



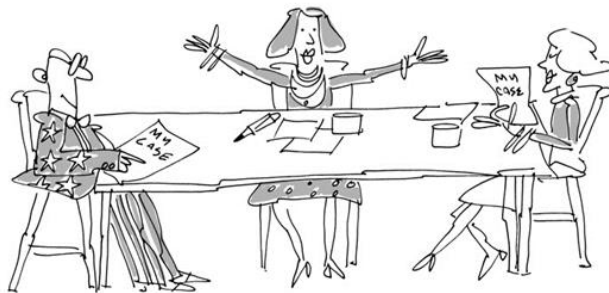
Nijmegen



Omgevingsdienst
Regio Nijmegen

‘Een informele weg vol uitdagingen’

Een praktijkgericht juridisch onderzoek naar de knelpunten en bijbehorende oplossingen bij de toepassing van pre-mediation in de bezwaarfase binnen de ODRN en de gemeente Nijmegen



Naam: Abelina Overbeeke
Studentnummer: 2085858
Functie: Stagiaire Juridisch Advies en onderzoeker

Onderwijsinstelling: Juridische Hogeschool Avans – Fontys
Opleiding: HBO-Rechten
Afstudeerperiode: februari 2018 – juni 2018
Afstudeerorganisatie: Omgevingsdienst Regio Nijmegen
Afstudeermentor: De heer mr. R. Pennekamp

Eerste afstudeerdocent: Mevrouw mr. dr. G.A.F.M. van Schaaik
Tweede afstudeerdocent: Mevrouw mr. drs. R. Kerstens – Van Tol

Nijmegen, mei 2018



‘Een informele weg vol uitdagingen’

Een praktijkgericht juridisch onderzoek naar de knelpunten en bijbehorende oplossingen bij de toepassing van pre-mediation in de bezwaarfase binnen de ODRN en de gemeente Nijmegen

Naam:	Abelina Overbeeke
Studentnummer:	2085858
Functie:	Stagiaire Juridisch Advies en onderzoeker
Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans – Fontys
Opleiding:	HBO-Rechten
Afstudeerperiode:	februari 2018 – juni 2018
Afstudeerorganisatie:	Omgevingsdienst Regio Nijmegen
Afstudeermentor:	De heer mr. R. Pennekamp
Eerste afstudeerdocent:	Mevrouw mr. dr. G.A.F.M. van Schaaijk
Tweede afstudeerdocent:	Mevrouw mr. drs. R. Kerstens - van Tol

Nijmegen, mei 2018

Voorwoord

Geachte lezer,

Met trots presenteer ik aan u mijn afstudeerscriptie die tot stand is gekomen in opdracht van en in samenwerking met de Omgevingsdienst Regio Nijmegen en de gemeente Nijmegen. Het onderzoek is verricht in het kader van de laatste fase van mijn opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te 's-Hertogenbosch.

Van 5 februari 2018 tot en met 28 mei 2018 heb ik stage gelopen bij de Omgevingsdienst Regio Nijmegen. Ik heb er bewust voor gekozen om te solliciteren bij een overheidsorgaan, omdat ik geïnteresseerd ben in het omgevingsrecht en het bestuursprocesrecht. Na lang zoeken, vond ik een geschikte en leuke afstudeerplek bij de omgevingsdienst. De juristen daar hadden een geschikte opdracht voor mij. Zij vroegen zich kort gezegd af of de toepassing van pre-mediation in de bezwaarfase binnen de gemeente Nijmegen geschiedt binnen de grenzen van de geldende wet- en regelgeving. Binnen deze gemeente wordt namelijk pre-mediation ingezet als een bezwaarschrift binnenkomt, ook in een bezwaarprocedure naar aanleiding van verleende omgevingsvergunningen voor de activiteit “bouwen”. De medewerkers van de gemeente Nijmegen waren ook benieuwd wat er uit mijn onderzoek zou komen dus ik heb het onderzoek gedaan in opdracht van zowel de juristen van de omgevingsdienst als die van de gemeente Nijmegen. In het begin vond ik het lastig om het probleem helder te krijgen, maar gaandeweg raakte ik steeds vertrouwd met het onderwerp en kreeg ik duidelijker voor ogen hoe ik het onderzoek het beste kon uitvoeren. Al met al was het een hele drukke en bovenal zeer leerzame en leuke periode. Ik heb veel mensen leren kennen en weet nu veel meer van de Omgevingsdienst Regio Nijmegen. Daarnaast heb ik wat praktijkervaring op kunnen doen. Ik heb gemerkt dat mijn hart ligt bij het omgevingsrecht. Ik hoop dan ook na de opleiding hiermee verder te kunnen gaan.

De realisatie van deze scriptie is mede te danken aan de medewerking van verschillende personen. Hierbij wil ik hen hartelijk bedanken voor hun inzet. Allereerst wil ik mijn stagementor de heer Pennekamp bedanken die mij de mogelijkheid heeft gegeven dit onderzoek uit te voeren en mij begeleid heeft tijdens de periode dat ik aanwezig was bij de organisatie. Ik heb veel aan onze overlegmomenten en de feedback gehad. Ik wil ook de heer Alberts, mevrouw Vaartjes en alle andere medewerkers van de ODRN bedanken voor de fijne afstudeerperiode die ik er heb gehad en voor de tijd die ze genomen hebben om me te helpen met mijn scriptie. Dat geldt tevens voor de medewerkers van de gemeente Nijmegen. Verder wil ik mijn eerste afstudeerdocent mevrouw Van Schaaijk bedanken voor de feedback en verdere begeleiding tijdens de afstudeerperiode. Daarnaast nog een woord van dank aan mijn tweede afstudeerdocent mevrouw Kerstens - van Tol. Hoewel ik eigenlijk geen contact met haar heb gehad, heeft ze wel op de achtergrond geholpen met mijn scriptie. Tevens bedank ik de heer Van 't Westeinde dat hij als geïnterviewde tijd vrij wil maken om mijn scriptie te lezen en te beoordelen. Hiernaast wil ik de geïnterviewde personen van de andere omgevingsdiensten en gemeenten bedanken voor de input die ik heb gekregen voor het praktijkdeel van het onderzoek. Bovendien bedank ik Liset van Doorn, Lars Hendriks, Elise Ruissen, Tom Steenhoff en anderen voor hun feedback en support gedurende deze intensieve periode. Tot slot bedank ik mijn ouders voor hun steun.

Rest mij nog u veel leesplezier te wensen.

Abelina Overbeeke

Nijmegen, mei 2018

Inhoudsopgave

Samenvatting	8
Lijst van afkortingen	9
Hoofdstuk 1 Inleiding	10
1.1 Beschrijving organisatie	10
1.2 Probleembeschrijving	10
1.3 Centrale vraag	12
1.4 Doelstelling	12
1.5 Methodische verantwoording	12
1.6 Leeswijzer	15
Hoofdstuk 2 Begripsbepaling pre-mediation	16
2.1 Definiëring pre-mediation.....	16
2.1.1 Verschijningsvormen conflicthantering.....	16
2.1.2 Benamingen en betekenis pre-mediation	16
2.1.3 Karakter pre-mediation	17
2.1.4 Argumenten voor en tegen de inzet van pre-mediation.....	17
2.2 Verschillen pre-mediation en mediation	19
2.3 Verschillen pre-mediation en bezwaarprocedure	21
2.4 Tussenconclusie	22
Hoofdstuk 3 Pre-mediation en het juridisch kader van de bezwaarfase.....	23
3.1 Doelmatigheids-, behoorlijkheids- en rechtsnormen	23
3.2 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur.....	24
3.2.1 Zorgvuldigheidsbeginsel.....	24
3.2.2 Verbod van détournement de pouvoir	24
3.2.3 Plicht tot belangenafweging en materieel zorgvuldigheidsbeginsel	25
3.2.4 Gelijkheidsbeginsel	26
3.2.5 Vertrouwensbeginsel.....	26
3.2.6 Rechtszekerheidsbeginsel	27
3.2.7 Fair-playbeginsel	27
3.2.8 Motiveringsbeginsel.....	27
3.3 Juridisch kader bezwaarfase.....	28
3.3.1 Besluit.....	28
3.3.2 Derde-belanghebbendebegrip.....	28
3.3.3 Bezwaartermijn	29
3.3.4 Indieningsvereisten bezwaarschrift.....	30

3.3.5 Vertegenwoordiger	30
3.3.6 Horen belanghebbenden	30
3.3.7 Beslistermijn beslissing op bezwaar	31
3.3.8 Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen.....	31
3.3.9 Besluitvorming in de bezwaarfase	32
3.3.10 Vereisten beslissing op bezwaar en proceskostenvergoeding	32
3.4 Juridisch kader mogelijke uitkomsten	33
3.4.1 Intrekken bezwaarschrift door bezwaarmaker en nieuw besluit.....	33
3.4.2 Intrekken besluit in primo door bevoegd gezag	33
3.4.3 Wijzigen van de aanvraag	34
3.5 Vastleggen afspraken	35
3.5.1 De vaststellingsovereenkomst.....	35
3.5.2 Brief informele aanpak	37
3.5.3 Positie derde-belanghebbenden	37
3.6 Tussenconclusie	37
Hoofdstuk 4 Pre-mediation in de praktijk	39
4.1 Definiëring pre-mediation binnen de gemeente Nijmegen	39
4.2 Beschrijving pre-mediationtraject gemeente Nijmegen	40
4.2.1 <i>Indiening bezwaarschrift</i>	40
4.2.2 <i>Rol behandelend jurist</i>	40
4.2.3 <i>Vorbereiding eerste contact met belanghebbenden</i>	40
4.2.4 <i>Bepalen geschiktheid zaken</i>	40
4.2.5 <i>Contact met belanghebbenden en vertegenwoordiger</i>	41
4.2.6 <i>Het overleg en waarborg rechtsbescherming</i>	41
4.2.7 <i>Oplossingen voortvloeiend uit pre-mediation en gerelateerde knelpunten</i>	41
4.2.8 <i>Leges</i>	42
4.2.9 <i>Proceskostenvergoeding</i>	42
4.2.10 <i>Het Bia en de vaststellingsovereenkomst</i>	42
4.2.11 <i>Aanvullend praktijkonderzoek Bia's en vaststellingsovereenkomsten</i>	43
4.2.12 <i>Evaluatie</i>	43
4.2.13 <i>Opsomming knelpunten en risico's</i>	43
4.3 Definiëring pre-mediation bij vergelijkbare organisaties	44
4.4 Beschrijving pre-mediationtraject bij vergelijkbare organisaties	45
4.4.1 <i>Rol behandelend jurist</i>	45
4.4.2 <i>Vorbereiding eerste contact met belanghebbenden</i>	45
4.4.3 <i>Bepalen geschiktheid zaken</i>	45

4.4.4 Aantal betrokken partijen.....	45
4.4.5 Contact met de belanghebbenden en vertegenwoordiger	46
4.4.6 Het overleg en waarborg rechtsbescherming	46
4.4.7 Oplossingen voortvloeiend uit pre-mediation en gerelateerde knelpunten	46
4.4.8 Leges	47
4.4.9 Proceskostenvergoeding	47
4.4.10 Vastlegging afspraken bij andere organisaties en nakoming daarvan	47
4.4.11 Evaluatie	48
4.5 Tussenconclusie	48
Hoofdstuk 5 Conclusies en aanbevelingen	50
5.1 Conclusies.....	50
5.2 Aanbevelingen.....	53
Literatuurlijst	54
Jurisprudentielijst.....	56

Bijlagen

De bijlagen zijn allen opgenomen in een aparte bijlagenbundel met eigen inhoudsopgave.

Samenvatting

Binnen de ODRN en de gemeente Nijmegen vragen de juristen zich af hoe het pre-mediationproces in de bezwaarfase kan worden verbeterd, zodat pre-mediation binnen het juridisch kader wordt toegepast. In dit onderzoek is daarom de volgende centrale vraag van belang: *Welke aanbevelingen in de vorm van een pre-mediationprotocol omtrent de uitvoering van het pre-mediationtraject in de wettelijk verankerde bezwaarfase van een omgevingsvergunning voor de activiteit "bouwen" zijn af te leiden uit het relevante juridisch kader en uit een analyse van de uitvoering van pre-mediation in de bezwaarfase bij de gemeente Nijmegen en vergelijkbare organisaties?* Het doel van het onderzoek, voortvloeiend uit de centrale vraag, is het opstellen van een pre-mediationprotocol. Hierin worden alle stappen beschreven om pre-mediation binnen het juridisch kader toe te passen met de bijbehorende risico's. Zo kent elke betrokkene zijn rechten en plichten.

Uit literatuuronderzoek is gebleken dat pre-mediation een aanpak is die door een jurist wordt gebruikt om op informele wijze een bezwaarschrift af te handelen. Met behulp van mediationvaardigheden probeert de jurist de bezwaarmaker en de vergunninghouder tot elkaar te laten komen. Pre-mediation is aan minder regels gebonden dan mediation en verschilt van de bezwaarprocedure doordat de partijen meer betrokken worden bij het besluit dat wordt genomen.

Aan de hand van rechtsbronnen- en literatuuronderzoek is een aantal belangrijke juridische aandachtspunten voor het protocol gevonden. De belangrijkste punten worden nu benoemd. Bij pre-mediation dienen de juristen de behoorlijkheidsnormen, doelmatigheidsnormen en de rechtsnormen, waaronder de a.b.b.b. in acht te nemen. Voorafgaand aan pre-mediation is verdaging dan wel opschorting van de beslistermijn om een b.o.b. te nemen nodig. Ter afsluiting van de pre-mediation kan een Bia of een vaststellingsovereenkomst worden opgesteld. Hierin kan niet het recht van bezwaar en beroep worden uitgesloten. Er kan wel worden afgesproken dat de bezwaarmaker zijn bezwaarschrift intrekt. Daarnaast kan worden afgesproken dat het oude primaire besluit wordt ingetrokken en dat een nieuw primair besluit wordt genomen. Verder zijn er twee aandachtspunten bij de wijziging van een aanvraag. Allereerst moet worden gekeken of het gaat om een ondergeschikte of ingrijpende wijziging van de aanvraag. Daarnaast mag het bevoegd gezag alleen een besluit nemen als daar een aanvraag aan ten grondslag ligt.

Er is zowel binnen de gemeente Nijmegen, de ODRN als bij vergelijkbare organisaties praktijkonderzoek gedaan middels het afnemen van interviews en documentenonderzoek. De belangrijkste conclusies hieruit zijn de volgende:

- Rolvermenging kan worden voorkomen door voor pre-mediation en de behandeling van het bezwaar twee verschillende personen in te zetten.
- Het voorkomen van zowel het bestaan van twee vergunningen als ambtshalve besluitvorming door het bevoegd gezag, is op allerlei manieren mogelijk.
- Het risico voor het schaden van de belangen van derde-belanghebbenden blijft, maar kan worden beperkt door besluiten te publiceren en te voorzien van een rechtsmiddelenclausule. Tevens kunnen die belangen al worden betrokken bij pre-mediation.
- Ter afsluiting van pre-mediation wordt binnen de gemeente Nijmegen een Bia of vaststellingsovereenkomst gebruikt, terwijl andere organisaties een afsprakenlijst gebruiken.

Naast de aanbeveling om het opgestelde pre-mediationprotocol te gebruiken, wordt aanbevolen dat de primaire afdeling ook gebruik gaat maken van pre-mediation, om een bepaling in de legesverordening op te nemen en om geld te reserveren om proceskosten te kunnen vergoeden in het kader van pre-mediation. Tot slot wordt aanbevolen om vaker te evalueren en om van het Bia een afsprakenlijst te maken.

Lijst van afkortingen

A.b.b.b.	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
Art.	Artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Bia	Besluit informele aanpak
B.o.b.	Beslissing op bezwaar
BW	Burgerlijk Wetboek
College van B&W	College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Nijmegen
CRvB	Centrale Raad van Beroep
Hof	Gerechtshof
HR.	Hoge Raad
Jo	Juncto
Mfn	Mediatorsfederatie Nederland
Ministerie van BZK	Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
NMI	Nederlands Mediator Instituut
ODR	Omgevingsdienst Rivierenland
ODRA	Omgevingsdienst Regio Arnhem
ODRN	Omgevingsdienst Regio Nijmegen
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht

Hoofdstuk 1 Inleiding

Dit hoofdstuk is bedoeld als inleiding op het onderwerp en geeft een afbakening en structurering van het onderzoek weer. Eerst zal een beschrijving van de organisatie en het juridisch vraagstuk worden gegeven. Vervolgens komen de centrale vraag, de deelvragen en de doelstelling aan bod. Daarna wordt de methodische verantwoording beschreven. Aan het einde wordt door middel van een leeswijzer duidelijk wat de lezer kan verwachten.

1.1 Beschrijving organisatie

Naar aanleiding van onder meer de brand bij Chemie-Pack in Moerdijk in 2011 is besloten om regionale omgevingsdiensten taken op het gebied van milieu te geven. Daar zijn meer ambtenaren met expertise op dat gebied aanwezig dan bij gemeenten.¹ Daarom is in 2013 onder meer de Omgevingsdienst Regio Nijmegen opgericht. De ODRN is één van de zeven omgevingsdiensten in de provincie Gelderland. De gemeenten Druten, Berg en Dal, Heumen, Beuningen, Nijmegen en Wijchen hebben verplicht de milieutaken overgedragen aan de ODRN op het gebied van vergunningverlening, handhaving en toezicht. Tevens hebben bijna al deze gemeenten vrijwillig hun taken op het gebied van bouwen, reclame, inritten, kappen en slopen overgedragen aan de ODRN.² De ODRN is ook het centrale aanspreekpunt voor bedrijven die een vergunning nodig hebben op grond van de Wabo, waarvoor de provincie Gelderland het bevoegd gezag is. Daarnaast controleert zij in de provincies Gelderland en Overijssel bedrijven waar grote hoeveelheden gevaarlijke stoffen aanwezig zijn.³ De ODRN werkt samen met de hiervoor genoemde organisaties. Er wordt tevens samengewerkt met de zes omliggende omgevingsdiensten. Deze worden samen het Gelders Stelsel genoemd.⁴

Ook binnen de ODRN is sprake van een samenwerking. Als het gaat om een brikvergunning (bouwen, reclame, inrit, kappen en slopen) buigt één afdeling zich over de vergunningverlening. Een andere afdeling houdt zich bezig met de handhaving ervan. Datzelfde principe geldt voor milieuvergunningen. De onderzoeker hoort bij de aparte vijfde afdeling Juridisch Advies en neemt binnen de organisatie de plek in van juridisch adviseur.

De ODRN is een gemeenschappelijk openbaar lichaam en bezit rechtspersoonlijkheid.⁵ De bevoegdheden die de ODRN heeft, zijn gemandateerd door de deelnemende gemeenten en provincies (de deelnemers) van het samenwerkingsverband.⁶ Namens de bestuursorganen van de deelnemers, neemt de ODRN primaire besluiten. Alle werkzaamheden worden tegen betaling uitgevoerd. Tussen de deelnemer als opdrachtgever en de ODRN als opdrachtnemer, zijn dan ook privaatrechtelijke dienstverleningsovereenkomsten gesloten. Daarin zijn concrete afspraken gemaakt over de dienstverlening, bijvoorbeeld over de financiële aspecten.

1.2 Probleembeschrijving

De inwoners en ondernemers van de gemeente Nijmegen die een omgevingsvergunning nodig hebben op het gebied van bouwen, moeten formeel bij het college van B&W van de gemeente Nijmegen een aanvraag indienen. De ODRN toetst namens het college aan de hand van de geldende wet- en regelgeving of de gevraagde omgevingsvergunning kan worden verleend. Als deze wordt verleend, bestaat de kans dat een derde-belanghebbende

¹ Kamerstukken II 2013/14, 33872, 3, p. 4.

² Kamerstukken II 2013/14, 33872, 3, p. 17-18.

³ Deze bedrijven vallen onder het Besluit Risico's en Zware Ongevallen 2015.

⁴ 'Over ons', Omgevingsdienst Regio Nijmegen, www.odregionijmegen.nl (zoek op: opdrachtgever).

⁵ Artikel 5.3 lid 3 Wabo jo artikel 8 lid 1 jo artikel 52 lid 1 Wet gemeenschappelijke regelingen jo artikel 2:1 lid 2 Burgerlijk Wetboek.

⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33872, 3, p. 20.

daartegen bezwaar maakt. Het bezwaarschrift dient de derde-belanghebbende in bij het college van B&W.

Derde-belanghebbenden benutten regelmatig de kans om bezwaar te maken.⁷ Het behandelen van alle bezwaarschriften kost de gemeente Nijmegen veel tijd en geld. Het is een langdurige, formele en belastende procedure. Deze gevolgen zijn inherent aan een bezwaarprocedure. In de gemeente Nijmegen acht men het van belang dat er minder vaak een b.o.b. wordt genomen. Tevens acht men het van belang dat er van de ingediende bezwaarschriften minder bezwaren gegrond worden verklaard door het college. Om de gestelde doelen daadwerkelijk te bereiken, is besloten dat juristen die bezwaarschriften behandelen, pre-mediation gaan toepassen in de bezwaarfase.

Binnen de gemeente Nijmegen zijn juristen begonnen met de inzet van pre-mediation tijdens de bezwaarfase in het Sociale Domein. Dit is inmiddels uitgebreid naar het Fysieke Domein. Het doel hiervan is niet alleen om de bovengenoemde doelen te realiseren, maar ook dat pre-mediation de klanttevredenheid laat toenemen.⁸ Ook hoopt men door de inzet van pre-mediation beroepsprocedures te kunnen voorkomen.⁹ Tijdens pre-mediation wordt een minnelijke oplossing bereikt, waarna vaak het bezwaarschrift wordt ingetrokken.¹⁰ Er wordt in dit geval geen b.o.b. meer genomen. Daarmee is de bezwaarprocedure geëindigd en is de gemeente minder tijd en geld kwijt dan bij het doorlopen van de bezwaarprocedure, eventueel gevolgd door een beroeps- of hoger beroepsprocedure.¹¹

De juristen van de gemeente Nijmegen zetten pre-mediation in nadat er een bezwaarschrift van een derde-belanghebbende is ontvangen. Vanaf dat moment moet het wettelijk kader die de Awb en de Wabo stellen voor de bezwaarprocedure in acht worden genomen. Dit betekent dat een wettelijk gereguleerd proces en een niet-wettelijk gereguleerd proces gelijktijdig worden uitgevoerd. Deze verwevenheid zorgt voor juridische dilemma's, waarvoor men binnen de gemeente Nijmegen en de ODRN oplossingen wil hebben. Door het opstarten van een pre-mediationstraject, weet men binnen de gemeente Nijmegen op voorhand dat een probleem kan ontstaan met de wettelijke beslistermijn die geldt voor het nemen van een b.o.b. Daarbij is men juridisch gehouden om, tenzij het bezwaarschrift wordt ingetrokken, een b.o.b. te nemen. Als een b.o.b. wordt genomen, staat daar altijd beroep bij de rechtbank tegen open. Ook moet er rekening worden gehouden met andere belanghebbenden. Zij hebben geen bezwaar gemaakt, maar worden wellicht wel in hun belangen geschaad door een oplossing die door de inzet van pre-mediation wordt bereikt. Tevens is van belang dat een publiekrechtelijk besluit van een rechtsmiddelenclausule wordt voorzien en wordt gepubliceerd. Daarnaast moeten de grenzen in het oog worden gehouden die gelden voor het mogen aanpassen van een aanvraag zonder dat er een nieuwe aanvraag voor een omgevingsvergunning moet worden ingediend. Binnen de gemeente Nijmegen heeft men met de voornoemde dilemma's te maken en er zal dus bedacht moeten worden hoe het pre-mediationstraject eruit moet zien om binnen het juridisch kader te blijven. Daarnaast moet worden bedacht hoe de belangen van zowel de vergunninghouder als de bezwaarmaker juridisch correct worden vertaald naar een besluit.

De gemeente Nijmegen en de ODRN hebben opdracht gegeven om te onderzoeken welke juridische knelpunten ontstaan als het pre-mediationstraject wordt ingepast in de wettelijk verankerde bezwaarprocedure en hoe het traject juridisch verantwoord kan worden vormgegeven, zodat het wel kan worden ingepast en er ook rekening wordt gehouden met

⁷ Dit blijkt uit de jaarverslagen van de gemeente Nijmegen.

⁸ *Handreiking mediation: een luisterend oor* 2008, p. 3.

⁹ Euwema e.a. 2010, p. 23.

¹⁰ De Graaf e.a. 2011, p. 44.

