijnen overschrijden, verwijst naar de mogelijkheid om hiertegen bij de rechter op te komen (art. 6:2 Awb), deze procedure effectiever wil maken en ook voorstelt om talmende bestuursorganen structureel met dwangsommen te confronteren. Waar het betreft termijnoverschrijdingen door de rechter geeft hij, daarentegen, slechts aan dat rechters doorgaans 'braaf en trouw aan de wet' zijn (p. 34), hetgeen kennelijk voldoende reden zou moeten zijn om af te zien van sancties en/of rechtsmiddelen terzake.

Hoewel ik een groot vertrouwen heb in de 'braafheid' en de 'getrouwheid' aan de wet van de Nederlandse bestuursrechter, ben ik, anders dan Van Ettehoven, van

16. Wegens tijdgebrek heeft de interveniënt niet de gehele hier opgenomen tekst ter vergadering uitgesproken (red.).

mening dat aan justitiabelen ook rechtsmiddelen ter beschikking zouden moeten staan waarmee overschrijdingen van de redelijke termijn van art. 6, eerste lid, EVRM casu quo een vastgelegde wettelijke beslistermijn zouden kunnen worden voorkomen dan wel geredresseerd. Er bestaan geen principiële redenen om deze middelen wél ter beschikking te stellen waar het bestuursorganen betreft en dit na te laten waar het de bestuursrechter betreft, in het vertrouwen dat tijdige rechtspraak, zoals Van Ettekooven wil, kan worden gewaarborgd door wettelijke doorlooptijden en beter zaaksmanagement.

De ervaring met een aantal wetten waarin reeds een voorgeschreven doorlooptijd is opgenomen, ondersteunt de juistheid van mijn opvatting. Deze termijnen worden door de rechter niet in alle gevallen nageleefd. Van het bestaan van een rechtsmiddel inzake rechterlijke termijnoverschrijdingen zou een belangrijk preventief effect kunnen uitgaan. Vertrouwen is goed, maar controle is beter! Een dergelijk rechtsmiddel ontbreekt op dit moment in de Nederlandse rechtsorde. Andere landen als Oostenrijk, Spanje en Portugal hebben reeds ervaring opgedaan met een speciale procedure waarin bij een hogere of naast gelegen hoogste instantie kan worden opgekomen tegen vermeende rechterlijke termijnoverschrijdingen.

Het gebruik van normale rechtsmiddelen als hoger beroep en cassatie in Nederland is in veel gevallen van vermeende overschrijding van de redelijke termijn door de rechter niet toereikend omdat een schending van de redelijke termijn niet altijd kan worden verdisconteerd in, bijvoorbeeld, de strafmaat of een te betalen schadevergoeding en deze middelen bovendien geen voldoende onpartijdige beoordeling bieden van een termijnoverschrijding die aan een hoogste instantie zelf is toe te rekenen. Daar komt nog bij dat met behulp van gewone rechtsmiddelen niet in preventieve zin kan worden opgekomen tegen een dreigende schending van de redelijke termijn, terwijl een dergelijke mogelijkheid wel wenselijk, en gelet op recente jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ook noodzakelijk lijkt. Bijzondere rechtsmiddelen inzake rechterlijke termijnoverschrijdingen in het bestuursproces ontbreken. Een actie uit onrechtmatige rechtspraak jegens de Staat, zonodig in kort geding, ter preventie van (verdere) overschrijding van de redelijke termijn is gelet op de vaste, terughoudende jurisprudentie van de Hoge Raad niet effectief. Uit deze jurisprudentie blijkt immers dat bij overschrijding van de redelijke termijn door de rechter in beginsel geen aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak wordt aangenomen.¹⁷

Uit een recent arrest van het EHRM in de zaak *Kudla tegen Polen* blijkt dat de artikelen 6 en 13 van het EVRM volgens dit Hof verplichten tot het invoeren van een

17. Vgl. P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 235-240; zie ook de bijdragen in A.W. Jongbloed (red.), *Aansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

effectief nationaal rechtsmiddel met betrekking tot rechterlijke termijnoverschrijding als hiervoor bedoeld.¹⁸ In deze uitspraak leidt het Hof uit artikel 13 EVRM (het recht op een effectief rechtsmiddel voor een nationale instantie bij een ‘verdedigbare’ klacht over schending van een conventierecht) expliciet af dat er op nationaal niveau aan klagers een effectief rechtsmiddel ter beschikking moet staan waarmee zij kunnen opkomen tegen een (vermeende) overschrijding door de rechter van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6, eerste lid, EVRM. Het ging in deze uitspraak om een te lang durende strafzaak, maar de uitspraak is, gelet op het ruime toepassingsbereik van art. 6, eerste lid, EVRM, ook van toepassing voor het grootste deel van het bestuursproces.

