

## Internetconsultatie Wet bevordering mediation

Door: prof. mr. dr. K.J. de Graaf, prof. mr. dr. A.T. Marseille & mr. dr. H.D. Tolsma<sup>1</sup>

Met veel interesse hebben wij kennis genomen van het conceptwetsvoorstel Wet bevordering mediation. In het onderstaande reageren wij op artikel 32 van het concept, dat is gericht op het wijzigen van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) ter bevordering van het gebruik van mediation.

1. Het object van bestuursrechtelijke bezwaar- en beroepsprocedures is een besluit van een bestuursorgaan. Conflicten die aanleiding vormen voor bezwaar of beroep kunnen echter over meer – soms zelfs over iets heel anders – gaan dan over de juistheid van een overheidsbesluit.<sup>2</sup> Bij het behandelen van bezwaar- en beroepschriften door bestuur en rechter blijft de aandacht vaak beperkt tot de vraag of het bestreden besluit rechtmatig is. Een duidelijk antwoord op die vraag betekent niet noodzakelijk dat ook het conflict is opgelost dat aanleiding was voor het starten van de procedure.

De afgelopen jaren zijn er allerlei pogingen ondernomen om de effectiviteit van bezwaar- en beroepsprocedures als instrument ter oplossing van conflicten met de overheid te vergroten. In bezwaar kennen we de 'Informeel aanpak',<sup>3</sup> in beroep de 'Nieuwe zaaksbehandeling'.<sup>4</sup> Beide zijn er op gericht om, voordat de vraag naar de juistheid van het bestreden besluit aan de orde is, met partijen te bespreken of hun conflict verder strekt dan dat besluit en zo ja, wat er nodig is om het op te lossen en in hoeverre bestuur of rechter daaraan kan bijdragen. Zowel de Informeel aanpak als de Nieuwe zaaksbehandeling wordt toegepast met gebruik van het bestaande, in de Awb neergelegde instrumentarium.

Behalve voor bezwaar en beroep is er ook aandacht voor de procedures van besluitvorming die daaraan vooraf gaan. Kunnen die zo worden ingericht dat ze zo weinig mogelijk tot bezwaar en beroep leiden? Voorkomen is immers beter dan genezen. Het toverwoord lijkt hier communicatie.<sup>5</sup> Bestuursorganen proberen – in de wetenschap dat bezwaar nogal eens berust op een misverstand over de inhoud van een besluit of op een verkeerde inschatting van de mogelijkheid het besluit van tafel te krijgen – door uitleg over het voorgenomen besluit, te voorkomen dat daar bezwaar of beroep tegen wordt ingesteld. Ook dit vindt plaats binnen de kaders van de Awb.

2. Kan de in consultatie gebrachte Wet bevordering mediation er toe leiden dat bezwaar- en beroepsprocedures in het bestuursrecht vaker dan nu het geval is tot een voor partijen acceptabele uitkomst leiden, of – beter nog – worden voorkomen?<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Kars de Graaf, Bert Marseille en Hanna Tolsma zijn werkzaam bij de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

<sup>2</sup> D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2011.

<sup>3</sup> M. Herweijer & L.J.R. Lunsing, *Hoe beleven burgers de bezwaarprocedure?*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2011; *Professioneel behandelen van bezwaarschriften*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, zie: <http://prettigcontactmetdeoverheid.nl/bibliotheek/549>.

<sup>4</sup> Zie voor een recent overzicht: H.B. van Soest-Bosch, 'De Nieuwe Zaaksbehandeling, waar staan we nu?', *JBplus* 2016, p. 96-108.

<sup>5</sup> *Professioneel behandelen van bezwaarschriften*, p. 34-41.

<sup>6</sup> Het ontwerp bouwt voort op het initiatief wetsvoorstel dat het toenmalige Tweede kamerlid Van der Steur in 2013 indiende. Zie: Kamerstukken II 2013/14, 33727. Zie daarover onder meer: D. Allewijn, 'Prettig contact bij de mediator. Beschouwingen over het conflicthanteringspalet en de plaats van mediation daarin', in: A.T. Marseille & L. van der Velden, *Vertrouwen verdient. Verdient vertrouwen*, Den Haag, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2014, p. 16-28, Rens Koenraad, 'Ruimte voor mediation', *NJB* 2014/523, p. 651-652, A.T. Marseille, 'Het voorstel voor de wet bevordering mediation in het bestuursrecht kan nog wel wat denkwerk gebruiken', *JBplus* 2014, p. 194-200, R.J.N. Schlössels, 'Juridisering van informaliteit', *Gst.* 2104/18, A.G. Wennekes, 'Alternatieve geschillenbeslechting in het bestuursrecht', *Gst.* 2014/27.

