

Mediation in het bestuursrecht

De mogelijkheden om mediation in te zetten in het bestuursrecht zijn er, soms al jaren, zoals in het belastingrecht. Ministers van Justitie pleiten ervoor, net als de Hoge Raad en de Nationale ombudsman. Een nieuw wetsartikel (art. 7:1b Awb), nu in consultatie, verplicht de overheid om eerst, samen met de burger, (andere vormen van) geschilbeslechting te onderzoeken, voordat de formele bezwaarprocedure start. Gjalt Schippers roept op tot actie! Alle seinen staan op groen, de urgentie is groot om aan de slag te gaan met voortvarender gebruik van mediation in het bestuursrecht. In deze bijdrage benoemt hij een aantal van die groene seinen.

DOOR GJALT SCHIPPERS ILLUSTRATIE SHANNE VAN EERDEN

De Nederlandse overheid is al jaren bezig om mediation in de wet te verankeren. Tot nu toe is dat nog niet gelukt, maar inmiddels is mediation naast rechtspraak een staande praktijk. In een brief aan de Tweede Kamer spreekt demissionair minister Weerwind zijn waardering uit voor mediation.¹ Hij ziet, net als zijn ambtsvoorgangers, de meerwaarde van mediation en schrijft dat geschillen en conflicten, waar mogelijk, bij voorkeur dienen te worden opgelost door middel van het bereiken van onderlinge overeenstemming, al dan niet met behulp van een derde. Het beleid van de wetgever is er dan ook op gericht om mediation een volwaardige plek te geven binnen het rechtsbijstandstelsel, met oog voor het onderscheid 'hulpvragend' of 'rechtzoekend'. Nu zijn er affaires te over die aanleiding zijn om ook in het bestuursrecht het systeem kritisch te beschouwen en te hervormen (kinderopvangtoeslagaffaire, afhandeling schadegevallen Groningen, overstromingsschade Limburg). Met een wetswijziging van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) beoogt de wetgever daar vorm en inhoud aan te geven aan de hand van het begrip 'responsieve overheid'. Gaat mediation daarmee ook een vaste plek krijgen in het bestuursrechtelijk stelsel?

Weinig succes in het belastingrecht

Recentelijk verscheen een artikel in het *Nederlands Juristenblad* van Rob Havenga met als titel 'Mediation in belastingzaken: Quo vadis?'² Ja, hoe gaat het ermee? Mediation is al mogelijk in

het Belastingrecht sinds 2007, maar wordt nog maar weinig ingezet. Noch bij de Belastingdienst, noch bij rechtbanken en hoven die over de mogelijkheid beschikken om een mediationtraject bij fiscale geschillen en conflicten aan te bieden. Je zou verwachten dat gezien de werkachterstanden, personeelstekorten, kinderopvangtoeslagaffaire en de onmogelijkheid om nieuwe regelgeving in en uit te kunnen voeren er driftig gebruik wordt gemaakt van die mogelijkheid. Niets is minder waar. Het artikel geeft de magere cijfers weer: gemiddeld over de periode 2018-2022 werd mediation nog geen twaalf keer per jaar ingezet. De Belastingdienst beschikt over eigen mediators die, naar het zich laat aanzien, nog niet druk doende zijn. Havenga wijst er nog eens uitdrukkelijk op dat, mocht dit als een belemmering worden ervaren, niets eraan in de weg staat om met externe mediators te werken.

Conclusie advocaat-generaal

In het belastingrecht is mediation dus nog niet erg geworteld. Een andere ontwikkeling die noemenswaardig is, is een 71 pagina's dikke conclusie van advocaat-generaal De Bock van het parket bij de Hoge Raad die in januari van dit jaar verscheen.³ De zaak waar de conclusie op ziet draait om de vraag of een mediationclausule rechtens afdwingbaar is of niet. In een koopovereenkomst tussen twee partijen was afgesproken dat eventuele geschillen die zich voordoen eerst aan mediation zullen worden



Gjalt Schippers

is ADR Register-mediator, docent bestuursrecht sociaal domein en bestuurder bij de NMv.



onderworpen voor zij kunnen worden voorgelegd aan een arbiter. Dit alles met uitsluiting van de gewone rechter. Met andere woorden: partijen spreken onderling af dat ze de rechter niet nodig hebben. Bij een eventueel conflict stappen ze eerst naar de mediator. Komen ze er daar niet uit dan vragen ze een arbiter om met de oplossing te komen. Het advies van de advocaat-generaal aan de Hoge Raad luidt: een mediationclausule is in rechte afdwingbaar (de uitspraak van de Hoge Raad is naar verwachting 28 juni 2024). Dat betekent dat partijen daar eerst uitvoering aan moeten geven voor zij hun geschil voorleggen aan een rechter of arbiter.⁴

