

Mediation en bestuursrecht

Een onderzoek naar de mogelijkheden van
mediation tijdens de bezwaarschriftprocedure



Victor van Loon
Tilburg, januari 2009

gemeente Tilburg 

Auteur

Victor van Loon

Opleiding

HBO-Rechten Tilburg

Studentnummer

9952968

Cursus

E3 - E4 afstuderen
Sept. 2008 - Jan. 2009

Afstudeerdocent 1

Lydia Nuchelmans

Afstudeerdocent 2

Peter van Harten

Organisatie

Gemeente Tilburg

Afstudeermentor

Judith van der Heiden

Datum & plaats verschijning

Tilburg, januari 2009

Mediation en bestuursrecht

Een onderzoek naar de mogelijkheden van mediation
tijdens de bezwaarschriftprocedure



Voorwoord

Deze scriptie is geschreven in het kader van het afstuderen, als afsluiting van de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool te Tilburg. De scriptie beschrijft de resultaten van het onderzoek naar de belemmeringen en kansen van mediation tijdens de formele bezwaarschriftprocedure van de Algemene wet bestuursrecht. Dit onderzoek is gedaan in opdracht van de afdeling Bezwaar & Beroep van de sector Sociale Zaken van de gemeente Tilburg. Voor de inhoud van deze scriptie ben ik alleen verantwoordelijk, maar ik had het onderzoek niet kunnen doen zonder de hulp van de collega's op de afdeling en de begeleiding van mijn afstudeerdocent, Lydia Nuchelmans. Zij hebben mij meerdere keren te woord gestaan en hun visie op verschillende onderwerpen gegeven. Ik wil met name Ilse Schapendonk en Judith van der Heiden bedanken voor hun begeleiding tijdens het onderzoek en de mogelijkheid die ze mij boden om stage te lopen op de afdeling Bezwaar & Beroep.

Victor van Loon

Tilburg, januari 2009

Inhoudsopgave

SAMENVATTING

1	INLEIDING	13
1.1	DE DOELGROEP	13
1.2	AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK.....	13
1.3	DOELSTELLING EN CENTRALE VRAAG	14
1.4	ONDERZOEKSVRAGEN	14
1.5	ONDERZOEKSOPZET	15
1.5.1	<i>Onderzoeksmethode</i>	<i>15</i>
1.5.2	<i>Onderzoekseenheid.....</i>	<i>16</i>
1.5.3	<i>Dataverzamelingsmethode</i>	<i>16</i>
1.6	REIKWIJDTE VAN HET ONDERZOEK.....	16
1.7	LEESWIJZER.....	16
1.8	BELANGRIJKE TERMEN EN DEFINITIES	17
2	MEDIATION.....	19
2.1	MEDIATIONVAARDIGHEDEN	19
2.2	BASISBEGINSELEN.....	20
2.2.1	<i>De rol van de mediator.....</i>	<i>21</i>
2.2.2	<i>De verschillende fasen van het mediationproces</i>	<i>21</i>
2.3	HET NEDERLANDS MEDIATION INSTITUUT.....	21
2.4	WELKE CONFLICTEN ZIJN GESCHIKT VOOR MEDIATION?	22
2.5	MEDIATION(VAARDIGHEDEN) BIJ ANDERE OVERHEIDSINSTANTIES	23
2.5.1	<i>De provincie Overijssel.....</i>	<i>23</i>
2.5.2	<i>Het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen</i>	<i>24</i>
2.6	KOSTEN.....	24
2.7	WETTELIJK KADER	24
2.7.1	<i>Verbintenissenrecht.....</i>	<i>25</i>
3	DE BEZWAARSCHRIFTPROCEDURE OP DE SECTOR SOCIALE ZAKEN.....	27
3.1	REIKWIJDTE Awb.....	27
3.2	DE BEZWAARSCHRIFTPROCEDURE OP DE SECTOR SOCIALE ZAKEN	27
3.2.1	<i>Ontvangstbevestiging en ontvankelijkheid</i>	<i>28</i>
3.2.2	<i>De Andere Aanpak</i>	<i>28</i>
3.2.3	<i>Horen van de belanghebbende</i>	<i>29</i>
3.2.4	<i>De adviescommissie</i>	<i>29</i>
3.2.5	<i>De beschikking</i>	<i>29</i>
3.3	SAMENVATTING	30
4	DE WAARDE VAN MEDIATION.....	31
4.1	KLANTGERICHTHEID	31
4.2	HERSTEL VAN VERTROUWEN IN DE OVERHEID.....	33
4.2.1	<i>Omgaan met het machtsverschil.....</i>	<i>34</i>
4.3	VOOR- EN NADELEN VAN MEDIATION	34
4.3.1	<i>Voordelen</i>	<i>34</i>
4.3.2	<i>Nadelen</i>	<i>35</i>
4.4	MEERWAARDE VOOR DE SECTOR SOCIALE ZAKEN?	35
4.4.1	<i>De wet maatschappelijke ondersteuning</i>	<i>36</i>
4.4.2	<i>De Wet werk en bijstand.....</i>	<i>37</i>
4.5	KOSTEN VAN MEDIATION	38
5	MEDIATION BIJ DE OVERHEID.....	39
5.1	DERDE BELANGHEBBENDE	39
5.2	ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR	39
5.2.1	<i>Formele zorgvuldigheidsbeginsel.....</i>	<i>39</i>

5.2.2	<i>Specialiteitsbeginsel</i>	40
5.2.3	<i>Vertrouwensbeginsel</i>	40
5.2.4	<i>Gelijkheidsbeginsel</i>	41
5.2.5	<i>Verbod van willekeur</i>	42
5.3	DE MEDIATIONOVEREENKOMST	42
5.4	VERTROUWELIJKHEID	43
5.5	ONAFHANKELIJKHEID.....	44
5.6	DE VASTSTELLINGSOVEREENKOMST	44
5.7	VERWIJSINDICATIES	45
5.8	SAMENLOOP MET DE FORMELE BEZWAARSCHRIFTPROCEDURE.....	46
5.9	VERTEGENWOORDIGING.....	46
5.10	RECHTSBESCHERMING	48
5.10.1	<i>Absolute bevoegdheid</i>	49
5.11	AFSTAND VAN RECHTSBESCHERMING	50
5.12	TERMIJNEN UIT DE AWB EN MEDIATION	51
6	CONCLUSIES.....	53
6.1	ALGEMEEN	53
6.2	ORGANISATORISCH	53
6.3	JURIDISCHE ASPECTEN.....	54
7	AANBEVELINGEN.....	57
7.1	BESLUITVORMINGSFASE.....	57
7.2	UITVOERINGSFASE	58
	BRONNENLIJST.....	59
	BIJLAGE 1: ESCALATIELADDER VAN GLASL	62

Lijst van afkortingen

A.b.b.b.	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
CIZ	Centrum Indicatiestelling Zorg
Gw	Grondwet
NMI	Nederlands Mediation Instituut
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
Wmo	Wet maatschappelijke ondersteuning
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
Ww	Werkloosheidswet
Wwb	Wet werk en bijstand

Samenvatting

Één van de doelen uit het beleidsprogramma van het kabinet Balkenende IV is om de publieke dienstverlening merkbaar te verbeteren. Hiervoor wil het kabinet geschillen tussen overheid en burger door toepassing van mediation(vaardigheden) oplossen, in plaats van juridisering door bezwaar- en beroepsprocedures. De verhouding tussen de formele karakteristieken van bestuursrechtelijke procedures en de informele eigenschappen van mediation, brengt echter met zich mee dat mediation niet zomaar is toe te passen tijdens een bestuursrechtelijk geschil. In deze scriptie zijn algemene en juridische aspecten beschreven, die de afdeling Bezwaar & Beroep van de sector Sociale Zaken van de gemeente Tilburg mee moet nemen in de besluitvorming over het wel of niet invoeren van mediation tijdens de formele bezwaarschriftprocedure.

Mediation is een procedure van conflictoplossing waarbij een neutrale onafhankelijke derde, de mediator, zich richt op het herstellen van de verstoorde communicatie tussen partijen en ze helpt zoeken naar oplossingen voor hun conflict, die rekening houden met de belangen van alle betrokkenen. Mediation biedt ruimte om te voldoen aan de door burgers geformuleerde kenmerken van een faire procedure. Tevens kan de afstand tussen de burger en de overheid door middel van mediation slinken, waardoor het wederzijdse begrip groter kan worden.

Vanwege het vertrouwelijke karakter van mediation zijn alleen partijen, hun eventuele vertegenwoordigers en de mediator aanwezig tijdens mediation. In verband met dit vertrouwelijke karakter moet de vertegenwoordiger van de afdeling Bezwaar & Beroep, in het kader van de bestuursrechtelijke besluitvorming, mandaat hebben om tijdens mediation de nodige overeenkomsten te ondertekenen.

Om mediation te laten slagen is het van belang dat partijen over onderhandelingsruimte beschikken. Door de wet, jurisprudentie en a.b.b.b. wordt de onderhandelingsruimte voor de afdeling Bezwaar & Beroep tijdens mediation beperkt, maar niet uitgesloten.

