

9 Geschi- en conflictbeslechting in het bestuursrecht

*Lukas van den Berge en Paulien Willemsen**

1 INLEIDING

Recht en verandering zijn inniger verbonden dan Vroom & Dreesmann, aldus Hans Nieuwenhuis in een tijd waarin dat warenhuis nog floreerde in de Nederlandse winkelstraten.¹ Ook de bestuursrechtspraak staat natuurlijk nooit stil. Integendeel: nieuwe ontwikkelingen volgen elkaar in hoog tempo op. Ook sinds de uniformering van het bestuursrecht met de komst van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in 1994 is het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming steeds volop in beweging gebleven. In deze bijdrage bespreken we de belangrijkste veranderingen en schetsen we de ideeën die daaraan ten grondslag liggen. Bovendien gaan we in op enkele vormen van buitengerechtelijke geschil- en conflictoplossing zoals die in bestuursrechtelijke kwesties gestalte kunnen krijgen.

De opbouw van onze bijdrage is als volgt. Eerst zetten we uiteen hoe het klassieke, op algemene rechtmatigheidscontrole georiënteerde bestuursproces zich vanaf de invoering van de Awb steeds verder ontwikkelde tot een procedure die primair is gericht op de beslechting van het geschil dat de direct betrokken partijen verdeeld houdt. Bestuursrechtjuristen spreken in dit verband wel van een ontwikkeling 'van toetsing naar geschilbeslechting' (par. 2). Daarna bespreken we een meer recente tendens waarbij de bestuursrechtspraak zich meer dan voorheen is gaan oriënteren op het materiële conflict zoals dat soms achter het juridische geschil schuil gaat. In dat verband wordt wel gesproken van een ontwikkeling 'van geschilbeslechting naar conflictoplossing' (par. 3). Vervolgens komt aan de orde hoe deze ontwikkelingen zich verhouden tot buitengerechtelijke geschil- en conflictoplossing (par.4). We sluiten af met een conclusie.

* Mr. dr. L. van den Berge is universitair docent rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht. Mr. dr. P.A. Willemsen is universitair docent bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en advocaat bij LNW advocaten en mediators in Gorinchem.

¹ J.H. Nieuwenhuis, 'Aansprakelijkheid in drievoud', in: *Recht en verandering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 49.

2 DE TAAK VAN DE BESTUURSRECHTER: VAN TOETSING NAAR GESCHILBESLECHTING

In de bestuursrechtswetenschap wordt onderscheid gemaakt tussen twee ideaaltypische modellen van bestuursrechtspraak: het *recours objectif* en het *recours subjectif*.² Terwijl het objectieve model zich richt op de handhaving van het recht in het algemeen, gaat het bij het subjectieve model om de vaststelling van rechten en plichten van concrete rechtzoekenden. Onder de Algemene wet bestuursrecht vertoont de bestuursrechtspraak een duidelijke tendens tot subjectivering, waarbij objectieve rechtshandhaving als hoofddoel van het bestuursproces steeds meer plaatsmaakt voor de vaststelling van wederzijdse rechten en plichten van onderling strijdende partijen. Die subjectiveringstendens vergroot het geschilbeslechtend potentieel van de bestuursrechtspraak, maar houdt ook risico's in.

2.1 Het klassieke besluitenprocesrecht

De objectieve oriëntatie van het bestuursproces sprak voor J.A. Loeff – 'founding father' van de Nederlandse bestuursrechtswetenschap – nog vanzelf. De 'Staat als Rechtsstaat' vereist volgens Loeff dat de bevelen van de democratische wetgever door burgers en bestuurders steeds stipt worden nageleefd.³ Daarom pleit hij in zijn geschriften voor een inquisitoir stelsel van bestuursrechtspraak waarin de rechter tot het uiterste gaat om de rechtsorde te vrijwaren van onrechtmatigheden. Rechtzoekenden fungeren slechts als 'onbezoldigd rijksverklikkers', de rechter informierend over een verstoring van de objectieve juridische orde.⁴ Van een partijenproces is geen sprake. Loeffs ideale bestuursrechter is *grensbewaker*, geen *scheidsrechter*.⁵ Zijn optreden is niet primair gericht op het beslechten van

² Zie voor een klassieke beschrijving van deze aan de Franse doctrine ontleende typologie onder meer J. Vincent, *La justice et ses institutions*, Parijs: Dalloz 1982, p. 747: 'On constate en effet que la matière contentieuse se développe autour de deux pôles distincts. Tantôt l'action tend à assurer le respect de la légalité abstraite, tantôt elle vise la protection des droits individuels 10. des particuliers. (...) On parle dans le premier cas de contentieux objectif; (...) dans le second cas, le contentieux est dit subjectif parce qu'il concerne des prérogatives personnelles du sujet de droit, l'individu.'

³ J.A. Loeff, *Publiekrecht tegenover privaatrecht* (diss. Leiden), Leiden: Ijdo 1887, p. 78.

⁴ N. Verheij, 'Een klantvriendelijke rechter', in: J.B.J.M. Ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 136.