Het EHRM geeft dus aan dat er op grond van het EVRM op nationaal niveau een rechtsmiddel ter beschikking moet staan waarmee een (verdere) schending van de redelijke termijn kan worden voorkomen en waarmee vervangende schadevergoeding kan worden verkregen voor een reeds opgetreden schending. Het moet op grond van artikel 13 EVRM dan gaan om een procedure voor een voldoende onafhankelijke en onpartijdige instantie die bevoegd is een bindende beslissing te nemen.¹⁹ Naar mijn oordeel is het, mede gelet op de uitspraak van het EHRM, wenselijk inzake rechterlijke termijnoverschrijding in Nederland een aparte, eenvoudig te gebruiken rechtsgang te creëren bij een hoger of naastgelegen rechterlijk college dat de bevoegdheid heeft om de talmende rechterlijke instantie te gebieden binnen een bepaalde termijn alsnog uitspraak te doen en tevens de mogelijkheid heeft om ten laste van de Staat schadevergoeding toe te kennen wegens een reeds opgetreden schending van de redelijke termijn. Deze instantie zou dan verplicht moeten worden om op korte termijn uitspraak te doen en daarvoor zou ook voldoende capaciteit ter beschikking moeten worden gesteld.²⁰ Van de bedoelde rechtsgang zou gebruik moeten kunnen worden gemaakt in gevallen waarin binnen de te lang durende procedure zelf (inclusief hoger beroep, cassatie en eventueel in het kader van een kort geding dan wel een voorlopige voorziening) geen remedie voor de (dreigende) overschrijding kan worden geboden.²¹ Een naar mijn oordeel niet te prefereren alternatief voor deze speciale rechtsgang zou een verruiming van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak kunnen zijn.

18. EHRM 26 oktober 2000, (appl. nr. 30210/96), *NJCM-Bulletin* 2001, nr. 1, p. 71-88, m.nt. T. Barkhuysen, EHRC 2001, 89, m.nt. Van der Velde.

19. Zie hierover nader T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998.

20. Een nadere uitwerking en onderbouwing van dit voorstel is opgenomen in mijn hiervoor aangehaalde noot bij de uitspraak van het EHRM in de zaak *Kudla tegen Polen*.

21. Zie voor voorstellen in de context van de reeds bestaande rechtsmiddelen A.M.L. Jansen, *De redelijke termijn, met name in het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Op deze wijze kan het recht op berechting binnen de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6, eerste lid., EVRM een 'echt' recht worden dat ook op nationaal niveau met terdaad kan worden gehandhaafd. Bovendien kan aldus 'handen en voeten' worden gegeven aan de wettelijke doorlooptijden, zoals voorgesteld door Van Ettekoven. Graag verneem ik van preadviseur Van Ettekoven hoe hij, mede in het licht van zijn preadvies, denkt over de invoering van een dergelijk rechtsmiddel in de Nederlandse rechtsorde.

Mr. B.J. van Ettekoven

Dat is het gevaar als je voor een klein stukje je nek uitsteekt! Ik vond het al zo gewaagd te pleiten voor een experiment bij de rechtbanken met een termijn van twaalf maanden. Van mijn kant heb ik er echt goede hoop op dat er na het opnemen van zo'n termijn in de wet ook qua management iets gaat veranderen. Pleit je voor zo'n termijn, dan krijg je natuurlijk meteen de vraag: wat moet er gebeuren als de termijn niet wordt gehaald. Als je het probleem doordenkt met als uitgangspunt dat het hier veelal om een mensenrecht gaat, kom je inderdaad bij de door Barkhuysen geschetste consequenties uit.