Over het geheel kan worden geconcludeerd dat er geen expliciete redenen zijn om aan te nemen dat toepassing van mediation tijdens de formele bezwaarschriftprocedure geen kans van slagen heeft. Toepassing van mediation tijdens de bezwaarschriftprocedure heeft voor de afdeling Bezwaar & Beroep een meerwaarde, voor zover er sprake is van een verstoorde communicatie en partijen er samen niet meer uitkomen. Voor een geslaagde in- en uitvoering van mediation tijdens de bezwaarschriftprocedure wordt, gelet op de juridische haken en ogen, de nodige zorgvuldige voorbereiding verlangd.

Vanwege het feit dat gemeenten de mogelijkheden van mediation in het bestuursrecht nog aan het ontdekken zijn, wordt het aanbevolen om al doende een gedragslijn te ontwikkelen met betrekking tot mediation tijdens de bezwaarschriftprocedure, voordat de mogelijkheden voor mediation in een beleidsregel worden opgenomen. Hiervoor kan een "mediation-pilot" opgestart worden, waarin men vooral de juridische (on-)mogelijkheden van mediation tijdens de bezwaarschriftprocedure in de praktijk onderzoekt.

1 Inleiding

Mediation is enorm in opkomst als vorm van alternatieve geschillenbeslechting, ook in het bestuursrecht. Één van de doelen uit het beleidsprogramma van het kabinet Balkenende IV¹ is om de publieke dienstverlening merkbaar te verbeteren.² Om dat te bewerkstelligen hebben burgers kunnen aangeven wat zij ervaren als belangrijkste knelpunten in hun relatie met de overheid. Een belangrijk knelpunt is dat burgers "een luisterend oor voor klachten" missen. Het kabinet wil dit knelpunt aanpakken door geschillen tussen overheid en burger door toepassing van mediation(vaardigheden) op te lossen, in plaats van juridisering³ door bezwaar- en beroepsprocedures.⁴ De verhouding tussen de formele karakteristieken van bestuursrechtelijke procedures en de informele eigenschappen van mediation, brengt echter met zich mee dat mediation niet zomaar is in te passen in het bestuursrecht. Bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden moeten bestuursorganen zich houden aan verschillende wetten, jurisprudentie en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een geschil dat tijdens de bestuursrechtelijke besluitvorming optreedt, wordt in Nederland volgens de regels van de Algemene wet bestuursrecht afgehandeld via de procedures van bezwaar en/of beroep. Wanneer gemeenten mediation willen toepassen tijdens de bestuursrechtelijke besluitvorming, bestaan er naast de verschillende regelgeving nog meer belangrijke juridische aspecten waar zij rekening mee moeten houden, zoals de onderhandelingsruimte van partijen en de vertegenwoordiging tijdens mediation. Voor de afdeling Bezwaar & Beroep van de sector Sociale Zaken van de gemeente Tilburg is onderzoek gedaan naar (juridische) aspecten die moeten worden meegenomen in de besluitvorming over de toepassing van mediation tijdens de formele bezwaarschriftprocedure. De resultaten van dat onderzoek zijn in deze scriptie beschreven.

1.1 De doelgroep

Het onderzoek waarvan in deze scriptie de resultaten zijn beschreven, is gedaan in opdracht van de afdeling Bezwaar & Beroep van de sector Sociale Zaken van de gemeente Tilburg. De sector Sociale Zaken maakt onderdeel uit van de dienst Publiekszaken van de gemeente Tilburg. Deze dienst heeft veel contact met de burgers en bedrijven in de stad. De sector Sociale Zaken helpt mensen om (weer) mee te doen in de maatschappij en op eigen benen te staan. Naast het verstrekken van uitkeringen en het voorkomen en bestrijden van armoede, begeleidt de sector Sociale Zaken werkzoekenden zo snel mogelijk naar een baan. De afdeling Bezwaar & Beroep van de sector Sociale Zaken is onder andere belast met de afhandeling van bezwaarschriften die worden ingediend in het kader van de "Wet maatschappelijke ondersteuning" en de "Wet werk en bijstand".

De resultaten uit het onderzoek zijn in eerste instantie bestemd voor de afdeling Bezwaar & Beroep. In tweede instantie zijn de resultaten bedoeld voor de Juridische Hogeschool Avans-Fontys, vanwege het feit dat zij deze scriptie moet beoordelen op juridische en praktisch maatschappelijke relevantie.

1.2 Aanleiding voor het onderzoek

Één van de doelen die de dienst Publiekszaken van de gemeente Tilburg voor ogen heeft te

¹ Regering 2008.

² Masselink 2007.

³ Het zoeken naar aanknopingspunten in het juridisch stelsel.

⁴ Regering 2008.

realiseren, is om meer klantgericht te handelen. Dat houdt volgens de dienst Publiekszaken onder andere in dat er goed wordt ingespeeld op vragen vanuit de omgeving en veranderingen in de politiek. De plannen die het huidige kabinet heeft met betrekking tot toepassing van mediation bij conflicten tussen overheid en burger, vallen daar vanzelfsprekend ook onder. Uit een klantentevredenheidsonderzoek⁵ dat in 2005 door de dienst Beleidsontwikkeling van de Gemeente Tilburg is gedaan, blijkt dat de indieners van bezwaarschriften over het algemeen tevreden zijn over de afhandeling van hun bezwaarschrift door de afdeling Bezwaar & Beroep van de sector Sociale Zaken. Dit weerhoudt de afdeling Bezwaar & Beroep er echter niet van om voortdurend te streven naar verbetering van de dienstverlening. Met het oog op een meer klantgerichte afhandeling van bezwaarschriften vraagt de afdeling Bezwaar & Beroep zich af, welke (juridische) aspecten van mediation zij moet betrekken in de besluitvorming over de toepassing van mediation tijdens de formele bezwaarschriftprocedure.

1.3 Doelstelling en centrale vraag

De doelstelling van het onderzoek was om in de periode van 8 september 2008 tot en met 12 december 2008, voor de afdeling Bezwaar & Beroep van de sector Sociale Zaken de belangrijkste (juridische) aspecten te beschrijven, die moeten worden meegenomen in de besluitvorming over de toepassing van mediation tijdens de formele bezwaarschriftprocedure. Tijdens het onderzoek stond de volgende vraagstelling centraal:

"Welke juridische aspecten moet de afdeling Bezwaar & Beroep van de sector Sociale Zaken betrekken in de besluitvorming over het wel of niet invoeren van mediation tijdens de formele bezwaarschriftprocedure?"

1.4 Onderzoeksvragen

De centrale vraagstelling is door een aantal onderzoeksvragen afgebakend om richting te geven aan het onderzoek. Het onderzoek was er vooral op gericht om juridische aspecten te beschrijven. Aan dat onderzoek gaat echter de vraag naar de kansen en waarde van mediation vooraf. Daarom zijn de onderzoeksvragen zowel van juridische als algemene (en organisatorische) aard. De onderzoeksvragen van het onderzoek luiden als volgt:

- Wat houdt mediation in?
- Welk beleid voert de afdeling Bezwaar en Beroep met betrekking tot de bezwaarschriftprocedure uit de Algemene wet bestuursrecht?
- Wat is de waarde van mediation?
- Wat zijn de voor- en nadelen van mediation ten opzichte van een juridische procedure?
- Kan mediation bijdragen aan een meer klantgerichte aanpak? Wat verstaat de burger onder een klantgerichte aanpak?
- Wat is de meerwaarde van mediation voor de afdeling Bezwaar & Beroep van de sector Sociale Zaken?
- Wat zijn de juridische belemmeringen voor mediation bij de overheid?
- Is een samenloop met bezwaar mogelijk?
- Wat zijn de mogelijke kosten van mediation?

⁵ Klantentevredenheidsonderzoek afdeling Bezwaar en Beroep Gemeente Tilburg 2005.

1.5 Onderzoeksopzet

In deze paragraaf is de methodiek van werken en onderzoek weergegeven. Er wordt onder andere een verklaring gegeven voor de gekozen aanpak. Daarnaast wordt beschreven op welke wijze de gegevens verzameld zijn.

1.5.1 Onderzoeksmethode

Het onderzoek, dat is uitgevoerd op de afdeling Bezwaar en Beroep van de sector Sociale Zaken van de Gemeente Tilburg, laat zich het beste omschrijven als een casestudy. Voor deze opzet is gekozen omdat er een diepgaand en veelomvattend onderzoek moest worden gedaan naar een bepaalde situatie.⁶ Kenmerkend voor een casestudy is het gebruik van de dataverzamelingsmethoden die beschreven worden in paragraaf 1.5.2.⁷

Het onderzoek laat zich tevens omschrijven als een beschrijvend onderzoek, wat inhoudt dat de karakteristieken van de onderzoekseenheid⁸ worden geïnventariseerd en benoemd. Deze karakteristieken zijn onderzocht aan de hand van de volgende bronnen:

- Boeken
- Projectplannen
- Rapporten
- Klantentevredenheidsonderzoek(en)
- Wetten
- Jurisprudentie
- Officiële publicaties van de Tweede Kamer
- Internet
- Informele gesprekken

In de beginfase is er voornamelijk literatuuronderzoek gedaan, om na te gaan wat er al over het onderwerp gepubliceerd is met betrekking tot reeds bestaande theorieën en oplossingen. De verschillende bronnen waaruit de resultaten voortvloeiden, zijn vanuit een kritisch oogpunt bekeken.