⁵ Zie in deze zin ook H.D. van Wijk, *Voortgaande terugred* (oratie Amsterdam VU), Alphen aan den Rijn: Samsom 1959.

geschillen en conflicten, maar op het bewaken van de juridische grenzen waaraan bestuurlijk handelen gebonden is.⁶

Loeffs ontwerp voor een stelsel van onafhankelijke bestuursrechtspraak is nooit verwezenlijkt, maar de notie van de bestuursrechter als objectieve rechtshandhaver kwam uiteindelijk duidelijk tot uitdrukking in de verschillende algemene stelsels van bestuursrechtelijke rechtsbescherming zoals die in de naoorlogse jaren langzamerhand gestalte kregen. Als het centrale toetsingsobject werd daarbij gekozen voor het bestuursbesluit, begrepen als 'de wilsverklaring van een bestuursorgaan voor een bijzonder geval, gericht op het scheppen van een nieuwe, het wijzigen of het opheffen van een bestaande rechtsverhouding'.⁷ Feitelijke handelingen, zo luidde de achterliggende gedachte, kan in beginsel iedereen verrichten, maar alleen het bestuur is in staat tot het nemen van beslissingen die op eenzijdige wijze andermans rechtspositie bepalen. Daarom zou het logisch zijn de bestuursrechtspraak op dergelijk 'typisch overheidshandelen' toe te snijden en overig bestuurshandelen onder de rechtsmacht te laten vallen van de burgerlijke rechter. Aldus zag het klassieke besluitenbestuursprocesrecht het licht: een vorm van bestuursrechtspraak die in de kern gericht is op de objectieve rechtmatigheidscontrole van bestuursbesluiten.⁸

2.2 De Algemene wet bestuursrecht: tweepolig procesrecht

Reflecterend op de kernstructuur van de Algemene wet bestuursrecht stelt de wetgever in de memorie van toelichting bij die wet dat 'het handhaven van het objectieve publiekrecht' niet langer het hoofddoel van het stelsel van bestuursrechtspraak kan zijn.⁹ Een belangrijk theoretisch uitgangspunt is voor de Awb-wetgever dat er tussen bestuur en burger een op ongeschreven rechtsbeginselen berustende rechtsbetrekking bestaat die onder meer met zich brengt dat het bestuur 'rekening dient te houden met de belangen van de bij de besluitvorming betrokken burger zoals die burger deze zelf ziet'. Ook voor de burger zelf blijft het nieuwe relationele denken niet geheel zonder consequenties. Voortaan, aldus de wetgever, geldt de betrekking tussen de overheid en de burger als 'een rechtsbetrekking

⁶ Zie voor de intellectuele wortels van het objectieve Nederlandse bestuursprocesrecht verder onder meer L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, hoofdstuk 4.

⁷ C.W. van der Pot, 'De vormen van het besturen', in: C.W. van der Pot e.a. (red.), *Nederlandsch bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1932, p. 204.

⁸ Zie ook de omschrijving van het klassieke besluitenprocesrecht in: B.J. van Ettekoven & A.T. Marseille, 'Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?', in: *Afscheid van de klassieke procedure? Preadviezen*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2017-I, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 142-150.

⁹ *Kamerstukken II 1991/92*, 22495, nr. 3, p. 34.

waarin beide partijen in een wederkerige relatie staan, zodat zij rekening moeten houden met de positie en de belangen van de andere partij'.¹⁰

In het licht van de nieuwe, deels op wederzijdse rechten en plichten geënte oriëntatie van het bestuursprocesrecht werd het voorheen goeddeels 'objectieve' stelsel van bestuursrechtspraak bij de inwerkingtreding van de Awb verrijkt met tal van 'subjectieve' elementen. Daarbij valt onder meer te denken aan een flinke aanscherping van de 'omvang van het geding', waarbij werd bepaald dat de rechter voortaan uitspraak doet 'op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken (...) en het onderzoek ter zitting' en de 'petita' van de rechtzoekende derhalve in beginsel niet overschrijdt (art. 8:69 Awb). Daarnaast werden de uitspraakmogelijkheden van de rechter verruimd, waarbij hij in bepaalde gevallen de mogelijkheid kreeg om geheel of gedeeltelijk zelf in de zaak te voorzien, zodat de nadelen van het 'vernietigen-en-opnieuw-voorzien' werden teruggedrongen (art. 8:72 Awb). Een belangrijke 'relativering' van het oude, op objectieve rechtmatigheid gerichte stelsel was bovendien gelegen in art. 6:22 Awb, waarin werd bepaald dat aangevallen besluiten 'ondanks schending van een vormvoorschrift (...) in stand [kunnen] worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld'.¹¹

Aan de objectieve kern van het bestuursprocesrecht werd evenwel vastgehouden. Weliswaar sluit de wetgever een 'wezenlijk andere benadering' van het bestuursprocesrecht 'op termijn' niet uit. Daarbij denkt hij onder meer aan een verdergaande convergentie tussen bestuursprocesrecht en burgerlijk procesrecht, waarbij niet 'rechtmatigheidstoetsing ex tunc van een besluit', maar de 'rechtsbetrekking ex nunc' de inzet van de procedure zou worden. Gezien het bescheiden, voornamelijk codificerende en harmoniserende doel van de Awb acht de wetgever het voor een dergelijke rigoureuze koerswijziging evenwel 'thans nog te vroeg'.¹² Op die manier ontstond een 'tweepolig' procesrecht dat duidelijk op twee gedachten hinkt.¹³ Enerzijds berusten de subjectiverende elementen op het uitgangspunt dat het stelsel zich primair dient te oriënteren op het rechtsgeschil *inter partes*, waarbij het geschil mede wordt gezien tegen de achtergrond van de concrete verhoudingen waarin de partijen onderling zijn verwekt. Anderzijds wordt de grondstructuur van het bestuursproces nog

¹⁰ Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 12.