Van belang voor de bestuursrechtelijke besluitvormings-, bezwaar- en beroepsprocedures is artikel 32 van het in consultatie gebrachte wetsvoorstel. Dat bevat een aantal wijzigingen van de Awb. Die beogen allereerst te voorkomen dat besluitvorming tot conflicten leidt. Daarnaast vormen ze een aanmoediging voor bestuur en rechter om in bezwaar- en beroepsprocedures verder te kijken dan naar de rechtmatigheid van het bestreden besluit. Bestuur en rechter wordt daartoe een aantal bevoegdheden verschaft en verplichtingen opgelegd.

Voor zowel de procedure ter voorbereiding van besluiten als die van bezwaar en beroep geldt dat bestuur en rechter *verplicht* zijn te proberen geschillen te voorkomen, dan wel de oplossing ervan te bevorderen. Het bestuursorgaan (in bezwaar) en de rechter (in beroep) hebben tevens de *bevoegdheid* partijen uit te nodigen aan mediation deel te nemen. De verplichtingen en bevoegdheden kunnen als volgt schematisch in beeld worden gebracht.

	<i>Besluitvorming</i>	<i>Bezwaar</i>	<i>Beroep</i>
<i>Verplichtingen</i>	(Art. 2:4a lid 1 Awb) Het bestuursorgaan spant zich in geschillen te voorkomen door: - vroegtijdige communicatie - actieve communicatie	(Art. 7:1b lid 1 Awb) Het bestuursorgaan bevordert:  - een goede communicatie met de indiener van het bezwaarschrift	(Art. 8:41a lid 1 Awb) De bestuursrechter onderzoekt:  - de mogelijkheid van een rechtmatige minnelijke oplossing
<i>Bevoegdheden</i>		(Art. 7:3a lid 2 Awb) Het bestuursorgaan kan belanghebbenden:  - in de gelegenheid stellen om deel te nemen aan mediation	(Art. 8:41a lid 2 Awb) De bestuursrechter kan partijen:  - in de gelegenheid stellen om deel te nemen aan mediation, indien hem dit gelet op de aard van het geschil geraden voorkomt

Het eerste wat opvalt als de verschillende verplichtingen en bevoegdheden naast elkaar worden geplaatst, is de inconsistentie van het geheel.

De inconsistentie betreft in de eerste plaats de *verplichtingen*. Bij de voorbereiding van het besluit moet het bestuur zich ‘inspannen’ om ‘geschillen te voorkomen’ door ‘vroegtijdige’ en ‘actieve’ communicatie. In bezwaar moet het bestuur ‘bevorderen’ dat sprake is van ‘goede’ communicatie met de indiener. In beroep moet de rechter ‘onderzoeken’ of een ‘rechtmatige minnelijke oplossing’ mogelijk is. Wat is het verschil tussen een ‘actieve’ en ‘vroegtijdige’ communicatie (bij de voorbereiding van een besluit) en een ‘goede’ communicatie (in bezwaar)? Waarom richt de verplichting van het bestuur in bezwaar zich alleen tot de ‘indiener’ en in beroep tot ‘partijen’? En wat is – om af te sluiten met de meest verbazingwekkende inconsistentie – de reden dat het bestuur in bezwaar niet verplicht is te onderzoeken of een ‘rechtmatige minnelijke oplossing’ mogelijk is, en de rechter in beroep wel? Onderzoeken of zo’n oplossing mogelijk is, is toch de kern van het behandelen van bezwaren?<sup>7</sup>

Dan de *bevoegdheden*. Het voorstel noemt wel dat bestuur en rechter tijdens de bezwaar- en beroepsprocedure mediation kunnen aanbieden, maar niet dat het bestuur dat ook bij de voorbereiding van een besluit kan doen. Waarom niet? Ook bij de voorbereiding van een besluit kan sprake zijn van een conflict tussen het bestuur en een of meer burgers. Mediation kan bijdragen aan de oplossing daarvan en kan zodoende leiden tot een besluit waar geen bezwaar of beroep tegen wordt ingesteld. Daarnaast valt op dat de rechter een mediationaanbod kan doen als ‘hem dit gelet op de aard van het geschil geraden voorkomt’, maar dat dit criterium bij de bevoegdheid van het bestuur in bezwaar ontbreekt. Zit daar een gedachte achter? Dat kan bijna niet anders, zij het dat het niet blijkt uit de toelich-

<sup>7</sup> MvT, *PG Awb I*, p. 329. Zie voorts: M. Scheltema, ‘Inleiding’, in: Marseille & Van der Velden 2014.

ting op het wetsvoorstel. Hoe dan ook, voor de inhoud van de bevoegdheid maakt het geen verschil, want ongeacht de toevoeging zal een aanbod alleen worden gedaan als het bestuur of de rechter dat, gelet op de aard van het geschil, geraden voorkomt.