Om de kwaliteit van de inhoud te waarborgen, zijn er tijdens het onderzoek regelmatig gesprekken en discussies gevoerd met de medewerkers van de afdeling Bezwaar en Beroep. Deze gesprekken hebben er met name voor gezorgd dat er een beeld kon worden gevormd van het beleid dat de afdeling Bezwaar & Beroep voert met betrekking tot de bezwaarschriftprocedure uit de Algemene wet bestuursrecht. Daarnaast hebben de gesprekken er voor gezorgd, dat het onderwerp ook vanuit een ander perspectief werd bekeken, omdat de medewerkers van de afdeling soms een andere interpretatie hadden van de situatie en/of gegevens.

Tijdens het onderzoek zijn verschillende hoorzittingen bijgewoond. Tevens is één vergadering bijgewoond van de adviescommissie Bezwaar en Beroep van de sector Sociale Zaken. Dit heeft onder andere bijgedragen aan de algehele beeldvorming over het beleid van de afdeling Bezwaar & Beroep met betrekking tot de bezwaarschriftprocedure.

⁶ Zie paragraaf 1.5.2.

⁷ Baarda e.a. 2005, p. 111.

⁸ Zie paragraaf 1.5.2.

1.5.2 Onderzoekseenheid

Een onderzoekseenheid kan bestaan uit een situatie, locatie, groep of categorie van personen.⁹ De onderzoekseenheid die tijdens het onderzoek centraal stond, is de situatie waarin mediation wordt toegepast tijdens de formele bezwaarschriftprocedure ter afhandeling van bezwaarschriften.

1.5.3 Dataverzamelingsmethode

De situatie waarin mediation wordt toegepast tijdens de formele bezwaarschriftprocedure ter afhandeling van bezwaarschriften, is aan de hand van de volgende dataverzamelingsmethoden geïnterpreteerd:

- Analyse van bestaande bronnen
- Informele gesprekken
- Participerende observatie

Deze dataverzamelingsmethoden hebben er uiteindelijk voor gezorgd dat er antwoorden zijn gevonden op de onderzoeksvragen. In deze scriptie zijn de belangrijkste (juridische) aspecten beschreven die moeten worden meegenomen in de besluitvorming over de toepassing van mediation tijdens de formele bezwaarschriftprocedure.

1.6 Reikwijdte van het onderzoek

Het doel van het onderzoek was niet om uiteen te zetten hoe de afdeling Bezwaar & Beroep van de sector Sociale Zaken mediation concreet kan inpassen tijdens de formele bezwaarschriftprocedure. Het onderzoek was er op gericht om de belangrijkste (juridische) aspecten te beschrijven die meegenomen moeten worden in de besluitvorming over het wel of niet invoeren van mediation tijdens de formele bezwaarschriftprocedure. Het onderzoek is beperkt tot de bezwaarschriftprocedure die in het kader van de Wmo en de Wwb wordt doorlopen. Op de afdeling Bezwaar & Beroep komen namelijk veruit de meeste bezwaarschriften binnen op het gebied van deze twee wetten. In deze scriptie wordt tevens ingegaan op de rechtsbescherming die de rechterlijke macht kan verlenen, omdat dit in het verlengde ligt van de bezwaarschriftprocedure.

1.7 Leeswijzer

In deze scriptie zijn zoals vermeld de resultaten beschreven van het onderzoek, dat is gedaan naar (juridische) aspecten die door de afdeling Bezwaar & Beroep moeten worden meegenomen in de besluitvorming over de toepassing van mediation tijdens de formele bezwaarschriftprocedure. Voor een globale beeldvorming omtrent het begrip mediation zijn de algemene kenmerken hiervan in hoofdstuk 2 beschreven. Om de eventuele plaats van mediation tijdens de formele bezwaarschriftprocedure te kunnen bepalen, is in hoofdstuk 3 het huidige beleid van de afdeling Bezwaar & Beroep met betrekking tot de bezwaarschriftprocedure uit de Awb kort uiteengezet. In hoofdstuk 4 wordt vervolgens de mogelijke waarde van mediation beschreven voor de toepassing hiervan door de afdeling Bezwaar & Beroep tijdens de formele bezwaarschriftprocedure. Een klantgerichte aanpak staat daarbij centraal. Met de algemene inzichten over mediation uit hoofdstuk 2 en de uiteenzetting van het beleid van de afdeling Bezwaar & Beroep uit hoofdstuk 3 als basis,

⁹ Baarda e.a. 2005, p. 143.

wordt in hoofdstuk 5 dieper ingegaan op de specifieke juridische kenmerken van mediation bij de overheid. De scriptie wordt afgesloten door de conclusies uit hoofdstuk 6 en de aanbevelingen uit hoofdstuk 7.

1.8 Belangrijke termen en definities

Ten behoeve van deze scriptie zijn de volgende termen en definities gehanteerd:

Afdeling Bezwaar & Beroep

De afdeling Bezwaar & Beroep van de sector Sociale Zaken van de gemeente Tilburg.

Ambtshalve herzien

Uit hoofde van het ambt dat wordt bekleed, een genomen besluit heroverwegen.

Belanghebbende (Artikel 1:2 sub 1 Awb)

Degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

Discretionaire bevoegdheid

De klassieke aanduiding voor de keuzevrijheid en beslissingsruimte van bestuursorganen.

Formele mediation

Een procedure van conflictoplossing, waarbij een neutrale onafhankelijke derde, de mediator, zich richt op het herstellen van de verstoorde communicatie tussen partijen en ze helpt te zoeken naar oplossingen die rekening houden met de belangen van alle betrokkenen.

Gemeente

De gemeente Tilburg.

Indiener

Indiener van een bezwaarschrift.

Juridiseren

Het zoeken naar aanknopingspunten in het juridisch stelsel.

NMI Reglement

NMI Mediation Reglement 2008.

Primaire afdeling

De afdeling die een beslissing neemt op een eerste aanvraag.

Querulant

Een persoon die bekend staat als iemand die met regelmaat bezwaarschriften indient en voorturend wil procederen.

Raad voor de rechtsbijstand

Een overheidsinstantie die ervoor zorgt dat een minder draagkrachtige burger rechtsbijstand kan krijgen indien dat nodig is.

2 Mediation

Mediation wordt de laatste jaren steeds vaker ingezet als instrument bij het oplossen van conflicten, onder andere op het gebied van werk en familie, maar ook bij de overheid.¹⁰ De regering werkt sinds een aantal jaren aan het meer stelselmatig en het geleidelijk introduceren van mediation, omdat de ervaring leert dat deze methode voor tal van conflicten meer adequaat is dan de gebruikelijke procedures.¹¹ Daarnaast zijn verschillende gemeenten¹² in Nederland de mogelijkheden van mediation aan het ontdekken, zo ook de gemeente Tilburg. Bij de gemeente Tilburg wordt op dit moment een aantal bezwaarschriften afgehandeld volgens de "Andere Aanpak", een werkwijze waarbij mediationvaardigheden in een vroeg stadium worden toegepast om op die manier voor alle betrokkenen tot een bevredigende oplossing te komen. Hierover meer in paragraaf 3.2.2. In dit hoofdstuk worden de voornaamste kenmerken van mediation beschreven. In hoofdstuk 5 wordt ingegaan op specifieke juridische problemen die zich voor kunnen doen, wanneer de gemeente Tilburg mediation gaat inzetten tijdens de bezwaarschriftprocedure.

2.1 Mediationvaardigheden

Tijdens het onderzoek is onderscheid gemaakt tussen mediation en pre-mediation. Beide begrippen zijn een vorm van conflictoplossing, maar verschillen in die zin dat er bij pre-mediation geen gebruik wordt gemaakt van de procedurele kenmerken van mediation. In dit rapport staat mediation in haar formele vorm centraal. Een aantal gemeenten in Nederland, waaronder de gemeente Tilburg¹³, maakt gebruik van pre-mediation bij de behandeling van sommige bezwaarschriften.¹⁴ Binnen de gemeente Tilburg wordt deze manier van werken aangeduid als de Andere Aanpak. Tijdens het onderzoek is uitgegaan van de volgende definities:

- **Andere Aanpak**
Snel telefonisch contact met de indiener van een bezwaarschrift, waarbij de ambtenaar mediationvaardigheden gebruikt om te onderzoeken op welke wijze het bezwaarschrift het beste kan worden behandeld, om op die manier te komen tot een voor alle betrokkenen bevredigende oplossing.
- **Pre-mediation**
De fase die voorafgaat aan het mediationproces, waarin wordt onderzocht of mediation een geschikte manier is om het conflict tussen partijen op te lossen.¹⁵
- **Mediation**
Een procedure van conflictoplossing, waarbij een neutrale onafhankelijke derde, de mediator, zich richt op het herstellen van de verstoorde communicatie tussen partijen en ze helpt te zoeken naar oplossingen voor hun conflict, die rekening houden met de belangen van alle betrokkenen.¹⁶

Bij bovenstaande begrippen wordt gebruik gemaakt van mediationvaardigheden. Dit is een

¹⁰ Cijfers 2005 - 2007 over NMI-mediators, 2007.

¹¹ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 528 en 29 540, nr. 3, p. 4.

¹² O.a. Overijssel, Breda, Zwolle.

¹³ Maar ook de gemeenten Overijssel, Breda en Rotterdam.