Barkhuysen heeft voor het creëren van een rechtsmiddel gepleit. Ik weet niet waaraan hij dan precies denkt. Misschien kan worden gedacht aan een voorziening bij de voorzitter van het appèlcollege of bij de president van de rechtbank: men kan allerlei constructies verzinnen. Van mijn kant ben ik daar niet vóór. Ik ben van mening dat problemen via een klacht, een goede brief en de inzet van rechters moeten kunnen worden opgelost. Het zal wel eens verkeerd gaan, maar laat men dan bijvoorbeeld in (hoger) beroep gaan en daar over de duur van de procedure klagen. Op dat moment kan men aanvoeren dat de redelijke termijn is overschreden en dat dit zich moet oplossen in een compensatie. Ik weet dat dit in Nederland problemen oplevert, gezien de manier waarop onze rechters omgaan met het converteren van schendingen van de redelijke termijn in iets materieels. Dat gebeurt slechts in een enkel geval. Aan de andere kant vraag ik mij af of het passend is een stelsel dat wordt gecreëerd voor bestuursorganen, gelet op hun positie in het rechtsbestel, zonder meer toe te passen op rechters. Hier ligt mijn aarzeling en daarom wil ik niet zo ver gaan als Barkhuysen.

Stellingenprocedure

Voorzitter: De stellingen van Van Ettekoven zijn te vinden op de bladzijden 95 en volgende van de gedrukte tekst van de preadviezen. Wij zullen niet alle stellingen in stemming brengen. In overleg met de preadviseur beginnen we met stelling 4.

Stelling 4 van Van Ettekoven

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.

Oordeel

Een ruime meerderheid van de vergadering spreekt zich uit *voor* de voorgestelde artikelen 8:55a en 8:72a Awb.

Stelling 5 van Van Ettekoven

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.

Oordeel

Een overgrote meerderheid van de vergadering blijkt het met deze stelling *eens* te zijn.

Stelling 14 van Van Ettekoven

Invoering van de figuur van de bestuurlijke lus dient effectieve(re) bestuursrechtelijke rechtspraak en is daarom gewenst.

Voorzitter: Ik heb Van Ettekoven geconfronteerd met de vandaag herhaaldelijk door hem gedane uitspraak, inhoudende dat toepassing van de bestuurlijke lus ook nu al mogelijk is.

Van Ettekoven: Er is een sterk verband met de door mij voorgestelde stemming bij mijn stelling 17. Daar gaat het over het voorstel van de werkgroep-Van Kemenade en mijn voorstel. Stelling 14 kan worden opgevat in de zin dat geen wetswijziging nodig is en dat de bestuurlijke lus nu al kan worden toegepast. Bij stelling 17 komen dan de meer technische voorstellen tot wetswijziging aan de orde.

De Waard: Dan moeten we in stelling 14 ‘invoeren’ lezen als ‘hanteren’.

Voorzitter: Ik breng stelling 14 in stemming, waarbij men voor ‘Invoering’ moet lezen: *Toepassing*

Oordeel

De overgrote meerderheid blijkt het met de gewijzigde stelling 14 *eens* te zijn.

Stelling 17 van Van Ettekoven

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

Oordeel

Een grote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 19 van Van Ettekoven

Naast vormvoorschriften dienen ook motiveringsgebreken te kunnen worden gepasseerd, mits de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

Oordeel

Een ruime meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 20 van Van Ettekoven

De huidige regeling over wijzigings- en intrekingsbesluiten staat aan effectieve rechtsbescherming in de weg

Voorzitter: De preadviseur gaat er waarschijnlijk van uit dat iedereen het over deze stelling eens is en stelt voor te stemmen over de vraag of men vóór of tegen de door hem voorgestelde nieuwe tekst van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb is.

Mij wordt uit de vergadering voorgehouden dat men het eens kan zijn met de stelling zonder dat men nu direct voor de methode-Van Ettekoven kiest. Dat is juist, maar de preadviseur draagt hier een stelling aan en geeft aan dat hij daarbij zijn methode

graag in stemming wil brengen. Ik respecteer zijn wens. Als men vindt dat het heel anders moet, dient men tegen te stemmen.

