

University of Groningen

Het bestuur als bemiddelaar

Tolsma, H.D.

Published in:
 Alles in één keer goed

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2005

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Tolsma, H. D. (2005). Het bestuur als bemiddelaar. In M. Herweijer, A. T. Marseille, F. M. Noordam, & H. B. Winter (editors), *Alles in één keer goed* (blz. 225-239). Kluwer.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Hoofdstuk 13

Het bestuur als bemiddelaar

H.D. Tolsma¹

13.1 Inleiding

Bij besluitvorming op het gebied van het omgevingsrecht en bij de uitvoering van bevoegdheden op grond van gemeentelijke verordeningen wordt het bestuur vaak geconfronteerd met particulieren met tegenstrijdige belangen. Als individuele particuliere belangen botsen, kan het bestuur op initiatief van één van beide partijen een bemiddelende rol spelen. Door het indienen van bezwaren of zienswijzen wordt het bestuur dan betrokken in een conflict tussen belanghebbenden. Bijvoorbeeld een derde belanghebbende die zich verzet tegen een aan zijn buurman verleende bouwvergunning omdat het bouwwerk, naar zijn mening, te dicht bij zijn perceel wordt gebouwd.² De achtergrond van een verzoek om handhaving is ook niet zelden een conflict tussen burens. Een vuilniscontainer, door burens geplaatst in een steeg, die de ingang van je tuin belemmert, kan tot veel ergernis leiden.³ Wat deze voorbeelden gemeen hebben is dat de burger niet zozeer het optreden van de overheid, maar dat van zijn buurman wil bestrijden.⁴ Het bestuursorgaan kan bij de uitoefening van een bestuursbevoegdheid het onnodig escaleren van een conflict voorkomen door te interveniëren in de horizontale relatie tussen burgers. Succesvol bemiddelend bestuursoptreden leidt tot een resultaat waar betrokken belanghebbenden zich beide in kunnen vinden. Bijvoorbeeld een gewijzigde vergunningaanvraag, waarin aan derde belangen tegemoet wordt gekomen. Ook kunnen de belangen van een derde beschermd worden door het

-
1. Met dank aan A.R. Neerhof voor zijn opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.
 2. Vergelijk ABRvS 3-3-2004, BR 2004, 417.
 3. Zie ABRvS 7-8-2002, AB 2003, 58 m.nt. F.R. Vermeer.
 4. Zie M. Scheltema, Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht, NJB 1996, p. 1355-1361, hier p. 1356.

verbinden van een voorschrift of voorwaarde aan een vergunning. Als tegenstrijdige belangen voor bestuur en burger voldoende kenbaar zijn, kan worden gezocht naar een alternatieve oplossing die voor beide partijen aanvaardbaar is.⁵

Soms geeft de bestuursrechter ook aan dat het bestuur de mogelijkheid van bemiddeling dient te onderzoeken voordat het tot besluitvorming overgaat.⁶ In de uitspraak van 28 juni 1993 vernietigde de rechter het besluit van B&W van Wassenaar wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel, omdat het bestuur een poging tot bemiddeling tussen omwonenden had nagelaten. Het onderwerp van het conflict tussen omwonenden was een kat, genaamd Napoleon, die zorgde voor overlast in de buurt. De overlast die hij veroorzaakte, bestond uit het binnendringen van tuinen, het wegnemen van eten, het achterlaten van reuksporen en het tentoonspreiden van een imponerende houding tegenover mensen. Na klachten uit de buurt hadden B&W op grond van de APV aan de eigenaar van het dier de verplichting opgelegd om de kater op het afgesloten erf van de woning te houden. De eigenaar van de kater was het met dit besluit niet eens, en na bezwaar volgde beroep bij de rechter. Bemiddelend bestuursoptreden tussen de omwonenden en de eigenaar van de kater had wellicht een juridische procedure kunnen voorkomen.

Bemiddeling is meer dan een 'gewone' afweging van betrokken belangen door bestuur, waarna eenzijdig een besluit wordt genomen. Geslaagde bemiddeling leidt tot een besluit dat op basis van wilsovereenstemming tussen partijen tot stand is gekomen. Deze wijze van besturen vertoont overeenkomsten met het 'onderhandelend bestuur', dat ook als doel heeft het bereiken van consensus tussen verschillende partijen.⁷ Een belangrijk verschil is echter dat bij onderhandelend bestuur de overheid centraal staat die, door in onderhandeling te treden met bedrijven, maatschappelijke organisaties en burgers, bepaalde politieke doelen wil bereiken.⁸ Bij be-

5. Vooral wanneer er sprake is van een duurzame relatie tussen betrokken partijen, wordt de kans dat geschilgedrag is gericht op het zoeken naar een voor beide partijen bevredigende oplossing groter. Zie hierover M. van Heffen-Oude Vrielink, Regels en macht in geschillen over geluidshinder van burens, RdW 2003/3, p. 5-20.
6. Vz. ARRvS 28 juni 1993, AB 1994, 422 (Kater Napoleon).
7. Ook wel 'horizontaal' of 'wederkerig' bestuur genoemd.
8. Zie S. Pront-van Bommel, H.D. Stout & I.C. van der Vlies, Juridische kwaliteiten van onderhandelend bestuur. Onderhandelend bestuur en tegenstellingen in belangen, Amsterdam: Amsterdam University Press 1998. Vergelijk ook de bijdrage van Van Wolde & Van Montfort in deze bundel.

middelend bestuur is het niet de overheid die het initiatief neemt, maar de particulier die via het bestuur zijn individuele belang ten opzichte van een derde beoogt te beschermen.