¹¹ Euwema e.a. 2010, p. 22, Van der Velden e.a. 2010, p. 74.

de belangen van de bezwaarmaker, vergunninghouder en andere mogelijke belanghebbenden. Hierbij wordt uitdrukkelijk vermeld dat dit onderzoek zich alleen richt op de bezwaarfase en dat slechts de bezwaarprocedures naar aanleiding van een verleende omgevingsvergunning voor de activiteit “bouwen” onderwerp van het onderzoek zullen zijn.

1.3 Centrale vraag

Welke aanbevelingen in de vorm van een pre-mediationprotocol aan de afdeling Juridische Zaken van zowel de Omgevingsdienst Regio Nijmegen als de gemeente Nijmegen omtrent het uitvoeren en inpassen van het pre-mediationtraject in de wettelijk verankerde bezwaarfase van een omgevingsvergunning voor de activiteit “bouwen” zijn af te leiden uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, jurisprudentie en de wettelijke bepalingen voor de bezwaarfase voortvloeiend uit de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en de Algemene wet bestuursrecht en uit een analyse van de uitvoering van pre-mediation in de bezwaarfase binnen de gemeente Nijmegen en bij vergelijkbare organisaties?

Deelvragen

Om te komen tot de beantwoording van de centrale vraag, zijn enkele deelvragen geformuleerd. Het gaat om de volgende deelvragen:

1. Wat houdt pre-mediation in?
2. Aan welke juridische eisen moet de uitvoering van pre-mediation voldoen, gelet op wettelijke bepalingen van de Awb en de Wabo, de jurisprudentie en algemene beginselen van behoorlijk bestuur die gelden voor de bezwaarprocedure bij een omgevingsvergunning voor de activiteit “bouwen”?
3. Op welke wijze en met welke argumenten wordt pre-mediation uitgevoerd in de gemeente Nijmegen?
4. Welke juridische (en niet-juridische) knelpunten ontstaan er als de gemeente Nijmegen het pre-mediationtraject wil toepassen binnen het wettelijk kader van de bezwaarprocedure van een omgevingsvergunning voor de activiteit “bouwen” dat is verankerd in de Awb en de Wabo?
5. Hoe wordt pre-mediation in de bezwaarfase van een omgevingsvergunning voor de activiteit “bouwen” toegepast door andere omgevingsdiensten en gemeenten en hoe worden daar de geconstateerde knelpunten tijdens het pre-mediationtraject opgelost?
6. Welk pre-mediationprotocol moet binnen de gemeente Nijmegen worden toegepast in de bezwaarfase van een omgevingsvergunning voor de activiteit “bouwen”, gelet op de wettelijke bepalingen van de Awb en de Wabo, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en jurisprudentie?

1.4 Doelstelling

In opdracht van de gemeente Nijmegen en de Omgevingsdienst Regio Nijmegen worden op 1 juni 2018 een pre-mediationprotocol en een onderzoeksrapport overhandigd aan de heer R. Pennekamp van de afdeling Juridisch Advies van de ODRN en aan mevrouw R. Duic van de afdeling Juridische Zaken van de gemeente Nijmegen met daarin een analyse van knelpunten en risico's die leiden tot aanbevelingen hoe het pre-mediationtraject in de bezwaarfase van een omgevingsvergunning voor de activiteit “bouwen” uitgevoerd moet worden, zodat het pre-mediationtraject juridisch correct verloopt.

1.5 Methodische verantwoording

Het onderzoek naar de definiëring van pre-mediation is geschied met behulp van literatuuronderzoek. Voor het onderzoek van het recht is gebruik gemaakt van de strategie rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. Voor het onderzoek van de praktijk is de strategie kwalitatief onderzoek, meer specifiek vergelijkende casestudy gebruikt. Daarbij zijn de empirische methoden onderzoeksinterview en documentenonderzoek van belang geweest. Hiervoor is gekozen om een beeld te krijgen van hoe andere organisaties pre-mediation toepassen en hoe daar wordt omgegaan met mogelijke knelpunten.

Bij het onderzoek naar het recht is als eerste rechtsbron de Awb gebruikt voor de algemene wettelijke bepalingen die gelden voor de bezwaarfase naar aanleiding van een verleende omgevingsvergunning voor de activiteit “bouwen”. Deze wet is tevens nodig geweest om aan te geven waar de gecodificeerde a.b.b.b. zijn opgenomen. Verder is gekeken naar de Wabo voor de bijzondere en aanvullende bepalingen die gelden voor een omgevingsvergunning voor de activiteit “bouwen”. De onderzoeker heeft Boek 3, 6 en 7 BW nodig gehad voor de wettelijke bepalingen over privaatrechtelijke overeenkomsten. Daarbij is met name gekeken naar de bepalingen over de vaststellingsovereenkomst.

In aanvulling op de wettelijke regels heeft de onderzoeker voornamelijk uitspraken van de ABRvS, de CRvB en de Hoge Raad gebruikt, omdat die uitspraken van de hoogste rechters afkomstig zijn en dus het meeste gezag hebben. Deze uitspraken zijn nodig geweest, omdat hierin rechtsregels worden gegeven die betrekking hebben op het juridisch kader van de bezwaarfase.

Voor meer theoretische kennis over de betekenis van pre-mediation en het juridisch kader zijn verschillende handboeken gebruikt. De handboeken zijn allemaal vrij recent geschreven. Er is voor de boeken “Omgevingsrecht/Publiekrecht van Alders”, “Kern van het bestuursrecht” van Schlössels en het boek “Bestuursrecht deel 2” van Bröhring gekozen, omdat deze boeken wat meer basale informatie geven over de bezwaarfase. Het boek “Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat” van Schlössels en Zeilstra is gekozen voor meer diepgaande informatie over de bezwaarfase. Voor uitleg over de bijzondere bepalingen die gelden in het ruimtelijk bestuursrecht, is gekozen voor het boek “Omgevingsrecht” van Boeve en “Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht” van Van Buren. De boeken van Vreugdenhil, Schutter en Spierdijk hebben informatie verschaft over wat (pre-)mediation inhoudt. Er zijn in aanvulling hierop tijdschriftartikelen gebruikt, omdat deze artikelen dieper ingaan op het onderzoeksonderwerp. Zo is gekozen voor meerdere artikelen van het Nederlands Juristenblad. Dit is een officieel blad voor juristen en artikelen van dit blad moeten worden goedgekeurd door de redactie van rechtsgeleerden. Daarom zijn artikelen hiervan betrouwbaar en bruikbaar. Er zijn ook digitale bronnen gebruikt. Deze zijn beoordeeld op betrouwbaarheid, datum van publicatie, geldigheid en kwaliteit. Wanneer er niet werd voldaan aan de criteria voor een goede bron, is de bron niet gebruikt.

Hiernaast is gebruik gemaakt van verschillende documenten van de gemeente Nijmegen. Er is namelijk gekeken naar het mandaatbesluit, een startnotitie en procesbeschrijvingen. Daarmee kon inzichtelijk worden gemaakt hoe pre-mediation momenteel wordt uitgevoerd binnen de gemeente Nijmegen.

Daarnaast zijn verscheidene rapporten gebruikt. In de literatuurlijst is onder meer een aantal onderzoeksrapporten opgenomen die afkomstig zijn van het ministerie van BZK. Deze rapporten maken inzichtelijk waar men binnen verscheidene gemeenten en provincies tegenaan loopt bij het gebruik van pre-mediation. Ook andere onderzoeksrapporten zijn gebruikt voor onder meer de verschillende benamingen van pre-mediation.

Voor het gehele onderzoek is gebruik gemaakt van de methode inhoudsanalyse. Alle vergaarde theoretische data en praktijkdata is geanalyseerd en geïnterpreteerd. Daarna is de relevante informatie verwerkt in het onderzoek.

Verder is gebruik gemaakt van de methode documentenonderzoek. Er is namelijk een aantal Bia's en vaststellingsovereenkomsten bekeken. Er waren niet meer dan zes Bia's en twee vaststellingsovereenkomsten beschikbaar binnen het Fysiek Domein. Daarom is voor het totaal van acht gekozen. Dit onderzoek is gedaan om inzichtelijk te kunnen maken wat er doorgaans wordt opgenomen in Bia's en vaststellingsovereenkomsten en om te achterhalen wat de juridische status is van de inhoud.

In het kader van het praktijkonderzoek zijn interviews afgenomen binnen de gemeente Nijmegen, binnen de ODRN en bij andere omgevingsdiensten en gemeenten. Er is gekozen

voor de methode onderzoeksinterview als dataverzamelingsinstrument, omdat daarmee veel diepgaande informatie kon worden ingewonnen over het onderzoeksonderwerp, maar ook over de achterliggende ideeën. Ook is van belang geweest dat bij de vergelijkbare organisaties oplossingen zijn aangedragen voor de knelpunten en risico's die een rol spelen bij de toepassing van pre-mediation binnen de gemeente Nijmegen.

Binnen de gemeente Nijmegen en de ODRN zijn in totaal vijf interviews gehouden. Dit aantal is bepaald om een betrouwbare vergelijking van de antwoorden te kunnen maken. De juridische professionals die binnen de gemeente Nijmegen zijn geïnterviewd, zijn werkzaam op de afdeling Juridische Zaken. Deze professionals konden inzicht geven in hoe het pre-mediationstraject wordt uitgevoerd in de bezwaarfase, welke knelpunten worden ervaren en welk resultaat pre-mediation heeft, omdat zij binnen het Fysiek Domein regelmatig pre-mediation toepassen in bezwaarprocedures. De twee interviews die zijn gehouden binnen de ODRN zijn afgenomen bij professionals van de afdeling Juridisch Advies. Het eerste interview verschaftte wederom informatie over de toepassing van pre-mediation in de bezwaarprocedure, de knelpunten en het effect ervan in de praktijk. Deze professional heeft pre-mediation uitgerold binnen de gemeente Nijmegen en kon daarom veel informatie verschaffen. Het tweede interview bood inzicht in de knelpunten die worden ervaren.

Naast het praktijkonderzoek binnen de gemeente Nijmegen, is bij twee omgevingsdiensten en vier gemeenten steeds één interview afgenomen bij juridische professionals binnen het Fysiek Domein die pre-mediation in de bezwaarfase toepassen. Dit aantal organisaties was voldoende om een betrouwbare vergelijking te kunnen maken. De gemeenten Heumen en Beuningen zijn wat kleinere gemeenten ten opzichte van de gemeente Nijmegen. Daarom is ook gekozen voor twee wat grotere gemeenten, namelijk Breda en Zwolle, om een breder beeld te krijgen. Een andere reden dat voor de gemeenten Zwolle en Breda is gekozen, is dat beide gemeenten het voortouw namen bij de inzet van pre-mediation. Daardoor konden de respondenten vele ervaringen delen. De professionals van deze zes organisaties zijn voornamelijk gekozen om inzicht te krijgen in hoe vergelijkbare organisaties pre-mediation op juridisch verantwoorde wijze toepassen en hoe zij de knelpunten oplossen die binnen de gemeente Nijmegen en de ODRN worden ervaren. Dat voor de bovengenoemde juridische professionals is gekozen, doet recht aan de interne validiteit van dit onderzoek.

Om de respondenten te vragen of zij bereid waren mee te werken aan het onderzoek is steeds dezelfde introductie gebruikt. De tekst daarvan is te vinden in bijlage 1. Voorafgaand aan het interview heeft de onderzoeker aan de geïnterviewde gevraagd een instemmingsprotocol te ondertekenen. Daarin werd toestemming gevraagd om het gesprek op te nemen en de gegevens in de scriptie te gebruiken. Een viertal respondenten wenste toch anonimiteit dus in drie bijlagen zijn geen namen vermeld. Het instemmingsprotocol is te vinden in bijlage 2.

Er is bij alle interviews gebruik gemaakt van een halfgestructureerd interview om zo vooraf bedachte vragen te kunnen stellen, maar ook om de mogelijkheid te hebben uit te kunnen weiden over een thema. De vragenlijst is steeds ongeveer hetzelfde geweest om zo een goede vergelijking te kunnen maken van de antwoorden. De basale vragenlijst is te vinden in bijlage 9. De interne betrouwbaarheid van het onderzoek is vergroot doordat de onderzoeker de cursus 'Interviewtechnieken' heeft gevolgd. Tevens zijn er meerdere methoden gebruikt om de benodigde onderzoeksgegevens te verkrijgen. Om de externe betrouwbaarheid te waarborgen, zijn de interviews opgenomen en naderhand getranscribeerd. De uitwerking is steeds ter goedkeuring verstuurd naar de geïnterviewde en aangepast als dat nodig was. Alle uitwerkingen van de interviews zijn in de toegevoegde bijlagen te vinden. Elk interview is zo veel mogelijk axiaal gecodeerd, waarna twee datamatrixen zijn gemaakt met de analyse. Ook de datamatrixen zijn in de bijlagen te vinden, namelijk in bijlagen 3 en 4. De gepresenteerde conclusies en aanbevelingen zijn generaliseerbaar en relevant voor andere gemeenten en omgevingsdiensten, omdat deze organisaties ook te maken krijgen met juridische dilemma's zoals binnen de gemeente

Nijmegen wordt ervaren als pre-mediation wordt toegepast. Dat betekent dat de onderzoeksresultaten extern valide zijn.

1.6 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 wordt het begrip pre-mediation uitgelegd en begrenst. Daarna wordt in hoofdstuk 3 het juridisch kader van de bezwaarfase beschreven waarbij pre-mediation steeds aan dat kader wordt gerelateerd. In hoofdstuk 4 wordt vervolgens de koppeling gemaakt met de praktijk. In dit hoofdstuk wordt eerst ingegaan op hoe binnen de gemeente Nijmegen pre-mediation wordt toegepast en welke knelpunten daarbij naar voren komen. In het tweede deel van dit hoofdstuk komt de toepassing van pre-mediation bij vergelijkbare organisaties aan bod, waarbij aandacht wordt besteed aan mogelijke oplossingen voor de geconstateerde knelpunten. Aan het eind van elk hoofdstuk worden conclusies getrokken. In hoofdstuk 5 wordt weergegeven welk pre-mediationprotocol geschikt is om te hanteren op basis van alle conclusies. Daarna worden in aanvulling daarop aanbevelingen gegeven die uit de conclusies voortvloeien. Tot slot volgt een literatuur- en jurisprudentielijst.

Hoofdstuk 2 Begripsbepaling pre-mediation

In het eerste hoofdstuk is pre-mediation geïntroduceerd. In hoofdstuk 2 wordt dit begrip verder uitgediept, zodat een duidelijk beeld wordt verkregen van wat pre-mediation is. Het begrip pre-mediation zal worden gedefinieerd door te kijken naar verschillende benamingen en betekenissen van het begrip. Om het begrip verder te begrenzen, zal pre-mediation worden vergeleken met formele mediation alsmede de bezwaarprocedure. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie.

2.1 Definiëring pre-mediation

In paragraaf 2.1 zal eerst worden uitgelegd welke verschijningsvormen van conflicthantering er zijn. Daarna wordt ingegaan op welke verschillende benamingen voor pre-mediation worden gebruikt en op wat in de literatuur onder pre-mediation wordt verstaan. Daarna wordt het karakter van pre-mediation weergegeven. Als laatst worden argumenten voor en tegen de inzet van pre-mediation weergegeven.

2.1.1 Verschijningsvormen conflicthantering

Er zijn vijf verschijningsvormen van conflicthantering of bemiddeling te onderscheiden. Dit zijn de vormen bellen, het keukentafelgesprek, het informeel overleg, het informeel overleg met een onafhankelijke gespreksleider en mediation. Deze vormen hoeven niet allemaal in één traject voor te komen. Dat is afhankelijk van de zaak. Als een ambtenaar kiest voor bellen, is dat vaak het eerste contact met de burger. Dit telefoongesprek dient dan om te achterhalen wat er speelt en welke emoties daarbij een rol spelen. Verder kan een telefoongesprek dienen om miscommunicatie op te lossen, misverstanden op te helderen en om te overleggen of een formeel of informeel traject wordt opgestart. Een keukentafelgesprek vindt meestal bij een bezwaarmaker thuis plaats. Een ambtenaar gaat dan bijvoorbeeld kijken naar het bouwproject dat centraal staat in het geschil. Zo kan de ambtenaar ter plaatse proberen te achterhalen waar het geschil echt om gaat. Naast het bellen en het keukentafelgesprek, bestaat het informele overleg als vorm. Dan wordt een gesprek gehouden tussen de partijen en de behandelend ambtenaar op een informele plaats. Het is een persoonlijk gesprek waarbij non-verbale signalen snel kunnen worden opgevangen. Daardoor kunnen misverstanden worden voorkomen. Daarnaast kunnen besluiten worden uitgelegd en alternatieven worden besproken. Tevens is er de mogelijkheid om een informeel overleg te doen met een gespreksleider. Dit wordt gedaan als sprake is van meerdere belanghebbenden of als de communicatie tussen de partijen en het bevoegd gezag moeizaam verloopt. De gespreksleider is bij deze vorm van conflicthantering niet betrokken geweest bij het voortraject of bij de fase na pre-mediation.¹² Binnen de gemeente Nijmegen wordt bij pre-mediation vooral gebruik gemaakt van het bellen naar de burger, het informeel overleg en het informeel overleg met een (onafhankelijke) gespreksleider.

Op de laatste vorm van conflicthantering, namelijk mediation, wordt in paragraaf 2.2 dieper ingegaan.

2.1.2 Benamingen en betekenis pre-mediation

In dit onderzoek staat pre-mediation centraal. In de literatuur zijn nog andere benamingen te vinden die worden gebruikt voor het op informele wijze oplossen van een conflict. De provincie Overijssel heeft het voortouw genomen als het gaat om een oplossingsgerichte en proactieve aanpak van conflicten in de publieke dienstverlening. Daar wordt dit de 'Overijsselse methode' genoemd. Bij bijvoorbeeld het UWV wordt gesproken over de 'Andere Aanpak'.¹³ Daarnaast bestaan nog benamingen als 'Keukentafelgesprek' of

¹² Euwema, Koetsenruijter & Van der Velden 2010, p. 47-48.

¹³ Tolsma 2008, p. 184.

‘informele mediation’.¹⁴ Ook komt het gebruik van de term ‘mediationvaardigheden’ voor. De termen pre-mediation en mediationvaardigheden worden regelmatig door elkaar gebruikt. De onderzoeksrapporten ‘Prettig contact met de overheid’ van het ministerie van BZK geven geen duidelijke definiëring van beide termen. Alle hiervoor genoemde methoden om een bezwaarschrift af te handelen, verschillen van elkaar wat de inhoud van het proces betreft, maar kunnen allen wel gecategoriseerd worden onder de noemers proactief en oplossingsgericht. Proactief in die zin dat een ambtenaar in geval van een aanvraag, zienswijze, klacht of bezwaarschrift, snel en persoonlijk (telefonisch) contact opneemt met de betrokken partijen. Oplossingsgericht in die zin dat een ambtenaar vanuit een open, geïnteresseerde en oplossingsgerichte houding met de burger zoekt naar een oplossing voor een aanvraag, klacht of probleem.¹⁵ Hierbij wordt rekening gehouden met zowel individuele belangen als de belangen van het bevoegd gezag. Het hoeft bij pre-mediation niet te gaan om een neutrale derde, waardoor de ambtenaar zelf pre-mediation kan toepassen. Bij het contact met de burger past de ambtenaar communicatieve vaardigheden toe zoals luisteren, samenvatten en doorvragen, eventueel in combinatie met de-escalerende en dejuridiserende interventies. Deze vaardigheden worden tevens ingezet bij mediation. Daarom worden deze vaardigheden mediationvaardigheden genoemd. De inzet van mediationvaardigheden is erop gericht om conflicten te voorkomen dan wel te beperken middels een proactieve en persoonsgerichte opstelling van het bevoegd gezag naar de burger toe.¹⁶

2.1.3 Karakter pre-mediation

Het bevoegd gezag probeert middels pre-mediation oplossingen te vinden waardoor een win-winsituatie ontstaat voor alle betrokken partijen. Hierbij staat de burger centraal. Andere kenmerken van pre-mediation zijn de mondelinge communicatie, het zoeken naar oplossingen buiten de juridische kaders om en aandacht hebben voor zowel juridische als niet-juridische belangen. Daarnaast zijn het directe telefonische contact, het praten met elkaar in plaats van tegen elkaar, de inzet van mediationvaardigheden en het informele gesprek in plaats van de formele hoorzitting karakteriserend voor pre-mediation.¹⁷

2.1.4 Argumenten voor en tegen de inzet van pre-mediation

In deze paragraaf worden argumenten voor en tegen de inzet van pre-mediation weergegeven aan de hand van gevoerde gesprekken met de juristen van de ODRN. De uitwerkingen zijn te vinden in de bijlagen 13 en 14. Er worden argumenten gegeven vanuit de positie van het bevoegd gezag, de vergunninghouder en de bezwaarmaker.

Bevoegd gezag

Een eerste voorargument voor pre-mediation is de volgende. Het bevoegd gezag wil in de rol van goede huisvader graag meewerken aan een informele oplossing voor een conflict tussen de gemeente en burgers of burgers onderling op een manier waar alle partijen tevreden over zijn. Een dergelijke oplossing zorgt er voor dat er minder geprocedeerd gaat worden bij de rechter en dat is zowel vanuit financieel als politiek oogpunt wenselijk. Weinig rechtszaken en weinig nadelige rechterlijke uitspraken voor een gemeente geven namelijk een signaal af dat de gemeente de zaken op orde heeft. Het college van B&W kan in dat geval een positief verhaal houden richting de gemeenteraad die de taak heeft om het college te controleren.¹⁸ Hierdoor zal de gemeente dus zeker willen meewerken.

Tevens is een voorargument dat middels pre-mediation prettig contact met de burger en een betere dienstverlening ontstaat door bijvoorbeeld uitleg te geven waarom een besluit

¹⁴ Kil e.a. 2017, p. 37.

¹⁵ Euwema, Koetsenruijter & Van der Velden 2010, p. 17.

¹⁶ Van den Ban 2008, p. 15.

¹⁷ Beleidsnotitie (pre-)mediation gemeente Bunnik 2013, p. 7 en Houtsma 2012, p. 15.

¹⁸ Zie bijlage 14, p. 90.

is genomen of door in een gesprek naar een gezamenlijke oplossing te zoeken voor een conflict. Deze gedachte past ook binnen de aankomende Omgevingswet waarin maatwerk van belang wordt geacht.¹⁹ Middels persoonlijke gesprekken met burgers kan per zaak worden bekeken wat de beste oplossing is, waardoor een betere dienstverlening kan ontstaan.

Voor de gemeente is tevens een voorargument dat als een besluit wordt genomen de inzet van pre-mediation de juridische kwaliteit van de te nemen beslissing verhoogt. De belangen van de burger dienen te worden meegenomen bij het te nemen besluit, gelet op een zorgvuldige voorbereiding en goede belangenafweging die art. 3:2 jo art. 3:4 Awb eisen. Tijdens pre-mediation kunnen alle belangen beter boven tafel worden gehaald door bijvoorbeeld veel door te vragen.²⁰ Doordat alle belangen kunnen worden geïnventariseerd en afgewogen, komt dit de kwaliteit van de te nemen beslissing ten goede.

Ook al zijn er een aantal argumenten die spreken voor pre-mediation, er zijn tevens tegenargumenten te bedenken. Het eerste tegenargument behelst dat de bezwaarprocedure bestaat om een burger te beschermen tegen het bevoegd bezag. Middels deze procedure worden de rechten van de burger gegarandeerd. Pre-mediation garandeert een dergelijke bescherming niet. Daarnaast is een tegenargument dat als pre-mediation niet slaagt, er een risico ontstaat op termijnoverschrijding. Er resteert dan namelijk nog weinig tijd om de formele procedure te doorlopen, tenzij de beslistermijn verlengd kan worden. Verder sluit het volgen van een pre-mediationstraject de gang naar de rechter niet uit. Een vergunninghouder kan alsnog weigeren zijn aanvraag te wijzigen en een bezwaarmaker kan weigeren om zijn bezwaarschrift in te trekken, omdat zij hun zaak aan de rechter willen voorleggen.²¹

Vergunninghouder

De vergunninghouder zal mee willen werken aan het vinden van een oplossing tijdens pre-mediation waar de bezwaarmaker mee kan leven. Doet de vergunninghouder dat niet, dan kan dat consequenties voor hem hebben. Die consequenties vormen twee voorargumenten om als vergunninghouder aan de pre-mediation mee te werken. Enerzijds zet hij zijn relatie met de bezwaarmaker op het spel als hij niet meewerkt. Vaak is het namelijk een buurman die bezwaar maakt en het doordrukken van een bouwplan zonder oog te hebben voor de belangen van de buurman, kan ervoor zorgen dat de onderlinge verhoudingen voor altijd verpest zijn. Anderzijds loopt hij het risico dat een bezwaarmaker, als er een b.o.b. is genomen, doorgaat met procederen tot en met de ABRvS. In dat geval kan de vergunninghouder de pech hebben dat hij pas na circa twee jaar de zekerheid heeft dat zijn vergunning onherroepelijk is en dus zonder risico het bouwplan kan uitvoeren. Totdat de vergunning onherroepelijk is, loopt hij immers het risico dat een vergunning door de rechter wordt vernietigd.