Oordeel

De stemming over de door Van Ettekoven voorgestelde nieuwe wettekst wordt gekwalificeerd als *onbeslist*, met de aantekening dat veel aanwezigen zich van stemming hebben onthouden.

Stelling 21 van Van Ettekoven

De bestuursrechter kan en moet meer inhoud geven aan de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien.

Oordeel

De overgrote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Voorzitter: Op de bladzijden 141 en 142 van de preadviezen zijn de conclusies/stellingen van mevrouw Pach te vinden. We zullen alle stellingen, op de laatste na, in stemming brengen.

Stelling 1 van mevrouw Pach

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 vreedstichtende aspect van rechtspraak. Dit zal kunnen bijdragen aan effectievere bestuursrechtspraak.

Oordeel

Een zeer kleine meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn, waarbij wordt aangetekend dat nogal wat aanwezigen zich van stemming hebben onthouden.

Stelling 2 van mevrouw Pach

Mediation is een bruikbare en vooralsnog veelbelovende methode van conflictbehandeling, ook in conflicten tussen burger en overheid.

Oordeel

De overgrote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 3 van mevrouw Pach

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.

Oordeel

De overgrote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 4 van mevrouw Pach

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.

Oordeel

De overgrote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 5 van mevrouw Pach

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.

Voorzitter: Ik neem aan dat ‘dit moment’ wel minstens een paar jaar zal duren.

Pach: Ja, natuurlijk.

Oordeel

De overgrote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *eens* te zijn.

Voorzitter: Op de bladzijden 207 en volgende vindt men de stellingen van mevrouw Van der Vlies. Ook die stellingen komen in overleg met de preadviseur niet alle in stemming.

Stelling 1 van mevrouw Van der Vlies

Belanghebbende en bestuursorgaan kunnen in beginsel beslissen een kwestie langs de weg van mediation op te lossen.

Oordeel

De vergadering blijkt het unaniem met de stelling *eens* te zijn.

Stelling 2 van mevrouw Van der Vlies

Het bestuur behoort beleid te ontwikkelen ten aanzien van mediation in de primaire besluitvorming bij:

- *complexe besluitvorming;*
- *besluiten met verschillende belanghebbenden;*
- *samenhangende besluiten.*

Oordeel

De overgrote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *oneens* te zijn.

Voorzitter: Misschien kunnen we de stelling herformuleren om de vergadering de vraag voor te leggen of het bestuur überhaupt ten aanzien van enig onderdeel mediationbeleid moet ontwikkelen.

Van Buuren: Daarover hebben we niet nagedacht!

Van der Vlies: We hebben het eigenlijk niet over deze stelling gehad.

Voorzitter: Maar alle aanwezigen hebben de preadviezen gelezen.

Van der Vlies: Natuurlijk.

De opbouw in de stelling komt erop neer dat mediation in beginsel altijd mogelijk is, maar dat mediation bij sommige soorten besluiten zodanig vruchtbaar kan zijn, dat het wenselijk lijkt dat het bestuur aan de mogelijkheden van mediation aandacht besteedt. Aandacht heet dan al snel 'beleid'. Naar mijn mening geldt niet dat het bestuur al voor alle soorten besluiten beleidsuitgangspunten zou moeten ontwikkelen. Wél zou het bestuur dat ten aanzien van de in mijn stelling genoemd soorten besluiten in de primaire fase moeten doen.

Van Kreveld: Een klein amendement kan misschien helpen. Ik had zelf wat bezwaar tegen de term 'behoort'. Als er zou komen te staan dat het ontwikkelen van beleid *verstandig* is, zou ik de stelling kunnen steunen.

Voorzitter: Laten we dat eens proberen. De stelling komt dan te luiden:

Het zou verstandig zijn als het bestuur althans op een aantal terreinen beleid zou ontwikkelen ten aanzien van het gebruik van mediation.

Oordeel

Een grote meerderheid van de vergadering blijkt het met de aldus gewijzigde stelling *eens* te zijn.

Stelling 3 van mevrouw Van der Vlies

De rechter kan mediation aanmoedigen bij bestreden besluiten die bejegening, communicatie, feiten of belangen lijken te betreffen.

Voorzitter: Mogen we de stelling zo lezen dat het *verstandig* zou zijn dat de rechter mediation zou aanmoedigen bij bestreden besluiten die... enzovoort?