Wet versterking waarborgfunctie Awb

De conclusie in deze privaatrechtelijke zaak is ook van belang in de publiekrechtelijke sfeer omdat zij raakt aan richtinggevende wetgeving die er aan zit te komen, te weten: de Wet versterking waarborgfunctie Awb.⁵ Dit voorstel is begin dit jaar in consultatie gegaan. Een van de doelstellingen van die wet, naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagaffaire, is om de opgedane ervaringen vanuit het project Passend contact met de overheid (PCMO) vast te leggen. Twee voorbeelden van elementen uit het wetsvoorstel zijn: onder ieder besluit moet een naam komen te staan van een contactpersoon met

zijn contactgegevens en er moet worden aangestuurd op vroegtijdige geschilbeslechting. Het kabinet-Rutte IV beschreef deze aanpak al in haar reactie op het rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag-affaire:

'Alle inspanningen moeten erop zijn gericht om in een vroeg stadium conflicten op te lossen, misverstanden uit de weg te ruimen en het gesprek aan te gaan, zodat mensen niet nodeloos in de fase van bezwaar of beroep belanden. Komt het toch tot een formeel bezwaar, dan moet de bezwaarprocedure de functie vervullen die de Awb altijd al heeft bedoeld: een laagdrempelige, niet gejuridiseerde, kosteloze voorziening voor de burger waarbij de overheid nog eens goed kijkt of het genomen besluit terecht is (integrale heroverweging). In die fase, maar ook als het geschil desondanks toch bij de rechter belandt, spant de overheid zich er steeds voor in om er met de betrokkene uit te komen via laagdrempelige vormen van geschilbeslechting, bijvoorbeeld via mediation.'⁶

Dit voornemen van de regering werd nog eens bevestigd in een tweetal brieven naar de Tweede Kamer.⁷

Vroegtijdige geschilbeslechting

Het consultatievoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb bevat het volgende nieuwe artikel 7:1b Awb:

1. Het bestuursorgaan onderzoekt in overleg met de indiener van het bezwaarschrift en eventuele andere belanghebbenden de mogelijkheden voor afdoening van het bezwaar.
2. Het eerste lid is niet van toepassing, indien: a. met de indiener na de bekendmaking van het bestreden besluit reeds overleg is gevoerd; b. de indiener geen prijs stelt op het onderzoek; c. de indiener langdurig onbereikbaar is; d. aan het bezwaar volledig tegemoet wordt gekomen en andere belanghebbenden daardoor niet in hun belangen kunnen worden geschaad.

Dit voorgestane artikel legt overheden de plicht op om in overleg met de indiener van een bezwaar de mogelijkheden voor een informele afdoening van dat bezwaar te onderzoeken. De mogelijkheden die dan in beeld komen zijn: bellen, keukentafelgesprek, informeel overleg, informeel overleg met een onafhankelijk gespreksbegeleider, mediation en pas daarna de formele bezwaarprocedure.⁸ Praktisch betekent dit dat een ambtenaar even belt met de betrokken burger, om samen de voor- en nadelen van zowel formalisering (=bezwaarprocedure) dan wel hantering (= informeel gesprek/mediation) van het gerezen geschil op een rijtje te zetten. Vooral de gezamenlijkheid is hierbij cruciaal. Waarna ze alsnog voor een formele procedure kunnen kiezen, bijvoorbeeld omdat beiden graag willen weten hoe de rechtspraak over een bepaalde vraag zou oordelen. Bij simpele zaken zoals een korte toelichting op een besluit of vragen om een betalingsregeling kan een telefoon- of een keukentafelgesprek volstaan. Ligt de zaak complexer dan komt algauw informeel overleg in beeld. Dit kan beter met een onafhankelijk gespreksleider of mediator worden gedaan dan door een ambtenaar/de overheid zelf, omdat de overheid met een eigen belang aan tafel zit (t.w. de inhoud van het aan-gevochten besluit).⁹

Stelselherziening

Recent is ook de tiende voortgangsrapportage stelselherziening rechtsbijstand van het ministerie voor Justitie en Veiligheid verschenen. Ook daarin is veel aandacht voor (meer gebruik van) mediation en de informele aanpak:

'Bij de vorige voortgangsrapportage is het door het WODC uitgevoerde onderzoek naar het instellen van hoger beroepen door bestuursorganen meegezonden. Hierbij is een samenvatting van de bevindingen van het onderzoek gegeven. Deze bevindingen laten zien dat meer aandacht nodig is voor de bekendheid en acceptatie van de 'informele aanpak' in bezwaar. In de fase van beroep gaan de luiken van het bestuursorgaan vaker dicht en is er weinig contact, wat onnodige juridisering in de hand werkt. Daarnaast blijkt dat bij het instellen van hoger beroep de gevolgen hiervan voor de burger niet altijd voldoende worden meegewogen. Inzet van een informele aanpak (mediationvaardigheden) en mediation kunnen onnodige (escalatie van) geschillen tussen burger en overheid in het bestuursrecht voorkomen, en daarmee ook onnodige procedures. Voor veel gemeenten en uitvoeringsorganisaties is dit nog een nieuwe manier van werken en heeft een juridische benadering van geschillen nog de bovenhand.'¹⁰