Los van het feit dat het in consultatie gebrachte voorstel is behept met een aantal onverklaarbare inconsistenties, valt op dat het niets bevat wat bestuur en rechter niet al mochten, en maar weinig waar ze niet reeds toe verplicht waren. De bevoegdheid om partijen in de gelegenheid te stellen aan mediation deel te nemen, hebben bestuur en rechter ook nu al. De verplichting van het bestuur zich in te spannen geschillen te voorkomen en om, mocht het toch tot een geschil komen, op een goede manier met de bezwaarmaker te communiceren (en trouwens ook de in het wetsvoorstel ontbrekende verplichting te onderzoeken of een minnelijke oplossing mogelijk is), kan ook al uit artikel 3:2 Awb worden afgeleid.<sup>8</sup>

Een uitzondering vormt het nieuwe artikel 8:41a Awb, dat de rechter verplicht te onderzoeken of een rechtmatige minnelijke oplossing mogelijk is. Dat gaat verder dan het huidige (en tot artikel 8:41b te vernummeren) artikel 8:41a Awb, dat de rechter opdraagt het geschil zo veel mogelijk definitief te beslechten. Het gaat bovendien verder dan het civiele procesrecht, waar slechts sprake is van een bevoegdheid van de rechter, neergelegd in artikel 87 Rv, een comparitie te gelasten om een schikking te beproeven. Het wetsvoorstel voorziet op dit punt niet in een wijziging van artikel 87 Rv. Wordt het voorstel wet, dan staat het de civiele rechter vrij te zoeken naar een schikking in het geschil en is de bestuursrechter verplicht een *rechtmatige* minnelijke oplossing te onderzoeken. Opmerkelijk is trouwens ook de keuze voor de term 'minnelijke oplossing' in de Awb, terwijl Rv de term 'schikking' gebruikt.

Sinds de Nieuwe zaaksbehandeling in de bestuursrechtspraak haar intrede heeft gedaan, geldt onderzoek naar een minnelijke oplossing als *best practice*. Uit onderzoek blijkt echter dat een ruime meerderheid van de bestuursrechters daar niet naar handelt. In minder dan een kwart van de zittingen onderzoekt de bestuursrechter of een rechtmatige minnelijke oplossing mogelijk is.<sup>9</sup> De redenen waarom rechters dat niet doen, verschillen. Sommige rechters vinden dat het niet hun taak is, andere maken per zaak een inschatting van het nut van zo'n exercitie.<sup>10</sup> De resultaten van het onderzoek naar de Nieuwe zaaksbehandeling doen overigens vermoeden dat de bestuursrechter wel wat minder terughoudend mag zijn. In bijna de helft van de beroepszaken waar burgers met een gemachtigde procederen, vinden die dat het in de betreffende zaak om meer gaat dan alleen om een juridisch geschil over de rechtmatigheid van het bestreden besluit.<sup>11</sup> Zo bezien kan de bestuursrechter nog wel enige aanmoediging gebruiken. Het voorgestelde artikel 8:41a lid 1 Awb gaat echter ver. De daarin opgenomen verplichting zorgt voor een fundamentele verandering van de taak van de bestuursrechter. Uit de toelichting op het voorstel blijkt niet dat de regering zich daar bewust van is .

3. Als het voorstel wet wordt, zal dan het aantal conflicten tussen overheid en burger verminderen en een groter deel van de conflicten naar bevrediging worden opgelost? Dat zou kunnen, maar alleen als de aan de Awb toe te voegen bepalingen er toe leiden dat bestuur en rechter iets gaan doen wat ze zonder die bepalingen hadden nagelaten.

---

<sup>8</sup> H.D. Tolsma, *Bemiddelend bestuur* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2008.

<sup>9</sup> A.T. Marseille e.a., *De praktijk van de nieuwe zaaksbehandeling bij de bestuursrechter*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015, <http://prettigcontactmetdeoverheid.nl/sites/default/files/documenten/BZK%20NZB%20Rapport%20pdf.pdf>, p. 90-91.

<sup>10</sup> Marseille e.a., p. 43-48.

<sup>11</sup> Marseille e.a., p. 116-117.