Van der Vlies: Ik ben het er graag mee eens!

Oordeel

De meerderheid van de vergadering blijkt het met de gewijzigde stelling *eens* te zijn, onder aantekening dat veel aanwezigen zich van stemming hebben onthouden.

Stelling 5 van mevrouw Van der Vlies

De vaststellingsafpraak, gebecht aan de besluiten waarmee de mediation wordt uitgevoerd, behoort in de Algemene wet bestuursrecht te worden geregeld.

Voorzitter: We hebben eerder een *algemene* wettelijke regeling aan de orde gesteld.²² Toen was een grote meerderheid tegen. In deze stelling zien we een toespitsing op één punt.

Van der Vlies: Wellicht moet de term 'geregeld' hier worden vervangen. Het gaat mij er bij deze stelling niet om dat de vaststellingsafpraak wordt uitgeregeld. Daarvoor bevinden we ons nog in een te vroege fase. Met deze stelling beoog ik te zeggen dat de mediationafpraak en de daarmee samenhangende besluiten als één geheel moeten worden gezien. Vermeden moet worden dat de vaststellingsovereenkomst als zodanig aan de burgerlijke rechter wordt voorgelegd. Ik zou willen vastleggen dat de mediationafpraak in de bestuursrechtelijke sfeer moet worden gezien en dat die afspraak in combinatie met de besluiten als één handeling aan de bestuursrechter moet worden voorgelegd.

De stelling zet zich ertegen af dat de ontwikkeling voorlopig aan de praktijk wordt overgelaten. Het ontstaat van duidelijkheid over de toegang tot de rechter en over de vraag wat appellabel moet zijn zou, gelet op de ontwikkelingen bij schadebesluiten,

22. Stelling 5 van mevrouw Pach (red.).

zó veel tijd en zó veel procedures kunnen vergen, dat ik er de voorkeur aan geef de afspraak en de daarmee samenhangende besluiten te benoemen als appellabele handeling in de Algemene wet bestuursrecht. Méér moet in de stelling niet worden gelezen.

Oordeel

Een zeer grote meerderheid van de vergadering blijkt het met de stelling *oneens* te zijn.

De voorzitter staat stil bij het vertrek van de secretaris, mevrouw mr. M.L. Haimé, en de komst van de nieuwe secretaris, mevrouw mr. E.C. Drexhage

Vandaag neemt de VAR afscheid van Marilyn Haimé, die haar taak als secretaris jarenlang op een buitengewoon prettige, trouwe en effectieve wijze heeft verricht. Het bestuur heeft van haar activiteiten veel plezier gehad. Vanavond gaan wij met het bestuur en de preadviseurs eten, en dan zullen wij haar goed bedanken! In afwachting daarvan vraag ik u haar met een warm applaus uw erkentelijkheid voor al haar inspanningen te tonen.

(Langdurig applaus)

We hebben ook een nieuwe secretaris, vanochtend benoemd in de huishoudelijke vergadering, waarbij een enkeling van de thans aanwezigen nog niet present was! De nieuwe secretaris is mevrouw Bettie Drexhage, evenals Marilyn Haimé werkzaam bij het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. We hebben er alle vertrouwen in dat ook mevrouw Drexhage het heel goed zal doen. Een secretaris is in een bestuur heel belangrijk.

(Applaus)

Verslag van de secretaris over 2000

De algemene ledenvergadering

De jaarlijkse algemene ledenvergadering werd op 12 mei 2000 in Utrecht gehouden. Tijdens de vergadering werden de preadviezen van prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, prof. mr. B.P. Vermeulen en mr. P.J.J. Zoontjens besproken. Centraal stond de problematische relatie tussen de Awb en de onderwijswetgeving. De aanwezigheid van openbaar en bijzonder onderwijs, de daaraan inherente toepasselijkheid van privaatrecht en publiekrecht, de in artikel 23 van de Grondwet neergelegde gelijkstelling en vrijheid van richting roepen fundamentele vragen op over de verhouding tussen privaaten publiekrecht en de invloed van de Awb op private verhoudingen. De discussie concentreerde zich rond de vraag of er sprake is van een zodanig eigen en uniek rechtsgebied voor het onderwijs – dat bovendien zo sterk in ontwikkeling is – dat de Awb daar eerder complicerend werkt dan vereenvoudigend.