Nationale ombudsman

De inzet van een onafhankelijk gespreksleider of mediator bij een overleg met de indiener van een bezwaar draagt ook bij aan het vertrouwen van de burger in de overheid, vanwege de perceptie van de slager die zijn eigen vlees keurt. Ook de Nationale ombudsman benadrukt het belang van onpartijdigheid. Hij verwijst hiervoor naar zowel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als een van zijn eigen behoorlijkheidsnormen die luidt: de overheid stelt zich onpartijdig op en wekt bij de burger het vertrouwen dat zij onpartijdig te werk gaat door zelfs de schijn van partijdigheid te vermijden. Het vermijden van die schijn van partijdigheid maakt het verstandig voor de overheid om niet zelf als gespreksbegeleider op te willen treden. Verder brengt het fair-play beginsel mee dat de overheid de burger in de gelegenheid stelt om zijn procedurele mogelijkheden te benutten, aldus de Behoorlijkheidswijzer van de Nationale ombudsman. Daarmee zal de burger actief moeten worden gewezen op de mogelijkheid van informele geschilbeslechting.

Naamgeving

Een zijsprongetje. In de memorie van toelichting van de voorgenoemde Wet versterking waarborgfunctie Awb wordt niet duidelijk wat precies het onderscheid is tussen 'informeel overleg met een onafhankelijk gespreksbegeleider' en 'mediation'. Is daar wel een onderscheid in te maken? Ook het onderscheid tussen de termen bemiddeling, informele geschilbeslechting en mediation wordt niet duidelijk, ieder vermeend onderscheid komt enigszins kunstmatig over. Maar de benaming is ook niet zo belangrijk. Het gaat erom wat die begeleider dóét, niet om wat zijn functietitel is. In Vlaanderen spreekt men van een bemiddelaar, niet van een mediator. Procesbegeleider, communicatie-assistent, voortgangsmanager, *what's in a name?* Het gaat om het herstel van vertrouwen en het verder brengen van twee partijen, in dit geval overheid-burger. Hoe het verder heet en binnen welke setting

of procedure de informele afdoening zich afspeelt is niet relevant.

Onwil

Helaas laat het onderzoek *Een beschikkingenfabriek* van het ministerie van Binnenlandse Zaken zien dat de inzet van mediation en mediationvaardigheden door overheden nog altijd als een zwaarder middel wordt gezien dan de bezwaarprocedure. Dat is een onjuiste perceptie en de wereld op z'n kop. Het nieuw in te voeren artikel 7:1b Awb maakt hier hopelijk voor eens en altijd een einde aan, met de komst van afdelingen mediation en bezwaar in plaats van bezwaar en beroep. De inzet van alle eerder genoemde technieken, zo blijkt uit het PCMO-project, zijn evident effectief. Toch komen bestuursorganen niet vanzelf tot de toepassing ervan, zo blijkt uit de eerder genoemde parlementaire stukken. Hiervoor zijn praktische en institutionele verklaringen te geven (zoals motivatie en communicatievaardigheden van de betrokken bezwaarbehandelaar, de steun van de leidinggevenden en de relatie met de vak-afdeling en andere mogelijk betrokkenen), zo blijkt uit het BZK-onderzoek. Het leidt tot de vraag in hoeverre dit soort persoonlijke, bedrijfsmatige, institutionele en intercollegiale verhoudingen/drijfveren een effectieve rechtsbescherming voor de burger in de weg staat. Want wat zien we hier gebeuren? De overheid neemt een standpunt in, graaft vervolgens een schuttersputje om van daaruit alleen nog haar positie te verdedigen en daarmee het gesprek met de burger vooral niet aan te gaan. Is er in zo'n geval wel mediation mogelijk als een van de partijen 'onwillig' is om in beweging te komen? Ja, zo kunnen we lezen in de conclusie van de PG bij de Hoge Raad.

Verplichte informele geschilbeslechting?