Van de bevoegdheid om mediation aan te bieden valt niet veel te verwachten. In het afgelopen decennium was te zien dat mediation van grote waarde kan zijn, maar in veel gevallen een te zwaar middel is ter oplossing van conflicten tussen overheid en burger.<sup>12</sup> Informeel contact met de bezwaarmaker, direct nadat bezwaar is gemaakt, biedt in veel gevallen soelaas.<sup>13</sup> Het is onbekend of sprake is van onderbenutting van mediation in het kader van het behandelen van bezwaren. Mocht dat al het geval zijn, dan is het de vraag of het enkele feit dat de wet straks vermeldt dat het bestuur iets is toegestaan wat het nu ook al mag, er aan bijdraagt dat aan die onderbenutting een eind komt.

Voor wat de verplichtingen betreft valt op dat die van het bestuur een stuk vrijblijvender zijn dan die van de rechter. Het bestuur wordt opgedragen 'vroegtijdig', 'goed' en 'actief' te communiceren, de rechter om te onderzoeken of een rechtmatige minnelijke oplossing mogelijk is. Als de bestuursrechter gaat handelen naar wat de wetgever hem opdraagt, kan dat er toe leiden dat, vaker dan nu het geval is, geschillen die bij de rechter terecht komen in der minne worden beslecht. Mocht dat positieve effect zich voordoen, dan zullen bestuursrechters zich ongetwijfeld afvragen waarom die verplichting niet ook is opgelegd aan bestuursorganen die bezwaren behandelen. Het ligt dan ook meer voor de hand te beginnen bij het bestuur en voor de bezwaarprocedure te bepalen dat het bestuursorgaan de mogelijkheid van een minnelijke oplossing onderzoekt. Afhankelijk van wat dat oplevert en hoe de discussie over de taak van de bestuursrechter zich ontwikkelt, kan dan later alsnog worden beslist of het een goed idee is ook de bestuursrechter daartoe te verplichten.

4. Concluderend kunnen we stellen dat het in consultatie gebrachte wetsvoorstel om de Awb te wijzigen opvallend slordig is geredigeerd en tal van (tekstuele) inconsistenties bevat. Op een punt gaat het niet ver genoeg (art. 7:1b lid 1), op een ander punt juist te ver (art. 8:41a lid 1). Of het veel effect zal genereren, is zeer de vraag, maar ook symboolwetgeving verdient de nodige zorg. Wat ons betreft zou er al heel wat gewonnen zijn als de verschillende bepalingen geformuleerd zouden worden zoals in het onderstaande schema is weergegeven.

	<i>Besluitvorming</i>	<i>Bezwaar</i>	<i>Beroep</i>
<i>Verplichtingen</i>	(Art. 2:4a lid 1 Awb) Het bestuursorgaan spant zich in geschillen te voorkomen door vroegtijdige en actieve communicatie	(Art. 7:1b lid 1 Awb) Het bestuursorgaan onderzoekt de mogelijkheid van een minnelijke oplossing	
<i>Bevoegdheden</i>			(Art. 8:41a lid 1 Awb) De bestuursrechter kan partijen oproepen ter zitting om de mogelijkheid van een minnelijke oplossing te onderzoeken
	(Art. 2:4a lid 2 Awb) Het bestuursorgaan kan belanghebbenden in de gelegenheid stellen om deel te nemen aan mediation	(Art. 7:3a lid 2 Awb) Het bestuursorgaan kan belanghebbenden in de gelegenheid stellen om deel te nemen aan mediation	(Art. 8:41a lid 2 Awb) De bestuursrechter kan belanghebbenden in de gelegenheid stellen om deel te nemen aan mediation

<sup>12</sup> Uit een onder auspiciën van onder meer de VNG uitgevoerd onderzoek (J. Slooijer, *De stand van mediation anno 2012/2013*,

[http://mediatorsfederatienederland.nl/content/uploads/sites/2/2014/05/Stand\\_van\\_mediation\\_bij\\_gemeenten\\_anno\\_2012\\_2013.pdf](http://mediatorsfederatienederland.nl/content/uploads/sites/2/2014/05/Stand_van_mediation_bij_gemeenten_anno_2012_2013.pdf)) over het gebruik van mediation door gemeenten, komt naar voren dat de toepassing van daarvan uiterst beperkt is (zie p. 7 van het onderzoeksrapport). Zie ook reeds: K.J. de Graaf, M. Herweijer & A.T. Marseille, *Mediation in bezwaar; evaluatie mediationproject Provincie Overijssel*, Groningen: Vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde 2003.

<sup>13</sup> Lynn van der Velden, Caroline Koetsenruijter & Martin Euwema, *Prettig contact met de overheid 2, Eindrapportage pionierstraject mediationvaardigheden; resultaten, analyses & aanbevelingen*, Den Haag, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2010.