¹⁴ Op dit moment alleen bij zaken op het gebied van Wmo, Wwb en leerlingenvervoer.

¹⁵ Schutte e.a. 2007, p. 40.

¹⁶ Vreugdenhil 2005, p. 137.

veelomvattend begrip, maar bestaat voornamelijk uit sociaal communicatieve vaardigheden¹⁷ die escalatie en juridisering van een geschil kunnen voorkomen. Bij de toepassing van deze vaardigheden komt het niet altijd tot een "formele" mediation, maar er worden wel degelijk bepaalde aspecten van mediation toegepast, zoals:

- Effectief gebruik maken van het stellen van vragen;
- Zoeken naar de vraag achter de vraag;
- Samen op zoek gaan naar een oplossing.

De algemene mediationvaardigheden¹⁸ bestaan onder andere uit:

- *Vertrouwen opwekken*: de mediator moet in staat zijn om een vertrouwelijke relatie op te bouwen tussen partijen;
- *Beroepsethiek*: de mediator moet in staat zijn om de deelnemers op een professionele wijze te behandelen waarbij hij de gedragscode en beroepsethiek voor mediators in acht neemt;
- *Onpartijdigheid & Hanteren van machtsongelijkheid*: de mediator moet in staat zijn om partijen onpartijdig te behandelen, zodat ze op gelijkwaardige wijze kunnen deelnemen aan de mediation, ongeacht het machtsverschil tussen partijen. Het risico van het machtsverschil en het verschil in emotionele betrokkenheid is, dat de burger met zijn emotioneel geladen verhaal alle aandacht naar zich toetrekt, zonder dat hij zelf in beweging komt¹⁹;
- *Motiveren voor mediation*: de mediator moet in staat zijn om partijen te bewegen om zich in te spannen en samen te werken;
- *Omgaan met emoties*: de mediator moet in staat zijn om te bevorderen dat partijen op een productieve wijze met conflicten en emoties om kunnen gaan;
- *Behandelen van conflictkwesaties*: de mediator moet in staat zijn om deelnemers te helpen onderliggende processen bespreekbaar te maken en om hun onderliggende belangen te exploreren;
- *Zoeken naar mogelijke adequate oplossingen en komen tot besluiten*: de mediator moet in staat zijn om partijen creatieve opties te laten verzinnen en heldere oplossingen te vinden voor hun belangrijkste conflictkwesaties.

2.2 Basisbeginselen

In het mediationproces gelden twee uitgangspunten, namelijk vertrouwelijkheid en vrijwilligheid. De vrijwilligheid is gelegen in het feit dat men niet tegen zijn zin in bij een mediation kan worden betrokken, en dat men vrij is om de mediation te allen tijde te beëindigen.²⁰ De gemeente kan een burger dus niet dwingen om aan een mediation deel te nemen. De vertrouwelijkheid wordt tijdens mediation gewaarborgd door een geheimhoudingsplicht. In Nederland bestaat geen wettelijke geheimhoudingsplicht voor informatie uit mediation²¹, daarom wordt dit veelal bij aanvang van een mediation in een zogenoemde mediationovereenkomst vastgelegd. In deze overeenkomst wordt verder vastgelegd dat partijen zich zullen inspannen om het conflict door middel van mediation op te lossen.²² Daarnaast bevat de overeenkomst bepalingen omtrent de randvoorwaarden van het mediationproces en wordt het NMI Reglement van toepassing verklaard op het

¹⁷ O.a. luisteren en doorvragen vanuit een open houding en specifieke geschiloplossende interventies.

¹⁸ Mediationtoets 2008.

¹⁹ Allewijn 2007, p. 128.

²⁰ Schutte e.a. 2007, p. 65.

²¹ Schutte e.a. 2007, p. 74.

²² Artikel 1d NMI Reglement 2008.

mediationproces.²³

2.2.1 De rol van de mediator

Mediation biedt een mogelijkheid voor partijen om onder begeleiding van een neutrale derde, de mediator, met elkaar naar oplossingen te zoeken. De mediator richt zich daarbij op het herstellen van de verstoorde communicatie tussen partijen en helpt hen zoeken naar oplossingen die recht doen aan de belangen van alle betrokkenen. Tijdens mediation wordt getracht het eigenlijke geschil te achterhalen, en op basis daarvan kunnen de individuele en gemeenschappelijke belangen worden benoemd. Hierbij moet de mediator zich gedurende de mediation onafhankelijk en tussenpartijdig opstellen. Dat betekent dat partijen zelf de uitkomst van hun geschil bepalen en dat de mediator geen uitspraak doet over het conflict. Aan het begin van het mediationproces zal een mediator partijen vragen naar hun commitment. Commitment betreft de mate waarin partijen zich inzetten tijdens het mediationproces, en de verwachtingen die zij daarbij (van de ander) hebben. Dit wordt gezien als een belangrijke basis voor het slagen van mediation.

Van de mediator wordt in het algemeen niet verwacht dat hij deskundig is op het inhoudelijke terrein van het conflict, omdat hij zich voornamelijk richt op de relatie tussen partijen.²⁴ Een vakbekwaam uitgevoerde mediation vereist echter wel dat de mediator op de hoogte is van relevante kwesties die bij een bepaald conflict kunnen spelen.²⁵

2.2.2 De verschillende fasen van het mediationproces

In de procedure zijn vijf verschillende fasen te onderscheiden, te weten:

1. De voorbereidingsfase
2. De openingsfase
3. De exploratiefase
4. De onderhandelingsfase
5. De afrondingsfase

In de voorbereidingsfase worden de eerste contacten gelegd met de mediator. Deze fase loopt tot de openingsfase waarin het eerste gesprek plaatsvindt. In dit gesprek geeft de mediator partijen de kans om hun verhaal te doen waarna de mediationovereenkomst wordt ondertekend. Na ondertekening van de mediationovereenkomst start de exploratiefase en daarmee het informele mediationproces. In deze fase wordt inhoudelijk ingegaan op het geschil, waarbij partijen vertellen wat hen werkelijk verdeeld houdt. Tevens probeert de mediator te achterhalen of partijen bereid zijn om zich in te spannen en samen te werken. Wanneer dat duidelijk is start de onderhandelingsfase waarin partijen brainstormen over mogelijke oplossingen en eventueel conceptafspraken opstellen. In de afrondingsfase wordt teruggekeken op het mediationproces en eventueel een vaststellingsovereenkomst ondertekend waarin de gemaakte afspraken zijn vastgelegd.²⁶

2.3 Het Nederlands Mediation Instituut

Het Nederlands Mediation Instituut (NMI) is een onafhankelijk instituut dat de kwaliteit van

²³ Hierover meer in paragraaf 2.3.

²⁴ Vreugdenhil 2005, p. 10.

²⁵ Schutte e.a. 2007, p. 19.

²⁶ Vreugdenhil 2005, p. 73.

mediators bewaakt. De twee voornaamste doelstellingen van het NMI zijn:

- De toepassing van mediation in Nederland stimuleren;
- De kwaliteit van mediation en mediators bevorderen en borgen.

Door het nastreven van haar doelstellingen beoogt het NMI om mediation een structurele plaats en functie te geven binnen het maatschappelijk bestel. Het NMI voorziet daarbij in een onafhankelijk kwaliteitskader voor mediation in Nederland.²⁷ Een mediator die in het register van het NMI is ingeschreven, werkt volgens het reglement van het NMI en is een gecertificeerd mediator. Het NMI Reglement is een van de vele reglementen die het mogelijk maakt om mediationovereenkomsten van een uitgebreide regeling te voorzien.²⁸ Het NMI Reglement wordt namelijk beschouwd als algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 sub a van het Burgerlijk Wetboek (BW). De mediator zal het reglement vóór of bij het sluiten van de mediationovereenkomst aan partijen ter hand stellen.

2.4 Welke conflicten zijn geschikt voor mediation?

Het NMI heeft een lijst samengesteld van aandachtsgebieden waarop de 5000 NMI-gecertificeerde mediators actief zijn.²⁹ Deze lijst laat zien dat de mediators in de periode van 2005 tot 2007 vooral actief waren op het gebied van werk en familie.

Aandachtsgebied Mediator	Percentage
Werk	34,72 %
Familie	20,60 %
Zakelijk	19,55 %
Omgeving	13,64 %
Overheid	5,92 %
Gezondheid	4,22 %
Onderwijs	1,36 %

Tabel 1: Aandachtsgebieden mediators 2005-2007

Uit de cijfers van het NMI blijkt dat 5,92% van de gecertificeerde mediators actief was op het gebied van de overheid. Er zijn geen gegevens bekend van het aantal mediators dat actief was op het gebied van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) of de Wet werk en bijstand (Wwb). Dat komt omdat mediation nog niet vaak is ingezet op dit gebied.

De kans dat een mediation slaagt, is afhankelijk van een aantal factoren. Zo moeten beide partijen op voorhand de wil hebben om samen tot een oplossing te komen en zij moeten beiden bevoegd zijn om de verschillende overeenkomsten te tekenen.³⁰ In het geval van mediation tussen de sector Sociale Zaken en een burger, moet de vertegenwoordiger van de gemeente mandaat hebben om een overeenkomst te tekenen die de gemeente inhoudelijk bindt.