Een vergunninghouder heeft een omgevingsvergunning aangevraagd, omdat hij concrete bouwplannen heeft. Zijn doel is dan dat hij direct kan bouwen zonder vertraging. Voor de vergunninghouder zal dan een tegenargument voor de inzet van pre-mediation zijn, dat het tijd en moeite zal kosten, terwijl hij al een verleende vergunning heeft. De vergunninghouder zal alleen akkoord willen gaan met een oplossing als hij de garantie heeft dat de bezwaarmaker niet verder gaat met procederen.²²

¹⁹ Zie bijlage 13, p. 88.

²⁰ Zie bijlage 14, p. 90.

²¹ Zie bijlage 13, p. 88 en bijlage 14, p. 90.

²² Zie bijlage 14, p. 90.

Bezwaarmaker

Een bezwaarmaker zal ook mee willen werken aan een andere oplossing dan een formele b.o.b. Hij zal vaak de onderlinge verhouding met vergunninghouder net zo belangrijk vinden en die niet op het spel willen zetten. Dit is voor hem een voorargument voor de inzet van pre-mediation. Daarnaast loopt hij het risico dat hij via een b.o.b. niet krijgt wat hij wil. Een omgevingsvergunning voor de activiteit “bouwen” kent namelijk een limitatief-imperatief toetsingsstelsel wat betekent dat er, met uitzondering van de situatie waarbij het bouwplan in strijd is met het bestemmingsplan, geen rekening gehouden mag worden met belangen die buiten dit toetsingskader vallen. Als de bezwaarmaker de vergunninghouder zo ver kan krijgen dat hij zijn bouwplan wijzigt of toezeggingen doet, dan bereikt hij op die manier iets dat hij misschien niet kan bereiken als hij het formele bezwaarproces doorloopt. Ook dit is dus een voorargument.

De bezwaarmaker zal echter alleen akkoord willen gaan als hij de zekerheid heeft dat de vergunninghouder niet terug kan komen op de gemaakte afspraken omtrent het gewijzigde bouwplan. Als er afgesproken wordt dat het bouwplan wordt gewijzigd om zo tegemoet te komen aan bezwaarmaker, dan wil de bezwaarmaker dus niet het risico lopen dat de vergunninghouder alsnog het oorspronkelijke bouwplan kan uitvoeren. Hij weet dat hij een intrekking van zijn bezwaarschrift niet meer ongedaan kan maken. De regel is namelijk ‘eens ingetrokken, blijft ingetrokken’, mits de bezwaartermijn is verstreken. De onzekerheid of de vergunninghouder wel zijn aanvraag zal wijzigen, is voor een bezwaarmaker een tegenargument om mee te werken aan pre-mediation.²³

2.2 Verschillen pre-mediation en mediation

In paragraaf 2.2 zal ter verdere begrenzing van het begrip worden uitgewerkt welke verschillen er bestaan tussen pre-mediation en formele mediation.

Bij pre-mediation zet een jurist van de gemeente zelf communicatieve, dejuridiserende en de-escalerende vaardigheden in.²⁴ De jurist gaat immers in gesprek met de bezwaarmaker en de vergunninghouder. Onder mediation verstaat men daarentegen het proces waarbij twee of meer partijen een conflict hebben en met behulp van een onafhankelijke, onpartijdige mediator onderhandelen over een oplossing in het wederzijds belang. Mediation kenmerkt zich doordat commitment, communicatie, vrijwilligheid, vrijblijvendheid en vertrouwelijkheid centraal staan.²⁵ De mediator leidt het gesprek.²⁶ De mediator heeft doorgaans een opleiding gevolgd tot mediator en is gecertificeerd en geregistreerd bij het NMI. Het verschil ligt hier in het feit dat mediation wordt gedaan door een onafhankelijke, onpartijdige derde en pre-mediation doorgaans door de jurist die het bezwaarschrift behandelt.

Een tweede verschil is dat mediation plaats dient te vinden conform het MfN-mediationreglement, waarbij vooraf een mediationovereenkomst wordt getekend. Na de mediation wordt een vaststellingsovereenkomst ondertekend met daarin de gemaakte afspraken.²⁷ Bij pre-mediation gelden daarentegen geen formele regels of procedures voortvloeiend uit een reglement.²⁸ Pre-mediation is dus een stuk informeler dan mediation.

Een derde verschil borduurt voort op het tweede verschil. Bij mediation wordt in de mediationovereenkomst vastgelegd dat wat wordt besproken, geheimgehouden zal worden

²³ Zie bijlage 14, p. 90.

²⁴ Euwema, Koetsenruijter & Van der Velden 2010, p. 18.

²⁵ Vreugdenhil 2005, p. 79.

²⁶ Vreugdenhil 2005, p. 67.

²⁷ Vreugdenhil 2005, p. 89 en 108.

²⁸ Mulleti 2014, p. 70.

door de partijen.²⁹ Eén van de voorwaarden van mediation is namelijk vertrouwelijkheid, tenzij partijen hierover andere afspraken maken. Bij pre-mediation wordt echter in principe niets vastgelegd, waardoor partijen elkaar moeten vertrouwen dat hetgeen is besproken niet naar buiten wordt gebracht. Bij deze aanpak hangt de vertrouwelijkheid dus af van de partijen zelf, aangezien ze die verplichting niet hebben op basis van een overeenkomst. Een kanttekening die hierbij gemaakt kan worden, is dat bij pre-mediation in het bestuursrecht stukken openbaar gemaakt moeten worden in het licht van openbaarheid van bestuur. Een bepaalde mate van vertrouwelijkheid is daardoor niet haalbaar.³⁰

Een vierde verschil tussen pre-mediation en mediation heeft betrekking op de vaststellingsovereenkomst die kan worden gebruikt om afspraken vast te leggen. Als aan het einde van pre-mediation overeenstemming is bereikt tussen de partijen en het geschil is geëindigd, dan wordt de nieuwe publiekrechtelijke rechtstoestand vastgelegd in een primair besluit of wordt het oude besluit herzien of gewijzigd. Dit wordt gedaan naar aanleiding van een Bia of soms een vaststellingsovereenkomst. Bij mediation wordt middels de vaststellingsovereenkomst dan wel het geschil beëindigd, maar hierin kan geen publiekrechtelijke rechtstoestand worden vastgelegd. Het is immers geen besluit in de zin van de Awb.³¹ Hierbij zijn dus nog aanvullende bestuurshandelingen nodig. In het volgende hoofdstuk zal hierop worden teruggekomen.

Een vijfde verschil is dat mediation in de praktijk voornamelijk wordt toegepast wanneer conflicten zijn geëscaleerd, als het gaat om complexe en/of politiek-bestuurlijk gevoelige zaken, als er meerdere partijen in het spel zijn en als vertrouwelijkheid van het proces van belang is.³² In de voorgaande gevallen is pre-mediation geen optie. Bij pre-mediation wordt per zaak in een eerste telefoongesprek met de betrokken partijen gekeken wat de beste aanpak is voor de afhandeling van het bezwaarschrift.³³ Hiervoor zijn in principe alle soorten bezwaren geschikt. Er kan dan aan de hand van de situatie worden bepaald of een informeel traject of de formele procedure wordt opgestart. Hierbij is van belang of er indicaties of contra-indicaties zijn en wat de escalatiegraad van het conflict is.³⁴ Uit het voorgaande blijkt dat bij pre-mediation in ieder geval altijd informeel contact kan plaatsvinden, terwijl mediation in beeld komt, zodra in een zaak de gemoederen hoog opgelopen zijn.

Een zesde verschil hangt samen met het doel waarvoor mediation en pre-mediation worden gebruikt. Mediation heeft voornamelijk als doel om partijen weer met elkaar te laten praten, waardoor het conflict kan worden opgelost. Pre-mediation heeft weliswaar ook het doel om conflicten op te lossen, maar regelmatig is het geven van uitleg over de inhoud van een besluit al voldoende voor een burger om een besluit te kunnen accepteren. Tevens kan pre-mediation worden ingezet om misverstanden op te helderen of miscommunicatie op te lossen.³⁵ Daarnaast wordt pre-mediation ingezet in de bezwaarfase om de burger te informeren als het primaire besluit onjuist was, waarna het besluit alsnog wordt hersteld door het bevoegd gezag.³⁶ Pre-mediation heeft dus meerdere doelen dan mediation.

Wat verder nog van belang is te benoemen, is dat pre-mediation soms wordt opgevat als voorfase voor mediation. Hierbij heeft pre-mediation een andere betekenis dan in paragraaf 2.1 is uitgelegd. Als pre-mediation wordt opgevat als voorfase gaat het erom dat in die fase

²⁹ Vreugdenhil 2005, p. 83.

³⁰ Kortekaas, *Omgevingsvergunning in de praktijk* 2015/5862, p. 2.

³¹ Mulleti 2014, p. 72.

³² Euwema, Koetsenruijter & Van der Velden 2010, p. 48.

³³ Euwema, Koetsenruijter & Van der Velden 2010, p. 19.

³⁴ Euwema, Koetsenruijter & Van der Velden 2010, p. 45-46.

³⁵ Euwema, Koetsenruijter & Van der Velden 2010 p. 55.

³⁶ Bakker & Schouwenaars 2013, p. 19.

wordt onderzocht of mediation een geschikte vorm van conflictoplossing is voor deze zaak en deze partijen. Daarnaast worden in deze fase voorbereidingen getroffen voor mediation, maar wat deze concreet inhouden zal verder buiten beschouwing worden gelaten.³⁷ Bestuursorganen verwijzen in de praktijk maar weinig zaken door naar een formeel mediationtraject.³⁸ Uit de interviews met juristen van de gemeente Nijmegen kwam naar voren dat er ook bij deze gemeente in de praktijk maar weinig van formele mediation gebruik wordt gemaakt in de bezwaarfase. Ondanks dit gegeven is het voor de begripsbepaling van pre-mediation wel van belang om de verschillen te weten.

2.3 Verschillen pre-mediation en bezwaarprocedure

In paragraaf 2.3 worden de verschillen tussen pre-mediation en de bezwaarprocedure beschreven.

Als eerste moet worden opgemerkt dat pre-mediation eigenlijk niet te vergelijken is met de bezwaarprocedure, maar juist perfect aansluit op de intenties die de wetgever had voor de werking van de Awb.³⁹ In feite is pre-mediation zelfs een hulpmiddel om te voldoen aan de eisen die worden gesteld aan zorgvuldig handelen door de overheid. Hierop wordt verder ingegaan in paragraaf 3.2.1. Hoewel de Awb sterk gericht is op procedures (denk aan de regels van bezwaar, beroep en hoger beroep), speelt aandacht voor de belangen van burgers die betrokken zijn bij een besluit wel een grote rol bij die procedures.

Pre-mediation verschilt van de formele bezwaarprocedure door de manier waarop het geschil wordt opgelost. Niet de beslissing staat centraal, maar juist de betrokken partijen zelf spelen de hoofdrol. Zij moeten er samen uit zien te komen. Voorafgaand aan een b.o.b. bestaat in de bezwaarprocedure weliswaar de mogelijkheid om gehoord te worden, maar bij de uiteindelijke beslissing wordt alleen gekeken naar de geldende wet- en regelgeving en niet naar bijvoorbeeld emotionele belangen. Die laatstgenoemde belangen kunnen wel bij pre-mediation worden meegenomen als wordt gezocht naar oplossingen. Door met elkaar in gesprek te gaan, kan tevens escalatie van het conflict worden voorkomen.⁴⁰

Een ander verschil borduurt voort op het voorgaande. Ook al bestaat er een hoorplicht op grond van de Awb, conflicten gaan regelmatig over het onbehagen van de burger dat zijn standpunt onvoldoende wordt gehoord. De Awb is vooral erop gericht te normeren hoe beslissingen moeten worden voorbereid en genomen en dit gegeven kan dat gevoel versterken. Door de inzet van pre-mediation voelen alle betrokken partijen zich gelijkwaardige partners, waardoor het gevoel van onbehagen wordt verminderd. Bovendien, als burgers het gevoel hebben dat ze persoonlijk, serieus en tijdig contact hebben gehad met het bestuursorgaan, accepteren ze de uiteindelijke b.o.b. sneller. Ook als deze negatief voor hen uitpakt.⁴¹

Als laatste zit er een verschil in de rol van het bestuursorgaan en de pre-mediator. Het bestuursorgaan heeft als het ware een middel achter de hand om het geschil te beslechten als de betrokken partijen er niet uitkomen. Het bestuursorgaan moet immers een b.o.b. nemen als er geen oplossing wordt gevonden. Een pre-mediator heeft een dergelijk middel niet. Die kan alleen zijn vaardigheden inzetten tijdens het gesprek en hakt zelf geen knopen door.⁴² Het is aan de partijen om tot een oplossing te komen.

³⁷ Schutte & Spierdijk, p. 40, Euwema, Koetsenruijter & Van der Velden 2010, p. 48.

³⁸ Tolsma 2008, p. 189.

³⁹ Brenninkmeijer & Marseille *NJB 2011/1586*, afl. 30, p. 2013.

⁴⁰ Van den Ban 2008, p. 18.

⁴¹ Van den Ban 2008, p. 9-10.

⁴² Van den Ban 2008, p. 9-10.

2.4 Tussenconclusie

Binnen de literatuur bestaan verschillende verschijningsvormen van wat pre-mediation is en er zijn verschillende benamingen voor. Alle methoden hebben gemeen dat het gaat om een proactieve en oplossingsgerichte aanpak van de ambtenaar jegens de burger. Het gaat erom dat een ambtenaar snel en persoonlijk contact opneemt met de burger en samen met hem op zoek gaat naar oplossingen voor een klacht, aanvraag of probleem. In dit onderzoek gaat het erom dat een ambtenaar op zoek gaat naar oplossingen voor de juridische geschillen tussen de vergunninghouder en de bezwaarmaker. Hierbij zet de ambtenaar mediationvaardigheden in en hij zoekt buiten het juridisch kader om naar oplossingen. Soms kan uitleg geven over het besluit al voldoende zijn.

Onder mediationvaardigheden vallen de vaardigheden luisteren, samenvatten en doorvragen, maar ook de-escalerende en dejuridiserende interventies. Deze vaardigheden worden tevens ingezet bij mediation dus dit is een overeenkomst. Er zijn echter ook duidelijke verschillen te ontwaren tussen pre-mediation en mediation doordat mediation op verschillende fronten een stuk formeler is. Er zijn tevens duidelijke verschillen te ontwaren tussen pre-mediation en de bezwaarprocedure doordat onder meer het karakter van beide processen en de rol van het bevoegd gezag en de jurist die pre-mediation toepast, van elkaar verschillen.

Hoofdstuk 3 Pre-mediation en het juridisch kader van de bezwaarfase

In hoofdstuk 2 is beschreven wat pre-mediation is en wat de verschillen zijn in vergelijking met mediation en de bezwaarprocedure. Nu is van belang het juridisch kader van de bezwaarfase te beschrijven, zodat duidelijk wordt binnen welk kader het bevoegd gezag moet blijven in het licht van het op te stellen pre-mediationprotocol. Hoofdstuk 3 zal daarom duidelijk maken welke juridische eisen de Awb en de Wabo stellen aan een pre-mediationtraject en de daaruit voortvloeiende oplossingen. Pre-mediation zal aan deze eisen worden getoetst. Eerst zullen de behoorlijkheids-, doelmatigheids- en rechtsnormen worden besproken. Vervolgens zal worden toegespitst op de rechtsnormen door de toepasselijke a.b.b.b. en de bezwaarfase zelf te beschrijven en te relateren aan pre-mediation. Aan het eind van het hoofdstuk is ter afsluiting een tussenconclusie te vinden.

3.1 Doelmatigheids-, behoorlijkheids- en rechtsnormen

Allereerst dient het bevoegd gezag doelmatigheids- en behoorlijkheidsnormen in acht te nemen. Doelmatigheidsnormen zijn normen waarbij het bevoegd gezag besluiten dient te nemen die zo veel mogelijk en tegen zo weinig mogelijke kosten bijdragen aan de verwezenlijking van het algemeen belang. Deze normen zijn van belang bij de onderbouwing van beleidskeuzes, met name bij de belangenafweging daarbij. Onder behoorlijkheidsnormen worden normen verstaan die gelden voor het gedrag van het bevoegd gezag en voor de omgang van het bevoegd gezag met de burger.⁴³ Ze strekken zich uit tot al het handelen van het bevoegd gezag. Deze normen zien op de relationele kant van de verhouding tussen de overheid en de burger en niet op de juridische kwaliteit van een besluit. De naleving van behoorlijkheidsnormen is niet rechtens afdwingbaar en deze normen spelen in principe geen rol in bezwaar en beroep. Pas op het moment dat behoorlijkheidsnormen iets zeggen over de juridische kwaliteit van een besluit, moeten die normen worden meegenomen in bezwaar en beroep. Behoorlijkheidsnormen stellen hogere eisen aan het overheidshandelen dan de minimeisen die rechtsnormen stellen. Daarmee wordt bedoeld op dat het bevoegd gezag weliswaar rechtmatig handelt, maar tegelijk ook onbehoorlijk kan handelen. Tegen onbehoorlijk gedrag kan een burger een klacht indienen bij het bevoegd gezag op grond van art. 9:1 Awb. Als dit niet de gewenste uitkomst heeft, kan nog een klacht worden ingediend bij de Nationale Ombudsman.

Rechtsnormen zijn de juridische normen waaraan het bevoegd gezag gebonden is en waarvan naleving wel rechtens afdwingbaar is. Deze normen zien meer op de zakelijke kant van de verhouding tussen de overheid en de burger. De Nationale Ombudsman geeft aan dat behoorlijkheidsnormen naast rechtsnormen staan.⁴⁴ Hierbij rijst de vraag wanneer een gedraging dan zowel rechtmatig als behoorlijk kan zijn. Volgens Tolsma lopen de behoorlijkheidsnormen en rechtsnormen juist parallel aan elkaar, omdat een rechtsnorm invulling geeft aan een behoorlijkheidsnorm.⁴⁵ Een voorbeeld van dit principe is dat de rechtsnorm deugdelijke motivering invulling geeft aan de behoorlijkheidsnorm dat het bevoegd gezag haar gedraging moet kunnen uitleggen. De a.b.b.b. omvatten dus zowel een rechtsnorm als een behoorlijkheidsnorm. In dit hoofdstuk gaat het vooral om de rechtsnormen, want hieruit moet het juridisch kader voor pre-mediation in de bezwaarfase worden afgeleid. De rechtsnormen stellen immers de minimeisen aan het handelen van het bevoegd gezag. De sociale en communicatieve aspecten van pre-mediation dragen bij aan het in acht nemen van behoorlijkheidsnormen. Voor zover behoorlijkheidsnormen zien op de juridische kwaliteit van een besluit, zoals normen in de vorm van de a.b.b.b., vallen deze normen onder het juridisch kader en de reikwijdte van dit hoofdstuk.

⁴³ Eeuwema, Koetsenruijter & Van der Velden 2010, p. 153.

⁴⁴ Jaarverslag Nationale ombudsman 2004, TK 2004-2005, 30 030, nr. 2, p. 57-59.

⁴⁵ Tolsma 2008, p. 26.

3.2 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

In paragraaf 3.1 is uitgelegd dat de a.b.b.b. bij het juridisch kader behoren. Deze beginselen geven richtlijnen aan het bevoegd gezag omtrent het gedrag jegens burgers en zien op de rechtmatigheid van het besluit. Voorts vormen de a.b.b.b. een toetsingsmaatstaf voor rechters.⁴⁶ Ze zijn ontstaan in de jurisprudentie en rechtsgeleerde literatuur. Een aantal beginselen is gecodificeerd in de Awb. Er wordt onderscheid gemaakt tussen formele en materiële beginselen van behoorlijk bestuur. De formele beginselen zeggen iets over de wijze waarop een besluit tot stand komt of over de formele eisen waaraan een besluit moet voldoen.⁴⁷ De materiële beginselen daarentegen zeggen iets over de inhoud van het besluit. Dit onderscheid is van belang om inzichtelijk te maken aan welke gedragsregels het bevoegd gezag zich moet houden voorafgaand en tijdens de besluitvorming. De formele beginselen omvatten het formele zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb), de plicht tot belangenafweging (art. 3:4 lid 1 Awb), het motiveringsbeginsel (art. 3:46 en 3:47 Awb) en het formeel rechtszekerheidsbeginsel. De materiële beginselen omvatten het beginsel van fair play, het verbod van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb), het materiële zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb), het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het materiële rechtszekerheidsbeginsel.

Hieronder zullen de a.b.b.b. aan de orde komen, waarbij de relatie met pre-mediation zal worden uitgelegd. Pre-mediation zal namelijk aan deze beginselen moeten voldoen. Derhalve levert elk beginsel aandachtspunten op voor de uitvoering van pre-mediation.

3.2.1 Zorgvuldigheidsbeginsel

Het formele zorgvuldigheidsbeginsel ziet op de normering van de voorbereiding voor het te nemen besluit.⁴⁸ Art. 3:2 Awb stelt de eis dat bij het nemen van een besluit alle benodigde informatie wordt verzameld omtrent de relevante feiten en af te wegen belangen. Art. 4:7 en 4:8 Awb, die zien op de hoorplicht, zijn voorbeelden van de uitwerking van dit beginsel. Zoals eerder uitgelegd, kan pre-mediation niet zomaar de hoorplicht vervangen, maar het bevordert wel dat een besluit zorgvuldiger wordt voorbereid.⁴⁹ Als het zorgvuldigheidsbeginsel wordt gerelateerd aan pre-mediation, dan moet onder zorgvuldigheid worden begrepen dat een jurist met de burger in gesprek gaat over de belangen die ten grondslag liggen aan de bezwaren. Aan het gemaakte bezwaar liggen namelijk vaak diepere problemen ten grondslag en middels pre-mediation kan op zorgvuldige wijze worden gezocht naar wat de pijnpunten zijn van het geschil. De burger kan naast juridische belangen bijvoorbeeld communicatieve of procedurele belangen hebben. Bij communicatieve belangen kan gedacht worden aan uitleg waarom een besluit is genomen. Bij procedurele belangen kan gedacht worden aan het niet gehoord of geïnformeerd worden.⁵⁰ Burgers zullen een negatief besluit sneller accepteren als zij het idee hebben dat het bevoegd gezag hen meer betrokken heeft bij de besluitvorming.⁵¹ Pre-mediation biedt naast het inventariseren van de belangen, de mogelijkheid om een besluit uit te leggen en te kijken in hoeverre binnen het juridisch kader een oplossing gevonden kan worden. Dit kan leiden tot een verhoging van de klanttevredenheid en de intrekking van het bezwaarschrift door de bezwaarmaker.

3.2.2 Verbod van détournement de pouvoir

Dit verbod staat in art. 3:3 Awb en houdt in dat bevoegdheden die het bevoegd gezag heeft, alleen gebruikt mogen worden voor het doel waarvoor de bevoegdheid is gegeven. Bevoegdheden mogen alleen worden ingezet voor concrete doeleinden in het algemeen

⁴⁶ Schlössels & Zeilstra 2010, p. 389.

⁴⁷ Schlössels & Zeilstra 2010, p. 390.

⁴⁸ Tolsma 2008, p. 14.

⁴⁹ Van Haften 2017, p. 37.

⁵⁰ Euwema, Koetsenruijter & Van der Velden 2010, p. 81.

⁵¹ Euwema, Koetsenruijter & Van der Velden 2010, p. 24.

belang. Het is een uitwerking van het specialiteitsbeginsel en van het legaliteitsbeginsel.⁵² De reden daarvoor is dat deze beginselen aangeven dat het bevoegd gezag slechts het algemene belang mag behartigen als daar een wettelijke grondslag voor is. Zonder specifieke grondslag is er geen bevoegdheid om te handelen met het oog op het algemeen belang. Het bevoegd gezag moet het algemeen belang altijd afwegen tegen de belangen van de belanghebbenden. Die belangen moeten uit wet- en regelgeving voortkomen. Bij de inzet van pre-mediation moet ervoor worden gewaakt dat er geen belangen worden meegewogen die daarvoor niet in aanmerking komen.