De vraag die in deze bijdrage centraal staat luidt: 'In hoeverre kan bemiddelend bestuursoptreden bijdragen aan de kwaliteit van de primaire bestuurlijke besluitvorming?' Bij de beantwoording van deze vraag komt niet alleen de juridische rechtmatigheid als kwaliteitsaspect aan de orde. Ook de efficiëntie en effectiviteit spelen een rol bij de beoordeling van de kwaliteit van de primaire bestuurlijke besluitvormingsprocedure. In paragraaf twee zal gekeken worden naar de voordelen die bemiddelend bestuursoptreden met zich mee kan brengen. In de derde paragraaf zal aan de hand van een voorbeeld uit de rechtspraak een aantal juridische vragen worden geïnventariseerd die in paragraaf vier nader uitgewerkt worden. Tot slot zal in paragraaf vijf de balans worden opgemaakt.

13.2 Bemiddelend bestuur biedt perspectief

Succesvol bemiddelend bestuursoptreden biedt mogelijkheden om een aantal kwaliteitsaspecten van de primaire besluitvorming te realiseren. Enerzijds kan geslaagde bemiddeling door het bestuur bijdragen aan de efficiëntie en effectiviteit van de primaire besluitvorming, anderzijds kunnen materiële rechtsbeginselen zoals het beginsel van de minimale belangen aantasting en het rechtszekerheidsbeginsel voor betrokken partijen optimaal worden verwezenlijkt.

Efficiëntie en effectiviteit

Bemiddeling door bestuur is niet alleen een wijze van besturen, maar ook een manier om conflicten tussen particulieren al in een vroeg stadium te beëindigen, zonder dat er een rechterlijke uitspraak aan te pas komt. Mijns inziens kan bemiddeling door het bestuur dan ook beschouwd worden als een alternatieve vorm van geschilafdoening. Door de regering wordt de ontwikkeling van alternatieve vormen van geschilafdoening in ons rechtsbestel gestimuleerd om ongewenste gevolgen van juridisering tegen te gaan.⁹ In toenemende mate wordt in onze maatschappij gebruik gemaakt van juridische instrumenten om relaties te normeren en conflicten te voor-

9. Kamerstukken II 2003/04, 29 528, nr. 1; Kamerstukken II 1999/2000, 26 352, nr. 19.

komen.¹⁰ Een ongewenst effect van overgejuridiseerde verhoudingen is dat de rechterlijke macht onnodig met conflicten wordt belast. Nodeloos gebruik van rechtspraak moet worden voorkomen, nu de capaciteit van de rechterlijke macht voortdurend onder druk staat. Juridische procedures brengen bovendien voor het bestuur en betrokken partijen kosten met zich mee. Wettelijke termijnen worden veelal niet gehaald, waardoor de gehele procedure meer tijd in beslag neemt. Dit heeft nadelige gevolgen voor de belanghebbende wiens belangen met het besluit zijn gediend.¹¹ Naast mediation als alternatieve vorm van geschilafdoening in het bestuursrecht zal ook het conflictoplossende vermogen van de bezwaarprocedure volgens het kabinet meer aandacht moeten krijgen in de praktijk.¹²

Mijns inziens biedt reeds de primaire besluitvormingsfase tal van mogelijkheden voor het bestuur om juridische procedures te voorkomen. Door het indienen van zienswijzen kunnen burgers hun bezwaren tegen een ontwerp-besluit kenbaar maken aan het bestuur. In deze fase kan het bestuur met de aanvrager van het besluit en belanghebbenden om de tafel gaan. Door partijen bewust te maken van elkaars belangen en posities kan er een overlegsituatie worden gecreëerd. Van belang is dat de vraag naar 'het juridische gelijk' in dit proces van overleg niet centraal staat. Door partijen met elkaar te laten communiceren kunnen verschillende oplossingsmogelijkheden, binnen de grenzen van het recht, verkend worden. Succesvolle bemiddeling resulteert in een oplossing waar beide partijen mee in kunnen stemmen. Een voordeel hiervan is dat de acceptatiegraad van een besluit waar partijen zelf voor gekozen hebben groter is. Hierdoor wordt de kans dat een van beide partijen het besluit in een vervolprocedure zal aanvechten kleiner. Partijen zullen een besluit dat gebaseerd is op overeenstemming waarschijnlijk ook eerder nakomen, in vergelijking met een besluit dat eenzijdig van bovenaf door het bestuur is opgelegd. Geslaagd bemiddelend bestuursoptreden heeft voor bestuur en betrokken partijen een kostenbesparend effect. Door het voorkomen van een juridische procedure worden tijd en eventuele kosten van rechtsbijstand bespaard. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de primaire besluitvormingsfase zelf door bemiddeling wel eens langer zou kunnen duren.

10. Rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur, Bestuur in geding, Haarlem: Provincie Noord Holland 1997, p. 18-19.

11. Kamerstukken II 2003/04, 29 495, nr. 2, Beslistermijnen. Waar blijft de tijd, p. 11-12.

12. Kamerstukken II 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 21; zie ook C.H. Bangma & L.J. Vogelaar, Handreiking bezwaarschriftprocedure Algemene wet bestuursrecht, Den Haag: BJu 2004.

Misschien hebben partijen een aantal gesprekken nodig voor ze het eens zijn. Bovendien bestaat het risico dat onderhandelingen mislukken. Een mislukte bemiddelingspoging kan niettemin ook winst opleveren. De geschilpunten zijn tijdens bemiddeling al uitgekristalliseerd en in een vervolprocedure is duidelijk waar de knelpunten zitten.

Rechtszekerheid

Het voorkomen van vervolprocedures levert niet alleen financiële voordelen op, het draagt ook bij aan de rechtszekerheid van partijen. Ten eerste leiden bezwaar- en beroepsprocedures altijd tot rechtsonzekerheid, omdat tenminste gedurende de tijd dat de procedure loopt, onzeker is welke rechtsverhouding tussen partijen heeft te gelden. In de tweede plaats maakt ook een uitspraak van de bestuursrechter niet per definitie een einde aan het conflict tussen partijen. Een procedure bij de bestuursrechter leidt namelijk in veel gevallen niet tot materiële beslechting van een geschil. De uitkomst van bestuursrechtelijke procedures is onzeker vanwege het ontbreken van heldere toetsingscriteria voor de rechter. Bovendien stelt de rechter zich bij de toetsing van het besluit terughoudend op. Dit is begrijpelijk nu de rechter slechts een rechtmatigheidsoordeel mag geven over de inhoud van een besluit. Vernietiging van een besluit wegens een procedurefout leidt niet per definitie tot inhoudelijke wijzigingen van een besluit.¹³ Het is mogelijk dat het bestuur aan het hernieuwde besluit dezelfde inhoud geeft als aan het eerder bestreden besluit. Betrokken partijen zijn dan met de procedure uiteindelijk niets opgeschoten. Het conflict tussen belanghebbenden, en de daarmee gepaarde rechtsonzekerheid over de tussen hen geldende rechtsbetrekking, blijft dan ook na de uitspraak bestaan.¹⁴ In de primaire besluitvormingsfase is er wel ruimte om het geschil in zijn volle omvang aan te orde te stellen. Wanneer men niet alleen aandacht heeft voor juridische aspecten, maar ook aandacht besteedt aan belangen die vanuit juridisch oogpunt niet relevant zijn, kan een conflict daadwerkelijk uit de wereld worden geholpen. Succesvol bemiddelend bestuursoptreden bevordert de rechtszekerheid van partijen. De direct belanghebbende en derden weten welke rechten en plichten tussen hen gelden. De uitkomst van de bemiddeling wordt door

13. Kamerstukken II 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 25.

14. Zie hierover J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000.

partijen als legitiem beschouwd, aangezien zij hier zelf mee hebben ingestemd. Ook de rechtszekerheid van het bestuur wordt bevorderd. Door een conflict tussen particulieren over een uit te oefenen bestuursbevoegdheid in de primaire besluitvorming te behandelen, wordt voorkomen dat het bestuur zelf ongewild wordt 'meegezogen' in dit conflict. Het bestuur dat bemiddeling nalaat, vergroot het risico dat het als verweerder het besluit zal moeten 'verdedigen' bij de rechter. Empirisch onderzoek naar de vraag in hoeverre, en op welke wijze de rechtszekerheid van partijen en bestuur wordt bevorderd door bemiddelend bestuur, is wenselijk.

Eis van minimale belangen aantasting

Als het bestuur in het kader van de beschikkingverlening bemiddelend optreedt in een geschil tussen partijen met tegenstrijdige belangen, dan wordt optimaal tegemoet gekomen aan het beginsel van de minimale belangen aantasting.¹⁵ Dit beginsel houdt in dat het bestuur bij de uitoefening van een bestuursbevoegdheid belangen van burgers niet meer mag aantasten dan strikt noodzakelijk is. Het normeert daarmee het handelen van het bestuur tijdens de belangenafweging.¹⁶ Het draagt bij aan het realiseren van het vrijheidsbeginsel dat als een van de fundamentele uitgangspunten van onze rechtsstaat kan worden aangemerkt.¹⁷ Artikel 3:4 lid 1 Awb bepaalt dat het bestuur daadwerkelijk rekening moet houden met de belangen die meegewogen mogen worden bij de belangenafweging. De omvang van de belangenafweging wordt beperkt door de werking van het specialiteitsbeginsel.¹⁸ Uit de eis van een evenwichtige belangenafweging, neergelegd in artikel 3:4 lid 2 Awb, volgt dat de belangenafweging dient te resulteren in een besluit waarin de belangen van burgers zo min mogelijk worden geschaad. Het beginsel van de minimale belangen aantasting vereist dat het bestuur onderzoek doet naar oplossingen die de belangen van betrokken partijen zo min mogelijk aantasten. Succesvol bemiddelend bestuursoptreden leidt mijns inziens tot een

15. In literatuur ook wel het evenredigheidbeginsel, of het beginsel van de minste pijn genoemd.

16. L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1, Systeem, bevoegdheidsuitoefening*, Den Haag: BJu 2003, p. 56.