Een andere belangrijke factor voor een geslaagde mediation is de onderhandelingsruimte van partijen. Als een van beide partijen niet beschikt over de benodigde onderhandelingsruimte, is de kans klein dat het geschil door mediation kan worden opgelost.³¹ De individuele beschikkingen die de sector Sociale Zaken afgeeft in het kader

²⁷ NMI 2008.

²⁸ Schutte e.a. 2007, p. 48.

²⁹ Cijfers 2005 - 2007 over NMI-mediators 2007.

³⁰ NMI 2008.

³¹ Vreugdenhil 2005, p. 22.

van de Wmo of de Wwb, moeten worden genomen met inachtneming van strikte regelgeving. Hierdoor is de vrije beslissingsruimte van de vertegenwoordiger van de gemeente tijdens een eventuele mediation beperkt. Wanneer mediation wordt ingezet in het kader van een echtscheiding of een geschil tussen een werkgever en een werknemer, is de onderhandelingsruimte van partijen groter dan wanneer de afdeling Bezwaar & Beroep plaatsneemt aan de mediationtafel. De ruime onderhandelingsruimte in geschillen tussen twee burgers is een belangrijke reden waarom mediation op het gebied van werk en familie een grote kans van slagen heeft.

Om te bepalen of toepassing van mediation in een geschil mogelijk is, heeft het NMI indicaties en contra-indicaties geformuleerd die geraadpleegd kunnen worden door de overheid voordat er een voorstel voor mediation wordt gedaan. Deze verwijzingsindicaties zijn beschreven in paragraaf 5.7. Voorop wordt gesteld dat fraudezaken zich in elk geval niet lenen voor mediation.

2.5 Mediation(vaardigheden) bij andere overheidsinstanties

In deze paragraaf worden de ervaringen beschreven van de provincie Overijssel en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) met betrekking tot mediation en/of mediationvaardigheden.

2.5.1 De provincie Overijssel

De provincie Overijssel is in 2001 een pilotproject gestart met betrekking tot mediationvaardigheden. Inmiddels heeft men bij het behandelen van klachten en bezwaarschriften, en ook bij het primaire besluitvormingsproces een extra stap ingebouwd: eerst een goed gesprek met de indiener van een bezwaarschrift. Deze extra stap vormt de basis voor de beslissing op het bezwaarschrift en heeft men tot de *Methode Overijssel* gedoopt: een vernieuwende manier om bureaucratische processen te doorbreken. Direct na de ontvangst van een bezwaarschrift of klacht, wordt er zonder bestudering van het dossier telefonisch contact opgenomen met de bezwaarmaker. Vervolgens wordt er samen gezocht naar de beste aanpak van het probleem.³² Bij deze werkwijze wordt gebruik gemaakt van mediationvaardigheden.

Uit de klantentevredenheidsonderzoeken van 2003 en 2005 van de provincie Overijssel blijkt dat bezwaarmakers de Methode Overijssel als zeer prettig ervaren en dat zij vaker vinden dat zij serieus genomen worden. Verder blijkt dat er gemiddeld nog maar circa 10-15% van de bezwaarschriften de reguliere procedure met hoorzitting volgt.

Tevens blijkt uit een evaluatieonderzoek³³ van het Projectbureau Mediation van de provincie Overijssel, dat de algemene ervaringen met betrekking tot mediation(vaardigheden) onder betrokken ambtenaren positief zijn. Uit de evaluatie blijkt onder meer dat:

- de betrokkenheid bij en de kennis over mediation is toegenomen;
- men in onderling overleg snel tot een betere oplossing komt;
- men meer inzicht en begrip voor de (positie van de) burger krijgt;
- men zich meer bewust wordt van het eigen gedrag;
- de toepassing van mediation(vaardigheden) niet alleen leidt tot het gezamenlijk vinden van de oplossing voor het geschil, maar dat er ook een verandering is waar te nemen in de houding en het gedrag van ambtenaren en bestuurders.

³² De Koning & Brouwer 2008, p. 10.

³³ Evaluatie en onderzoeksresultaten van het Project Mediation 2003.

De praktijkvoorbeelden van de provincie Overijssel waaruit de bovenstaande resultaten zijn afgeleid, zijn vooral gebaseerd op het milieurecht en het bodemrecht.³⁴ Er zijn geen resultaten bekend van mediation in zaken met betrekking tot het sociale zekerheidsrecht. De afdeling Bezwaar & Beroep kan uit de bevindingen van de provincie Overijssel dan ook niet concluderen of mediation een kans van slagen heeft binnen de sector Sociale Zaken. Aan de andere kant zijn de bevindingen met betrekking tot de Methode Overijssel wel positief wat betreft klanttevredenheid. Dit heeft er aan bijgedragen dat ook de sector Sociale Zaken van de gemeente Tilburg op dit moment onderzoekt of er volgens een meer informele wijze gewerkt kan worden.

2.5.2 Het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen

De kantoren van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) in Den Haag en Hengelo hebben tijdens een project in 2004, in 145 bezwaarzaken op het gebied van de Werkloosheidswet (WW) mediation aangeboden aan hun cliënten. In 72% van die gevallen werd het aanbod geaccepteerd waardoor er 104 mediations plaatsvonden. In 87 zaken (84%) werd uiteindelijk een vaststellingsovereenkomst ondertekend. Als gevolg van de vaststellingsovereenkomst nam het UWV 64 keer een nieuwe beslissing. In 23 zaken leidde de vaststellingsovereenkomst tot intrekking van het bezwaar zonder wijziging van het primaire UWV standpunt. In bijna alle zaken was één mediationbijeenkomst van gemiddeld één uur en 45 minuten voldoende. De zaken zijn voor het project geselecteerd op basis van onderhandelingsruimte. Niet alleen in financiële zin, maar ook in de vorm van aanvullende dienstverlening. De insteek voor het project was om de bezwaarprocedure efficiënter in te richten en te streven naar meer klanttevredenheid. Uit het eindverslag komt naar voren dat de waardering van de cliënten het hoogst is als er uiteindelijk een vaststellingsovereenkomst wordt gesloten.³⁵

2.6 Kosten

Het honorarium van een NMI-gecertificeerd mediator ligt tussen de 100,- en 250,- euro per uur. Dit varieert enorm, daarom is het belangrijk dat partijen vooraf naar het honorarium van de mediator vragen. Indien een geschil tussen de overheid en een burger in een beroepszaak door de rechtbank is doorverwezen naar een mediator, dan zijn de eerste tweeënhalve uur gratis. Daarna moeten partijen gezamenlijk het uurtarief van de mediator betalen.³⁶

2.7 Wettelijk kader

Op dit moment bestaat er geen mediationwetgeving. De huidige minister van justitie, Ernst Hirsch Ballin, is terughoudend wat betreft regelgeving rondom mediation.³⁷ Het argument dat de kracht van mediation nu juist gelegen is in het informele karakter en het vermogen zich los van regels en procedures aan te passen aan behoeften en omstandigheden, geeft daarvoor de doorslag. Het ligt dus niet in de lijn der verwachting dat er in de toekomst een "mediationwet" zal bestaan. Wat betreft een regeling omtrent vertrouwelijkheid moet eerst worden gezien in hoeverre mediation daadwerkelijk belemmerd wordt door het ontbreken

³⁴ De Koning & Brouwer 2008, p. 47-61.

³⁵ UWV eindverslag project Mediation bij Bezwaar en Beroep 2005.

³⁶ De Rechtspraak 2008.

³⁷ Kamerstukken II 2006/07, 29 528, nr. 5, p. 8.

van een dergelijke regeling.³⁸

2.7.1 *Verbintenissenrecht*

Dat er geen wetgeving is rondom mediation, betekent niet dat er geen regels van toepassing zijn op hetgeen tijdens mediation aan bod komt. Zoals in paragraaf 2.4 is beschreven, werkt een NMI-gecertificeerd mediator volgens het NMI-reglement, waardoor er algemene voorwaarden van toepassing zijn op het mediationproces. Daarnaast wordt de verhouding tussen partijen tijdens mediation, bepaald door de algemene regels van het verbintenissenrecht uit boek 6 van het BW en door de regels omtrent bijzondere overeenkomsten uit boek 7 van het BW. Zowel de relatie tussen de mediator en de partijen als de relatie tussen partijen onderling vindt haar basis in de mediationovereenkomst. Wanneer een geschil door middel van mediation wordt opgelost, worden de gemaakte afspraken in een vaststellingsovereenkomst opgenomen. Op de juridische aspecten van deze twee overeenkomsten wordt dieper ingegaan in de paragrafen 5.3 en 5.6.

³⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 29 528, nr. 5, p. 8.

3 De bezwaarschriftprocedure op de sector Sociale Zaken

De afdeling Bezwaar en Beroep van de sector Sociale Zaken behandelt per jaar gemiddeld 800 bezwaarschriften. Om de mogelijkheden van mediation tijdens de bezwaarschriftprocedure te onderzoeken, is het van belang om de bezwaarschriftprocedure eerst te beschrijven. Daarom is de bezwaarschriftprocedure, en de manier waarop de afdeling Bezwaar en Beroep daar invulling aan geeft, in dit hoofdstuk globaal beschreven. Een aantal begrippen uit de Awb, waar de afdeling Bezwaar en Beroep dagelijks mee te maken heeft, zullen in het volgende kort de revue passeren.