¹¹ Vgl. o.a. D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2011, p. 48-52; J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 26 e.v.; Van Ettekoven & Marseille 2017, p. 150-160.

¹² Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 34-35.

¹³ Zie verder o.a. M. Schreuder-Vlasblom, 'Tweepolig procesrecht. Over de aanvulling van rechtsgronden en feiten in het geding volgens het procesrecht van de Awb', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom 2010, p. 411 e.v.

steeds bepaald door de rechtmatigheidscontrole van overheidsbesluiten *erga omnes*.

2.3 Tweepartijen- en meerpartijenbestuursrecht

Vooraf in het financiële en sociale bestuursrecht wordt die objectieve grondstructuur steeds vaker als knellend rudiment beschouwd. Op die terreinen is in materiële zin vaak sprake van een geschil waarbij slechts twee partijen direct betrokken zijn. Daarom worden het financiële en sociale bestuursrecht wel gerekend tot het 'tweepartijenbestuursrecht'. Daartegenover staat het 'ordenend bestuursrecht', waarvan het omgevingsrecht een goed voorbeeld is. In het ordenend bestuursrecht is vaak sprake van geschillen waarbij meerdere partijen direct betrokken zijn; daarom wordt ook wel gesproken van het 'meerpartijenbestuursrecht'. Subjectivering van het bestuursrecht is in het tweepartijenbestuursrecht beduidend beter op haar plaats dan in het meerpartijenbestuursrecht, waar de toetsing van besluiten aan objectieve rechtmatigheid een belangrijke functie kan vervullen in de bescherming van de rechtspositie van derdenbelanghebbenden. Zo pleit Damen al jaren voor een stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming dat niet langer uitgaat van een uniforme logica ('one size fits none'), maar voortaan rekening houdt met de eigen aard van bestuursrechtelijke geschillen op verschillende, dan wel tot het tweepartijen- of het meerpartijenbestuursrecht behorende terreinen.¹⁴

2.4 Zoektocht naar effectiviteit en finaliteit

Hoe dan ook kleven aan het abstracte, op algemene rechtshandhaving gerichte kern van het bestuursprocesrecht de nodige nadelen. Daarbij wordt vaak gewezen op het geringe 'geschilbeslechtende' en 'finaliserende' vermogen waarvan het klassieke besluitenprocesrecht soms getuigt. Alom gevreesd is onder meer het 'vernietigen en opnieuw voorzien' waartoe het klassieke vernietigingsberoep kan leiden. Wanneer het bestuur na vernietiging van een besluit wegens een formeel gebrek inhoudelijk hetzelfde besluit neemt, zijn de betrokken partijen in feite weer terug bij af en begint de cyclus eventueel opnieuw.¹⁵ Een ander probleem is de 'versnippering' van het rechtsconflict waartoe het klassieke model soms aanleiding geeft. De formele beperking van de rechtsmacht van de bestuursrechter tot be-

¹⁴ L.J.A. Damen, 'Op naar 2GST in het bestuursrecht', *NTB* 2020, afl. 1, p. 3-18.

¹⁵ Zie o.a. B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien. Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 7 e.v.; J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000, p. 9 e.v.; Van Ettekoven en Marseille 2017, p. 156 e.v.

stuursbesluiten maakt een 'integrale' juridische behandeling van het conflict bij dezelfde rechter vaak onmogelijk. Daarnaast creëert het besluitbegrip soms een veelheid aan rechtsbeschermingsmomenten en wordt hetzelfde materiële conflict verknipt in meerdere procedures bij de bestuursrechter zelf.¹⁶

Om dergelijke problemen te verhelpen kwam vanaf de vroege jaren 2000 een aanzienlijke zoektocht naar finaliteit en effectiviteit op gang. De aanzet tot die zoektocht werd onder meer gegeven door Jaap Polak, die in zijn Leidse oratie uit 2000 het geringe geschiloplossende vermogen van het klassieke besluitenprocesrecht ferm op de kaart zette.¹⁷ Uiteindelijk leidde die zoektocht tot de Wet bestuurlijke lus, in werking getreden op 1 januari 2010. De bestuurlijke lus houdt in dat de bestuursrechter het bestuursorgaan de gelegenheid kan geven een gebrek besluit tijdens de beroepsprocedure te herstellen, zodat de gevreesde dynamiek van het 'vernietigen en opnieuw voorzien' voortaan kan worden voorkomen. Daarnaast begonnen bestuursrechters in toenemende mate gebruik te maken van de door de Awb geboden mogelijkheden om zelf in de zaak te voorzien en de rechtsgevolgen van vernietigde besluiten zo nodig in stand te laten. Het belang van efficiënte geschilbeslechting fungeerde bovendien als belangrijke reden voor bestuursrechters om de omvang van het geding in de eindfase van de rechterlijke procedure steeds verder te beperken.¹⁸