17. F.J. van Ommeren, *De rechtsstaat als toetsingskader*, in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*. Den Haag: BJu 2003, p. 7-22, hier p. 18.

18. Zie paragraaf 4.

besluit waarin de vrijheid van de burger door de overheid minimaal wordt beperkt. Tijdens overleg kan gezocht worden naar alternatieve oplossingen waar beide partijen mee in kunnen stemmen. Oplossingen waar het bestuur zelf misschien nooit opgekomen was. Partijen kunnen bijvoorbeeld zelf een regeling treffen over de vergoeding van schade. Ook is denkbaar dat aan de belangen van derden tegemoet wordt gekomen door het maken van afspraken over de uit te oefenen activiteit. Van belang is dat de betrokken belanghebbenden uiteindelijk instemmen met het resultaat, en met de inperking van hun vrijheid die de bevoegdheidsuitoefening met zich mee brengt. Wilsovereenstemming zal worden bereikt wanneer beide partijen van mening zijn dat met het resultaat van het overleg hun eigen belang in voldoende mate wordt beschermd.

13.3 Voorbeeld

Uit het voorgaande is gebleken dat bemiddeling door bestuur, in een conflict tussen belanghebbenden, voor alle betrokken partijen voordelen met zich mee kan brengen. In deze paragraaf zal duidelijk worden dat aan deze wijze van besturen nog wel wat juridische haken en ogen kunnen zitten. Aan de hand van een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 8 januari 1998 zullen een aantal van deze 'knelpunten' aan de orde komen.¹⁹ Hierbij moet worden opgemerkt dat het niet bekend is of het bestuur in het onderhavige geval, bij het nemen van het primaire besluit bemiddelend is opgetreden. Wel volgt uit de uitspraak dat het bestuur heeft geïnterveneerd in de horizontale rechtsbetrekking tussen partijen. De uitspraak is interessant aangezien bij eenzijdige bestuurlijke interventie (na een mislukte bemiddelingspoging, of wanneer het bestuur geen bemiddelingspoging heeft ondernomen), en bij bestuurlijke interventie met instemming van partijen (na succesvolle bemiddeling) een soortgelijke problematiek speelt.

De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 8 januari 1998 betrof een vergunning waaraan, middels een vergunningvoorwaarde, een schadevergoedingsregeling tussen belanghebbenden was gekoppeld. Het

19. ABRvS 8-1-1998, JB 1998, 34, m.nt. R.J.N.S. Zie ook: Vz. ARRvS 29-10-1992, AB 1993, 183, m.nt. RMvM (NS/ GS Friesland); ARRvS 7-10-1993, AB 1994, 281 (Telefooncel Bornheim); ABRvS 10-5-1995, RAwb 1994, 72 (Telefooncel Buttervliet).

ging in deze zaak om het volgende: P.T.T. Telecom had een vergunning aangevraagd voor het plaatsen en onderhouden van een aantal telefooncellen langs rijkswegen. Een exploitant van een nabijgelegen benzinepomp zou door de plaatsing van één van deze telefooncellen schade kunnen ondervinden, bestaande uit een verminderd gebruik van de door deze exploitant geplaatste openbare telefoon en door het afnemen van zogenaamde impuls-aankopen (versnaperingen, rookwaar etc.). De pomphouder was enkele jaren eerder door de minister van Verkeer en Waterstaat door middel van een vergunningvoorwaarde verplicht om deze openbare telefoon te plaatsen. De Hoofdingenieur-directeur van Rijkswaterstaat mengde zich, als vergunningverlener, in dit conflict tussen particulieren, door het verbinden van een compensatievoorwaarde aan de vergunning. In deze voorwaarde werd aan P.T.T. Telecom de verplichting opgelegd om de kosten van geleden nadeel van derden te vergoeden. P.T.T. Telecom was het met de vergunningsvoorwaarde niet eens en startte een vervolprocedure. Het besluit werd uiteindelijk vernietigd door de rechter omdat het bestuur had nagelaten om zich het nodige inzicht te verschaffen in de omvang van de schade tot vergoeding waarvan de voorwaarde strekte.