3.1 Reikwijdte Awb

In het algemeen gelden bepalingen in een wet alleen voor die specifieke wet en haar eventuele uitvoeringsregelingen. De bepalingen uit de Awb hebben echter een speciaal karakter. Die bepalingen zijn er op gericht om voor het gehele bestuursrecht te gelden, dus ook voor de Wmo en de Wwb waar de afdeling Bezwaar en Beroep veelvuldig mee te maken heeft.³⁹ Alleen wanneer deze wetten zelf nadrukkelijk een andere regeling bevatten, geldt die afwijkende begripsomschrijving.⁴⁰ Hierbij moet nog vermeld worden dat van bepaalde dwingende normen uit de Awb niet kan worden afgeweken.⁴¹

3.2 De bezwaarschriftprocedure op de sector Sociale Zaken

De Algemene wet bestuursrecht (Awb) is sinds 1994 de centrale regeling voor het algemene deel van het bestuursrecht. De bezwaarschriftprocedure uit de Awb is gericht op het informeren van belanghebbenden, het horen van belanghebbenden en het heroverwegen van het primair genomen besluit met inachtneming van de nader verkregen informatie. Daarnaast heeft de bezwaarschriftprocedure nog een tweetal belangrijke functies. Op de eerste plaats vormt de bezwaarschriftprocedure een zeeffunctie voor de rechterlijke macht. Uitgangspunt van de Awb is dat er niet zomaar geprocedeerd kan worden bij de administratieve rechter. Degene aan wie het recht is toegekend tegen een besluit beroep op een administratieve rechter in te stellen, dient alvorens beroep in te stellen tegen dat besluit eerst bezwaar te maken, zo blijkt uit artikel 7:1 Awb.

Op de tweede plaats kan de bezwaarschriftprocedure zorgen voor een leereffect. In de bezwaarfase kunnen onregelmatigheden in de besluitvorming aan het licht komen. Deze kunnen bijvoorbeeld het gevolg zijn van onwetendheid, ondeskundigheid of een onjuiste rechtsopvatting in de voorbereiding.⁴² Wanneer deze onregelmatigheden zich voordoen, kan men daar in toekomstige situaties op anticiperen

Voordat een burger een bezwaarschrift kan indienen moet er eerst een besluit zijn genomen door de sector Sociale Zaken (artikel 6:4 Awb). Het maken van bezwaar geschiedt vervolgens door het indienen van een bezwaarschrift bij het bestuursorgaan dat het aangevochten besluit genomen heeft. Een bezwaarschrift dat gericht is tegen een beslissing van de sector Sociale Zaken, moet binnen zes weken na de verzenddatum van het omstreden besluit (artikel 6:7 Awb), schriftelijk worden ingediend bij het College van Burgemeester en Wethouders (B&W) van de gemeente Tilburg.

³⁹ *Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 17.*

⁴⁰ Van Wijk e.a. 2005, p. 82.

⁴¹ Zoals algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

⁴² Kwaliteit van rechtsbescherming. Uitspraken over de bezwaarschriftenprocedure 2008.

3.2.1 *Ontvangstbevestiging en ontvankelijkheid*

Bij ontvangst van een bezwaarschrift wordt in de regel meteen een schriftelijke ontvangstbevestiging verzonden aan de indiener (artikel 6:14 Awb). Vervolgens wordt gecontroleerd of het bezwaarschrift conform de vormvereisten uit artikel 6:5 van de Awb ontvankelijk kan worden verklaard. Wanneer dat niet het geval is, wordt de indiener van het bezwaarschrift in de gelegenheid gesteld om dit verzuim te herstellen (artikel 6:6 sub b Awb). Indien nodig wordt aan de indiener de mogelijkheid gegeven om zijn gronden, waarop het bezwaar betrekking heeft, aan te vullen. Bij de gemeente Tilburg kan een indiener van een bezwaarschrift tot uiterlijk acht weken na bekendmaking van het omstreden besluit, gronden aanvullen of een eventueel verzuim herstellen. Dat betekent dat de indiener tot twee weken nadat de oorspronkelijke termijn voor het indienen van een bezwaarschrift is verlopen, zijn gronden kan aanvullen, mits zijn bezwaarschrift binnen de termijn is ingediend. Wanneer daaraan niet wordt voldaan, wordt de indiener niet ontvankelijk verklaard in zijn bezwaar (artikel 6:6 Awb). Een rechter zal dit in een gerechtelijke procedure altijd toetsen.⁴³ Wanneer een bezwaarschrift te laat is ingediend, wordt de indiener nog wel uitgenodigd voor een hoorzitting, waarin hij de te late indiening kan toelichten. Voor de aanvang van de hoorzitting wordt de indiener medegedeeld, dat de te late indiening tot gevolg kan hebben dat er tijdens de hoorzitting niet inhoudelijk wordt ingegaan op het bezwaarschrift.

Na de ontvangst van het bezwaarschrift wordt ook de primaire afdeling op de hoogte gebracht van het ingediende bezwaarschrift (artikel 6:14 lid 2 Awb). Meestal gebeurt dit door middel van een email waarin de afdeling Bezwaar en Beroep vermeldt of zij het bezwaar gegrond of ongegrond wil gaan verklaren. De primaire afdeling heeft dan de mogelijkheid om aan te geven of zij het er wel of niet mee eens is. Dit wordt later ook aan de adviescommissie bezwaarschriften Sociale Zaken voorgelegd.

3.2.2 *De Andere Aanpak*

De afdeling Bezwaar en Beroep moet zich in principe houden aan een termijn van zes weken waarin zij een bezwaarschrift moet afhandelen, tenzij een van de uitzonderingen⁴⁴ uit artikel 7:10 Awb zich voordoet. Wanneer men echter uit is op een snelle en minder formele oplossing, kan men meteen al na ontvangst van het bezwaarschrift de mogelijkheden daartoe verkennen. De sector Sociale Zaken heeft hiervoor sinds 1 maart 2008, naast de standaard bezwaarschriftprocedure, een nieuwe aanpak geïntroduceerd, genaamd "de Andere Aanpak". Een indiener van een bezwaarschrift wordt binnen vijf dagen na ontvangst van het bezwaarschrift, telefonisch benaderd door een medewerker van de afdeling Bezwaar & Beroep. Het uitgangspunt van dit gesprek is dat niet elk bezwaarschrift per se tot een beschikking hoeft te leiden. Samen met de indiener van het bezwaarschrift wordt er gezocht naar een oplossing buiten de bezwaarprocedure om. Indien de aard van het conflict dat toelaat, neemt de afdeling Bezwaar en Beroep contact op met de betreffende medewerker van de primaire afdeling die het besluit heeft genomen, om te vragen of hij of zij het primaire besluit ambtshalve wil herzien, indien hiervoor mogelijkheden zijn.

Tijdens het gesprek kan een nadere uitleg van regelgeving worden gegeven. Tevens kan een eventuele miscommunicatie opgelost worden waardoor de burger wellicht meer begrip voor de situatie krijgt. Daarnaast biedt het gesprek ook ruimte voor de burger om zijn ongenoegen te uiten. De Andere Aanpak kan in meerdere gevallen leiden tot een intrekking van het bezwaar. Op dit moment worden bij de sector Sociale Zaken enkel bezwaarschriften

⁴³ Het heeft dan ook absoluut geen zin om hiervoor middels mediation naar oplossingen te zoeken.

⁴⁴ Bijvoorbeeld de mogelijkheid om de termijnen op te schorten.

die betrekking hebben op de Wmo, de Wwb of het leerlingenvervoer met behulp van de Andere Aanpak afgehandeld. Uit de praktijk zal moeten blijken of mediation op elk moment tijdens de formele bezwaarschriftprocedure kan worden ingezet. Vooralsnog wordt aangenomen dat men eerst via de Andere Aanpak probeert om een oplossing te vinden.

3.2.3 Horen van de belanghebbende

De hoofdregel is dat het bestuursorgaan waarbij een bezwaarschrift is ingediend, de belanghebbende in de gelegenheid stelt om te worden gehoord (artikel 7:2 Awb). Het horen van belanghebbenden maakt onderdeel uit van een zorgvuldige belangenafweging (artikel 3:2 Awb) van de afdeling Bezwaar & Beroep. De belanghebbende wordt door de afdeling Bezwaar en Beroep schriftelijk⁴⁵ uitgenodigd voor een hoorzitting. Het telefonisch gesprek dat met een belanghebbende wordt gevoerd in het kader van de Andere Aanpak, kan niet in de plaats komen van een hoorzitting. Wel kan het voorkomen dat een belanghebbende telefonisch aangeeft dat hij wil afzien van zijn recht om gehoord te worden.

3.2.4 De adviescommissie

Veel gemeenten maken gebruik van adviescommissies om zich te laten adviseren over de te nemen beslissingen op bezwaar. Bij de sector Sociale Zaken worden belanghebbenden daarentegen door de afdeling Bezwaar en Beroep zelf (ambtelijk) gehoord, en niet door een hoor- en adviescommissie.⁴⁶

Tijdens de bezwaarschriftprocedure kan het voorkomen dat de medewerker van de afdeling Bezwaar en Beroep besluit dat er nader (medisch) onderzoek nodig is. Wanneer er nader onderzoek wordt gedaan en er komen nieuwe relevante feiten aan het licht, dan wordt dit meegenomen in de beslissing op het bezwaar. In elk geval wordt er door een bezwaar- en beroepadviseur van de afdeling Bezwaar en Beroep een conceptbeschikking opgesteld, die aan de adviescommissie bezwaarschriften Sociale Zaken wordt voorgelegd. Deze adviescommissie geeft op haar beurt weer een advies aan het College van B&W, die vervolgens het definitieve besluit neemt.