Kortmann ging in op de verhouding tussen de algemene wet en de bijzondere wet in het algemeen, terwijl Vermeulen en Zoontjens specifiek vanuit de constitutionele invalshoek en het onderwijsrecht aandacht besteedden aan onder meer het unieke van het onderwijsrecht, het verschil in organisatie van de rechtsbescherming voor openbaar en bijzonder onderwijs en de betekenis van de Awb-begrippen in het onderwijs.

Voor de tweede achtereenvolgende keer is tijdens de vergadering ter afsluiting van de bespreking van de preadviezen een stellingenprocedure gehanteerd, waarbij over een aantal stellingen van de preadviseurs werd gestemd.

Met de stelling van Kortmann: *‘Is het wenselijk het doel en de functie van een “algemene wet” ten opzichte van andere wetten alleen in de toelichting op te nemen?’*, bleek een grote meerderheid van de vergadering het *oneens* te zijn.

De stelling van Kortmann dat: *‘de verhouding tussen wetten als de Grondwet, de Provinciewet, de Gemeentewet enerzijds en de Algemene wet bestuursrecht anderzijds onvoldoende is doordacht’*, leverde een onbesliste uitspraak op.

Kortmann voorzag zijn stelling: *‘Is formele verboging van de rang van wetten als de Provinciewet, de Gemeentewet en de Algemene wet bestuursrecht in de normenhiërarchie gewenst?’* van een *negatief* stemadvies dat door nagenoeg alle aanwezigen werd opgevolgd.

Met de stelling van Kortmann: *'Naarmate de Algemene wet bestuursrecht meer gaat omvatten, verliest zij haar karakter van "algemene wet"'*, bleek een meerderheid het *oneens* te zijn.

Met de stelling van Vermeulen/Zoontjens: *'Er zijn goede gronden om de overheidsstichting bij wettelijke regeling als a-orgaan aan te merken'*, bleek een krappe meerderheid van de vergadering het *eens* te zijn.

De stelling van Vermeulen/Zoontjens: *'De wetgever dient in principe niet te treden in de bestuursstructuur van het bevoegd gezag van een bijzondere school'*, moest volgens Zoontjens aldus gelezen te worden dat het de wetgever echter niet te allen tijde verboden is om aan de vrijheid tot interne regeling grenzen te stellen. Een grote meerderheid van de vergadering bleek het met de stelling *eens* te zijn.

De stelling van Vermeulen/Zoontjens: *'Delegatie aan ondergeschikten is binnen onderwijsinstellingen met artikel 10:14 Awb niet uitgesloten'*, leverde de nodige discussie op. De toelichting van Zoontjens dat binnen onderwijsinstellingen professionals in een dusdanige staat van deskundigheid (volgens Kortmann 'staat van genade') verkeren, dat zij niet alleen als 'ondergeschikten' kunnen worden aangemerkt, mocht niet meer baten. Zelfs zijn relativering dat het erom gaat dat de wetgever per geval zal moeten uitmaken of delegatie mogelijk is, maar dat het principe voorop staat, kon de aanwezigen niet over de streep trekken. Een grote meerderheid van de vergadering was het met de stelling *oneens*.

De stelling van Vermeulen/Zoontjens: *'Aan varianten van samenwerking van openbaar en bijzonder onderwijs dient privaatrechtelijk vorm gegeven te worden'*, bleek een meerderheid van de vergadering het wel *eens* te zijn.

Bij de stemming over de stelling van Vermeulen/Zoontjens: *'De verhouding tussen het bevoegd gezag en de leerling dient noch in het openbaar, noch in het bekostigd bijzonder onderwijs te worden aangemerkt als een civielrechtelijke onderwijsovereenkomst'*, onthielden relatief veel van de aanwezigen zich van stemming. De uitspraak van de vergadering over de stelling werd gekwalificeerd als *onbeslist*.