De zoektocht naar effectieve en finale geschilbeslechting culmineerde uiteindelijk in de op 1 januari 2013 in werking getreden Wet aanpassing bestuursprocesrecht. Een belangrijke bepaling uit die wet houdt in dat de bestuursrechter het aan hem voorgelegde geschil 'zoveel mogelijk definitief' dient te beslechten. Voortaan is de definitieve beslechting van het geschil dat de partijen werkelijk verdeeld houdt dus de hoofdregel. Om het geschilbeslechtende vermogen van het bestuursprocesrecht verder te versterken, voorziet het vernieuwde stelsel bovendien in de mogelijkheid tot het meenemen van nieuwe besluiten in bestaande bezwaar- en beroepsprocedures en in de verruiming van de mogelijkheid tot het passeren van

¹⁶ Zie verder o.a. VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p.20 e.v.; B.J. Schueler, 'Aan de rechterlijke macht is opgedragen het verknippen van geschillen over publiekrecht en over schuldvorderingen', in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelmann, *De aangesproken staat*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 117 e.v.; De Poorter & De Graaf 2011, p. 84-96; F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeiemodel', in: *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 36-42.

¹⁷ Polak 2000.

¹⁸ Zie verder o.a. De Poorter & De Graaf 2011, p. 155 e.v.; B.J. Schueler, 'De grote verandering. Finaliteit in een nieuw bestuursprocesrecht', *JBPlus* 2012, afl. 2, p. 101-116.

formele gebreken. Geheel in overeenstemming met de voortaan dominante oriëntatie van het bestuursproces op concrete geschilbeslechting bevat de Wab bovendien een bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste, inhoudende dat de rechter een besluit niet vernietigt omdat het in strijd is met een rechtsnorm die 'kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept' (art. 8:69a Awb).¹⁹

De subjectivering van het bestuursprocesrecht zoals die in de Wab beslag heeft gekregen, wordt in de literatuur wisselend gewaardeerd. De versterking van het geschilbeslechtende en finaliserende vermogen van de bestuursrechtspraak wordt over het algemeen wel op prijs gesteld. Vooral op het relativiteitsvereiste en de verruimde mogelijkheden om gebreken in de besluitvorming te passeren bestaat echter ook de nodige kritiek. In de kern komen de bezwaren er meestal op neer dat het nieuwe bestuursprocesrecht de functie van objectieve rechtmatigheidscontrole te veel uit het oog verliest. Een belangrijk uitgangspunt houdt van oudsher in dat de burger onrechtmatige overheidsbesluiten die hem in zijn belang raken niet hoeft te accepteren en met succes moet kunnen aanvechten. Met al die mogelijkheden die het herziene stelsel biedt om gebrekkige overheidsbesluiten te sauveren, blijft er van dat klassieke uitgangspunt nog maar weinig over.²⁰

2.5 Schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten

Bij de ontwikkeling van toetsing naar geschilbeslechting past ook de in juli 2013 in werking getreden regeling voor een zelfstandige verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter voor schadeverzoeken bij onrechtmatige besluiten. Die regeling maakt het mogelijk om naar keuze los van of tijdens een (hoger)beroepsprocedure tegen het schadeveroorzakende besluit aan de bestuursrechter een verzoek om schadevergoeding te doen. De wetgever wilde daarmee vooral tot een praktische oplossing komen van knelpunten in de rechtspraktijk; een fundamentele wijziging van de relatie tussen bestuur, burger en rechter werd niet direct beoogd.²¹ Daarop wijst onder meer de pragmatische bevoegdheidsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter zoals deze is neergelegd in art. 8:89. Deze houdt in dat de bestuursrechter exclusief bevoegd is te oordelen over schadeverzoeken op het terrein van het ambtenarenrecht, het socialezeker-

¹⁹ Zie verder o.a. L. van den Berge, "Rechtmatig tegenover den een, onrechtmatig tegenover den ander". Relativiteit in privaat- en bestuursrecht', *RM Themis* 2017, afl. 2, p. 43-55, met verdere verwijzingen.

²⁰ Zie o.a. de kritische bespreking in T. Barkhuysen & M. Claessens, 'Naar een "slagvaardiger bestuursrecht" met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht?', *Ars Aequi* 2012, afl. 2, p. 83-93.