Het nieuwe artikel 7:1b Awb wordt een wettelijke regel met als strekking om voorafgaand aan de formele bezwaarprocedure de mogelijkheden voor afdoening te onderzoeken. De consultatieversie van de memorie van toelichting is duidelijk: eerst als overheid informele instrumenten inzetten, daarna pas een formele bezwaarprocedure. Het maakt ook alle overwegingen, aangehaalde jurisprudentie en dito literatuur in de conclusie van de PG bij de Hoge Raad des te meer van belang voor overheden. Echter, mediation gaat uit van vrijwilligheid. Staat zo'n nieuwe verplichting voor de overheid tot het onderzoeken van informele geschilbeslechting daar dan niet haaks op? De conclusie van PG De Bock laat zien dat de verplichting om mediation te beproeven op geen enkele wijze in strijd is met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (art. 6 EVRM) en artikel 17 van onze Grondwet. Die bepalingen zeggen onder meer dat niemand de toegang tot de onafhankelijke rechter mag worden ontzegd. Van belang is dat een mediationclausule niet het recht op toegang tot de rechter ontzegt. Ook het voorgestelde artikel 7:1b Awb (geen clausule zoals in een overeenkomst maar een wettelijke verplichting voor de overheid), sluit een gang naar de rechter niet uit. Elders in Europa is dit alles al staande praktijk, Nederland loopt achter. Ook in dit kader kan weer worden verwezen naar de behoeftelijke eisen van de Nationale ombudsman te weten het vereiste dat de overheid probeert in haar contacten met de burger escalatie te voorkomen of te beperken. Landen als België, Italië, Frankrijk, Engeland, Griekenland, India laten zien

dat er veel winst mee te behalen is.¹¹ Winst in de zin van besparing van financiële middelen, ook in de zin van een substantiële verlichting van de werklast van rechters en een verbetering in de verhouding overheid-burger.

Er is nu actie nodig

Op naar een nieuwe verhouding overheid-burger

De hiervoor genoemde Kamerstukken en brieven van de regering verwijzen telkens naar onderzoek waaruit blijkt dat afspraken die in onderlinge overeenstemming worden gemaakt beter worden nageleefd dan door rechters opgelegde beslissingen. Ook bereiken partijen die er samen uitkomen, ten opzichte van andere vormen van geschiloplossing, vaker hun doel en is het probleem vaker daadwerkelijk opgelost. Mediation stelt partijen in staat gezamenlijk tot afspraken te komen. Het nieuwe artikel 7:1b schrijft voor dat de overheid, alvorens de formele bezwaarprocedure te starten, eerst (een informele vorm van) geschilbeslechting dient te onderzoeken samen met de burger. Zo'n werkwijze zou een betekenisvolle stap voorwaarts zijn in het herstel van de geschonden relatie tussen overheid en burger. Daarvoor is er nu actie nodig. Immers, een dergelijke werkwijze vraagt om de nodige veranderingen aan de kant van overheidsorganisaties. Veranderingen op organisatieniveau zijn vaak langdurige processen. Omdat de oplossing van meerdere maatschappelijke vraagstukken dreigen vast te lopen is het noodzakelijk om er nu mee aan de slag te gaan. Zoals de regering zelf al aangeeft gaat het om het trainen van medewerkers met als resultaat een cultuurverandering. De inzet van externe mediators of procesbegeleiders kan daaraan bijdragen en het proces de noodzakelijke versnelling geven. ■

NOTEN

1. Brief van minister Weerwind aan de Tweede Kamer, Reactie motie Ellian en Knops (door)ontwikkeling centraal mediatorsregister, 26 oktober 2023, kenmerk 4968605.
2. R.F. Havenga, *Nederlands Juristenblad* 2024/256.
3. ECLI:NL:PHR:2024:103.
4. In het overeenkomstenrecht is dit het beginsel van *pacta sunt servanda*: afspraken moeten worden nagekomen.
5. www.internetconsultatie.nl/waarborgfunctieawb/b1.
6. *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 4, p. 12.
7. *Kamerstukken II* 2020/2021, 35510, nr. 81 en *Kamerstukken II* 2021/22, 35510, nr. 102.
8. Zie memorie van toelichting, p. 71.
9. Zie het onderzoek *Een beschikkingenfabriek*, een bloemlezing van citaten over procedures tussen burger en overheid en het procedeedrag van de overheid. 'De afgelopen jaren is er een afname in de doorverwijzing naar mediation bij het Juridisch Loket. Dit komt doordat overheden mediation als een te zwaar geschut zien, een laatste optie of 'last call'. Dat is vaak als het juridische pad helemaal vastloopt. Terwijl mediation aan het begin juist juridische paden kan voorkomen.' (p. 24). Het rapport is te vinden op rijksoverheid.nl.
10. Zie Tiende voortgangsrapportage stelselvernieuwing gesubsidieerde rechtsbijstand op rijksoverheid.nl.
11. Zie bijvoorbeeld: Gjalt Schippers, 'Harde onderzoekscijfers over mediation', *Tijdschrift Conflictantering* 2022/3.