Voorbeelden van in strijd handelen met dit verbod zijn vrij zeldzaam, omdat het lastig te bewijzen is dat een bevoegd gezag zich hieraan schuldig maakt. Het bevoegd gezag zal de oneigenlijke belangen namelijk niet kenbaar maken.

3.2.3 Plicht tot belangenafweging en materieel zorgvuldigheidsbeginsel

In art. 3:4 Awb zijn meerdere a.b.b.b. neergelegd. Art. 3:4 lid 1 Awb omvat de plicht tot belangenafweging. Hieruit blijkt dat de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen moeten worden afgewogen, behoudens beperkingen voortvloeiend uit de wet of de aard van de bevoegdheid. Bij pre-mediation zal de jurist moeten kijken of inderdaad alle belangen erbij zijn betrokken en of het besluit nog ruimte geeft om te onderhandelen.⁵³ Als wordt gekeken naar art. 3:4 lid 2 Awb, wordt de eis gesteld dat een belangenafweging niet onevenredig mag uitpakken. Dit is het materiële zorgvuldigheidsbeginsel dat het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van de minste pijn, het égalitébeginsel en het verbod van willekeur behelst.⁵⁴ Indien sprake is van beleidsvrijheid dient het bevoegd gezag binnen de grenzen van de wet de belangen op evenwichtige wijze af te wegen. Hiermee wordt vooral bedoeld op het evenredigheidsbeginsel dat inhoudt dat de lasten voor de burger niet onevenredig mogen zijn in relatie tot de met het besluit te dienen doelen. Bij een aanvraag omgevingsvergunning voor de activiteit “bouwen” mag geen algemene belangenafweging plaatsvinden. Het bevoegd gezag is namelijk aan de toetsingsgronden van art. 2.10 Wabo gebonden.

Als belangen moeten worden afgewogen, kan pre-mediation worden ingezet. Tijdens pre-mediation worden immers alle belangen en oplossingen besproken. Daarbij moet wel voldaan zijn aan het specialiteitsbeginsel, in die zin dat alleen de belangen mogen worden meegenomen waarvoor een wet of regeling de grondslag geeft. Dit kan voor pre-mediation een probleem opleveren, want daarbij dienen juist alle aspecten van het bezwaar naar voren te komen en niet enkel de belangen waarvoor de wet een grondslag geeft. De vraag rijst dan of oplossingen ook buiten het wettelijk kader om mogen worden gezocht. De jurist dient zich echter aan het specialiteitsbeginsel te houden en aan de burger duidelijk te maken dat oplossingen binnen het wettelijk kader moeten passen. Door zowel binnen het wettelijk kader te blijven als emotionele aspecten te benoemen, kan tot een zorgvuldigere belangenafweging worden gekomen. Doordat ook emotionele aspecten worden benoemd en oplossingen worden gezocht die los staan van de reguliere procedure, gaat dit verder dan de hoorplicht die voornamelijk ziet op de juridische aspecten.

Uit een ander aspect van art. 3:4 lid 2 Awb, het verbod van willekeur, komt voort dat het bevoegd gezag een gedegen belangenafweging dient te maken, want anders wordt dit verbod overtreden. Het bevoegd gezag zal bij pre-mediation af moeten wegen en aan moeten kunnen tonen wanneer wel en wanneer geen pre-mediation wordt ingezet. Dit kan worden aangetoond door een lijst met indicaties en contra-indicaties te gebruiken. Een voorbeeld van een dergelijke lijst is te vinden in een rapport van het ministerie van BZK.⁵⁵ Het bevoegd gezag mag niet willekeurig kiezen de weg van pre-mediation te volgen, door

⁵² Schlössels e.a. 2017, p. 214.

⁵³ Wennekes, *De Gemeentestem* 2014/27, afl. 7401, p. 3.

⁵⁴ Schlössels & Zeilstra 2010, p. 411 en 419-420.

⁵⁵ Euwema, Koetsenruijter & Van der Velden 2010, p. 50.

bijvoorbeeld na pre-mediation wel iets mogelijk te maken wat via de formele weg eigenlijk niet mogelijk is. Daarom moet het bevoegd gezag steeds op dezelfde wijze tot de keuze voor pre-mediation komen.

3.2.4 Gelijkheidsbeginsel

Dit beginsel komt voor een belangrijk deel tot uitdrukking in art. 1 Grondwet.⁵⁶ Gevallen die identiek zijn aan elkaar, moeten ook gelijk worden behandeld. Als het gaat om bouwaanvragen, komt het zelden voor dat gevallen hetzelfde zijn.⁵⁷ Dat betekent dat er ook zelden een geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel kan worden gedaan. Bij de inzet van pre-mediation moet wel rekening gehouden worden met het scheppen van precedentwerking. Dit kan worden ondervangen door per geval goed te motiveren waarom voor een bepaalde beslissing is gekozen en door interne richtlijnen te maken waaraan het bevoegd gezag gebonden is tijdens pre-mediation.

3.2.5 Vertrouwensbeginsel

Bij dit beginsel gaat het erom dat een burger redelijkerwijs mag vertrouwen op door het bevoegd gezag gedane toezeggingen. Bij pre-mediation heeft alleen het afdelingshoofd van Juridische Zaken beslissingsbevoegdheid en passen de juristen pre-mediation toe. De juristen hebben niet het mandaat om besluiten te nemen en moeten zich daarvoor wenden tot het afdelingshoofd.

Bij pre-mediation gaan de bezwaarmaker, de vergunninghouder en de behandelend jurist met elkaar in gesprek om tot een oplossing te komen en daarbij kunnen verwachtingen worden gewekt. De oplossing wordt meestal vorm gegeven middels een nieuw primair besluit of een b.o.b. Binnen de gemeente Nijmegen wordt af en toe ook gebruik gemaakt van een vaststellingsovereenkomst, maar dat is niet de gewoonte. Door een nieuw primair besluit of b.o.b. te nemen, is de rechtsbescherming voor de betrokken partijen gewaarborgd. Indien een partij het toch niet eens is met de inhoud van het nieuwe besluit of de b.o.b. kan hij daartegen in bezwaar of beroep gaan. Tevens bestaat de mogelijkheid dat een burger een klacht indient ingeval de ambtenaar zich onbehoorlijk heeft gedragen.

Als de inhoud van het nieuwe primaire besluit of b.o.b. niet overeenstemt met de gemaakte afspraken bij pre-mediation doordat de behandelend jurist gewekte verwachtingen daarin niet is nagekomen, bestaat de kans dat een beroep wordt gedaan op het vertrouwensbeginsel. Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel door een belanghebbende, moet volgens jurisprudentie aan het bevoegd gezag toe te rekenen concrete, ondubbelzinnige toezeggingen zijn gedaan door een daartoe bevoegd persoon, waaraan rechtens te honoreren verwachtingen kunnen worden ontleend.⁵⁸ Hiervan kan ook sprake zijn indien deze toezeggingen zijn gedaan door een persoon waarvan de betrokkene op goede gronden mocht veronderstellen dat deze de opvatting van het bevoegd gezag vertolkte.⁵⁹ Soms dient er ook te worden voldaan aan het dispositievereiste.⁶⁰ Dit betekent dat de burger die handelingen heeft verricht op basis van het gewekte vertrouwen, deze anders niet had verricht, en daardoor in een slechtere positie terecht is gekomen. Wanneer het vertrouwen tegen de wet in is ontstaan, dient schadevergoeding te worden betaald door het bevoegd gezag.

De kans op een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is klein. Als een burger stelt dat hij op de rechtmatigheid van zijn omgevingsvergunning mocht vertrouwen, dan gaat dit niet op. De Hoge Raad heeft namelijk bepaald dat de vergunninghouder op eigen risico bouwt.⁶¹ Tevens is van belang te vermelden dat het bij pre-mediation om mondelinge

⁵⁶ Schlössels e.a. 2017, p. 205.

⁵⁷ Alders 2017, p. 59.

⁵⁸ ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2445.

⁵⁹ ABRvS 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1946.

⁶⁰ CRvB 18 februari 1975, AB 1976, 63.

⁶¹ HR 29 april 1994, AB 1994, AB 1994, 530.

toezeggingen gaat en deze leiden minder snel tot een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel dan schriftelijk vastgelegde verwachtingen. Indien verwachtingen schriftelijk vast zijn gelegd, is dit duidelijker en concreter voor de burger.⁶²

Ingeval er meerdere gesprekken worden gevoerd, is het verstandig om het besprokene vast te leggen in een verslag. Zo wordt miscommunicatie voorkomen en is elke partij op de hoogte. In de verslagen kunnen de afspraken worden weergegeven, ook al zijn die niet juridisch bindend en niet handhaafbaar.

3.2.6 Rechtszekerheidsbeginsel

Dit beginsel kan in samenhang worden gezien met het vertrouwensbeginsel. Het materiële rechtszekerheidsbeginsel houdt in dat een besluit niet zomaar ingetrokken of gewijzigd mag worden na verloop van tijd. Het formele rechtszekerheidsbeginsel houdt in dat voor burgers duidelijk moet zijn waar ze aan toe zijn.⁶³ Ingeval het gaat om een omgevingsvergunning dient het duidelijk te zijn wat de vergunningvoorschriften voor plichten inhouden. Bij pre-mediation dienen afspraken hieromtrent gemaakt te worden.

3.2.7 Fair-playbeginsel

Dit beginsel is een soort vangnet voor situaties waarin de andere beginselen niet voorzien. Het houdt in dat het bevoegd gezag de burger correct moet bejegenen in die zin dat burgers bijvoorbeeld volledig geïnformeerd moeten worden, dat het bevoegd gezag duidelijke regels volgt, geen dubbele agenda mag hebben en rechten van burgers niet mag frustreren.⁶⁴ Het verbod van vooringenomenheid, neergelegd in art. 2:4 Awb, valt onder dit beginsel. Dit houdt in dat er geen tweepettenproblematiek mag ontstaan. Juristen die een persoonlijk belang hebben bij een besluit, mogen de besluitvorming niet beïnvloeden. Als de link moet worden gelegd met pre-mediation, kan worden gesteld dat de behandeling van een bezwaarschrift door een jurist van de gemeente Nijmegen op gespannen voet staat met het beginsel van fair play. De juristen zijn immers werkzaam voor het bestuursorgaan dat het primaire besluit heeft genomen, namelijk het college van B&W. Daarmee kan de onafhankelijkheid in het geding komen. Dit wordt binnen de gemeente gewaarborgd door aan de betrokken partijen te vragen of zij liever een pre-mediationgesprek doen met een interne of externe mediator en niet door de behandelend jurist. Als vervolgens toch wordt ingestemd met pre-mediation door de jurist, dan is deze jurist nooit in het primaire proces bij de zaak betrokken geweest. Zo wordt aan het beginsel van fair play voldaan.

3.2.8 Motiveringsbeginsel

Het motiveringsbeginsel houdt in dat het bevoegd gezag inzichtelijk moet maken waarom een besluit met een bepaalde inhoud is genomen. De bepalingen die verband houden met dit beginsel zijn art. 3:46 jo art. 3:47 Awb jo art. 3:50 Awb. Het besluit dient volgens art. 3:46 Awb te berusten op een deugdelijke motivering. In de jurisprudentie is bepaald dat het moet gaan om een kenbare en draagkrachtige motivering.⁶⁵ Deugdelijke motivering dient vanzelfsprekend al in de primaire fase plaats te hebben gevonden door de ODRN. Gelet op een aantal bekeken besluiten, motiveert de ODRN het besluit in primo altijd uitgebreid door te laten zien dat aan alle relevante wet- en regelgeving is getoetst om zo misverstanden, onduidelijkheden en bezwaren zo veel mogelijk te voorkomen. De burger kan, ondanks die uitgebreide motivering, ervoor kiezen bezwaar te maken. Vervolgens wordt pre-mediation ingezet. Als het traject succesvol is, worden het procesverloop en de gemaakte afspraken vastgelegd in een Bia, zodat voor alle partijen duidelijk en kenbaar is wat is besproken. Een Bia wordt niet gepubliceerd, alleen de eventueel aangepaste besluiten die worden genomen na pre-mediation. Dit staat op gespannen voet met het feit dat het bevoegd gecontroleerd moet kunnen worden door burgers die niet rechtstreeks belanghebbende zijn. Als blijkt dat

⁶² ABRvS 17 september 1998, AB 1998, 431.

⁶³ Michiels 2016, p. 156 en 162.

⁶⁴ Schlössels e.a. 2017, p. 208.

⁶⁵ ABRvS 19 januari 1999, AB 1999, 257.

toch een b.o.b. nodig is, omdat men er niet met pre-mediation uitkomt, kan wel beter gemotiveerd worden hoe en waarom een bepaalde b.o.b. is genomen. Daarbij kan immers worden verwezen naar de inhoud van het gesprek dat met partijen heeft plaatsgevonden.

In paragraaf 3.2 zijn alle a.b.b.b. besproken en daarmee is het juridisch kader gedeeltelijk beschreven. Hiermee is het juridisch kader nog niet volledig. De bezwaarfase zelf is immers nog niet beschreven. Paragraaf 3.3 geeft meer informatie over met welke wettelijke bepalingen en jurisprudentie rekening gehouden moet worden bij de inzet van een pre-mediationstraject en de daaruit voortkomende oplossingen.

3.3 Juridisch kader bezwaarfase

In de fase voorafgaand aan de bezwaarfase wordt een omgevingsvergunning voor de activiteit “bouwen” aangevraagd door een belanghebbende. De ODRN zal vervolgens namens het college van B&W het besluit in primo nemen, waarna dit besluit wordt bekendgemaakt middels toezending of uitreiking aan degenen die bij het besluit zijn betrokken, waaronder de aanvrager. Er vindt kennisgeving van het besluit plaats in een dag-, nieuws-, huis-aan-huisblad.⁶⁶ Binnen de ODRN en de gemeente Nijmegen vindt kennisgeving digitaal plaats. Vanaf de dag na bekendmaking ex art. 6:1 lid 1 Wabo kunnen zowel de aanvrager als derde-belanghebbenden een bezwaarschrift indienen en begint de bezwaarfase.

Een aanvrager of derde-belanghebbende die van de mogelijkheid gebruik maakt om een bezwaarschrift in te dienen, dient zich te houden aan de juridische regels van die procedure. Als vervolgens een bezwaarschrift binnenkomt, dient de behandelend jurist zich af te vragen welk probleem hieraan ten grondslag ligt en welke aanpak daarvoor het best is.⁶⁷ De wetgever heeft met de bezwaarschriftprocedure van de Awb een eenvoudige, laagdrempelige procedure geïntroduceerd die met verscheidene waarborgen voor een bezwaarmaker is omkleed.⁶⁸ Deze waarborgen mogen niet zomaar met voeten worden getreden. Daarom moet de behandelend jurist bij de inzet van pre-mediation steeds voorkomen dat burgers beperkt worden in de rechten die de Awb garandeert, zoals het hoorrecht. Het voorgaande vormt de aanleiding om hieronder het juridisch kader van de bezwaarfase te schetsen. De artikelen uit de Awb zullen steeds worden gerelateerd aan pre-mediation.

3.3.1 Besluit

Een bezwaar moet gericht zijn tegen een besluit. Dit behoudens enkele uitzonderingen, maar deze blijven verder buiten beschouwing. Er zijn twee soorten besluiten, namelijk een beschikking en een besluit van algemene strekking. Een verleende omgevingsvergunning voor de activiteit “bouwen” valt onder de categorie beschikkingen, omdat dit een besluit is dat de burger zelf raakt en niet van algemene strekking is, zie art. 1:3 lid 2 Awb.⁶⁹

3.3.2 Derde-belanghebbendebegrip

Als de weg van pre-mediation wordt gevolgd, zullen alleen de belanghebbenden daarvoor worden benaderd. Art. 8:1 jo art. 7:1 Awb geven aan wie recht heeft op bezwaar. Een belanghebbende kan tegen een besluit beroep instellen. Het recht om bezwaar te maken is toegekend aan degene die tot de kring van belanghebbenden behoort die het recht op beroep heeft.⁷⁰ Een derde dient belanghebbende te zijn in de zin van art. 1:2 lid 1 Awb. Een derde wordt echter niet zomaar aangemerkt als belanghebbende. Als het gaat om bouwen en ruimtelijke ordening wordt vaak het zichtcriterium gebruikt. Iemand die rechtstreeks zicht

⁶⁶ Boeve & Groothuijse 2013, p. 185. Art. 3:41 jo art. 3:42 lid 2 Awb i.s.m. art. 3.9 Wabo.

⁶⁷ De Graaf, Marseille & Tolsma 2011, p. 8.

⁶⁸ Brenninkmeijer & Marseille, *NJB* 2011/1586, afl. 30, p. 2013.

⁶⁹ Alders 2017, p. 49.

⁷⁰ Schlössels e.a. 2017, p. 73.

heeft op het aangevraagde project is eerder belanghebbende. Bij dit criterium kan bijvoorbeeld worden gedacht aan iemand die er een persoonlijk belang bij heeft dat er geen omgevingsvergunning wordt verleend voor het bouwen van een flat waar hij de hele dag tegen aankijkt.⁷¹ Omwonenden zijn in de regel belanghebbenden bij besluiten met ruimtelijke gevolgen.⁷² Ook het afstandscriterium is van belang. Daarbij gaat het om de afstand van het eigen huis tot de betreffende locatie.⁷³ Hoe dichter iemand bij het aangevraagde project woont, hoe eerder diegene belanghebbende is. Dit is anders als er bijvoorbeeld een kilometer afstand is tussen het woonhuis en de locatie.⁷⁴

3.3.3 Bezwaartermijn

Op grond van art. 6:7 Awb dient het bezwaarschrift binnen zes weken te worden ingediend. Volgens art. 6:8 Awb jo art. 6:1 lid 1 Wabo begint de bezwaartermijn te lopen op de dag na de bekendmaking van het besluit. Het maken van bezwaar tegen een vergunde bouwactiviteit heeft geen schorsende werking. De vergunninghouder kan daarom wel zijn vergunning meteen gebruiken in de bezwaarperiode.⁷⁵ Hij loopt echter nog wel het risico dat hij zijn vergunning middels een b.o.b. of beroep bij de rechter kwijtraakt en zijn bouwproject moet afblazen. Daarom zal hij willen meewerken aan pre-mediation.

Slechts indien een verzoek om een voorlopige voorziening wordt toegewezen, zal de inwerkingtreding door de rechter worden opgeschort. Als er binnen de bezwaartermijn geen bezwaar is gemaakt, wordt het besluit in primo onherroepelijk.⁷⁶ Als er te laat bezwaar is gemaakt, zal het bezwaarschrift niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.⁷⁷ Daardoor zal het bezwaarschrift niet formeel inhoudelijk worden behandeld en staat het besluit vast waartegen bezwaar was gemaakt. Dit uitgangspunt geldt, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn, waardoor sprake is van een verschoonbare termijnoverschrijding conform art. 6:11 Awb. Als een belanghebbende een termijn overschrijdt doordat hij bijvoorbeeld op vakantie was, dan is dit niet verschoonbaar.⁷⁸

Nadat het bezwaarschrift niet-ontvankelijk is verklaard, mag geen b.o.b. meer worden genomen. Als tegen deze b.o.b. beroep wordt ingesteld, zal de rechter de b.o.b. ambtshalve vernietigen. De bezwaartermijn is namelijk een voorschrift van openbare orde. Er hoeft daarom niet expliciet een beroep op te worden gedaan.

Het bevoegd gezag heeft ondanks niet-ontvankelijkheid nog wel de mogelijkheid om via de weg van pre-mediation naar het probleem te kijken dat in het bezwaarschrift aan de orde werd gesteld door de belanghebbende.⁷⁹ Hierbij moet het bevoegd gezag wel consequent zijn in die zin dat moet worden gemotiveerd als het bevoegd gezag in het ene geval wel die mogelijkheid geeft en in het andere geval niet.⁸⁰ Het bevoegd gezag ziet het bezwaarschrift dan als een verzoek om het besluit in primo te wijzigen dan wel in te trekken. De bezwaarmaker heeft wel een verzwakte onderhandelingspositie indien het bevoegd gezag een informeel overleg weet te arrangeren met de vergunninghouder. Hij kan niet afdwingen dat het besluit wordt gewijzigd dan wel ingetrokken door het bevoegd gezag. De bezwaartermijn is immers al verstreken. Als hij er niet uitkomt met de vergunninghouder, zal namelijk niet-ontvankelijkheid volgen in een b.o.b. waarna hij enkel tegen dat besluit in beroep kan. De mogelijkheden om een besluit te wijzigen dan wel in te trekken met betrekking tot een omgevingsvergunning voor de activiteit "bouwen", zijn beperkt. Ondanks

⁷¹ Schlössels e.a. 2017, p. 78.

⁷² ABRvS 9 oktober 2002, AB 2003, 34 m.nt. A.T. Marseille (voormalig gemeentehuis Eelde).

⁷³ Alders 2017, p. 52. Zie bijv. ook ABRvS 19 april 2001, AB 2001, 259.

⁷⁴ Schlössels e.a. 2017, p. 78.

⁷⁵ Schlössels e.a. 2017, p. 372.

⁷⁶ Alders 2017, p. 72.

⁷⁷ De Graaf, Marseille & Tolsma 2011, p. 23. Zie bijv. ABRvS 17 september 2003, AB 2004/7 en ABRvS 28 februari 2007, 200606521.

⁷⁸ HR 1 november 1994, DD 95.075 en CRvB 5 januari 1996, AB 1996, 145.

⁷⁹ De Graaf, Marseille & Tolsma 2011, p. 24.

⁸⁰ CRvB 3 maart 2006, AB 2006/371 m.nt. Marseille en CRvB 30 juni 2006, AB 2006/370 m.nt. Marseille.

dat art. 2.33 Wabo en art. 5.19 Wabo vele gronden benoemen, wordt nergens de mogelijkheid gegeven een omgevingsvergunning te wijzigen, omdat dat het bevoegd gezag een fout gemaakt heeft in de oorspronkelijke omgevingsvergunning.⁸¹ Als naar aanleiding van het overleg toch de uitkomst is dat het besluit in primo wordt gewijzigd of ingetrokken, dan is die uitkomst weer een nieuw besluit in primo. Ook een afwijzing van het verzoek is een nieuw besluit in primo.⁸² Tegen beide uitkomsten kan achtereenvolgens in bezwaar en beroep worden gegaan.

3.3.4 Indieningsvereisten bezwaarschrift

Het indienen van een bezwaarschrift moet volgens art. 1:5 lid 1 Awb jo art. 6:4 lid 1 Awb schriftelijk bij het bestuursorgaan dat het besluit in primo heeft genomen, in dit geval het college van B&W. De juristen van de afdeling Juridische Zaken nemen de binnengekomen bezwaarschriften in behandeling en brengen een advies uit aan de wethouder over de te nemen b.o.b. Zij zijn ook de personen die pre-mediation inzetten.

Een bezwaarschrift dient aan de eisen van art. 6:5 Awb te voldoen om ontvankelijk te zijn. Als het bezwaarschrift is ingediend, moet volgens art. 6:14 Awb een schriftelijke ontvangstbevestiging worden verstuurd. Dit moet uiterlijk binnen veertien dagen.⁸³ Het secretariaat beoordeelt in overleg met de behandelend jurist de ontvankelijkheidsvereisten. Vervolgens wordt de zaak aan de jurist toebedeeld.

3.3.5 Vertegenwoordiger

Een bezwaarmaker of een vergunninghouder kan een vertegenwoordiger in de arm hebben genomen. Aan de vertegenwoordiger dienen in ieder geval de stukken verstuurd te worden op grond van art. 6:17 Awb en hij is het primaire aanspreekpunt tijdens de bezwaarfase en pre-mediation.

3.3.6 Horen belanghebbenden

Als het bezwaarschrift in behandeling is genomen, moet aan de betrokken partijen de mogelijkheid worden gegeven om te worden gehoord. Dit is verplicht volgens art. 7:2 lid 1 Awb. Belanghebbenden moeten in principe in elkaars aanwezigheid worden gehoord ex art. 7:5 Awb. Telefonisch horen kan wel volgens de jurisprudentie, maar dan moet daaraan vooraf de bezwaarmaker zijn medegedeeld dat hij de vrije keuze heeft om alsnog voor een hoorzitting te kiezen.⁸⁴ In art. 7:3 Awb wordt een aantal situaties opgesomd wanneer van het horen kan worden afgezien, omdat het geen toegevoegde waarde heeft. De eerste situatie is als het bezwaar kennelijk ongegrond is, de tweede situatie is als het bezwaar kennelijk niet-ontvankelijk is en de derde situatie is als aan de bezwaren tegemoet wordt gekomen door het bevoegd gezag, waarbij belangen van andere belanghebbenden niet worden geschaad. De laatste situatie is als de belanghebbende verklaard heeft afstand te hebben gedaan van zijn hoorrecht.