²¹ Zie o.a. Schueler 2010, met verdere verwijzingen.

heidsrecht, het belastingrecht en het vreemdelingenrecht. Voor schadeverzoeken op de overige terreinen van het bestuursrecht is de bestuursrechter alleen bevoegd als het verzoek om schadevergoeding ten hoogste € 25.000,- bedraagt. Hoe dan ook is de komst van de nieuwe verzoekschrift-procedure een stap in een ontwikkeling waarbij de taak van de bestuursrechter primair bestaat uit rechtsvaststelling *inter partes* en niet langer uit de toetsing van besluiten op rechtmatigheid *erga omnes*.²²

3 VAN GESCHILBESLECHTING NAAR CONFLICTOPLOSSING

3.1 Mediation

De mogelijkheid van mediation in het bestuursrecht is al jaren onderwerp van debat. Vanwege de gebondenheid van het bestuur aan het onverdeelde algemeen belang werd mediation tot voor kort als wezensvreemd aan het bestuursrecht beschouwd. In de vroege jaren 2000 kwam daar verandering in. ‘Mediation in het bestuursrecht: het kan, het mag en het werkt’, aldus M.A. Pach in een geruchtmakend preadvies voor de Vereniging voor bestuursrecht uit 2001.²³ Vandaag de dag vindt mediation zo nu en dan wel plaats, maar van een rol van betekenis – althans in kwantitatieve zin – is nog niet echt sprake.²⁴ Wellicht komt daar binnenkort verandering in. Van de kant van de wetgever valt te wijzen op verschillende initiatieven om mediation verder te stimuleren en in het bestuursrecht een wettelijk verankerde plaats wil geven. Een initiatiefvoorstel van Tweede Kamerlid Van der Steur op dit punt werd in 2013 ingediend en in 2015 weer ingetrokken. Een conceptvoorstel dat Van der Steur uiteindelijk als minister in consultatie bracht, ontmoette zo veel kritiek dat het voortijdig werd afgeschoten. Onder auspiciën van Minister voor Rechtsbescherming Sander Dekker is inmiddels een derde wetsvoorstel in de maak.²⁵

3.2 De Nieuwe zaaksbehandeling

3.2.1 De nieuwe aanpak

Van meer betekenis is vooral nog de opkomst van aan mediation ontleende technieken zoals die gestalte kreeg in de bestuursrechtspraak zelf. Dergelijke technieken vonden met name ingang in het kader van een rech-

²² Zie in deze zin ook Van den Berge 2016, p. 218-220.

²³ M.A. Pach, ‘Mediation in het bestuursrecht: het kan, het mag en het werkt’, in: *Alternatieven van en voor de bestuursrechter* (VAR-reeks 126), Den Haag 2001, p. 99-143.

²⁴ Zie ook Van Etekoven & Marseille 2017, p. 199-200.

²⁵ Een recent overzicht van de stand van zaken is te vinden in D. Allewijn, ‘Een Nederlandse mediationwet: poging 4’, *Ars Aequi* 2020, afl. 12, p. 1127-1131.

terlijk vernieuwingsprogramma dat bekendstaat als de Nieuwe zaaksbehandeling (Nzb). Dat programma ontstond als initiatief van de bestuursrechters van een aantal rechtbanken die tegemoet wilden komen aan de kritiek op de bestuursrechtspraak zoals die naar voren kwam in de derde evaluatie van de Awb.²⁶ Die kritiek hield onder meer in dat de bestuursrechtspraak vaak te weinig bijdraagt aan het materiële conflict dat partijen hebben. Daarnaast kwam uit de evaluatie naar voren dat het stelsel van bestuursrechtspraak te weinig recht doet aan de brede variëteit van zaken die door de bestuursrechter behandeld worden. Of het nu gaat om een ingewikkelde zaak waarin de emoties hoog oplopen of een betrekkelijk eenvoudige zaak die gebaat is bij een snel juridisch antwoord: in de 'oude zaaksbehandeling' past de bestuursrechter steeds dezelfde uniforme procedure toe. Het is precies die praktijk van 'one size fits none' die door de evaluatiecommissie sterk werd bekritiseerd.

In antwoord op die kritiek spitst de Nzb zich vooral toe op zaaksdifferentiatie en op een betere aansluiting van de juridische procedure op het conflict dat de partijen werkelijk verdeeld houdt. In de nieuwe aanpak wordt de zaak al in de eerste fase van het proces mondeling ter zitting behandeld. Daarbij beperkt de rechter zich niet tot het juridische geschil, maar tracht hij ook te achterhalen wat de partijen werkelijk verdeeld houdt. Aan het begin van de zitting concentreert de rechter zich niet meteen op allerlei technisch-juridische ins en outs, maar gaat hij actief na met welke belangen de partijen nu eigenlijk voor hem verschijnen. Hoewel de rechter zijn regierol niet uit de weg gaat, laat hij – voor zover dat mogelijk is natuurlijk – ook ruimte voor co-regie door de partijen zelf. In zaken die zich daarvoor lenen, bespreekt de rechter met de partijen welke alternatieve oplossingen voor hun problemen mogelijk zijn en scheidt hij eventueel de condities waaronder de partijen hun conflict buiten de rechtszaal om tot een einde kunnen brengen. Pas in tweede instantie volgt de behandeling van de juridische merites van de zaak.²⁷

In 2018 werd de Nzb als programma afgesloten en werd de nieuwe werkwijze opgenomen in de Professionele standaarden voor de bestuursrechter. Dat betekent niet dat de Nzb-aanpak nu door iedere rechter en door iedere rechtbank even enthousiast wordt omarmd. In zijn proefschrift over de nieuwe benadering uit 2019 signaleert André Verburg enkele knelpunten die een succesvolle implementatie van de Nzb-methode zo nu en dan in de weg staan. In de praktijk, zo schrijft hij onder meer, zijn niet alle rechters even overtuigd van het nut en de noodzaak tot een uitgebreide