Er rijst een aantal juridische vragen naar aanleiding van deze uitspraak. Een eerste vraag is: 'In hoeverre is het bestuur bevoegd om te interveniëren in de relatie tussen particulieren?' Het specialiteitsbeginsel stelt grenzen aan de bevoegdheid van het bestuur om in te grijpen in de rechtsposities van belanghebbenden. Een tweede vraag die gesteld kan worden heeft betrekking op de tussen belanghebbenden tot stand gekomen schadevergoedingsregeling. Op welke wijze behoren de lasten en de lusten die aan een bepaalde bevoegdheidsuitoefening door het bestuur verbonden zijn, verdeeld te worden? Nog twee andere vragen zijn: 'In hoeverre staat het bestuur en burgers vrij om afspraken te maken over de verdeling van de kosten voortvloeiend uit aansprakelijkheid?' en: 'Hoe zit het eigenlijk met de rechtsbescherming van betrokken partijen?' Stel dat de in het besluit neergelegde schadevergoedingsregeling tot stand is gekomen op basis van wilsovereenstemming, kan de regeling tussen partijen dan nog worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter? Of is de bestuursrechter bevoegd om een eindoordeel te geven over de rechtsbetrekking tussen particulieren? En wat is de rechtspositie van de derde belanghebbende die niet bij de onderhandelingen is betrokken?

13.4 Bemiddeling en de grenzen van het bestuursrecht

Over de mogelijkheden en onmogelijkheden van bemiddelend bestuursoptreden bestaat in het bestuursrecht nog geen duidelijkheid. Vragen over de bevoegdheid van het bestuur, de aansprakelijkheidsverdeling tussen bestuur en belanghebbenden en de rechtsbescherming van partijen zijn nog onbeantwoord. Achtereenvolgens zullen deze vragen nader uitgewerkt worden.

Bevoegdheid

De bevoegdheid van het bestuur om eenzijdig besluiten op te leggen aan burgers wordt begrensd door het legaliteitsbeginsel en het daaruit voortvloeiende specialiteitsbeginsel. Beide rechtsstatelijke beginselen fungeren als waarborg tegen ongeoorloofde inbreuken van het bestuur op de rechtspositie van de burger.²⁰ In hoeverre kan het bestuur aan belangen van particulieren tegemoet komen door het verbinden van voorwaarden of voorschriften aan een vergunning? Deze vraag naar de reikwijdte van het specialiteitsbeginsel heeft tot veel discussie geleid in de literatuur.²¹ Volgens de 'precieze' opvatting kunnen de belangen van derden alleen door het bestuur beschermd worden wanneer deze samenvallen met het specifieke algemene belang dat door de wetgever ter behartiging aan het bestuur is opgedragen. Een vergunningvoorwaarde, inhoudende een regeling voor de vergoeding van schade tussen particulieren, is volgens deze opvatting uitgesloten. Het bestuur is niet bevoegd om zich te bemoeien met de horizontale relatie tussen burgers, tenzij de wetgever deze taak specifiek heeft opgedragen. De mogelijkheden van het bestuur om te bemiddelen tussen particulieren, en de resultaten neer te leggen in een publiekrechtelijk besluit, zijn naar het oordeel van de preciezen zeer beperkt en zelfs ongewenst.²²

Het is de vraag hoe deze precieze opvatting zich verhoudt tot de situ-

20. Van Ommeren, 2003, p. 7-22, hier p. 18 en 21.

21. R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel: over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 1998, hoofdstuk 7. Dit hoofdstuk bevat een uitgebreid overzicht van de verschillende meningen in de literatuur.

22. Zie R.J.N. Schlössels, *Een dakkapel te Edam: de wens van eenheid van recht?* in: L.J.A. Damen e.a. (red.) *Rechtsspraak Bestuursrecht 1995-1996: de annotaties*, Den Haag: VUGA 1997, p. 65-82, hier p. 77.

atie waarin burgers zelf aansturen op een compromis. Is de beperkende werking van het specialiteitsbeginsel wel redelijk als particulieren zelf met de bemiddeling en het uiteindelijke besluit kunnen instemmen? Werkt het specialiteitsbeginsel niet onnodig belemmerend wanneer het niet om eenzijdig, maar om tweezijdig overheidsoptreden gaat? De 'rekkelijke' stroming in de literatuur interpreteert het specialiteitsbeginsel ruim, en lijkt het dienen van bijzondere belangen van burgers, buiten de kaders van de doelgebonden bevoegdheden, niet uit te sluiten. Scheltema stelt vast dat de klassieke waarborgfunctie van de wet in belangrijke mate verloren is gegaan en trekt daaruit de conclusie dat het specialiteitsbeginsel, gelet op deze ontwikkeling, anders ingevuld moet worden. Het bestuur zou zich juist actief moeten opstellen in de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking waar de belangentegenstelling tussen burgers een centrale plaats inneemt.²³ Van inmenging in een privaatrechtelijke relatie is geen sprake. De rechtsbetrekking tussen burgers onderling heeft een publiekrechtelijk karakter, wanneer het typisch overheidshandelen betreft.²⁴ De vraag naar de grenzen van deze bevoegdheid blijft door Scheltema echter onbeantwoord. Mag het bestuur alleen interveniëren na succesvolle bemiddeling, of mag het bestuur ook zonder toestemming zich mengen in de horizontale relatie?