Wanneer het bevoegd gezag ervan uit mag gaan dat afstand is gedaan van het hoorrecht, is bepaald in de jurisprudentie. De uitzonderingen op de hoorplicht dienen restrictief te worden uitgelegd wat ertoe leidt dat bij de geringste twijfel dat geen afstand van het hoorrecht is gedaan, gewoon moet worden gehoord.⁸⁵ Er moet volgens de CRvB sprake zijn van een informed consent.⁸⁶ Een belanghebbende moet dus zijn gewezen op zijn recht om te worden gehoord.⁸⁷ Een telefoonnotitie waaruit blijkt dat een belanghebbende het telefoongesprek voldoende vond, is onvoldoende volgens de CRvB, tenzij hij is gewezen

⁸¹ De Graaf, Marseille & Tolsma 2011, p. 25.

⁸² Boeve & Groothuijse 2013, p. 175.

⁸³ Eeuwema, Koetsenruijter & Van der Velden 2010, p. 141.

⁸⁴ CRvB 4 juli 2003, JB 2003/268.

⁸⁵ CRvB 29 juni 1995, JB 1995/180.

⁸⁶ CRvB 17 oktober 2000, JB 2000/354.

⁸⁷ CRvB 27 augustus 2008, LJN BF7307.

op zijn recht om te worden gehoord.⁸⁸ Ook is nog van belang te vermelden dat het houden van een hoorzitting niet afhankelijk mag zijn van een expliciet instemmende reactie van een belanghebbende dat hij de hoorzitting wil.⁸⁹ De Awb gaat namelijk precies van het omgekeerde uit. Er wordt gehoord, tenzij een belanghebbende aangeeft dat niet te willen. Stilzwijgend afstand doen van het hoorrecht is dus niet toegestaan.

Indien pre-mediation niet leidt tot een oplossing, moet de bezwaarprocedure worden voortgezet. Dan kan het bevoegd gezag voor de vraag komen te staan of tijdens de pre-mediation al is gehoord in de zin van art. 7:2 Awb. Om te kunnen bepalen of aan de hoorplicht is voldaan, gelden een aantal eisen. In de eerste plaats moeten de partijen op het moment van contact de stukken hebben kunnen inzien of nog kunnen indienen volgens art. 7:4 Awb. In de tweede plaats mag een meerderheid van de ambtenaren die contact hebben gehad met de belanghebbenden niet bij de totstandkoming van het bestreden besluit betrokken zijn geweest, aldus art. 7:5 Awb. In de derde plaats moet er een verslag zijn gemaakt van wat tijdens de informele overleggen is besproken ex art. 7:7 Awb. In de laatste plaats geldt dat contact is geweest met alle belanghebbenden tegelijk en ingeval er telefonisch contact is geweest, moet de belanghebbende dit contact voldoende achten. Als aan alle voorwaarden is voldaan, hoeven de belanghebbenden bij voortzetting van de procedure niet gehoord te worden. Het is aan te raden het voorgaande niet als streven te hebben, want anders wordt het informele aspect alsnog opzij gezet door de formele regels. Het bevoegd gezag dient steeds te bezien of horen een toegevoegde waarde voor de zaak heeft of niet.

3.3.7 Beslistermijn beslissing op bezwaar

Art. 7:10 lid 1 Awb geeft voor het nemen van een b.o.b. een beslistermijn van zes weken die gaat lopen gerekend vanaf de dag na die waarop de termijn voor het indienen van het bezwaarschrift is verstreken. Als sprake is van een externe bezwaarcommissie is de termijn twaalf weken. Binnen de gemeente Nijmegen wordt echter intern gehoord door de ambtenaren. Het uitgangspunt blijft daarom een beslistermijn van zes weken.

Een termijn van zes weken blijkt in de praktijk vaak te weinig voor de juristen om een pre-mediationstraject te doorlopen. De beslistermijn wordt daarom altijd verdaagd voor ten hoogste zes weken op grond van art. 7:10 lid 3 Awb. Voor de verdaging is geen toestemming van de betrokken partijen nodig. Er hoeft volgens vaste jurisprudentie ook niet te worden gemotiveerd waarom de beslistermijn wordt verdaagd.⁹⁰ De termijn wordt van rechtswege opgeschort als een belanghebbende een verzuim in de zin van art. 6:6 Awb dient te herstellen, aldus art. 7:10 lid 2 Awb. Vervolgens geeft art. 7:10 lid 4 Awb nog een viertal mogelijkheden om de beslistermijn opnieuw te verdagen. Dat kan bijvoorbeeld als alle belanghebbenden daarmee instemmen. De termijn verlengen met instemming gebeurt binnen de gemeente Nijmegen regelmatig als meer tijd nodig blijkt voor pre-mediation. Verlenging van de beslistermijn dient schriftelijk te worden bevestigd.

3.3.8 Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen

Indien niet tijdig een b.o.b. wordt genomen, loopt de gemeente het risico dat een dwangsom gevorderd wordt door een belanghebbende.⁹¹ Art. 7:14a Awb maakt dit mogelijk. De beslistermijn dient dus gedurende de pre-mediation in het oog te worden gehouden. Indien te laat wordt beslist, kan volgens art. 4:13 Awb een belanghebbende het bevoegd gezag in gebreke stellen door middel van een brief. Dan heeft het bevoegd gezag nog twee weken om het besluit te nemen. Als er dan nog geen besluit is genomen, ontstaat voor de belanghebbende het recht op een dwangsom. Er kan ook direct beroep tegen het niet-tijdig

⁸⁸ CRvB 15 april 2003, JABW 2003/14.

⁸⁹ ABRvS 8 juni 2005, AB 2005, 310 m.nt. Verheij, CRvB 4 juli 2003, LJN AI 1113 en HR 15 mei 2009, LJN BI3751.

⁹⁰ ABRvS 5 juni 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE3641.

⁹¹ Schlössels e.a. 2017, p. 146.

nemen van een b.o.b. worden ingesteld bij de rechter vanaf het moment dat de dwangsom gaat lopen conform art. 7:1 lid 1 sub f Awb. Een vergunninghouder zal het bevoegd gezag willen aanmanen indien zij niet tijdig beslist. Met een b.o.b. heeft hij meer zekerheid of hij zijn omgevingsvergunning mag blijven gebruiken. Volledige zekerheid heeft hij pas als de omgevingsvergunning onherroepelijk is.

3.3.9 Besluitvorming in de bezwaarfase

Bij het nemen van een b.o.b. vindt een volledige heroverweging plaats. Er wordt naar de rechtmatigheidseisen gekeken, maar ook bestuurlijke overwegingen kunnen worden overgedaan. Er wordt van het op dat moment geldende recht en de eventueel gewijzigde omstandigheden uitgegaan, oftewel ex nunc beslissen.⁹² Er moet op grondslag van het bezwaar worden heroverwogen. Dat betekent dat de onderdelen van het besluit die niet worden aangevochten in het bezwaarschrift buiten beschouwing dienen te blijven. Dit wordt het verbod van ultra petita gaan genoemd. De grenzen van het geschil worden aangegeven in het bezwaarschrift, maar de bezwaren moeten ruim worden uitgelegd. Hierbij worden ook het besluit in primo, het bezwaarschrift en hetgeen wat op de hoorzitting naar voren kwam betrokken, zie art. 7:11 lid 1 Awb. Daarnaast mag een bezwaarmaker niet in een slechtere positie komen als gevolg van het door hem zelf ingestelde bezwaar. Dit wordt het verbod op reformatio in peius genoemd. Een belanghebbende mag alleen in een slechtere positie komen te verkeren indien daarvoor ook los van de bezwaarschriftprocedure een bevoegdheid voor zou zijn. De hiervoor beschreven verboden zijn bedoeld om de rechtsbeschermingsfunctie van de bezwaarprocedure te bewaken.⁹³ Een belanghebbende kan tegen het bevoegd gezag ageren indien hij bezwaren heeft tegen een besluit. Doordat het bevoegd gezag haar eigen besluit heroverweegt, wordt een belanghebbende in staat gesteld om zijn recht te halen. Daarmee biedt de bezwaarschriftprocedure een volwaardige en zelfstandige vorm van rechtsbescherming.

Het verbod van reformatio in peius mag tijdens pre-mediation ook niet worden overtreden. Het bevoegd gezag wil dat in plaats van via de formele bezwaarprocedure op informele wijze het geschil wordt beslecht, maar de consequentie daarvan mag dan niet zijn dat een belanghebbende vervolgens slechter af is. Ook het verbod van ultra petita gaan, dient tijdens pre-mediation te worden gerespecteerd. Bij pre-mediation wordt vaak gezocht naar achterliggende belangen en oplossingen anders dan het nemen van een ander besluit. Daarbij moet toch altijd het bezwaarschrift met de gronden van bezwaar als uitgangspunt dienen.

Voor zover de heroverweging daartoe aanleiding geeft, wordt bij een herroeping van het primaire besluit een b.o.b. genomen waartegen vervolgens beroep open staat. In uitzonderingssituaties wordt een primair besluit herroepen en vervangen door een nieuw primair besluit, waar weer bezwaar tegen open staat, zie art. 7:11 lid 2 Awb. Het bevoegd gezag is daarbij niet wettelijk gehouden in de b.o.b. aan te geven of het bezwaar gegrond is of niet.⁹⁴

3.3.10 Vereisten beslissing op bezwaar en proceskostenvergoeding

In een b.o.b. moet een rechtsmiddelenclausule worden opgenomen met daarin een vermelding van de termijn waarin en hoe men in beroep kan gaan en welke rechter bevoegd is om van de zaak kennis te nemen, zie art. 3:45 Awb jo art. 6:23 Awb jo art. 7:12 Awb. De b.o.b. wordt meteen van kracht, zo stelt art. 3:40 Awb. Op grond van art. 7:12 Awb dient een b.o.b. te worden bekendgemaakt door toezending of uitreiking aan degenen tot wie zij is gericht. Dit geldt ook voor andere belanghebbenden die aan de bezwaarprocedure hebben deelgenomen.

⁹² Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 oktober 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR3800.

⁹³ Schlössels e.a. 2017, p. 334.

⁹⁴ ABRvS 24 november 2010, LJN BO4842.

Als de bezwaarmaker in aanmerking wil komen voor een proceskostenvergoeding dient hij dit op grond van art. 7:15 Awb te hebben verzocht. Vaak is er dan een advocaat in het spel die zijn gemaakte kosten vergoed wil zien. Daarnaast moet het besluit zijn herroepen wegens een aan het bevoegd gezag te wijten onrechtmatigheid. Het bevoegd gezag is bij het toekennen gebonden aan een puntensysteem.⁹⁵ Hoe meer punten, hoe hoger de vergoeding. Dat tijdens pre-mediation intrekking van het bezwaarschrift wordt afgesproken, betekent niet dat is voldaan aan de vereisten van art. 7:15 Awb, ook al wordt afgesproken dat een nieuw primair besluit wordt genomen. Er is dan namelijk geen sprake van een herroeping van het besluit. Als in dit geval toch iets over de proceskostenvergoeding wordt afgesproken, dient men zo goed mogelijk in de geest van art. 7:15 Awb te handelen.⁹⁶

3.4 Juridisch kader mogelijke uitkomsten

Als bij pre-mediation oplossingen worden gevonden, dienen deze te passen in het daarvoor geldende juridisch kader. In de komende paragrafen zal daarom het juridisch kader van de intrekking van een bezwaarschrift door de bezwaarmaker, de intrekking van een besluit in primo door het bevoegd gezag en het wijzigen van de aanvraag worden besproken.

3.4.1 Intrekken bezwaarschrift door bezwaarmaker en nieuw besluit

Als pre-mediation een succes is, wordt vaak afgesproken dat het bezwaarschrift wordt ingetrokken, zodat het geschil definitief ten einde is. Redenen voor intrekking kunnen zijn dat een bezwaarmaker inziet dat zijn bezwaar geen kans van slagen heeft, het bevoegd gezag aan de bezwaren tegemoetkomt of dat middels het pre-mediationstraject een andere oplossing gevonden wordt, waardoor de bezwaarmaker bereid is zijn bezwaarschrift in te trekken. Er kan nog een reden zijn voor een bezwaarmaker om zijn bezwaarschrift in te trekken, maar dit hangt samen met de situatie dat een nieuw primair besluit in primo is genomen na pre-mediation. Volgens art. 6:19 Awb is het bezwaarschrift tegen het oude besluit in primo ook gericht tegen een nieuw besluit in primo. Om de bezwaarprocedure te laten eindigen, is nodig dat het bezwaarschrift wordt ingetrokken door de bezwaarmaker.

De intrekking van een bezwaarschrift mag niet onder voorwaarden geschieden.⁹⁷ Een afspraak tussen de partijen waarbij het bezwaarschrift wordt ingetrokken onder de voorwaarde dat daar bijvoorbeeld een proceskostenvergoeding tegenover staat, is dus niet toegestaan.

Als het gaat om de wijze van intrekking, geldt het volgende. Buiten de hoorzitting dient intrekking schriftelijk, expliciet en vrijwillig te gebeuren, bijvoorbeeld per brief of per e-mail.⁹⁸ Er moet daarbij ondubbelzinnig uit de uitspraken van de bezwaarmaker blijken dat hij zijn bezwaarschrift intrekt.⁹⁹ Tijdens een hoorzitting is ook mondelinge intrekking toegestaan, aldus art. 6:21 Awb, maar dit dient wel in het verslag van de hoorzitting te worden vastgelegd. Schriftelijke intrekking is noodzakelijk, omdat het besluit waartegen het bezwaarschrift is gericht door de intrekking reeds onaanvaardbaar wordt, oftewel formele rechtskracht krijgt. Daarna kan geen uitspraak over het bezwaar of beroep meer worden gedaan. Omdat na intrekking geen rechtsmiddelen meer openstaan, is het onwenselijk als een bezwaarmaker druk voelt om zijn bezwaarschrift in te trekken.

3.4.2 Intrekken besluit in primo door bevoegd gezag

Naast de eisen aan de intrekking zelf, moet worden bedacht dat intrekking leidt tot onherroepelijkheid van het eerdere besluit in primo. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat er geen andere bezwaarschriften zijn ingediend. Als wordt afgesproken dat een nieuw besluit in primo zal worden genomen op een geheel nieuwe aanvraag, dan heeft de

⁹⁵ Schlössels e.a. 2017, p. 389.

⁹⁶ De Graaf, Marseille & Tolsma 2011, p. 134.

⁹⁷ CRvB 8 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:115.

⁹⁸ Van der Velden 2014, p. 21.

⁹⁹ HR 6 oktober 2006, AB 2007/44.

vergunninghouder in feite twee omgevingsvergunningen op basis waarvan hij mag handelen. Dit staat de wet toe. De bezwaarmaker zal echter willen dat het oude besluit in primo zal worden ingetrokken door het bevoegd gezag, zodat de vergunninghouder op basis van één vergunning zijn activiteit uitvoert en niet op basis van twee. Dit zal moeten worden ondervangen door hierover afspraken te maken bij pre-mediation.

3.4.3 Wijzigen van de aanvraag

Bij pre-mediation kan tussen de bezwaarmaker en de vergunninghouder worden afgesproken dat de laatstgenoemde zijn oorspronkelijke aanvraag zal wijzigen. Bij het wijzigen in de bezwaarfase zijn enkele aandachtspunten die in het oog moeten worden gehouden. Deze aandachtspunten worden hieronder besproken.

Bij het wijzigen van een aanvraag moet worden gekeken of het een ingrijpende of ondergeschikte wijziging betreft. Dit vormt het eerste aandachtspunt. Het gaat daarbij vaak om een ingediend bouwplan dat wordt gewijzigd. Als de aanvraag wordt gewijzigd, dient het bevoegd gezag te bewaken dat andere derde-belanghebbenden niet worden geschaad in hun belangen door de wijziging. Een voorbeeld van een ondergeschikte wijziging in het bouwplan is te vinden in een uitspraak van de ABRvS uit 2011. In deze uitspraak hadden de wijzigingen van het bouwplan betrekking op verhoging van de goothoogte van de woning met twintig cm, aanpassing van de afmetingen van de garagedeur, aanpassing van de functie van de berging en hobbyruimte en verwijdering van de gang. De ABRvS heeft bepaald dat gelet op de omvang van het bouwplan en de vrijwel ongewijzigde verschijningsvorm de wijzigingen ondergeschikt waren.¹⁰⁰ Nu het gaat om een ondergeschikte wijziging van het bouwplan, die niet tot gevolg heeft dat van een geheel nieuw bouwplan gesproken moet worden, hoeft geen geheel nieuwe aanvraag te worden ingediend. De aanvraag betreft alleen de wijzigingen. Er kan in zo'n geval worden volstaan met het indienen van een gewijzigd bouwplan.¹⁰¹ Een voorbeeld van een ingrijpende wijziging waarvoor wel een geheel nieuwe aanvraag moet worden gedaan, is een bijgebouw dat vijf meter wordt verschoven van de achterkant naar de zijkant van het hoofdgebouw, aldus de ABRvS.¹⁰² Hierdoor veranderde het uiterlijk aanzien van het bouwplan.

Uit de jurisprudentie valt geen eenduidige lijn af te leiden wanneer sprake is van een ondergeschikte wijziging. Er dient vooral naar de omstandigheden van het geval te worden gekeken. Daarbij kan gedacht worden aan de omvang van het bouwplan, de situering in de omgeving, etc.¹⁰³ Per geval moet worden bekeken of het een ondergeschikte wijziging betreft.

Het tweede en laatste aandachtspunt houdt in dat bij het wijzigen van een aanvraag het bevoegd gezag, in dit geval de ODRN namens het college van B&W, niet ambtshalve iets mag wijzigen in een aanvraag. Dit heeft de ABRvS bepaald.¹⁰⁴ Er moet altijd een aanvraag aan een besluit ten grondslag liggen. Bij pre-mediation kan worden afgesproken dat de vergunninghouder een nieuwe vergunning krijgt waarin wijzigingen zijn opgenomen ten opzichte van de eerste vergunning. Als het gaat om ingrijpende wijzigingen, zal er een geheel nieuwe aanvraag aan deze vergunning ten grondslag moeten liggen. Alleen ingeval sprake is van een ondergeschikte wijziging mag voor alleen de wijziging een aanvraag worden ingediend. De juristen dienen bij het maken van de afspraken tijdens pre-mediation dus in de gaten te houden in welke gevallen een aanvraag voor een wijziging of een geheel nieuwe aanvraag moet worden ingediend.

¹⁰⁰ ABRvS 28 september 2011, LJN BT2827.

¹⁰¹ Van Buren e.a. 2017, p. 159.

¹⁰² ABRvS 24 augustus 2011, LJN BR5708.

¹⁰³ Zie bijv. ABRvS 15 juni 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT7448 en ABRvS 10 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6435.

¹⁰⁴ ABRvS 23 januari 2002, AB 2002, 190.

Uit het voorgaande blijkt dat gedurende de bezwaarfase een lopende aanvraag kan worden gewijzigd, maar dat daarbij wel binnen bepaalde grenzen gehandeld moet worden.

Als de aanvraag is gewijzigd en ingediend, zal het bevoegd gezag hierop een besluit moeten nemen. Dit kan het bevoegd gezag op twee manieren in het vat gieten. De eerste manier is om via een b.o.b. te reageren op de gewijzigde aanvraag. De tweede manier is een nieuw besluit in primo te nemen. Dit kan zolang het oude besluit in primo nog niet onherroepelijk is. Als het besluit is genomen, vindt vervolgens publicatie plaats, waardoor niet alleen de aanvrager en de bezwaarmaker, maar ook andere derde-belanghebbenden van het besluit kennis kunnen nemen. Indien een belanghebbende het niet eens is met het genomen besluit, kan hij hiertegen ageren in de vorm van een bezwaarschrift.

3.5 Vastleggen afspraken

De gevonden oplossingen bij pre-mediation worden altijd vastgelegd. Binnen de gemeente Nijmegen vindt dit naast de b.o.b. plaats middels een vaststellingsovereenkomst of een Bia. Voor de vaststellingsovereenkomst en het Bia wordt hieronder het juridisch kader beschreven.

3.5.1 De vaststellingsovereenkomst

Een privaatrechtelijke vaststellingsovereenkomst wordt in het verband van dit onderzoek meestal afgesloten tussen de vergunninghouder en de bezwaarmaker. Een voorbeeld van een vaststellingsovereenkomst is te vinden bij Modellen voor de Rechtspraak.¹⁰⁵ De wettelijke regeling met betrekking tot de vaststellingsovereenkomst is te vinden vanaf art. 7:900 BW. Naast dit bijzonder overeenkomstenrecht is het algemene overeenkomstenrecht van Boek 3 BW en Boek 6 BW van toepassing. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen zich ter voorkoming of beëindiging van een geschil of onzekerheid over een tussen partijen geldende rechtstoestand aan een tot vaststelling leidende beslissing over wat rechtens tussen hen geldt.¹⁰⁶ De partijen aanvaarden dat de vaststelling kan afwijken van wat rechtens tussen hen was.¹⁰⁷ Ingeval van pre-mediation is het doel het maken van afspraken ten behoeve van beëindiging van het geschil. Het is mogelijk om in de considerans van de overeenkomst te vermelden wat het doel is van de overeenkomst om discussies daarover te voorkomen. De vaststellingsovereenkomst is vormvrij, wat betekent dat de vaststellingsovereenkomst zowel mondeling als schriftelijk kan worden aangegaan.¹⁰⁸ Daarnaast is het een wederkerige en obligatoire overeenkomst.¹⁰⁹ In principe mogen de partijen zelf bepalen welke verbintenissen uit de overeenkomst voortvloeien. De inhoud van de verbintenissen wordt gevormd door de prestaties die moeten worden verricht om een bepaalde rechtstoestand tot stand te brengen, de vaststelling.¹¹⁰ De rechtstoestand die daarmee wordt bereikt, is alleen privaatrechtelijk vastgesteld. Uit het voorgaande is af te leiden dat burgers onderling in de vaststellingsovereenkomst privaatrechtelijk afspraken kunnen borgen over publiekrechtelijke aspecten om hun geschil te beëindigen. Ze zijn hier immers vrij in. Vervolgens rijst de vraag in hoeverre de overeenkomst ook publiekrechtelijk gevolgen heeft.

Een eerste aspect is het volgende. Hoewel de vaststellingsovereenkomst tot doel heeft het geschil tussen de bezwaarmaker en de vergunninghouder te beëindigen, wordt daarin niet definitief een nieuwe publiekrechtelijke rechtstoestand vastgelegd. Een dergelijke overeenkomst is namelijk geen besluit in de zin van de Awb. Dit is reeds in paragraaf 2.2

¹⁰⁵ Verstappen, *Modellen voor de Rechtspraak* I.7.1.5.

¹⁰⁶ Van Schaick, *Asser* 2012/142.

¹⁰⁷ Van Schaick, *Asser* 2012/133.

¹⁰⁸ Van Schaick, *Asser* 2012/138.

¹⁰⁹ Van Schaick, *Asser* 2012/145.

¹¹⁰ Van Schaick, *Asser* 2012/141.

vermeld. Om het einde van de formele procedure te bewerkstelligen zijn nog bestuursbesluiten dan wel andere juridische of feitelijke handelingen nodig.¹¹¹ Deze handelingen omvatten vaak enerzijds intrekking van het bezwaarschrift door de bezwaarmaker ex art. 6:21 Awb en anderzijds de indiening van een gewijzigde aanvraag door de vergunninghouder resulterend in een nieuw besluit in primo ex art. 6:19 Awb.

Een tweede en laatste aspect is dat bij een vaststellingsovereenkomst geen bekendmakingsvereisten gelden, zoals voor een publiekrechtelijk besluit, waardoor derde-belanghebbenden dus geen weet kunnen hebben van de afspraken. De groep belanghebbenden kan desondanks wel geraakt worden in haar belangen. Om te waarborgen dat derden niet worden geschaad in hun belangen, is ook hier de vertaling van de afspraken in de vaststellingsovereenkomst naar bestuursrechtelijke handelingen nodig. Als bijvoorbeeld een nieuw besluit in primo wordt genomen, moet deze op voorgeschreven wijze worden bekendgemaakt en gepubliceerd. Dan kunnen derde-belanghebbenden ageren.