²⁶ Commissie Evaluatie Awb III, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

²⁷ A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, A. Tollenaar, P. Laskewitz & C. Boxum, *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Den Haag: Ministerie van BZK 2015.

verkenning van achterliggende belangen en van het conflict dat de partijen werkelijk verdeeld houdt. Daarnaast lukt het niet altijd de gedachte van 'een procedure op maat' te combineren met een procedurele aanpak die voor de betrokkenen voldoende voorspelbaar is. Al met al, zo concludeert Verburg, is er nog een wereld te winnen bij een goede implementatie van de Nzb-aanpak zoals die vooralsnog is ontwikkeld en uitgedacht.²⁸

3.2.2 Procedurele rechtvaardigheid

Hoewel niet alle beleidsdocumenten over de Nzb het even specifiek benoemen, is duidelijk dat de nieuwe aanpak sterk verband houdt met sociaalpsychologische inzichten over 'procedurele rechtvaardigheid' zoals die de laatste jaren steeds sterker tot de rechtswetenschap en de juridische praktijk zijn doorgedrongen. Waar *distributieve* rechtvaardigheid betrekking heeft op de uitkomsten – in de zin van rechten of goederen – die aan mensen worden toebedeeld, heeft *procedurele* rechtvaardigheid betrekking op de wijze waarop mensen bij die verdeling – nog los van de uitkomsten – worden behandeld. Het belang van procedurele rechtvaardigheid, zo wordt vaak benadrukt, is niet alleen gelegen in het belang van rechtvaardige procedures op zichzelf, maar vooral ook in de ondersteuning van het gezag van politieke en juridische instituties meer in het algemeen. Een stabiele, niet op dwang berustende rechtsorde staat of valt natuurlijk bij het gezag van instituties dat door burgers als vanzelfsprekend wordt erkend. Meer aandacht voor de wijze waarop rechtssubjecten de concrete omgang met gezagsdragers ervaren, zou cruciaal zijn om die vanzelfsprekende erkenning in stand te houden.²⁹

Tegen die achtergrond hebben sociaalpsychologen de juridische discussie de laatste jaren verrijkt met termen als *voice*, *process control*, *due consideration* en *face*.³⁰ Kort gezegd verwijzen die begrippen respectievelijk naar de mate waarin burgers zich in een bepaalde procedure gehoord, gekend, serieus genomen en respectvol bejegend voelen. Niet 'als een dossiertje, een nummertje', zoals Verburg het uitdrukt, maar als gewaardeerd medeburger en volwaardig lid van de samenleving.³¹ Verschillende van die elementen zijn in de Nzb-aanpak duidelijk herkenbaar. In de nieuwe opzet kunnen de partijen, als het goed is, zeggen wat zij daadwerkelijk van belang vinden (*voice*) en laat de rechter ook duidelijk merken dat hij daar

²⁸ D.A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans: bejegening, beslechting en bewijs* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 106 e.v.; zie in soortgelijke zin ook: Van Ettekoven & Marseille 2017, p. 201-205.

²⁹ K. van den Bos & L. van der Velden, *Prettig Contact met de Overheid 4. Legitimiteit van de overheid, aanvaarding van overheidsbesluiten en ervaren procedurele rechtvaardigheid*. Den Haag: Ministerie van BZK 2013.

³⁰ Zie o.a. E.A. Lind & T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Springer 1988.

³¹ Verburg 2019, p. 39.

acht op slaat en zo mogelijk ook meeneemt bij het oplossen van de juridische puzzel waarmee hij zich geconfronteerd ziet (*due consideration*). De partijen zijn tot op zekere hoogte co-regisseur van het proces (*process control*) en worden door de rechter steeds met respect bejegend (*face*). De gedachte achter de Nzb-aanpak is onder meer dat de betrokkenen op die manier met uitkomst van de procedure zullen kunnen leven, ook als die voor hen negatief is.³²

Vanuit de rechtswetenschap heeft de Nzb tot nog toe nauwelijks kritiek ontmoet. Al vanaf het begin van het project in 2010 wordt de nieuwe werkwijze in de rechtsgeleerde literatuur begeleid door een vrij constante stroom van publicaties die de nieuwe aanpak in essentie ondersteunen en hooguit hier en daar aanbevelingen bevatten voor een betere implementatie van de achterliggende ideeën ervan in de praktijk. Toch zijn ook die ideeën zelf wel vatbaar zijn voor kritiek en discussie. De theorie van procedurele rechtvaardigheid gaat in de regel uit van een praktische gelijkstelling van *ervaren rechtvaardig* aan *rechtvaardig* overheidshandelen. Maar als het goed is, oriënteert rechtspraak zich niet alleen op de concrete belangen en behoeften van rechtzoekenden, maar geeft zij ook uitdrukking aan een algemene normatieve orde als basis van burgerlijk samenleven. Die gedachte verhoudt zich moeizaam tot met een benadering waarin de rechtvaardigheid van procedures al te eenzijdig wordt opgehangen aan de 'klanttevredenheid' van de direct-betrokkenen.³³