3.2.5 De beschikking

Het besluit van het College van B&W wordt in een beschikking aan de indiener toegezonden (artikel 7:12 lid 2 Awb). Deze beschikking, waarin de beslissing op het bezwaar wordt medegedeeld, berust op een deugdelijke motivering die bij de bekendmaking van de beslissing wordt vermeld (artikel 3:46 Awb en 3:47 Awb). De inhoud van de beschikking bestaat uit een situatieschets met alle feiten en omstandigheden, de strekking van het bezwaar, een heroverweging en het uiteindelijke besluit. Tevens wordt er vermeld dat er mogelijk nog beroep kan worden ingesteld tegen het besluit.

⁴⁵ Volgens Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male is het niet geoorloofd om telefonisch te horen, met verwijzing naar CRvB 21 december 2000, *JB 2001/50* (Van Wijk e.a. 2005, p. 525.)

⁴⁶ Op de afdeling juridische zaken van de gemeente Tilburg is wel een hoor- en adviescommissie ingesteld, die is belast met het horen.

3.3 Samenvatting

Opsommingsgewijs ziet de bezwaarschriftprocedure van de sector Sociale Zaken er als volgt uit:

- Ontvangst bezwaarschrift;
- Ontvangstbevestiging toezenden aan de indiener van het bezwaarschrift met daarin eventueel de vermelding dat men op de afdeling de mogelijkheden onderzoekt om de zaak via de Andere Aanpak af te handelen;
- Controle bezwaarschrift op ontvankelijkheid;
- Controle of de zaak zich leent voor de Andere Aanpak;
- Indiener van het bezwaarschrift uitnodigen voor een hoorzitting (ook indien een bezwaarschrift niet-ontvankelijk is);
- Horen van de indiener van het bezwaarschrift;
- Verslag maken van de hoorzitting en toezenden aan de indiener van het bezwaarschrift;
- Eventueel nader onderzoek, afhankelijk van de situatie;
- Opstellen van conceptbeschikking;
- Conceptbeschikking voorleggen aan de adviescommissie bezwaarschriften Sociale Zaken;
- Advies van de adviescommissie eventueel verwerken in de conceptbeschikking en het besluit vervolgens verzenden aan de indiener.

4 De waarde van mediation

In 2008 is de afdeling Bezwaar & Beroep gestart met een klantentevredenheidsonderzoek in de vorm van een enquête. De inzet is om te achterhalen of indieners van bezwaarschriften tevreden zijn over de manier waarop de afdeling de bezwaarschriften afhandelt. Er zijn medio oktober 2008 nog geen resultaten bekend maar uit de tot nog toe geretourneerde formulieren⁴⁷, kan men opmaken dat de bezwaarmakers over het algemeen tevreden zijn over de werkwijze van de afdeling Bezwaar & Beroep. Uit de formulieren is verder op te maken dat bezwaarmakers het waarderen als de afdeling Bezwaar & Beroep gebruik maakt van de Andere Aanpak. De vraag die rest is in hoeverre mediation een meerwaarde kan hebben tijdens de formele bezwaarschriftprocedure. Een van de belangrijkste argumenten voor de toepassing van mediation is dat partijen samen op zoek gaan naar een oplossing, zonder dat de uitkomst van het geschil vooraf al vast staat. Mediation richt zich met name op het blootleggen van de achterliggende belangen, waarbij ruimte wordt gelaten voor emotionele betrokkenheid. Ondanks het feit dat de gemeente in haar besluitvorming verplicht is om een zorgvuldige belangenafweging te maken, heeft men niet altijd oog voor het eigenlijke geschil achter een bezwaarschrift. Dit wordt althans zo ervaren door burgers. De juridisering van problemen met de overheid door bezwaar- en klachtenprocedures, staat namelijk in de top tien van belangrijkste knelpunten voor burgers.⁴⁸ Hiervoor wil de overheid vaker mediationvaardigheden⁴⁹ in gaan zetten, om zo te voorkomen dat bij een negatieve reactie lange juridische procedures worden ingegaan. Deze zet van de overheid zou ook een bijdrage kunnen leveren aan de oproep van de Nationale Ombudsman⁵⁰ aan diezelfde overheid, om te investeren in het herstel of behoud van een goede relatie met de burger, door ruimte te bieden voor persoonlijk contact en om de burger serieus te nemen.

Op de afdeling Bezwaar & Beroep heerst de opvatting dat mediation in de praktijk enkel een onderhandelingsproces zal zijn over de uitvoering van relevante regelgeving. Mediation biedt echter meer dan dat. Het biedt met name in situaties waarin partijen er samen niet uitkomen, de mogelijkheid om onder begeleiding van een mediator naar oplossingen te zoeken. Het juridische conflict wordt waar mogelijk gedejuridiseerd, waardoor men op basis van werkelijke belangen van partijen kan zoeken naar overeenstemming.⁵¹ Dit hoeft niet altijd te betekenen dat de gemeente concessies moet doen, maar wanneer de gemeente ruimte ziet om voor mediation te kiezen moet zij, gelet op het principe van commitment, ook open staan om die ruimte te benutten. Wanneer de gemeente bereid is om mee te denken met de burger is een basis gelegd voor een geslaagde mediation.

In dit hoofdstuk wordt de waarde van mediation beschreven voor de toepassing hiervan door de afdeling Bezwaar & Beroep tijdens de formele bezwaarschriftprocedure.

4.1 Klantgerichtheid

De opvattingen van de overheid over een goede dienstverlening komen niet altijd overeen met het beeld dat burgers daarvan hebben. Zo concludeert de sector Sociale Zaken in haar sectorplan dat zij minder klantgericht is dan dat zij altijd voor ogen heeft gehad. De sector ervaart onder andere dat er meer inrichting en organisatie is rondom de processen dan rondom de klanten.⁵² Binnen de sector Sociale Zaken vraagt men zich af op welke wijze zij

⁴⁷ Ongeveer 60 stuks.

⁴⁸ Handreiking mediation 2008.

⁴⁹ O.a. middels de Andere Aanpak en Mediation.

⁵⁰ Jaarverslag van de Nationale Ombudsman over 2007.

⁵¹ Verseveld 2006, p. 113.

⁵² Sectorplan Sociale Zaken 2008, p. 20.

haar organisatie en processen zo kan aanpassen, dat er meer rekening wordt gehouden met de wensen en behoeften van de burger. De overheid als systeem en de burger als mens werken namelijk niet altijd op een even vruchtbare manier samen. Voor de relatie tussen de overheid en de burger heeft de Nationale Ombudsman een drietal begrippen als essentieel aangemerkt⁵³, te weten:

- Het persoonlijke: Het persoonlijke contact vormt in de meest letterlijke zin een *interface* tussen de burger en de overheid. De burger is pas tevreden als hij met een medewerker van de overheid te maken heeft die goed kan luisteren en behulpzaam wil zijn. Dat persoonlijke contact verandert de burger van object in een subject die een inhoudsvolle relatie met de overheid onderhoudt;
- Het behoorlijke: Burgers willen door de overheid serieus genomen worden. Daarnaast willen burgers goed geïnformeerd worden en begrijpen wat er beslist wordt. Alleen de regels volgen is niet genoeg. De overheid moet ook achterhalen wat burgers feitelijk vinden en wat hun rechtvaardigheidsbeleving is;
- Participatie: Onderdeel van de rechtvaardigheidsbeleving is dat burgers het als frustrerend ervaren wanneer alleen "over" hen beslist wordt, zonder dat zij bij die beslissing voldoende betrokken worden. In het kader van de bezwaarschriftprocedure is het van belang dat de sector Sociale Zaken zich door de burger zorgvuldig van de relevante feiten op de hoogte laat stellen en zorgvuldig met die feiten omgaat.⁵⁴

Op grond van onderzoeken in 2003, 2005 en 2008 constateert de Nationale Ombudsman dat er onvoldoende verbetering is in de behandeling van bezwaarschriften.⁵⁵ De Ombudsman is van mening dat de overheid helder en begrijpelijk met haar burgers moet communiceren. Dat voorkomt conflicten tussen overheid en de burger. In het kader van de formele bezwaarschriftprocedure zou men bijvoorbeeld kunnen bekijken of een eventueel bezwaar op een minder formele manier kan worden opgelost dan via de bezwaarschriftprocedure uit de Awb. De werkelijke bedoeling van een bezwaarschrift wordt vaak pas duidelijk door persoonlijk contact te leggen met de bezwaarmaker.⁵⁶ Op dit moment wordt daarvoor op de afdeling Bezwaar & Beroep gebruik gemaakt van de Andere Aanpak.