De monddoodclausule en afstand van bezwaar en beroep

Als middels pre-mediation een oplossing wordt gevonden, kunnen burgers onderling afspreken in de vaststellingsovereenkomst of anderszins dat zij afstand doen van het recht op bezwaar en beroep. Dan gaat het over een monddoodclausule. Een geldige monddoodclausule overeenkomen kan niet zomaar. In een uitspraak van het gerechtshof te Arnhem op 9 mei 2017 bijvoorbeeld ging het om de afspraak dat afstand zou worden gedaan van bezwaar en beroep. Deze afspraak werd veel te verstrekkend geacht en was daarom nietig.¹¹² Een afspraak die de bedoeling heeft het recht op bezwaar en beroep uit te sluiten, is volgens het Hof in strijd met de openbare orde. De Hoge Raad heeft zich er nog niet over uitgelaten in welk geval een dergelijke afspraak geldig zou zijn. Het gerechtshof te Amsterdam heeft op 16 augustus 2007 wel criteria gegeven voor het beoordelen van monddoodclausules en deze criteria lijken sindsdien richtinggevend te zijn voor lagere rechters. Deze criteria zijn dat duidelijk moet blijken met betrekking tot welke concrete plannen of besluiten afstand wordt gedaan van het recht op bezwaar en beroep en dat het beding zich niet mag uitstrekken tot alle rechtsopvolgers.¹¹³

Ondanks de monddoodclausule zal een eventueel ingesteld bezwaar en beroep door een van de partijen gewoon ontvankelijk zijn. De CRvB heeft aangegeven dat het recht van beroep van openbare orde is, waardoor er geen afstand van kan worden gedaan.¹¹⁴ De ABRvS heeft iets vergelijkbaars bepaald in die zin dat uitsluiting van het recht van beroep niet tot niet-ontvankelijkheid zal leiden.¹¹⁵ Het betekent wel dat ingeval een partij toch bezwaar of beroep aantekent, hij wanprestatie pleegt ex art. 6:74 BW en waarschijnlijk een geldbedrag zal moeten betalen aan de wederpartij. De belastingrechters hebben een andere mening. Onder voorwaarden wordt namelijk aangenomen dat een burger met een rechtshandeling afstand van zijn beroepsrecht kan doen. De burgerlijke rechter gaat er juist wisselend mee om.¹¹⁶ Slotsom is dat het recht op bestuursrechtelijke rechtsbescherming nooit zomaar middels een privaatrechtelijke overeenkomst aan een burger ontnomen kan worden. Daarentegen kan het voor de beoordeling door de bestuursrechter van de rechtmatigheid van het besluit wel uitmaken dat het genomen besluit het resultaat is van een bereikte overeenstemming tussen de partijen en het bevoegd gezag. De inhoud van het besluit komt immers overeen met de gemaakte afspraken. Daaruit blijkt dat het bevoegd gezag de betrokken belangen op een dusdanige manier heeft afgewogen dat alle partijen

¹¹¹ Brinkman 2011, p. 28.

¹¹² Hof 's-Hertogenbosch 9 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2017:2096.

¹¹³ Hof Amsterdam 16 augustus 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC1167.

¹¹⁴ CRvB 19 april 2006, JB 2007/128.

¹¹⁵ ARRVs 27 februari 1990, ECLI:NL:RVS:1990:AN1224.

¹¹⁶ De Graaf 2004, p. 64.

met de afspraken instemden. Dit is voor de bestuursrechter een aanwijzing dat voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb.¹¹⁷

3.5.2 Brief informele aanpak

Binnen de gemeente Nijmegen is het Bia in gebruik genomen. Hierin worden zowel het procesverloop als de gemaakte afspraken vastgelegd. De vraag die hierbij rijst, is of de inhoud te kwalificeren is als een brief of een besluit.

In de jurisprudentie is bepaald dat een besluit rechtsgevolg heeft als dit erop is gericht een bevoegdheid, recht of verplichting voor een of meer anderen te doen ontstaan of teniet te doen, dan wel een juridische status van een persoon of een zaak vast te stellen.¹¹⁸ Daarbij geldt dat het opnemen of achterwege laten van een rechtsmiddelenclausule niet bepalend is voor de vraag of sprake is van een besluit.¹¹⁹ Deze rechtsregels zijn van belang om te bepalen of het Bia een besluit is of niet. In het volgende hoofdstuk wordt verder ingegaan op dit knelpunt.

3.5.3 Positie derde-belanghebbenden

Nadat partijen een vaststellingsovereenkomst of een Bia zijn overeengekomen, wordt er vaak ook afgesproken dat er een nieuw besluit in primo wordt genomen. De kans bestaat dan wel dat derde-belanghebbenden tegen dat besluit bezwaar maken, zeker als tijdens pre-mediation geen rekening is gehouden met hun belangen.

3.6 Tussenconclusie

In paragraaf 3.1 tot en met 3.5 is het juridisch kader van de bezwaarfase geanalyseerd waarbij de relatie met pre-mediation steeds is uitgelegd. Uit de analyse zijn de hierna opgesomde aandachtspunten voor het pre-mediationprotocol af te leiden:

- Voor zover a.b.b.b. onder de behoorlijkheidsnormen vallen, horen deze bij het juridisch kader. Dat is als de a.b.b.b. iets zeggen over de juridische kwaliteit van een besluit.
- Alle a.b.b.b. moeten tijdens pre-mediation in acht worden genomen. Hierbij is met name van belang dat het bevoegd gezag zorgvuldig is, belangen evenredig afweegt en besluiten goed motiveert.
- Een bezwaarschrift moet binnen zes weken na bekendmaking van het besluit zijn ingediend. Er moet voldaan zijn aan de indieningsvereisten.
- Binnen veertien dagen moet er een ontvangstbevestiging zijn gestuurd.
- Indien na een te laat ingediend bezwaarschrift een informeel overleg wordt gearrangeerd tussen alle partijen, verkeert de bezwaarmaker in een verzwakte onderhandelingspositie. Dit kan de inzet van pre-mediation belemmeren.
- Als een vertegenwoordiger in het spel is, is hij het primaire aanspreekpunt voor het bevoegd gezag zowel tijdens de formele bezwaarprocedure als tijdens de pre-mediation.
- De wettelijke beslistermijn voor een b.o.b. is zes weken. De Awb biedt mogelijkheden om de beslistermijn te verlengen middels verdaging en opschorting.
- Er is een risico dat een dwangsom wordt gevorderd bij termijnoverschrijding.
- De hoorplicht vormt geen obstakel voor pre-mediation. Er kan telefonisch worden gehoord.
- Onder omstandigheden kan de inzet van pre-mediation betekenen dat voldaan is aan de hoorplicht.
- Tijdens pre-mediation gelden net als in de formele bezwaarprocedure de verboden van ultra petita gaan en reformatio in peius.

¹¹⁷ Beleidsnotitie (pre-)mediation gemeente Bunnik 2013, p. 24.

¹¹⁸ ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:99.

¹¹⁹ ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3514.

- Er kan een proceskostenvergoeding worden toegekend als aan de voorwaarden van art. 7:15 lid 2 Awb is voldaan.
- De intrekking van het bezwaarschrift dient altijd schriftelijk, ondubbelzinnig en zonder voorwaarden te worden gedaan. Tijdens een hoorzitting dient intrekking in het verslag te zijn opgenomen.
- De intrekkinggronden dienen in het oog te worden gehouden als het gaat om de intrekking van een besluit in primo. De vergunninghouder moet hierom verzocht hebben.
- Er moet worden voorkomen dat twee omgevingsvergunningen bestaan op grond waarvan de vergunninghouder mag bouwen. Het bestaan van twee omgevingsvergunningen is vanuit het oogpunt van de bezwaarmaker onwenselijk.
- Voor ondergeschikte wijzigingen hoeft geen geheel nieuwe aanvraag te worden ingediend. Voor ingrijpende wijzigingen daarentegen wel.
- Het bevoegd gezag mag niet ambtshalve een aanvraag wijzigen. Er moet altijd een aanvraag aan ten grondslag liggen.
- Afhankelijk van de gemaakte afspraken en formuleringen, is een Bia op rechtsgevolg gericht en dus als besluit aan te merken.
- In een vaststellingsovereenkomst kunnen partijen vrij afspreken wat ze willen. Hiermee kan echter geen publiekrechtelijke rechtstoestand worden gewijzigd. Hiervoor is bijvoorbeeld intrekking van het bezwaar of een nieuw primair besluit nodig. Het recht op bezwaar en beroep kan niet in een vaststellingsovereenkomst worden uitgesloten. Dit recht is namelijk van openbare orde.

Hoofdstuk 4 Pre-mediation in de praktijk

In hoofdstuk 3 is het juridisch kader beschreven dat als uitgangspunt dient voor dit onderzoek. In hoofdstuk 4 wordt een koppeling gemaakt met de praktijk. Eerst zal namelijk in paragraaf 4.1 worden besproken hoe binnen de gemeente Nijmegen pre-mediation wordt gedefinieerd. Daarna wordt in paragraaf 4.2 het pre-mediationtraject beschreven en welke knelpunten en risico's bij de toepassing ervan naar voren komen. Vervolgens zal in paragraaf 4.3 worden geschetst hoe binnen andere gemeenten en omgevingsdiensten pre-mediation wordt gedefinieerd. In paragraaf 4.4 wordt weergegeven hoe binnen andere organisaties met de knelpunten en risico's wordt omgegaan die een rol spelen binnen de gemeente Nijmegen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie.

4.1 Definiëring pre-mediation binnen de gemeente Nijmegen

In paragraaf 4.1 wordt ingegaan op hoe binnen de gemeente Nijmegen pre-mediation wordt gedefinieerd aan de hand van interne notities en informatie uit afgenomen interviews met medewerkers die werkzaam zijn bij de ODRN en de gemeente. De gebruikte notities zijn te vinden in de bijlagen 5 tot en met 8. De uitgewerkte interviews zijn te vinden in de bijlagen 10 tot en met 14. Deze bijlagen zijn tevens gebruikt voor de beschrijving van het traject.

Binnen de gemeente Nijmegen is een startnotitie opgesteld waarin wordt uitgelegd dat het van belang is dat elke medewerker mediationvaardigheden toepast bij een ontvangen bezwaarschrift. Er staat tevens in dat men pre-mediation en mediationvaardigheden dezelfde betekenis toedicht. De startnotitie geeft een omschrijving van de begrippen pre-mediation en mediationvaardigheden, namelijk alle handelingen die beogen het conflict buiten de normale bezwaar- en beroepsprocedure om op te lossen. Het wordt ook wel de informele aanpak genoemd.¹²⁰ Binnen de gemeente gebruikt men de termen pre-mediation, informele aanpak en mediationvaardigheden door elkaar. Er is in ieder geval geen sprake van mediation, omdat er geen gebruik wordt gemaakt van gecertificeerde mediators die geregistreerd staan bij het NMI.

Zoals gezegd gaat het in de startnotitie over pre-mediation en mediationvaardigheden. In bijlage 7 daarentegen wordt steeds gesproken over de informele aanpak. Bij de informele aanpak dient een ambtenaar primair vanuit een oogpunt van dienstverlening goed contact te hebben met de burger en daarmee bij te dragen aan een klantvriendelijke benadering. Als het bezwaarschrift als gevolg daarvan wordt ingetrokken, wordt dit als bijvangst gezien.¹²¹ De voorgaande alinea's maken duidelijk dat er verscheidene termen voor pre-mediation circuleren met verschillende definities. Er is dus geen eenduidigheid.

Als vervolgens de koppeling wordt gemaakt met de praktijk, blijkt uit de afgenomen interviews dat de medewerkers van de gemeente Nijmegen en de ODRN verschillend denken over de betekenis van pre-mediation. Eén medewerker verstaat onder pre-mediation een voortraject of een bemiddelingspoging voordat de bezwaarprocedure wordt ingezet. De medewerker vindt de term pre-mediation te ver gaan, omdat het gesprek dan zou moeten worden geleid door een externe mediator, waarbij een flip-over wordt gebruikt. Informele aanpak is een informelere term, omdat partijen om de tafel gaan zitten om tot een oplossing te komen. Een tweede medewerker maakt onderscheid tussen de termen informele aanpak en pre-mediation. Onder pre-mediation verstaat de medewerker het zoeken naar een oplossing, terwijl de informele aanpak het prettige contact met de overheid behelst. De overige geïnterviewde medewerkers interpreteren het begrip pre-mediation ook verschillend. Zo noemen zij het de informele afhandeling van bezwaren met de inzet van mediationvaardigheden, achter het juridische geschil kijken of een juridisch geschil

¹²⁰ Zie bijlage 5, p. 39.

¹²¹ Zie bijlage 7, p. 46.

informeel beslechten middels een oplossing buiten het juridisch kader om. Als laatste wordt genoemd het samen komen tot een eindsituatie waar alle partijen mee kunnen leven. Uit het voorgaande volgt dus dat elke medewerker pre-mediation, mediationvaardigheden en de informele aanpak op een verschillende manier uitlegt.¹²²

4.2 Beschrijving pre-mediationtraject gemeente Nijmegen

In deze paragraaf zal worden geschetst hoe pre-mediation momenteel is geïntegreerd in de bezwaarprocedure en welke knelpunten daarbij naar voren komen.

4.2.1 Indiening bezwaarschrift

Een bezwaarmaker kan zijn bezwaarschrift zowel digitaal als per post indienen bij het college van B&W. Het bezwaarschrift wordt in de algemene administratie van de gemeente opgenomen. In overleg met de behandelend jurist wordt gekeken of het bezwaarschrift ontvankelijk is. Verder wordt gecontroleerd of alle stukken in het dossier zitten en er wordt een ontvangstbevestiging verstuurd. Als er nog informatie ontbreekt, wordt een verzoek om aanvullende informatie aan de bezwaarmaker verzonden. Als de intake is gedaan, wordt de zaak toegewezen aan één van de juristen van de afdeling Juridische Zaken. De jurist krijgt vervolgens een melding dat hij een nieuw bezwaarschrift heeft om op te pakken.¹²³

4.2.2 Rol behandelend jurist

In 2013 is pre-mediation geïntroduceerd. In het digitale proces is dan ook een stap pre-mediation opgenomen. Alle juristen die bezwaarschriften behandelen, hebben het ondermandaat om besluiten te nemen in het kader van pre-mediation en hebben een training mediationvaardigheden gehad. Een medewerker heeft tijdens het interview hierbij opgemerkt dat zij geen training heeft gehad en dat het als behandelend jurist en pre-mediator tegelijk lastig is om de zakelijkheid en onpartijdigheid te bewaken. Bovendien beheerst de ene jurist de vaardigheden beter dan een ander. Hiervoor zou een mediationpool uitkomst kunnen bieden, omdat de mediators opgeleid zijn en weten welke vaardigheden zij kunnen inzetten. Hiertegenover staat wel dat het niet in elke zaak kan, omdat het tijd en geld kost.¹²⁴

4.2.3 Voorbereiding eerste contact met belanghebbenden

De behandelend jurist hanteert bij de inzet van pre-mediation door het afdelingshoofd vastgestelde richtlijnen. Voordat hij actie onderneemt, wacht hij tot de bezwaartermijn is verstreken, zeker bij bulkbezwaren. De jurist bekijkt ondertussen het dossier en neemt afhankelijk van de zaak voor of na het eerste gesprek contact op met de primaire afdeling. Er wordt dan met de primaire afdeling overlegd of pre-mediation zinvol is. Een aantal juristen heeft aangegeven te weinig medewerking te krijgen van de primaire afdeling. Op dit vlak ligt om de voorgenoemde reden een knelpunt.¹²⁵ Tussen de ODRN en de gemeente Nijmegen zal dus een betere samenwerking tot stand moeten komen.

4.2.4 Bepalen geschiktheid zaken

Uit de interviews met de medewerkers is gebleken dat pre-mediation in drie fasen is ingevoerd. De derde fase is nu ingevoerd, wat betekent dat in alle zaken wordt gebeld naar de betrokken partijen.¹²⁶

Ondanks dat in principe in alle zaken wordt gebeld, is nog wel nodig dat wordt bepaald of een zaak geschikt is voor een informeel traject. Dit kan voor of na het eerste contact. Er wordt door de juristen verschillend gedacht over welke zaken in de praktijk geschikt zijn of

¹²² Zie bijlage 10, p. 53-54, bijlage 11, p. 64, bijlage 12, p. 73, bijlage 13, p. 80 en bijlage 14, p. 90.

¹²³ Zie bijlage 10, p. 55-56 en bijlage 13, p. 82.

¹²⁴ Zie bijlage 12, p. 72 en 74.

¹²⁵ Zie bijlage 7, p. 46.

¹²⁶ Zie bijlage 13, p. 83.

niet. Eén jurist acht de inhoud van het bezwaarschrift juist leidend, terwijl een ander vindt dat alle zaken geschikt zijn of dat zaken met fouten in de primaire fase bij uitstek geschikt zijn. Ongeschikt zijn bulkbezwaren, zaken met veel partijen of kwesties die politiek gezien gevoelig liggen. Doordat er niet één lijn is in welke zaken wel of niet geschikt zijn, ontstaat het risico op willekeur. Uit onderzoek van het ministerie van BZK blijkt dat ambtenaren gebruik kunnen maken van een lijst van indicaties en contra-indicaties om te bepalen of een zaak geschikt is om informeel te worden afgehandeld.¹²⁷ Daarnaast kan de escalatieladder van Glasl helpen om te bepalen of een conflict geschikt is om met pre-mediation op te lossen.¹²⁸ De escalatieladder helpt bepalen hoe ver een conflict is geëscaleerd. Binnen de gemeente Nijmegen wordt nu door één jurist een lijst met contra-indicaties gebruikt, maar een lijst met zowel indicaties als contra-indicaties en het gebruik van de escalatieladder zou tot meer eenduidigheid leiden welke zaken geschikt of ongeschikt zijn. Daardoor wordt voorkomen dat in de ene zaak wel pre-mediation wordt toegepast en in de andere niet zonder duidelijke reden.

Als de zaak uiteindelijk geschikt wordt geacht om met pre-mediation te worden afgehandeld, wordt de beslistermijn voor de b.o.b. verdaagd. Dan zijn achttien weken beschikbaar vanaf de datum van het primaire besluit. Indien nodig, kan de termijn ook worden opgeschort met instemming van partijen. In de praktijk gaan partijen hier vrijwel altijd mee akkoord.¹²⁹ De jurist belt vervolgens, en bij onbereikbaarheid stuurt hij een e-mail of brief, binnen twee tot maximaal vijf dagen na het verstrijken van de bezwaartermijn om een eerste gesprek te arrangeren.

4.2.5 Contact met belanghebbenden en vertegenwoordiger

Als het eerste contact plaatsvindt, kan de aard van dit gesprek verschillen. Als sprake is van veel belanghebbenden, vraagt de jurist of de bezwaarmakers voor het vervolg een woordvoerder willen aanwijzen. Met deze persoon verloopt dan het contact. De medewerkers gaven aan dat het beter is om geen pre-mediation te doen met een vertegenwoordiger, omdat dat de pre-mediation kan bemoeilijken. Zonder kan eerder tot de kernbelangen worden gekomen en het voorkomt formalisering. Mocht het wel gebeuren, dan is de vertegenwoordiger het primaire aanspreekpunt voor de jurist.¹³⁰

4.2.6 Het overleg en waarborg rechtsbescherming

Tijdens het eerste gesprek wordt ook overlegd of een fysiek gesprek nodig is. Dat is afhankelijk van de zaak. Als alles telefonisch besproken is, is een fysiek gesprek niet meer nodig. Indien het fysieke gesprek wel plaatsvindt, kan dat een formele hoorzitting zijn of een informeel gesprek. Ongeacht het karakter van het gesprek zijn de vergunninghouder, de bezwaarmaker, iemand van de primaire afdeling en de behandelend jurist aanwezig. Er vindt een voorstelrondje plaats, waarna de behandelend jurist uitlegt wat het doel is van het gesprek. De partijen mogen te allen tijde aangeven dat zij formeel willen worden gehoord. Dit is één van de waarborgen van de rechtsbescherming. Men wil namelijk dat de partijen altijd toegang houden tot de formele procedure. Tijdens een formele hoorzitting wordt soms alsnog informeel een oplossing bereikt.¹³¹

4.2.7 Oplossingen voortvloeiend uit pre-mediation en gerelateerde knelpunten

De oplossing die wordt bereikt, kan eruit bestaan dat de bezwaarmaker zijn bezwaarschrift intrekt als de vergunninghouder zijn aanvraag wijzigt. Binnen de gemeente Nijmegen is nu geen waarborg om te voorkomen dat belangen van derde-belanghebbenden worden geschaad door een dergelijke oplossing. Om in ieder geval te kunnen waarborgen dat een bezwaarmaker tijdens pre-mediation niet onder druk wordt gezet om zijn bezwaarschrift in

¹²⁷ Euwema, Koetsenruijter & Van der Velden 2010, p. 49.

¹²⁸ Euwema, Koetsenruijter & Van der Velden 2010, p. 56-59.

¹²⁹ Zie bijlage 10, p. 57.

¹³⁰ Zie bijvoorbeeld bijlage 13, p. 85-86.

¹³¹ Zie bijlage 10, p. 55-57.

te trekken, geeft een medewerker aan dat een mediator zou kunnen worden ingezet die aan de partijen terugkoppelt wat is besproken. Andere medewerkers benoemen dat opties schetsen helpt of dat de gesprekken meer gemonitord zouden kunnen worden. Als er wel druk gezet wordt op een burger, zou de jurist de bezwaarmaker de mogelijkheid op rechtsbescherming ontnemen. De intrekking kan plaatsvinden middels een Bia, een e-mail of mondeling tijdens de hoorzitting, zolang dit wordt vastgelegd in een verslag.

Medewerkers van de ODRN nemen namens het college een besluit op de gewijzigde aanvraag. Uit de interviews blijkt dat binnen de ODRN knelpunten worden ervaren als op een gewijzigde aanvraag een besluit moet worden genomen. Het eerste knelpunt is dat soms alleen in een Bia een opdracht wordt gegeven aan de ODRN om een nieuw besluit in primo te nemen zonder dat een nieuwe aanvraag daaraan ten grondslag wordt gelegd. Dan wordt ambtshalve een besluit genomen, terwijl hier geen wettelijke bevoegdheid voor is. Het tweede knelpunt ontstaat als wordt afgesproken dat een geheel nieuwe aanvraag wordt ingediend waarop een besluit in primo wordt genomen, onder intrekking van het bezwaarschrift. Het besluit waartegen het bezwaarschrift was gericht, wordt onherroepelijk en er is een nieuw besluit in primo genomen. Er bestaan in dit geval twee rechtsgeldige besluiten op basis waarvan de vergunninghouder mag handelen. Hierdoor loopt de bezwaarmaker alsnog het risico dat de vergunninghouder zijn eerste vergunning gaat uitvoeren. Dat is juist wat de bezwaarmaker wil voorkomen.

4.2.8 Leges

Als medewerkers van de ODRN een nieuw besluit in primo moeten nemen naar aanleiding van pre-mediation, moeten ze weer werkzaamheden verrichten. Hiervoor worden normaal gesproken leges in rekening gebracht. Uit de interviews blijkt dat als een nieuw besluit in primo wordt genomen naar aanleiding van een afspraak bij pre-mediation, er per zaak wordt bekeken of opnieuw leges moeten worden betaald door de vergunninghouder. Hierover is tot op heden niets opgenomen in de legesverordening. De respondenten geven aan dat een bepaling opnemen in de legesverordening hierover meer duidelijkheid zou geven aan de juristen.¹³² Bovendien weet de vergunninghouder dan ook waar hij aan toe is.

4.2.9 Proceskostenvergoeding

Ingeval een advocaat of rechtsbijstandsjurist bij de zaak is betrokken, kan een proceskostenvergoeding worden afgesproken. Uit de interviews blijkt dat binnen de gemeente Nijmegen momenteel wordt aangesloten bij de regeling die de Awb geeft voor de proceskostenvergoeding. De medewerkers van de ODRN hebben echter aangegeven dat zij geen wettelijke basis zien voor de toekenning van een proceskostenvergoeding bij pre-mediation, omdat het geschil vaak al beslecht wordt voordat een hoorzitting heeft plaatsgevonden of een b.o.b. is genomen.¹³³ Uit het voorgaande blijkt dat een knelpunt is ontstaan als het gaat om de regeling van de proceskostenvergoeding bij pre-mediation en dat hiervoor een oplossing nodig is.