Aansprakelijkheid

Bij een conflict tussen particulieren, ontstaan door de uitoefening van een bestuursbevoegdheid, kan vergoeding van door de derde belanghebbende geleden schade wellicht een oplossing bieden. Maar wie zal deze kosten op zich moeten nemen? Het bestuur dat de bestuursbevoegdheid uitoefent? Of de vergunninghouder die profiteert van het publiekrechtelijke besluit?

Het bestuur dat een schadevergoedingsregeling tussen particulieren tot stand wil brengen, zal moeten nagaan in hoeverre het zelf aansprakelijk is voor de ontstane schade. Wanneer ontstaat voor de overheid een plicht tot nadeelcompensatie bij een rechtmatig genomen overheidsbesluit? Aan de

23. Scheltema, 1996; zie ook A.F.M. Brenninkmeijer, Mediation als middel voor effectieve en efficiënte conflictoplossing in het bestuursrecht, NTB 2004, p. 212-220, hier p. 218. Ook Brenninkmeijer is van mening dat de overheid in redelijkheid niet afzijdig kan blijven, als er door de uitoefening van een bestuursbevoegdheid een conflict ontstaat tussen particulieren.

24. M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 405 e.v.

toekenning van nadeelcompensatie ligt de gedachte ten grondslag dat onevenredig nadelige gevolgen van een overheidshandeling niet ten nadele van een individu, of een beperkte groep burgers of instellingen behoort te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap moeten worden verdeeld. Dit beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak sinds 1997 erkend als zelfstandige grondslag op grond waarvan bestuursorganen zijn gehouden tot compensatie van onevenredige schade als gevolg van hun optreden, gericht op de behartiging van het openbaar belang.²⁵ Uit een aantal uitspraken van de Afdeling volgt bovendien dat de overheid alleen aansprakelijk is voor door derden geleden nadeel wanneer een besluit genomen is ter behartiging van het algemeen belang. Wordt met een besluit voornamelijk een particulier belang gediend, dan is deze particulier aansprakelijk jegens derden voor nadeel voortvloeiend uit de schadeveroorzakende activiteit.²⁶ Dit lijkt een bruikbaar criterium te zijn voor de verdeling van de lasten tussen bestuur en burger. Maar wordt met een rechtmatig besluit niet altijd een algemeen belang gediend?²⁷ Kunnen het bestuur en de particulier die profiteert niet beide aansprakelijk zijn voor eventuele schade?²⁸

Als vastgesteld kan worden dat er op de overheid een plicht rust om de kosten van geleden nadeel aan een derde te vergoeden, is de overheid dan ook bevoegd om deze kosten af te wentelen op de vergunninghouder? In het arrest van de Hoge Raad van 2 mei 2003 is deze problematiek aan de orde.²⁹ Onderwerp van geschil was de vraag of het de gemeente vrij stond om aan haar medewerking aan een bestemmingsplanwijziging ten behoeve van een aantal woningen de voorwaarde te verbinden dat eventuele planschade voor rekening van de projectontwikkelaar zou komen. De Hoge Raad oordeelde dat afwenteling van planschade zonder wettelijke grondslag ontoelaatbaar is. Het oordeel van de Hoge Raad heeft tot veel kritiek geleid aangezien in de praktijk project-ontwikkelaars dikwijls wel

25. ABRvS 18-2-1998, JB 1997, 47, m.nt. HJS, AB 1997, 229 m.nt. PvB (Beurskens).

26. ABRvS 9-6-2000, AB 2001, 222, m.nt. GJ, JB 2000, 243 m.nt. RJNS (Erkens Bakkerijen B.V. Brunssum); ABRvS 18-5-2000, Gst. 2000, 7128, nr. 3 m.nt. HH; ABRvS 9-3-2000, Gst. 2000, 7128, nr. 8 m.nt. JT (Bouwwerken recycling levensmiddelen Veulen); ABRvS 10-7-2000, Gst. 2000, 7128, nr. 9 (Uitwegvergunning St. Michiels-gestel).

27. Zie R.J.N. Schlössels, *Interventie VAR*, VAR-reeks 129, Den Haag: BJu 2003, p. 15.

28. R.J.N. Schlössels, *Nadeelcompensatie en het égalité-beginsel: chaos of ius commune* (II), Gst. 2002, nr. 7161, p.181-189, hier p. 186-187.

29. HR 2-5-2003, AB 2003, 354 m.nt. E.W.J. de Groot en GAvdV (Nunspeet/Mulder).

bereid zijn om deze verplichting op zich te nemen.³⁰ Uit deze uitspraak kan worden geconcludeerd dat een vergunninghouder niet zonder wettelijke grondslag mag worden verplicht schade voortvloeiend uit het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten voor zijn rekening te nemen, ook niet wanneer de compensatievoorwaarde berust op wilsovereenstemming.