Een ander bezwaar tegen de theorie van procedurele rechtvaardigheid zoals die mede ten grondslag ligt aan de Nzb is machtskritisch van aard. Sociaalpsychologen begrijpen de legitimiteit van publiek gezag meestal niet als de mate waarin uitkomsten en procedures overeenkomen met eisen van democratie, gelijkheid en rechtszekerheid, maar als de kans dat mensen zich vrijwillig bij dat gezag neerleggen. Het gevaar van zo'n benadering, aldus ook sommige kritische stemmen in de internationale literatuur, kan zijn dat het concept van procedurele rechtvaardigheid wat al te eenzijdig in het licht komt te staan van de handhaving van het bestaande gezag, zonder het inhoudelijk handelen van dat gezag voldoende kritisch

³² D.A. Verburg & B.J. Schueler, 'Procedural Justice in Dutch Administrative Court Proceedings', *Utrecht Law Review* 2014, afl. 1, p. 56-72; H.A.M. Grootelaar & K. van den Bos, 'How Litigants in Dutch Courtrooms Come to Trust Judges: The Role of Perceived Procedural Justice, Outcome Favorability, and Other Socio-Legal Moderators', *Law and Society Review* 2018, p. 234-268.

³³ Zie voor soortgelijke kritiek in de context van het strafrecht o.a. V. Geeraets & W.J. Veraart, 'What Is Wrong with Empirical-Legal Research into Victimhood? A Critical Analysis of the Ordered Apology and the Victim Impact Statement', *Oxford Journal of Legal Studies* 2021, afl. 1, p. 59.

tegemoet te treden.³⁴ Tot de Nederlandse discussie over procedurele rechtvaardigheid in het bestuursrecht is dergelijke kritiek nog nauwelijks doorgedrongen. Een uitzondering is het recent verschenen VAR-preadvies van Van den Berge, die waarschuwt dat mooie, maar onvoldoende kritisch doordachte idealen van 'procedurele rechtvaardigheid' zich in de praktijk al snel kunnen ontwikkelen tot technieken die het overheidsgezag in staat stellen om inhoudelijke weerstand tegen publieke machtsuitoefening op gracieuze wijze te omzeilen.³⁵

4 DE BEZWAARFASE: JURIDISERING EN DEJURIDISERING

Behalve door rechters of andere onafhankelijke derden vindt geschil- en conflictoplossing in het bestuursrecht ook plaats onder regie van het bestuur zelf. Jaarlijks behandelen bestuursorganen ruim twee miljoen bezwaarschriften waarin burgers opkomen tegen een bepaalde beslissing.³⁶ De bezwaarprocedure zoals die vorm heeft gekregen in de Awb is bedoeld als verlengde besluitvorming. Indien het bezwaar ontvankelijk is, dient het bestuursorgaan het primair genomen besluit te heroverwegen (art. 7:11 Awb). Dat wil zeggen dat het bestuur het besluit niet alleen zal moeten toetsen aan rechtmatigheid en houdbaarheid, maar tot een volledige bestuurlijke en juridische heroverweging zal moeten komen van de wijze waarop verschillende belangen tegen elkaar zijn afgewogen. Op grond van die heroverweging neemt het bestuur uiteindelijk een beslissing op bezwaar waartegen de rechtzoekende dan in de regel in beroep zal kunnen gaan bij de bestuursrechter. Rechterlijk beroep tegen het primaire besluit is in beginsel onmogelijk.

Uit de memorie van toelichting bij de Awb komt naar voren dat de wetgever bij de behandeling van bezwaarschriften een informele en oplossingsgerichte procedure voor ogen had. Juist door de bezwaarfase niet al te zeer te laten bepalen door juridische vormen en argumenten is het in de bezwaarfase volgens de wetgever goed mogelijk bevredigende oplossingen te bereiken.³⁷ Na de inwerkingtreding van de Awb bleek echter al snel dat van een informele en oplossingsgerichte werkwijze in de bezwaarfase vaak weinig terecht kwam. Vaak, zo luidt een veelgehoorde kritiek, komt de behandeling van het bezwaarschrift in feite neer op een nogal formele

³⁴ A. Sarat, 'Authority, Anxiety, and Procedural Justice: Moving from Scientific Detachment to Critical Engagement', *Law and Society Review* 1993, p. 647- 671.

³⁵ L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht', in: *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-reeks 164), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 7-61, met name op p. 27-31. Zie in vergelijkbare zin ook P.C. Westerman, 'Naar een kritische en relevante rechtstheorie', *NJLP* 2019, afl. 2, p. 254.

³⁶ M. Herweijer & J.L. Lunsing, *Hoe beleven burgers de bezwaarprocedure*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2011, p. 6.