4.2.10 Het Bia en de vaststellingsovereenkomst

De afspraken die worden gemaakt bij pre-mediation, worden binnen de gemeente Nijmegen meestal vastgelegd in een Bia of in een e-mail. Dit hangt af van de medewerker. Een Bia kan alleen met instemming van de primaire afdeling worden gemaakt. Hierin worden zowel de gemaakte afspraken tussen partijen bevestigd als het proces met alle handelingen vanaf ontvangst van het bezwaar weergegeven. De medewerkers verschillen van mening over wat de status van een Bia is. Een paar medewerkers vatten een Bia op als een opsomming van afspraken die geen rechtsgevolgen hebben. Een andere medewerker daarentegen geeft aan dat bijvoorbeeld het wijzigen van een besluit in primo in een Bia zelf rechtsgevolg heeft en dat het in dat geval om een besluit gaat.¹³⁴ Het is van belang om vast te stellen

¹³² Zie onder meer bijlage 13, p. 87 en bijlage 14, p. 92.

¹³³ Bijlage 14, p. 92.

¹³⁴ Zie bijlage 11, p. 68, bijlage 14, p. 92 en bijlage 10, p. 58.

wat de status is, aangezien het besluit dan een rechtsmiddelenclausule moet bevatten en moet worden gepubliceerd. Derde-belanghebbenden moeten immers kunnen ageren tegen een besluit. Uit het voorgaande blijkt dat er dus onduidelijkheid is over de status van een Bia en dat dit een knelpunt is. Ook rijst de vraag in hoeverre rechtsopvolgers zich kunnen beroepen op de gemaakte afspraken als ze zijn vastgelegd in een Bia en niet in een b.o.b. of in een nieuw besluit in primo. Als een Bia namelijk geen besluit is, kan er niet tegen worden opgekomen en staan rechtsopvolgers met lege handen. Als laatst vragen de medewerkers zich af in hoeverre het recht van bezwaar of beroep middels een afspraak kan worden uitgesloten.

Soms wordt er tussen burgers tevens een vaststellingsovereenkomst afgesloten om een aantal afspraken tussen hen privaatrechtelijk vast te leggen. Volgens de geïnterviewde medewerkers bestaat omtrent de vaststellingsovereenkomst onduidelijkheid welke afspraken hierin kunnen worden geborgd. Indien hierin bijvoorbeeld een besluit wordt gewijzigd, rijst de vraag of het besluit dan wel is gewijzigd en in hoeverre handhaving mogelijk is. Zoals gezegd in hoofdstuk 3 is de vaststellingsovereenkomst slechts privaatrechtelijk en zijn nog wel bestuursbesluiten dan wel andere feitelijke of juridische handelingen nodig om de afspraken te vertalen naar het publiekrecht. Handhaving van afspraken in een vaststellingsovereenkomst of Bia zal lastig worden, omdat daarvoor geen publiekrechtelijke bevoegdheid is. Beide zijn immers geen besluit.

4.2.11 Aanvullend praktijkonderzoek Bia's en vaststellingsovereenkomsten

Er is aanvullend praktijkonderzoek gedaan naar de inhoud van Bia's en vaststellingsovereenkomsten. De resultaten hiervan zijn te vinden in bijlage 15. Dit is gedaan om te bekijken in hoeverre een Bia te kwalificeren is als besluit en om te weten te komen wat er binnen de gemeente wordt afgesproken in een vaststellingsovereenkomst. Het blijkt dat in de praktijk meerdere combinaties worden gemaakt. Zo is geconstateerd dat er een Bia in een b.o.b. is weergegeven of dat er een vaststellingsovereenkomst is gemaakt in combinatie met een b.o.b. Ook de opbouw en inhoud van de Bia's verschillen van elkaar. De formuleringen van kopjes dan wel afspraken zijn dubbelzinnig, waardoor onduidelijk is of een Bia een besluit is en of naar aanleiding van de afspraken nog besluiten of andere handelingen nodig zijn.

4.2.12 Evaluatie

De medewerkers hebben aangegeven dat het functioneren van pre-mediation binnen de gemeente Nijmegen niet of nauwelijks wordt geëvalueerd. Ook worden er geen enquêtes afgenomen of gesprekken teruggeluisterd. Dit is niet zozeer een knelpunt, maar is wel een aandachtspunt om het proces te verbeteren.

In deze paragraaf is duidelijk gemaakt hoe de medewerkers op dit moment pre-mediation toepassen in de bezwaarfase en welke knelpunten daarbij naar voren komen. Na een opsomming van de knelpunten en risico's zal de casestudy bij andere organisaties aan de orde komen.

4.2.13 Opsomming knelpunten en risico's

Bij de respondenten heerst geen overeenstemming over de betekenis van het begrip pre-mediation. De begrippen pre-mediation, mediationvaardigheden en informele aanpak worden door elkaar gebruikt.

Naar aanleiding van de beschrijving hoe pre-mediation is geïntegreerd in de bezwaarprocedure, komen de volgende knelpunten en risico's naar voren:

- Het risico op partijdigheid indien de pre-mediator en de jurist dezelfde persoon zijn.
- Er is geen lijn om te bepalen welke zaak wel en niet geschikt is voor pre-mediation.
- Het risico van ongelijke behandeling/willekeur.
- Bulkbezwaren worden niet geschikt geacht voor pre-mediation, omdat er met teveel belangen rekening gehouden moet worden.
- Te weinig betrokkenheid van de primaire afdeling, in dit geval de ODRN.

- Er is onduidelijkheid over de status en inhoud van het Bia. De medewerkers zijn het er niet over eens of het een brief of een besluit is.
- Er is geen lijn te ontwaren wat betreft de inhoud van de Bia's en vaststellingsovereenkomsten. Sommige bewoordingen zijn dubbelzinnig.
- Er is onduidelijkheid waarvoor een vaststellingsovereenkomst kan worden gebruikt en of een dergelijke overeenkomst publiekrechtelijke gevolgen heeft.
- Er is onduidelijkheid in hoeverre het recht op bezwaar en beroep kunnen worden uitgesloten middels een afspraak of een vaststellingsovereenkomst.
- Het bevoegd gezag loopt risico na pre-mediation ambtshalve een besluit te moeten nemen.
- Het risico op de situatie van twee vergunde activiteiten als het bezwaarschrift is ingetrokken en een nieuw besluit in primo is genomen naar aanleiding van een geheel nieuwe aanvraag. Deze situatie is niet wenselijk, omdat de bezwaarmaker geen zekerheid heeft welke van de twee vergunningen wordt uitgevoerd.
- Het risico voor het schaden van de belangen van andere derde-belanghebbenden.
- Het risico van minder rechtsbescherming voor de burger als hij zijn bezwaarschrift intrekt zonder goede afspraken.
- Er is onduidelijkheid in hoeverre rechtsopvolgers zich kunnen beroepen op de afspraken die gemaakt zijn bij pre-mediation.
- Er ontbreekt een bepaling in de legesverordening die ziet op nieuwe besluiten in primo naar aanleiding van pre-mediation.
- De regeling omtrent proceskostenvergoeding klopt juridisch niet.
- Gesprekken zouden meer gemonitord kunnen worden.
- Te weinig evaluaties in de vorm van enquêtes onder burgers, terugkomdagen en gesprekken terugluisteren.

4.3 Definiëring pre-mediation bij vergelijkbare organisaties

In paragraaf 4.3 wordt eerst ingegaan op de definitie die binnen andere organisaties wordt gegeven van pre-mediation. Ook bij deze vorm van praktijkonderzoek is gebruik gemaakt van interviews. De uitwerkingen hiervan zijn te vinden in bijlagen 16 tot en met 21. Bij de beschrijving van de verscheidene onderdelen van pre-mediation in de volgende paragraaf is tevens gebruik gemaakt van deze afgenomen interviews.

Alle gemeenten en omgevingsdiensten zetten pre-mediation al minstens vijf jaar in, maar alleen binnen de gemeenten Heumen en Zwolle is een proces uitgewerkt. Uit de interviews blijkt dat elke organisatie een andere definitie geeft van pre-mediation. Zo geven de respondenten van de ODR aan dat zij pre-mediation vinden lijken op mediation en dat er altijd iets te halen moet zijn voor de partijen. De respondent van de gemeente Zwolle daarentegen ziet pre-mediation als een containerbegrip waarbij alles wordt gedaan om juridische procedures te voorkomen. Binnen de gemeente Heumen is pre-mediation meer het inzetten van mediationvaardigheden om de partijen te laten zoeken naar de achterliggende belangen en zelf oplossingen te laten bedenken. Deze greep uit de definities maakt duidelijk dat er dus verschillend wordt gedacht over de betekenis van pre-mediation.¹³⁵

Pre-mediation kan verschillende verschijningsvormen hebben. Zo belt de respondent van de gemeente Beuningen met de bezwaarmaker als zijn bezwaarschrift niet-ontvankelijk is of als de bezwaren zelf kennelijk ongegrond zullen worden verklaard, zodat uitleg kan worden gegeven over het beoordelingskader van het bezwaarschrift. Binnen de gemeente Zwolle, Heumen en Breda bestaat pre-mediation meer uit het oplossen van conflicten.

¹³⁵ Zie bijlage 16, p. 104, bijlage 21, p. 147-148, bijlage 19, p. 130.

4.4 Beschrijving pre-mediationtraject bij vergelijkbare organisaties

In deze paragraaf wordt geschetst hoe bij vergelijkbare organisaties wordt omgegaan met pre-mediation en hoe daar wordt omgegaan met de knelpunten die worden ervaren binnen de gemeente Nijmegen.

4.4.1 Rol behandelend jurist

Als wordt gekeken naar welke personen pre-mediation inzetten binnen de vergelijkbare organisaties, is er een verschil te constateren. Waar binnen de gemeenten Beuningen, Heumen en Breda de secretaris van de bezwaarschriftencommissie wordt ingezet voor de rol van pre-mediator, worden binnen de ODR, de ODRA en de gemeente Zwolle de behandelaren van de bezwaarschriften juist ingezet voor die rol. Alle respondenten hebben daarbij aangegeven dat de rollen van pre-mediator en behandelend jurist beter niet verenigd kunnen zijn in één persoon, omdat anders het risico op rolvermenging ontstaat. Als een ander persoon dan de bezwaarbehandelaar de gesprekken voert, is er meer afstand tussen de pre-mediator en de zaak. Dit is voor de gemeente Nijmegen van belang om te weten, omdat op die manier de schijn van partijdigheid wordt voorkomen.

4.4.2 Voorbereiding eerste contact met belanghebbenden

De respondenten van de gemeenten met een externe bezwaarschriftencommissie, namelijk Heumen, Beuningen en Breda, overleggen met de secretaris van de commissie of pre-mediation een mogelijkheid is om in te zetten in een bepaalde zaak. De respondenten van de ODR hebben aangegeven dat het tijd en moeite zou schelen indien de zaakcoördinator een eerste beoordeling maakt of pre-mediation mogelijk uitkomst biedt. De respondenten hebben opgemerkt op dit moment tevens contact op te nemen met de primaire afdeling.¹³⁶

4.4.3 Bepalen geschiktheid zaken

Geen van de geïnterviewde organisaties hanteert in de praktijk een lijst met indicaties en contra-indicaties aan de hand waarvan wordt bekeken of de zaak voor pre-mediation geschikt is of niet. De respondenten van de gemeenten Zwolle en Heumen hebben echter wel aangegeven dat een dergelijke lijst kan helpen als het om een gecompliceerde zaak gaat waarbij onduidelijk is hoe de zaak verder moet worden opgepakt.¹³⁷ Er zijn tijdens de interviews verschillende voorbeelden gegeven van zaken waarnaar gekeken wordt bij de beslissing of tot pre-mediation wordt overgegaan of niet. De ene jurist kijkt naar hoe serieus partijen zijn en of er sprake is van een gebonden beschikking, terwijl een ander kijkt naar de eenvoud van de zaak. Weer een ander kijkt naar de publicitaire en politieke belangen. Dit zijn allerlei aspecten waar de juristen van de gemeente Nijmegen rekening mee kunnen houden.

4.4.4 Aantal betrokken partijen

De respondenten van de ODR en de gemeente Heumen geven als het gaat om het aantal partijen een grens van drie partijen aan. De respondenten van de gemeenten Breda en Zwolle geven tevens aan dat er een grens is als het gaat om het aantal bezwaarmakers. Zij geven namelijk een grens van vijf bezwaarmakers aan als ze niet op één lijn zitten voor wat betreft de inhoud van de bezwaren. Binnen de gemeente Beuningen maakt het echter niet uit hoeveel partijen of bezwaarmakers bij de zaak betrokken zijn. Als uiteindelijk wordt besloten tot een informeel traject, wordt bij alle organisaties de bezwaarprocedure stopgezet. De wettelijke termijn om een b.o.b. te nemen, wordt doorgaans eerst verdaagd. Indien dit onvoldoende tijd geeft, wordt de beslistermijn met instemming van de partijen opgeschort op grond van art. 7:10 lid 4 Awb.

¹³⁶ Zie bijlage 16, p. 106.

¹³⁷ Zie bijlage 19, p. 132 en bijlage 21, p. 150.

4.4.5 Contact met de belanghebbenden en vertegenwoordiger

Vervolgens wordt het eerste contact gelegd met de bezwaarmaker, de vergunninghouder en eventuele andere partijen. Het moment waarop het contact plaatsvindt, kan blijken uit de interviews variëren van vijf dagen tot drie weken. Sommige organisaties zorgen ervoor dat zo snel mogelijk wordt gebeld. Alle respondenten hebben aangegeven ingeval sprake is van een grote groep bezwaarmakers, dat aan de bezwaarmakers wordt verzocht een woordvoerder aan te wijzen met wie het contact verloopt. Als een vertegenwoordiger in het spel is, dan is hij volgens de Awb het primaire aanspreekpunt voor de behandelend jurist tijdens de bezwaarprocedure. Dit uitgangspunt geldt tevens tijdens de pre-mediation. Om contact te hebben met de burger zal toestemming gevraagd moeten worden aan de vertegenwoordiger ex art. 6:17 Awb.

4.4.6 Het overleg en waarborg rechtsbescherming

Bij vrijwel alle organisaties wordt het gesprek fysiek met alle betrokken partijen gevoerd. Voorafgaand aan het fysieke gesprek wordt er bij geen van de organisaties iets vastgelegd over bijvoorbeeld vertrouwelijkheid. De rechtsbescherming blijft tijdens pre-mediation binnen alle organisaties gewaarborgd doordat de bezwaarprocedure altijd kan worden doorgezet als partijen niet langer door willen gaan met pre-mediation. Om te waarborgen dat de bezwaarmaker tijdens het gesprek niet onder druk zijn bezwaarschrift intrekt, zou volgens de respondenten van de ODR het gesprek moeten worden geleid door twee personen in plaats van één en zou de rol van de pre-mediator en de behandelend jurist niet verenigd moeten zijn. Binnen de gemeente Breda wordt bijvoorbeeld gekeken naar de leeftijd van de betrokken partijen, zodat daar een pre-mediator van dezelfde leeftijd bij kan worden gezocht. Dan kan de pre-mediator de regie van het gesprek beter behouden.¹³⁸ Ook hebben een aantal organisaties aangegeven dat het doel van pre-mediation op zich niet de intrekking van het bezwaarschrift mag zijn. Als een oplossing is gevonden, zal de bezwaarmaker inzien dat het handhaven van zijn bezwaarschrift niet nodig is. Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt pre-mediation nog tijdens een formele hoorzitting geprobeerd.

4.4.7 Oplossingen voortvloeiend uit pre-mediation en gerelateerde knelpunten

Tijdens de interviews is gevraagd hoe de organisaties zorg dragen voor een rechtsgeldige intrekking van het bezwaarschrift, hoe het bestaan van twee vergunningen wordt voorkomen en hoe het ambtshalve nemen van een besluit wordt voorkomen. Dit zijn namelijk juridische knelpunten bij de inzet van pre-mediation binnen de gemeente Nijmegen. Hieronder wordt aangegeven wat de aanpak is van de organisaties.

Alle respondenten laten de bezwaarmakers middels een schriftelijke verklaring hun bezwaarschrift intrekken of nemen in het verslag van de hoorzitting op dat het bezwaarschrift mondeling tijdens de hoorzitting is ingetrokken. Op die manier is er een rechtsgeldige intrekking van het bezwaarschrift.

Om het risico te beperken dat een vergunninghouder zijn oude omgevingsvergunning gebruikt, hebben de respondenten de volgende oplossingen aangedragen. Indien het gaat om gewijzigde tekeningen, kunnen die wellicht ondergeschikt zijn, waardoor ze alsnog onder de oorspronkelijke aanvraag kunnen worden gevoegd. Hierdoor is geen nieuw besluit nodig. Bij geweigerde omgevingsvergunningen die kunnen worden omgezet in verlening, wordt bij de ODR het weigeringsbesluit ingetrokken en de omgevingsvergunning tegelijkertijd verleend. Een volgende optie is dat het oude besluit in primo kan worden ingetrokken dan wel vervangen door het bevoegd gezag op verzoek van de vergunninghouder. De laatste twee opties worden door de respondenten van de ODRA en de gemeente Breda onderschreven. Een laatste optie volgens de respondenten van de gemeenten Heumen, Zwolle en Beuningen, is het bezwaar aanhouden, waarna een nieuwe aanvraag wordt gedaan door de vergunninghouder. Deze aanvraag is conform wat was

¹³⁸ Zie bijlage 16, p. 109 en bijlage 18, p. 125.

afgesproken met de bezwaarmaker en er zou in moeten staan dat de oude vergunning niet zal worden uitgevoerd. Vervolgens wordt het nieuwe besluit in primo genomen met een voorschrift dat de vergunninghouder alleen de nieuwe omgevingsvergunning uitvoert en verstrijkt de bezwaartermijn van zes weken zonder nieuwe ingediende bezwaarschriften. Daarna ontstaat een onherroepelijk besluit. Op dit moment zou het bezwaarschrift dan kunnen worden ingetrokken, onder intrekking van het oude besluit in primo op verzoek van de vergunninghouder. Een risico hierbij is dat andere derde-belanghebbenden dan de bezwaarmaker, bezwaar kunnen maken tegen het nieuwe besluit. Dan zou voorafgaand aan de pre-mediation moeten worden ingeschat wie mogelijk geraakt zal worden in zijn belang.

Op de vraag hoe kan worden voorkomen dat het bevoegd gezag een ambtshalve besluit neemt, zijn de hierna beschreven responses van belang. De respondent van de gemeente Breda heeft aangegeven dit een moeilijke vraag te vinden en heeft daarbij opgemerkt dat het de vraag is of hiervoor wel een definitieve oplossing is. Het zou wel een idee zijn om de medewerkers van de ODRN bij de informele trajecten te betrekken. Die kunnen de juridische kaders bewaken en erop letten dat wordt afgesproken dat een nieuwe aanvraag wordt gedaan. Een andere oplossing is dat het besluit in eerste aanleg wordt ingetrokken door het bevoegd gezag, waarna de oorspronkelijke aanvraag herleeft. Vervolgens kan de oorspronkelijke aanvraag worden gewijzigd of aangevuld, waarna een besluit kan worden genomen. Consequentie hiervan is dat dit nieuwe besluit hangende bezwaar in een b.o.b. resulteert. Op deze wijze wordt binnen de ODR en de gemeente Heumen het ambtshalve nemen van een besluit voorkomen. Als het wenselijk is om de vergunninghouder juist niet een nieuwe aanvraag te laten doen, wordt binnen de ODRA en de gemeente Zwolle het oude besluit in primo herroepen, waarna een nieuw besluit wordt genomen. Voor alle hierboven genoemde oplossingen geldt dat deze als extra waarborg in een civiele overeenkomst zouden kunnen worden vervat. Als een afspraak niet zou worden nagekomen door vergunninghouder dan wel bezwaarmaker, moet hij een geldbedrag aan de wederpartij betalen. Op deze manier kan nakoming worden afgedwongen. Van belang is nog te vermelden dat de respondent van de gemeente Heumen heeft aangegeven dat publicatie van besluiten plaats moet vinden om de belangen van andere derde-belanghebbenden te beschermen. Binnen de gemeente Zwolle worden derde-belanghebbenden juist betrokken bij de pre-mediation. Er kan dus verschillend mee worden omgegaan, maar het blijft een risico.

4.4.8 Leges

Uit de interviews met de juristen van de gemeenten Zwolle en Breda is gebleken dat in die gemeenten in de legesverordening is opgenomen of opnieuw leges moet worden betaald ingeval een nieuw besluit in primo wordt genomen naar aanleiding van pre-mediation. Binnen de gemeente Zwolle wordt de ruimte benut die de legesverordening biedt. De respondent van de gemeente Heumen geeft aan dat er soepel wordt omgegaan met de regeling. Binnen de ODR wordt juist per zaak bekeken hoe met leges wordt omgegaan. Zo zijn er dus verscheidene wijzen om met de leges om te gaan.

4.4.9 Proceskostenvergoeding

Alle respondenten hebben aangegeven dat bij de toekenning van een proceskostenvergoeding wordt aangesloten bij de regeling van art. 7:15 Awb. Er wordt dan gekeken of bij de verdere behandeling van het bezwaar via de bezwaarprocedure het besluit in primo zou zijn herroepen wegens een aan het bevoegd gezag te wijten onrechtmatigheid.

4.4.10 Vastlegging afspraken bij andere organisaties en nakoming daarvan

Alle respondenten bij de vergelijkbare organisaties hebben aangegeven geen Bia en zelden een vaststellingsovereenkomst te gebruiken, zoals in de gemeente Nijmegen, omdat dit te formeel is. Bij de afsluiting van het gesprek beginnen de werkwijzen van de verschillende

organisaties echter wel uiteen te lopen. Bij de ODR worden de hoofdzaken vastgelegd in een verslag. Bij de ODRA, de gemeente Heumen en de gemeente Breda worden alleen de afspraken vastgelegd. Bij de gemeente Beuningen volstaat zelfs een korte notitie van de afspraken. Het pre-mediationtraject wordt door alle respondenten beëindigd met een e-mail, brief of verslag. Als het onderdeel is van de afspraken, wordt tevens een nieuw besluit in primo, een b.o.b. of een vaststellingsovereenkomst gemaakt. Wanneer het gaat om nakoming van de gemaakte afspraken bij pre-mediation, geldt dat naleving van de afspraken is gebaseerd op vertrouwen. De partijen zijn immers niet voor niets afspraken overeengekomen. Mocht een partij zich niet aan een afspraak houden, dan is het een mogelijkheid om bijvoorbeeld een toezichthouder langs te sturen of om de partijen opnieuw te herinneren aan de gemaakte afspraken.

4.4.11 Evaluatie

Alleen binnen de gemeente Zwolle wordt onderzocht wat de burgers vinden van pre-mediation middels een klanttevredenheidsonderzoek. Binnen de andere organisaties wordt dat niet gedaan. De respondent van de gemeente Heumen heeft aangegeven dat het kan helpen als burgers via de website van de gemeente of via een brief op de hoogte worden gebracht van wat pre-mediation is.¹³⁹

4.5 Tussenconclusie

Pre-mediation als begrip wordt bij elke organisatie anders uitgelegd. Dit is in lijn met de eerdere conclusie dat er niet één duidelijke betekenis is voor pre-mediation. Tevens is duidelijk geworden dat binnen elke organisatie een andere werkwijze wordt gehanteerd met betrekking tot pre-mediation.

Uit de analyse van de praktijk binnen de gemeente Nijmegen en de vergelijkbare organisaties zijn de volgende knelpunten en risico's met bijbehorende oplossingen gevonden:

- Rolvermenging zou kunnen worden voorkomen door voor de pre-mediation en behandeling van bezwaar twee verschillende personen in te zetten.
- Een lijst met indicaties- en contra-indicaties en de escalatieladder van Glasl zijn hulpmiddelen om te bepalen of een zaak geschikt is voor pre-mediation en om willekeur te voorkomen. Bulkbezwaren worden niet geschikt geacht voor pre-mediation, omdat er met teveel belangen rekening gehouden moet worden.
- Binnen de andere organisaties wordt veelvuldig overlegd met de primaire afdeling.
- Het voorkomen van twee vergunningen dan wel ambtshalve besluiten nemen is op verschillende manieren mogelijk.
- Het risico voor het schaden van de belangen van andere derde-belanghebbenden blijft, maar kan worden beperkt door besluiten te publiceren en te voorzien van een rechtsmiddelenclausule. Tevens kunnen derde-belanghebbenden betrokken worden bij pre-mediation, zodat hun belangen worden meegenomen.
- Op de vraag of rechtsopvolgers zich op de afspraken kunnen beroepen, is geen duidelijk antwoord. Het is mogelijk handhaafbare voorschriften in het besluit op te nemen of de rechtsopvolger maakt bezwaar, zolang het besluit nog niet onherroepelijk is.
- Er ontbreekt een bepaling in de legesverordening die ziet op nieuwe besluiten in primo naar aanleiding van pre-mediation. Binnen andere organisaties wordt wisselend met leges omgegaan, maar een bepaling opnemen in de legesverordening biedt meer houvast.
- Om afspraken vast te leggen wordt binnen de gemeente Nijmegen een Bia of vaststellingsovereenkomst gebruikt. Uit casestudy bleek dat andere organisaties slechts een afsprakenlijst hanteren. Een vaststellingsovereenkomst komt nooit tot zelden voor. Het recht van bezwaar en beroep kan in een dergelijke overeenkomst niet worden uitgesloten.