Volgens de huidige opvatting is een particulier die van de uitoefening van een bestuursbevoegdheid profiteert aansprakelijk voor door derden geleden nadeel. Een interessante vraag is of het bestuur aan de vergunninghouder de verplichting mag opleggen om deze schade aan een derde te vergoeden. De interpretatie van het specialiteitsbeginsel speelt hierbij weer een rol. Volgens de preciezen moet deze vraag negatief beantwoord worden. Het bestuur is niet bevoegd om zich te mengen in de privaatrechtelijke verhouding tussen burgers. Van interventie in een privaatrechtelijke verhouding tussen burgers is volgens Scheltema in een dergelijke situatie geen sprake. In zijn opvatting staat de rechtsbetrekking tussen burgers en bestuur centraal, en deze heeft een publiekrechtelijk karakter. Binnen deze rechtsbetrekking kunnen algemene beginselen een rol spelen die het bestuursrecht en het privaatrecht gemeenschappelijk hebben. Van ongerechtvaardigde verrijking in het bestuursrecht kan bijvoorbeeld sprake zijn als de ene burger door vergunningverlening is verrijkt, ten koste van de verarming van een andere burger.³¹ Algemene rechtsbeginselen vormen dan de materiële rechtsgrond voor een verbintenis die niet uit een rechtshandeling voortvloeit, dus vergelijkbaar met een privaatrechtelijke verbintenis die uit de wet voortvloeit. In sommige gevallen zou het bestuur dan ook bevoegd moeten zijn deze schadevergoedingsverplichting in de vergunning op te nemen en nader uit te werken.³² In hoeverre wilsovereenkomst een voorwaarde is voor interventie, is nog niet duidelijk.

De huidige opvatting van de Afdeling bestuursrechtspraak betreffende de verdeling van aansprakelijkheid is moeilijk te rijmen met het voorbeeld uit de vorige paragraaf, aangezien hier sprake lijkt te zijn van samenloop van aansprakelijkheid. Met het besluit wordt met name het belang van

30. J.A.M. van den Berk, Vergoeding van planschade: een exclusieve overheidstaak!, BR 2003, p. 583-591, hier p. 589; J.J.M.M. van Rijckevorsel, Nadeelcompensatie: wie is verantwoordelijk?, NJB 2002, p. 2297-2298.

31. HR 15-3-1996, NJ 1996, 3 (Van der Tuuk Adriani/Batelaan).

32. Scheltema & Scheltema, 2003, p. 277 e.v.

P.T.T. Telecom gediend. De aansprakelijkheid voor door derden geleden nadeel rust volgens de geldende opvatting dan ook op P.T.T. Telecom. Het bestuur legt de vergunninghouder de voorwaarde op om door derden geleden nadeel, dat het gevolg is van de verlening en het gebruik van de vergunning, te compenseren. De rekkelijke opvatting ten aanzien van het specialiteitsbeginsel lijkt dus door de Afdeling bestuursrechtspraak te worden geaccepteerd. Maar wat is eigenlijk de materiële rechtsgrond van de aansprakelijkheid? Schlössels constateert in zijn noot bij deze uitspraak dat er twee verschillende schadeposten te onderscheiden zijn.³³ In de eerste plaats de kosten die de pomphouder gemaakt heeft voor het verplicht aanleggen van de telefoon. De minister heeft deze verplichting opgelegd, en zou op basis van het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten redelijkerwijs ook aansprakelijk moeten zijn voor deze kosten. Deze kosten lijken, zonder wettelijke grondslag, te zijn afgewenteld op P.T.T. Telecom. In de tweede plaats is er de schade die kan ontstaan door verlies van de opbrengsten ten gevolge van impulsaankopen en het gebruik van de telefoon. De materiële rechtsgrond voor deze schade zou, de opvatting van Scheltema volgend, gevonden kunnen worden in algemene rechtsbeginselen die ook in het publiekrecht van betekenis zijn. Wanneer het bestuur de belangen van de benzinepomphouder niet beschermd had door middel van een compensatievoorwaarde, dan had de benzinepomphouder voor het verhalen van zijn schade een vordering, op grond van onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking, kunnen indienen bij de burgerlijke rechter.³⁴ Het is overigens de vraag of en in hoeverre de vergunninghouder in dit geval op grond van het civiele recht verplicht zou kunnen worden de derde te compenseren.

Rechtsbescherming

Volgens de precieze opvatting wordt, wanneer het bestuur bijzondere belangen van burgers behartigt buiten de kaders van de doelgebonden bevoegdheden, publiek- en privaatrecht met elkaar verweven. De vermenging van rechtsgebieden leidt tot een aantal ongewenste juridische gevolgen.³⁵ Schlössels wijst op de complexe competentieconflicten die tussen de bestuursrechter enerzijds en de burgerlijke rechter anderzijds

33. Zie Schlössels in zijn noot onder ABRvS 8-1-1998, JB 1998/34.

34. HR 10-3-1972, NJ 1972, 278, m.nt. GJS (Vermeulen/Lekkerkerker); HR 15 maart 1996, NJ 1997, 3 (Van der Tuuk Adriani/Batelaan).