³⁷ *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 115-116.

procedure waarin het bestuur op zijn juridische strepen gaat staan en een bezwaaradviescommissie in feite slechts toetst of het bestreden besluit bij de bestuursrechter stand zal kunnen houden. Van een ‘volledige heroverweging’ waarbij het bestuur praktische oplossingen tracht te bereiken en behalve argumenten van rechtmatigheid ook overwegingen van bestuurlijke opportuniteit betreft, is in ieder geval vaak geen sprake.³⁸

De afgelopen jaren zijn verschillende initiatieven ontplooid om het gejuridiseerde karakter van de bezwaarfase terug te dringen. Van belang is daarbij vooral de ‘informele aanpak’ zoals die gestalte kreeg onder de bredere paraplu van Prettig Contact met de Overheid, een bestuurlijk vernieuwingsprogramma onder auspiciën van het Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties. Een belangrijk element van de informele aanpak houdt in dat een vertegenwoordiger van het bestuur zo spoedig mogelijk na de ontvangst van het bezwaarschrift persoonlijk contact opneemt met de indiener ervan en samen met hem bespreekt wat er precies aan de hand is en welke oplossingen eventueel mogelijk zijn. Het bestuur past zich daarbij informeel en oplossingsgericht op en past zo nodig aan mediation ontleende vaardigheden toe. Doel is uiteindelijk tot een passende behandeling van het bezwaar te komen en in samenspraak met burgers ook te komen tot daadwerkelijke conflictoplossing – in sommige gevallen door de bezwaarmaker tegemoet te komen en in andere gevallen door ervoor te zorgen dat hij het oorspronkelijke besluit alsnog accepteert.³⁹

Recent promoveerde Marc Wever in Groningen op een mooi empirisch-juridisch proefschrift waarin de theorie en de praktijk van de bezwaarfase onder de Awb uitputtend is onderzocht.⁴⁰ In de literatuur van de afgelopen jaren wordt de wenselijkheid van een informele en oplossingsgerichte bezwaarprocedure – liefst zoveel mogelijk intern georganiseerd en niet uitbesteed aan een externe bezwaaradviescommissie – breed onderschreven. Ook onder veel bestuurders bestaat veel enthousiasme over de informele aanpak. In de praktijk, zo constateert Wever echter op grond van empirisch onderzoek, betekent dat niet dat er aan de behandeling van bezwaarschriften door bestuursorganen veel is veranderd. Hoewel de nieuwe aanpak op papier in veel gemeenten is ingevoerd, gaan veel

³⁸ B.W.N. de Waard e.a., *Ervaringen met bezwaar: onderzoek naar de ervaringen van burgers met de bezwaarschriftprocedure uit de Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

³⁹ Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Professioneel behandelen van bezwaren. Handleiding voor het oplossingsgericht behandelen van bezwaarschriften*, Den Haag: Ministerie van BZK 2014; A. Mein & S. Marx, *Handboek oplossingsgericht werken bij bezwaar*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

⁴⁰ M. Wever, *Kwaliteit van bestuursrechtelijke bezwaarprocedures* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020.

ambtenaren bij de behandeling van bezwaarschiften in de praktijk nog altijd uiterst formeel te werk, zodat er van werkelijk oplossingsgericht werken in de praktijk nog niet heel veel terecht komt.⁴¹ In zijn dissertatie doet Wever onder meer enkele voorstellen die de voorwaarden zouden kunnen vervullen waaronder de informele aanpak beter tot zijn recht zou kunnen komen.⁴²

5 CONCLUSIE

In de dogmatiek en praktijk van geschil- en conflictoplossing in het bestuursrecht is al met al de laatste jaren heel wat veranderd – een zoveelste bewijs van de innige verbondenheid van recht en verandering. Het klassieke, sterk op algemene rechtmatigheidscontrole van overheidsbesluiten gerichte bestuursprocesrecht heeft inmiddels plaats gemaakt voor een stelsel dat zich primair richt op de effectieve en finale beslechting van bestuursrechtelijke geschillen. Bovendien is de rechterlijke behandeling van bestuursrechtelijke zaken meer in het teken komen te staan van de materiele conflicten die achter bestuursrechtelijke geschillen schuilgaan. Tot slot is meer aandacht ontstaan voor de mogelijkheden tot de beslechting en oplossing van bestuursrechtelijke geschillen en conflicten buiten de rechter om, bijvoorbeeld middels mediation of tijdens de fase van bezwaar bij het bestuursorgaan zelf. Wat de dag van morgen in petto heeft, valt nu nog niet te zeggen, maar één ding is zeker: ook in de toekomst zal het bestuursrecht blijven veranderen.

Een bijzondere uitdaging zal daarbij wel blijven dat in het bestuursrecht niet alleen moet worden gekeken naar het afdwingen van materieel-rechtelijke aanspraken die de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur bepalen, maar tegelijkertijd ook goed acht moet worden geslagen bij het functioneren van de wetgever en het bestuur bij het vormgeven van die materiële rechtsbetrekking. Bestuursrecht en het bestuursprocesrecht kunnen alleen goed functioneren als de wetgever, het bestuur en de rechter hun handelen goed op elkaar afstemmen. Het ontbreken van een goede onderlinge afstemming kan al snel leiden tot een ernstige legitimiteitscrisis – de recente ophef rondom de terugvordering van kinderopvangtoeslag is daarvan een goed voorbeeld.⁴³ Laten we hopen dat de betrokken instituties uit die affaire uiteindelijk de juiste lessen zullen trekken.

⁴¹ Zie ook Van Etekoven & Marseille 2017, p. 174-186.

⁴² Wever 2020, p. 207 e.v.

⁴³ Zie o.a. het verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 2.