¹³⁹ Zie bijlage 19, p. 131 en bijlage 21, p. 151.

- Voor de proceskostenvergoeding wordt aangesloten bij art. 7:15 lid 2 Awb. Er wordt gekeken of het besluit aan het eind van de formele procedure herroepen zou zijn.
- Publiekrechtelijke handhaving van privaatrechtelijke afspraken is niet mogelijk, omdat daarvoor in strijd gehandeld moet zijn met een besluit.
- Er wordt door één organisatie geëvalueerd wat burgers van pre-mediation vinden. Hierdoor is bij te houden hoe tevreden de burger is en wat het effect van pre-mediation in de praktijk is.

Hoofdstuk 5 Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden de conclusies en aanbevelingen weergegeven naar aanleiding van de onderzoeksresultaten. Door alle conclusies van de voorgaande hoofdstukken met elkaar in verband te brengen, wordt antwoord gegeven op de centrale vraag. Op basis van de conclusies worden aanbevelingen gegeven aan de opdrachtgevers. Eerst zullen de conclusies worden besproken, waarna de aanbevelingen zullen worden toegelicht.

De hierna weergegeven vraag staat centraal in dit onderzoek:

Welke aanbevelingen in de vorm van een pre-mediationprotocol aan de afdeling Juridische Zaken van zowel de Omgevingsdienst Regio Nijmegen als de gemeente Nijmegen omtrent het uitvoeren en inpassen van het pre-mediationtraject in de wettelijk verankerde bezwaarfase van een omgevingsvergunning voor de activiteit “bouwen” zijn af te leiden uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, jurisprudentie en de wettelijke bepalingen voor de bezwaarfase voortvloeiend uit de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en de Algemene wet bestuursrecht en uit een analyse van de uitvoering van pre-mediation in de bezwaarfase bij de gemeente Nijmegen en vergelijkbare organisaties?

5.1 Conclusies

Aan de hand van de conclusies van de voorgaande hoofdstukken is een pre-mediationprotocol opgesteld. Hieronder zal worden ingegaan op de te nemen stappen.

Alvorens wordt onderbouwd om welke stappen het gaat, dient te worden opgemerkt dat uit het rechtsbronnen- en literatuuronderzoek is gebleken dat het bevoegd gezag tijdens de toepassing van pre-mediation behoorlijkheidsnormen, doelmatigheidsnormen en rechtsnormen in acht moet nemen. De rechtsnormen worden gevormd door de a.b.b.b., jurisprudentie en wetsartikelen die zien op de bezwaarfase. Met name de rechtsnormen zijn daardoor van belang voor het protocol.

De eerste stap van het protocol behelst dat de behandelend jurist in overleg met het secretariaat bekijkt of het bezwaarschrift aan de ontvankelijkheids- en indieningsvereisten voldoet. Er moet namelijk zijn voldaan aan art. 6:5 jo art. 6:7 Awb. Vervolgens zal een ontvangstbevestiging worden gestuurd binnen uiterlijk veertien dagen. Mochten er gegevens ontbreken, dan moet de bezwaarmaker de gelegenheid krijgen om de ontbrekende gegevens aan te vullen. Indien een bezwaarschrift te laat is ingediend, dus later dan binnen zes weken ex art. 6:7 Awb, moet deze niet-ontvankelijk worden verklaard of er kan worden gekozen voor de weg van pre-mediation. Het bevoegd gezag zal moeten motiveren waarom in een geval pre-mediation wordt toegepast om willekeur te voorkomen.

Vervolgens gaat de behandelend jurist aan de slag met het bezwaarschrift. Hij dient te wachten tot de bezwaartermijn voorbij is in verband met mogelijke bulkbezwaren. Uit interviews bleek dat pre-mediation bij bulkbezwaren niet wordt ingezet. De volgende stap is dat de jurist het bezwaarschrift bekijkt en binnen twee of drie dagen, maar uiterlijk binnen vijf werkdagen na ontvangst van het bezwaarschrift belt met de betrokken partijen voor een eerste gesprek. Aan de hand van de inhoud van de bezwaren, een lijst met indicaties- en contra-indicaties en de escalatieladder van Glasl zal de jurist bepalen of een zaak in aanmerking komt voor pre-mediation. Deze toetsing voorkomt willekeurige toepassing van pre-mediation. Hij zal daarbij ook overleggen met de primaire afdeling hoe het besluit in primo tot stand is gekomen en of pre-mediation volgens hen zinvol is. Uit interviews is gebleken dat contact met de primaire afdeling onmisbaar is voor pre-mediation. Vervolgens moet een keuze worden gemaakt. Indien de zaak zich leent voor pre-mediation, wordt voor deze weg gekozen. Indien een zaak zich er niet voor leent, moet de formele bezwaarprocedure verder worden gevolgd. Dat betekent dat een hoorzitting moet worden ingepland welke moet worden gevolgd door een b.o.b.

Indien contact wordt gezocht met de betrokken partijen, moet een tweetal zaken worden bedacht. Het eerste punt is dat ingeval een vertegenwoordiger in het spel is, hij het primaire aanspreekpunt is en niet de burger die hij vertegenwoordigt. Dit wordt in art. 6:17 Awb zo geregeld. Het tweede punt is dat aan de bezwaarmakers verzocht kan worden een woordvoerder aan te wijzen ingeval er een grotere groep bezwaarmakers is. Dit communiceert gemakkelijker. Als de jurist daadwerkelijk belt, vraagt hij bijvoorbeeld naar het verhaal achter de bezwaren. De bezwaarbehandelaar bespreekt verder welke mogelijkheden er zijn voor de behandeling van het bezwaar en of de burger bereid is mee te werken aan pre-mediation.

Indien een of meer telefonische gesprekken hebben plaatsgevonden en de bezwaren telefonisch zijn besproken, kunnen de volgende situaties zich voordoen: de bezwaarmaker trekt zijn bezwaarschrift in, hij is niet bereid via pre-mediation zijn bezwaar te laten behandelen of hij staat wel open voor pre-mediation.

Bij deze drie mogelijkheden ziet het vervolgtraject er als volgt uit:

- Als na telefoongesprekken de bezwaarmaker zijn bezwaarschrift intrekt, dient hij dit volgens art. 6:21 Awb in een schriftelijke verklaring te bevestigen. De intrekking dient tevens ondubbelzinnig en zonder voorwaarden te zijn, blijkt uit jurisprudentie.
 - Als partijen niet willen meewerken aan pre-mediation, zal de bezwaarprocedure moeten worden doorlopen. De bezwaarmaker, vergunninghouder en eventuele andere belanghebbenden ontvangen dan een brief met een datum voor een hoorzitting. Partijen moeten twee weken voor de zitting een uitnodiging hebben ontvangen. Een week voor de zitting, moeten alle stukken zijn opgestuurd.
 - Wanneer voor pre-mediation wordt gekozen, zal de beslistermijn voor de b.o.b. worden verdaagd. Zo ontstaat een termijn van achttien weken, gerekend vanaf de datum van het primair besluit. Mocht dit onvoldoende zijn, dan biedt art. 7:10 lid 4 Awb nog de mogelijkheid om de beslistermijn op te schorten met instemming van partijen. Indien dit niet gebeurt, ontstaat het risico dat een bezwaarmaker een dwangsom vordert.
- Ook tijdens pre-mediation geldt de hoorplicht tenzij er afstand van dit recht is gedaan of tenzij er al aan de hoorplicht is voldaan. Horen kan telefonisch, maar de jurist dient te vermelden dat een hoorzitting altijd mogelijk is. Van het horen dient een verslag te worden gemaakt. Hetzelfde geldt voor de keuze van de bezwaarmaker om niet te worden gehoord. Het opsturen van de stukken dient ook te gebeuren als de weg van pre-mediation wordt gevolgd. Een week voor de zitting dienen alle stukken te worden opgestuurd.

Afhankelijk van het telefoongesprek, wordt daarna een fysiek overleg gepland. De behandelend jurist is hierbij aanwezig. Een onafhankelijke gespreksleider zal het gesprek in goede banen leiden om rolvermenging te voorkomen. Bovendien is daardoor de kans dat druk wordt gezet op de burger kleiner. Dit kwam naar voren uit de interviews. Verder dient er iemand te zijn van de primaire afdeling, de vergunninghouder, de bezwaarmaker en eventuele andere derde-belanghebbenden. Vooraf zal degene die het gesprek leidt, moeten regelen waar het gesprek plaatsvindt. Tussentijds kunnen verslagen worden gemaakt van de gesprekken ter verduidelijking voor partijen.

In dit onderzoek gaat het met name om een vergunninghouder tegenover een bezwaarmaker en overige derde-belanghebbenden. In het kader daarvan ligt het meest voor de hand dat over de volgende onderwerpen afspraken worden gemaakt:

- Het wijzigen van de aanvraag waarbij erop moet worden gelet dat voor ingrijpende wijzigingen een geheel nieuwe aanvraag moet worden ingediend voor een activiteit en dat voor ondergeschikte wijzigingen een nieuwe aanvraag voor enkel de wijziging moet worden ingediend. Ook mag het bevoegd gezag geen ambtshalve besluiten

nemen. Het bevoegd gezag kan bij de pre-mediationgesprekken haar expertise inzetten en aangeven wat er met de aanvraag moet gebeuren. Er dient in ieder geval altijd een aanvraag aan een besluit ten grondslag te liggen.

- De intrekking van het bezwaarschrift waarbij zoals gezegd een schriftelijke verklaring van de bezwaarmaker is vereist.
- De intrekking van het oude besluit in primo door het bevoegd gezag op verzoek van de vergunninghouder. Hierna volgt meestal een nieuw besluit in primo.
- De afspraak of er een proceskostenvergoeding wordt toegekend aan de bezwaarmaker ten behoeve van de advocaat of rechtsbijstandsjurist en wat de hoogte daarvan is. De hoogte kan worden gebaseerd op het Besluit proceskosten bestuursrecht. Als in bezwaar is verzocht om een proceskostenvergoeding, dan dient het volgens art. 7:15 lid 2 Awb te gaan om een herroepen besluit in primo wegens een aan het bevoegd gezag te wijten onrechtmatigheid. Anders kan niet op basis van de Awb een vergoeding worden gegeven. Binnen de gemeente Nijmegen is dit nog een knelpunt, omdat uit interviews is gebleken dat er geen bevoegdheid voor is om het tijdens pre-mediation zo te doen zonder b.o.b.
- Over de leges mag men binnen de gemeente niet willekeurig afspraken maken. Er moeten leges conform de legesverordening in rekening worden gebracht als hierover niets is opgenomen in de legesverordening. Wat wel zou mogen, is bijvoorbeeld afspraken maken over het vergoeden van de leges die de gemeente in rekening brengt.
- Afspraken over overige zaken zoals de plaatsing van beplanting of een bouwproces. Er zijn immers meer afspraken mogelijk dan puur juridische afspraken.

Kanttekening bij de mogelijke uitkomsten is dat derde-belanghebbenden hier mogelijk door worden geschaad in hun belangen. Het is zaak elk nieuw besluit te voorzien van een rechtsmiddelenclausule en te publiceren, zodat derde-belanghebbenden op de hoogte zijn van een nieuw besluit. Bovendien kunnen belangen van derde-belanghebbenden voor pre-mediation al worden geïnventariseerd. Zo kan een oplossing met een breed draagvlak worden gerealiseerd en kunnen bezwaarschriften worden voorkomen van deze derde-belanghebbenden.

Als de partijen eruit zijn gekomen, dient een gedetailleerde afsprakenlijst te worden gemaakt in plaats van een Bia. Uit de interviews is namelijk gebleken dat onder de medewerkers verwarring heerst of het Bia een besluit dan wel een brief is. Bovendien bevat de Awb geen wettelijke bevoegdheid om een Bia op te stellen. Een afsprakenlijst heeft echter een duidelijke status en zal alle verwarring wegnemen. Ingeval het gaat om een bezwaarmaker en vergunninghouder die van elkaar willen dat ze de eerste stap zetten of bij grote projecten, is het verstandig ook een vaststellingsovereenkomst op te stellen. Deze overeenkomst is vormvrij, wederkerig, verbintenisscheppend en obligatoir. Daarin kan worden afgesproken dat de vergunninghouder zijn aanvraag wijzigt en de bezwaarmaker zijn bezwaarschrift intrekt. Wanneer partijen zich niet aan de afspraak houden, moeten zij aan de ander vervolgens een geldsom betalen. Een kanttekening hierbij is dat volgens jurisprudentie het recht van bezwaar en beroep van openbare orde zijn en dus niet kunnen worden uitgesloten in een overeenkomst. Mocht dit nog onvoldoende borgen dat partijen zich aan de afspraken houden, dan is het verstandig om de formele bezwaarprocedure door te zetten. Dan is het conflict ongeschikt om met pre-mediation op te lossen. Als vervolgens een b.o.b. wordt genomen, dient deze een rechtsmiddelenclausule te bevatten alsmede te worden bekendgemaakt.

Om duidelijkheid voor zowel de ODRN, de behandelend jurist als de betrokken partijen te scheppen over wat is afgesproken en wat moet gebeuren, is het verstandig als alle partijen van de afsprakenlijst een afschrift krijgen. Daarna zal de jurist de vergunninghouder een nieuwe aanvraag laten indienen waarbij de laatstgenoemde tevens vermeldt dat hij zijn aanvraag doet naar aanleiding van pre-mediation. De bezwaarmaker wacht met zijn bezwaarschrift in te trekken. Het is verstandig om de vergunninghouder een kopie van de

afspraken bij de aanvraag te laten voegen. Als de aanvraag binnenkomt, kan in overleg met de vergunninghouder, de bezwaarmaker, de ODRN en de jurist die pre-mediation inzet, worden overlegd of de nieuwe aanvraag overeenkomt met wat is afgesproken. Middels overleggen kan goed worden afgestemd of de nieuwe aanvraag voldoet aan de wensen van de partijen. Dit voorkomt een nieuw bezwaarschrift van de bezwaarmaker. De bezwaarmaker wacht met zijn bezwaarschrift in te trekken totdat er een nieuw besluit in primo is op de aanvraag en de bezwaartermijn is verstreken. Hierna mag de vergunninghouder zijn nieuwe vergunning gelijk uitvoeren, omdat het besluit onherroepelijk is geworden. Op deze manier hebben beide partijen wat ze willen. Het enige risico is dat er weer andere bezwaarmakers ageren tegen het nieuwe besluit in primo.

5.2 Aanbevelingen

In deze paragraaf zullen concrete en toepasbare aanbevelingen worden gegeven aan de opdrachtgevers in aanvulling op het beschreven protocol. Dit wordt gedaan om het pre-mediationtraject nog beter te kunnen laten verlopen.

Betrek de primaire afdeling ook in het primaire proces bij het pre-mediationtraject

De medewerkers van de ODRN zouden pre-mediation in kunnen gaan zetten door te bellen met de burger en uitleg te geven voordat een besluit in primo wordt genomen. Hiermee kunnen in een vroeg stadium bezwaarschriften worden voorkomen. Zo komt ook een breder draagvlak voor de inzet van pre-mediation tot stand.

Gebruik een afsprakenlijst in plaats van een Bia

Ingeval een Bia een besluit zou zijn, is een rechtsmiddelenclausule vereist. Voorts moet een Bia als besluit worden gepubliceerd. Op deze manier krijgen derde-belanghebbenden de mogelijkheid om bezwaar te maken. Uit het onderzoek is echter gebleken dat een Bia bedoeld is als een brief. Om verwarring te voorkomen, is het daarom van belang de naam te veranderen van Besluit Informele Aanpak naar Afsprakenlijst Pre-mediation. Hierdoor weet elke jurist dat het slechts een afsprakenlijst is en dat hij de afspraken nog moet vertalen naar een bestuurshandeling.

Reserveer geld voor pre-mediation als vervanger van een proceskostenvergoeding op grond van art. 7:15 Awb

Gekeken naar art. 7:15 lid 2 Awb kan een proceskostenvergoeding worden toegekend aan een bezwaarmaker als het bestreden besluit is herroepen in verband met een aan het bevoegd gezag te wijten onrechtmatigheid. Deze regeling kan analoog worden toegepast bij pre-mediation. Het wordt echter anders als het primaire besluit rechtmatig is en niet zou worden herroepen. Voor deze situaties zou men binnen de gemeente Nijmegen wat geld kunnen reserveren. Dit moet dan wel in overleg met de gemeenteraad vorm krijgen.

Neem een bepaling op in de legesverordening over de hoogte van de leges voor een aanvraag die ingediend wordt naar aanleiding van afspraken in een pre-mediationtraject

Op dit moment is niets afwijkends opgenomen voor leges die in rekening worden gebracht naar aanleiding van een aanvraag die wordt ingediend als gevolg van afspraken die zijn gemaakt in een pre-mediationtraject. Om dit juridisch te borgen, is het aan te bevelen een bepaling hierover op te nemen in de legesverordening.

Monitor het pre-mediationtraject in de vorm van een evaluatie onder de medewerkers en een klanttevredenheidsonderzoek onder de burgers

Uit het onderzoek is gebleken dat er op dit moment niet wordt geëvalueerd. Er vinden tevens geen klanttevredenheidsonderzoeken plaats. Om het functioneren van pre-mediation te kunnen monitoren, is het aan te bevelen om wel te evalueren en te meten of burgers tevreden zijn. Bovendien kan hierdoor worden gekeken hoeveel tijd en geld pre-mediation kost en welk effect het heeft in de praktijk op bezwaarprocedures.

Literatuurlijst

- E. Alders, *Omgevingsrecht/Publiekrecht*, Den Haag: SDU Uitgevers 2017.
- D. Allewijn, *Met de overheid om tafel. Vertrouwen in de overheid als centraal thema in mediation (Mediationreeks Deel 6)*, Den Haag: Sdu uitgevers 2007.
- L. Bakker & C. Schouwenaars, *Onderzoeksrapport Mediation bij de Overheid. Conflict diagnose en geschiloplossing op maat bij conflicten tussen burgers en overheden*, Nijmegen 2013.
- W.G. van der Ban, *Mediation en mediationvaardigheden. Oplossingsgericht werken bij conflicten met burgers en bedrijven*, Den Haag: VNG 2008.
- Beleidsnotitie (pre-)mediation*, Bunnik: gemeente Bunnik 2013.
- M.N. Boeve & F.A.G. Groothuise, *Omgevingsrecht*, Groningen/Amsterdam: Europa Law Publishing 2013.
- A.F.M. Brenninkmeijer & A.T. Marseille, 'Meer succes met de informele aanpak van bezwaarschriften', *NJB* 2011 2011/1586, afl. 30, p. 2010-2016.
- W. Brinkman, *Bezwaar tegen mediation?*, Warnsveld 2011.
- H.E. Bröring e.a., *Bestuursrecht deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016.
- P.J.J. van Buren, A.G.A. Nijmeijer & J. Robbe, *Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.
- M. Euwema, C. Koetsenruijter & L. van der Velden, *Prettig contact met de overheid*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2010.
- M. Euwema, C. Koetsenruijter & L. van der Velden, *Prettig contact met de overheid 2*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2010.
- K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht*, Groningen: University of Groningen 2004.
- K.J. de Graaf, A.T. Marseille & H.D. Tolsma, *Prettig contact met de overheid 3*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2011.
- M. van Haaften, *De opkomende informele benadering door de overheid*, Tiel 2017.
- Handreiking mediation: een luisterend oor*, Den Haag: BZK 2008.
- M. Houtsma, *Pre mediation in de gemeente Best*, Best 2012.
- A. Kil e.a., *Stand van zaken van mediation bij gemeenten. Alles mogelijk, zolang het maar geen mediation is...*, 2017.
- S.C. Kortekaas, 'Mediation', *Omgevingsvergunning in de praktijk* 2015/5862.
- F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- E. Mulleti, *De informele aanpak of mediation in de Awb?*, Breda 2014.
- 'Over ons', Omgevingsdienst Regio Nijmegen, www.odregionijmegen.nl (zoek op: opdrachtgever).
- A.C. van Schaick, '133 Definitie van de vaststellingsovereenkomst', *Asser* 2012/133 7-VIII.
- A.C. van Schaick, '138 De vaststellingsovereenkomst is vormvrij', *Asser* 2012/138 7-VIII.
- A.C. van Schaick, '141 De vaststellingsovereenkomst is een verbintenisscheppende overeenkomst', *Asser* 2012/141, 7-VIII.
- A.C. van Schaick, '142 De vaststellingsovereenkomst wordt gesloten ter voorkoming of beëindiging van onzekerheid of geschil', *Asser* 2012/142, 7-VIII.
- A.C. van Schaick, '145 De vaststellingsovereenkomst is een wederkerige overeenkomst', *Asser* 2012/145 7-VIII.
- R.J.N. Schlössels e.a., *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017.
- R.J.N. Schlössels & S.E. Zeilstra, *Onderwijseditie Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 1 Bestuursrecht algemeen, normering, uitvoering en handhaving*. Deventer: Kluwer 2010.
- E. Schutter & J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017.
- H.D. Tolsma, *Bemiddelend bestuur. Juridische aspecten van bemiddeling bij de bestuurlijke besluitvorming*, Den Haag: BJu 2008.

L. van der Velden, *Professioneel behandelen van bezwaarschriften. Handleiding voor het oplossingsgericht behandelen van bezwaarschriften*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2014.

L.C.A. Verstappen, '1.7.1.5. Model vaststellingsovereenkomst', *Modellen voor de rechtspraak* 2017.

M.D. Vreugenhil, *Mediation in de praktijk*, Den Haag: Boom Juridisch Uitgevers 2009.

A.G. Wennekes, 'Alternatieve geschillenbeslechting in het bestuursrecht', *De Gemeentestem* 2014 2014/27, afl. 7401.

Jurisprudentielijst

HR 29 april 1994, AB 1994, AB 1994, 530.

HR 1 november 1994, DD 95.075.

HR 15 mei 2009, LJN BI3751.

HR 22 oktober 2010, JB 2010/249.

ARRvS 27 februari 1990, ECLI:NL:RVS:1990:AN1224.

CRvB 5 januari 1996, AB 1996, 145.

ABRvS 17 september 1998, AB 1998.

ABRvS 19 januari 1999, AB 1999, 257.

ABRvS 28 juni 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AH6805.

ABRvS 19 april 2001, AB 2001, 259.

ABRvS 23 januari 2002, AB 2002, 190.

ABRvS 5 juni 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE3641.

ABRvS 9 oktober 2002, AB 2003, 34 m.nt. A.T. Marseille (voormalig gemeentehuis Eelde).

ABRvS 6 november 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE9867.

ABRvS 17 september 2003, AB 2004/7.

ABRvS 13 oktober 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR3800.

ABRvS 1 juni 2005, AB 2005/311.

ABRvS 8 juni 2005, AB 2005, 310 m.nt. Verheij.

ABRvS 15 juni 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT7448.

ABRvS 28 februari 2007, 200606521.

ABRvS 10 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6435.

ABRvS 24 november 2010, LJN BO4842.

ABRvS 24 augustus 2011, LJN BR5708.

ABRvS 28 september 2011, LJN BT2827.

ABRvS 29 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7253.

ABRvS 25 september 2013, AS 2014119.

ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:99.

ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2445.

ABRvS 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1946.

ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3514.

CRvB 18 februari 1975, AB 1976, 63.

CRvB 29 juni 1995, JB 1995/180.

CRvB 17 oktober 2000, JB 2000/354.

CRvB 15 april 2003, JABW 2003/14.

CRvB 4 juli 2003, JB 2003/268.

CRvB 4 juli 2003, LJN AI 1113.

CRvB 3 maart 2006, AB 2006/371 m.nt. Marseille.

CRvB 19 april 2006, JB 2007/128.

CRvB 30 juni 2006, AB 2006/370 m.nt. Marseille.

CRvB 27 augustus 2008, LJN BF7307.

CRvB 8 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:115.

CRvB 14 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:144.

Hof Amsterdam 16 augustus 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC1167.

Hof 's-Hertogenbosch 9 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2017:2096.