Met de stelling van Vermeulen/Zoontjens: *'Voor de "derde weg" (een extra vorm van rechtsbescherming losgeweekt van de regeling in de Awb) dient een eigen regeling te worden gecreëerd die min of meer los staat van de regeling van bezwaar en administratief beroep in de Awb'*, bleek een grote meerderheid van de vergadering het *oneens* te zijn.

Met de stelling van Vermeulen/Zoontjens: *'Artikel 8:4, aanhef en onder e, dient te worden geschrapt'*, werd beoogd uit te spreken dat tegengegaan moest worden dat door de uitzondering op de uitzondering bezwaar en beroep tegen bepaalde beslissingen weer bezwaar en beroep mogelijk wordt. Volgens Zoontjens is de rechter voldoende in staat terughoudendheid te betrachten ten aanzien van de *pedagogische autonomie*. Artikel 8:4, aanhef en onder e, is met andere woorden niet nodig, aange-

zien zij de situatie alleen maar ingewikkelder maakt. Een grote meerderheid van de vergadering bleek het met deze stelling dan ook *eens* te zijn.

De laatste stelling van Vermeulen/Zoontjens luidde: *'Het is niet zo dat de Awb ten opzichte van het onderwijsrecht de status heeft van een algemene wet die een zekere suprematie ten opzichte van dit specifieke rechtsgebied toekomt. De Grondwet en als uitvloeisel daarvan het privaatrecht verzetten zich daartegen.'* Vermeulen nuanceerde deze stelling in die zin dat voorzover de Grondwet een privaatrechtelijke regeling of afwijking van de Awb vereist, dat uiteraard voldoende grond is om de Awb niet toe te passen. De uitspraak van de vergadering over deze stelling bleef evenwel *onbeslist*.

Het bestuur

In de vacature van de heer van Maasakkers is benoemd mevr. mr. Corien Pels Rijcken (directeur van de sector bestuurlijk juridische zaken van de VNG). Voorts is mr. J. IJssink in de vacature van mr. J. Spier benoemd. Ten slotte is het bestuur uitgebreid met vertegenwoordigers uit respectievelijk de advocatuur en de jongere VAR-leden door benoeming van mevr. mr. D. de Bruin (als advocaat werkzaam bij Derks Star Busmann Hanotiau te Utrecht) en mevr. mr. W. den Ouden (als onderzoeker verbonden aan de Rijksuniversiteit Leiden).

Studiemiddagen

In 2000 zijn er twee studiemiddagen gehouden. De eerste was op 3 maart 2000 en betrof het wetsvoorstel Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Bibob). Inleiders waren mevr. mr. M.C. van der Laan (oud-projectleider Bibob van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), mr. J. Struiksma (universitair hoofddocent bestuursrecht, Vrije Universiteit Amsterdam) en mr. U. van der Pol (vice-voorzitter van de Registratiekamer).

Op 10 november 2000 vond de tweede studiemiddag plaats en wel over het wetsvoorstel voor een nieuwe Vreemdelingenwet. Inleiders waren mr. B.K. Olivier (Universitair hoofddocent Universiteit van Amsterdam), mr. A. Kuijer (Universitair docent Universiteit Utrecht) en mr. A. Rouvoet (lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal).

Pleitwedstrijd

De pleitwedstrijd werd in 2000 georganiseerd door de Rijksuniversiteit Groningen. In de finale won de Vrije Universiteit Amsterdam het van de Universiteit Utrecht, die voor het derde achtereenvolgende jaar tweede werd.

Samenstelling bestuur per 1 januari 2001

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

Financiën en ledental

Het ledental is licht gestegen. De financiële situatie is goed.

De secretaris,
M.L. Haimé

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (voorzitter)

Mw. mr. E.C. Drexhage (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. IJssink

Mr. E. Lisser

Mr. R. Loeb

Mr. A.W.H. Meij

Mr. H.W.M. Oppenhuis de Jong

Mw. mr. W. den Ouden

Mw. drs. 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 burgerrechtelijke 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)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	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	Beginnelsen 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. Versteden	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. IJlsink 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 prof. mr. B.P. Vermeulen mr. P.J.J. Zoontjens	De Awb en de bijzondere wetgeving	(2000)
126	mr. B.J. van Ettehoven mr. M.A. Pach prof. dr. I.C. van der Vlies	Alternatieven van en voor de bestuursrechter	(2001)