35. Schlössels, 1998, p. 367-368.

kunnen ontstaan. In de eerste plaats is het de vraag of particulieren een onder de regie van het bestuur tot stand gekomen schadevergoedingsregeling nog kunnen voorleggen aan de burgerlijke rechter. Als er geen rechtsmiddelen tegen het besluit worden aangewend, verkrijgt het besluit formele rechtskracht en zal de burgerlijke rechter van de rechtmatigheid van het besluit uit moeten gaan.³⁶ Hoe zal de burgerlijke rechter zich moeten opstellen als een belanghebbende een civiele vordering indient en het besluit vergunningvoorschriften bevat die strijdig zijn met bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek? Is een uitzondering op de regel van formele rechtskracht in dat geval gewenst? Een tweede vraag is of een verzoek om handhaving aan het bestuur, ingeval van niet nakoming van een afspraak neergelegd in een besluit, wel de juiste weg is om nakoming af te dwingen. Schlössels is van mening dat bestuursorganen niet geëquipeerd zijn voor de interpretatie en de handhaving van het privaatrecht. Volgens Scheltema is er van vermenging van publiekrecht en privaatrecht, en de daarmee gepaard gaande juridische narigheid, geen sprake. Vragen met betrekking tot de rechtsbescherming van betrokken partijen blijven echter wel bestaan. Als het bestuur intervenueert na een geslaagde bemiddeling, kan het resultaat dan nog voorgelegd worden aan de rechter? En zo ja, aan welke rechter? Hoe zit het met de positie van een derde belanghebbende die niet bij bemiddeling aanwezig is geweest? Kunnen zijn belangen leiden tot een wijziging van het resultaat van de bemiddeling? In hoeverre is het bestuur verplicht om eerder gedane toezeggingen na te komen?

13.5 Slot

Bemiddelend bestuursoptreden lijkt een aantrekkelijke manier om juridische conflicten over bestuursbesluiten te voorkomen en het beginsel van de minimale belangen aantasting te realiseren, en kan op die manier een bijdrage leveren aan de kwaliteit van de primaire bestuurlijke besluitvorming. Maar als het bestuur bemiddelend wil gaan besturen, komt het wel voor een aantal vragen te staan, waarover niet in alle opzichten duidelijkheid bestaat.

Bemiddeling is niet alleen een wijze van besturen, maar ook een alternatieve wijze van geschilafdoening. Het voorkomen van de juridische escalatie van een conflict kan een bijdrage leveren aan de efficiëntie en

36. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 665.

effectiviteit van de primaire bestuurlijke besluitvormingsprocedure. De kosten van juridische procedures worden bespaard. Wanneer partijen een besluit kunnen accepteren, wordt het risico van niet-nakoming waarschijnlijk kleiner. Dit kan betekenen dat het bestuur minder geld kwijt is aan handhaving. Ook wordt voorkomen dat de rechterlijke macht onnodig met het beslechten van conflicten wordt belast. Succesvol bemiddelend bestuursoptreden leidt bovendien tot meer rechtszekerheid bij bestuur en burger. Doordat geschillen in de primaire besluitvorming worden opgelost en vervolgpcedures worden voorkomen, kunnen besluiten sneller worden uitgevoerd. Geslaagd bemiddelend bestuursoptreden leidt mijns inziens tevens tot een bijdrage aan de verwezenlijking van het beginsel van de minimale belangenaantasting. Wilsovereenstemming zal worden bereikt indien beide partijen van mening zijn dat met het resultaat van het overleg hun eigen belang in voldoende mate wordt beschermd.

In het huidige bestuursrechtelijke systeem leidt bemiddelend bestuursoptreden tot een aantal juridische vragen. Er heerst onduidelijkheid over de reikwijdte van de bestuursbevoegdheid om in te grijpen in de relatie tussen particulieren. Succesvolle bemiddeling is gebaseerd op wilsovereenstemming tussen partijen. Zijn de rechtsstatelijke grenzen, die eenzijdig overheidsoptreden beperken, redelijk als er sprake is van bestuurlijke interventie met instemming van partijen? De mogelijke oplossing van een conflict tussen particulieren kan gevonden worden in vergoeding van de kosten van nadeel geleden door een derde. Maar wie is aansprakelijk voor deze kosten? Het bestuur dat de bestuursbevoegdheid uitoefent? Of de particulier die profiteert van het bestuursbesluit? Naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak hangt de verdeling van de aansprakelijkheid af van het doel dat met het bestuursbesluit wordt gediend. Deze opvatting houdt echter geen rekening met situaties waarin bestuur en particulier beide aansprakelijk zijn. Op welke wijze behoren de lusten en de lasten dan verdeeld te worden? Het is niet helder in hoeverre het bestuur zich mag bemoeien met een schadevergoedingsregeling tussen partijen, en of bestuur en burger ook afspraken kunnen maken over de verdeling van de lasten. De gevolgen voor de rechtsbescherming van betrokken partijen zijn ook nog niet uitgekristalliseerd.

Naar mijn mening zou het bestuur ook buiten de huidige wettelijke kaders ruimte moeten hebben om te interveniëren in de horizontale rechtsbetrekking tussen partijen, als partijen daarmee instemmen. Nader onderzoek zal moeten worden verricht naar de mogelijkheden om bemiddelend bestuursoptreden in te bedden in het bestuursrechtelijke systeem, zonder afbreuk te doen aan de uitgangspunten van de rechtstaat.