De provincie Overijssel heeft door haar keuze voor de Andere Aanpak ervaren dat het de burger vooral gaat om een luisterend oor en een eerlijke behandeling.⁵⁷ Burgers waarderen het als de overheid de tijd neemt om de burger, op een informele wijze, persoonlijk te benaderen. Daarnaast is uit de resultaten van het mediationproject bij het UWV ook op te maken dat de burger vaak al tevreden is als er serieus geluisterd wordt naar zijn verhaal en als er tijdig wordt beslist.⁵⁸ Die resultaten laten onder andere zien dat de meerwaarde van mediation wordt bereikt als het persoonlijk contact leidt tot een snelle en adequate afhandeling van het bezwaar. Daarbij is de uitkomst van ondergeschikt belang. Dit geeft volgens de Nationale Ombudsman een extra argument voor de invoering van mediation bij het UWV, en wellicht ook bij andere overheidsinstanties. Uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid blijkt tevens dat de tevredenheid van burgers over procedures mede wordt bepaald door een faire procedure, een faire uitkomst en de omvang van wat zij per saldo aan geld of goederen uit de procedure halen.⁵⁹ Burgers hebben hierbij aangegeven dat zij een procedure als fair beschouwen wanneer deze voldoet aan de volgende kenmerken:

- voice (gehoord worden en het kunnen doen van eigen verhaal);

⁵³ Jaarverslag van de Nationale Ombudsman over 2007, p. 14.

⁵⁴ Jaarverslag van de Nationale Ombudsman over 2007, p. 16.

⁵⁵ Onderzoek naar de behandeling van burgerbrieven 2008.

⁵⁶ Franssen 2008, p. 255.

⁵⁷ De Koning & Brouwer 2008, p. 9.

⁵⁸ UWV eindverslag project Mediation bij Bezwaar en Beroep 2005, p. 21.

⁵⁹ Laemers e.a. 2007, p. xii.

- betrouwbaarheid (vertrouwen in de beslissende persoon);
- respect in het interpersoonlijke verkeer;
- neutraliteit in de zin van *professionalisme* (juridische) expertise, neutrale toepassing van regels, ontbreken van vooroordeel, beslissingen gebaseerd op feiten, en niet op persoonlijke oordelen).

Het uitgangspunt van de theorie van procedurele rechtvaardigheid is dat burgers ook in staat zijn de voor hen negatief uitvallende resultaten te accepteren indien er een procedureel rechtvaardig proces aan vooraf is gegaan.

Wanneer de medewerker van de afdeling Bezwaar & Beroep en de indiener van het bezwaarschrift er samen in het kader van de Andere Aanpak niet uitkomen, zal men alsnog de formele bezwaarschriftprocedure moeten doorlopen. Met het oog op een klantgerichte werkwijze en de drie essentiële begrippen van een goede relatie tussen de overheid en de burger, is een alternatief echter om gebruik te maken van mediation. Mediation voorziet in de mogelijkheid om rekening te houden met de hierboven opgesomde kenmerken van een faire procedure. Indien de gemeente gebruik maakt van de Andere Aanpak kan de burger weliswaar (telefonisch) zijn eigen verhaal doen, maar de gemeente blijft de touwtjes in handen houden. Tijdens mediation kan de mediator er op toezien dat het mediationproces fair verloopt en dat de gemeente daadwerkelijk ruimte biedt aan de burger om uitvoerig zijn verhaal te doen. De rol van de mediator is hierbij cruciaal. Zonder zijn sturing is het voor partijen moeilijk hun conflictsituatie te overstijgen en een bevredigende oplossing te vinden. Ook indien er voor de burger geen bevredigende oplossing kan worden gevonden, zal de aanvaarding daarvan door middel van mediation kunnen worden versterkt. Als de gemeente tijdens mediation op een faire wijze kan motiveren waarom zij niet (volledig) aan de aanvraag van de burger kan tegemoetkomen, zal zij ook op begrip van de burger kunnen rekenen. Wanneer geen overeenstemming kan worden gevonden tijdens mediation staat het partijen vrij om alsnog voor de formele bezwaarschriftprocedure te kiezen.

4.2 Herstel van vertrouwen in de overheid

De regels en processen die in Nederland moeten leiden tot behoud van vertrouwen in de overheid, zijn onder andere vastgelegd in de Awb. Deze regels en processen worden gekenmerkt door vele formaliteiten. Wanneer men het niet eens is met een besluit van een bestuursorgaan, kan men daartegen bezwaar indienen, waarbij men zich moet houden aan verschillende voorschriften en termijnen. Tegen het op bezwaar genomen besluit staat vervolgens weer beroep open bij de bestuursrechter. Deze regels werken een snelle juridisering, sterke gerichtheid op wet- en regelgeving, en formele reacties op aanvragen of bezwaarschriften in de hand. De Nationale Ombudsman stelt dat er een bepaalde arrogantie van de overheid uitgaat, door eisen te stellen aan burgers voor het tijdig indienen van bezwaarschriften, terwijl de overheid het zelf niet zo nauw neemt met de regels.

Door de Nationale Ombudsman wordt de overheid aanbevolen om de contacten met burgers minder juridisch aan te pakken en om vooral beter te communiceren.⁶⁰ Te veel irritaties en geschillen tussen de overheid en de burger vloeien namelijk voort uit misverstanden die hun oorsprong vinden in onduidelijke communicatie. Verder pleit de Nationale Ombudsman ervoor om systematisch aandacht te besteden aan de mogelijkheden van mediation in plaats van juridische procedures.

Praktijkervaringen bij de provincie Overijssel wijzen uit dat bezwaarschriften binnen het kader van de Awb op een meer informele en klantgerichte manier kunnen worden

⁶⁰ Onderzoek naar de behandeling van burgerbrieven 2008, p. IV.

afgehandeld.⁶¹ Door toepassing van mediation(vaardigheden) blijkt dat de afstand tussen de burger en de overheid slinkt, en dat zowel het wederzijdse begrip als het vertrouwen van de burger in de overheid daardoor groter wordt.

Door een open houding aan te nemen en meer klantgericht te denken, kan de sector Sociale Zaken bewijzen dat zij zich niet louter verschuilt achter regels en procedures. De sector Sociale Zaken wil van een proceduregerichte werkwijze naar een oplossingsgerichte werkwijze. Oplossingsgericht denken is één van de voornaamste kenmerken van het mediationproces. Daarnaast kan de toepassing van mediation bijdragen aan het herstel of behoud van vertrouwen in de overheid. De kwaliteit en effectiviteit van het bestuurlijk handelen en de legitimiteit van het beleid kunnen daardoor worden vergroot.⁶²

4.2.1 *Omgaan met het machtsverschil*

Een van de kenmerken van een geschil met de overheid is het machtsverschil tussen de burger en de overheid. Zo heeft een gemeente bijvoorbeeld de bevoegdheid om een aanvraag voor een bijstandsuitkering, binnen de regels van de Wet werk en bijstand, wel of niet toe te kennen. De burger is daarbij volledig afhankelijk van een zorgvuldige afhandeling door de gemeente. Het recht van de burger om besluiten van de sector Sociale Zaken in beroep aan de administratieve rechter voor te leggen, kan de machtsbalans tussen de burger en de sector Sociale Zaken herstellen.⁶³ Tijdens mediation is er echter geen rechter die controleert of er rechtmatig gehandeld is. Tijdens mediation gaan de overheid en een burger samen om tafel waarbij de overheid voor de duur van de mediation haar machtspositie moet laten voor wat het is. De burger zal evenwel rekening moeten houden met de ongelijkheid van partijen. De burger zal bijvoorbeeld moeten erkennen dat de sector Sociale Zaken alleen binnen de strikte regelgeving kan zoeken naar oplossingen. Wanneer de sector echter voldoende aandacht heeft voor een persoonlijke benadering zal de burger meer tevreden zijn over de aanpak. De burger is er in eerste instantie op uit dat hij met respect wordt behandeld en niet om zijn gelijk te halen. Hij wil er op kunnen vertrouwen dat de sector Sociale Zaken op een faire wijze tot een besluit komt. De sector kan daarbij keuzes maken waar de burger het niet mee eens is. Wanneer daarover op een redelijke wijze met de burger gecommuniceerd wordt, zullen die keuzes veelal gerespecteerd worden.

4.3 **Voor- en nadelen van mediation**

In deze paragraaf zijn de belangrijkste voor- en nadelen van mediation ten opzichte van een formele juridische procedure beschreven.

4.3.1 *Voordelen*

- In tegenstelling tot een juridische procedure die aan verschillende regels en vormvoorschriften is gebonden, is een mediationproces eigenlijk heel vormvrij.⁶⁴ Er is echter wel sprake van een bepaalde werkmethode (NMI Reglement);
- Partijen kunnen op een informele manier met elkaar de mogelijke oplossingen bespreken. Er kan ruimte worden gecreëerd voor de niet-juridische aspecten van het geschil (Dejuridisering);
- Alle partijen hebben invloed op de uiteindelijke oplossing, er is ruimte voor de door

⁶¹ De Koning & Brouwer 2008, p. 47 - 60.

⁶² Evaluatie en onderzoeksresultaten van het Project Mediation 2003.

⁶³ Allewijn 2007, p. 17.

⁶⁴ Vreugdenhil 2005, p. 23.

- burgers ervaren kenmerken van procedurele rechtvaardigheid;
- Er is sprake van een win-win situatie. Er wordt onder begeleiding van een neutrale mediator gezocht naar een oplossing. Daarbij wordt rekening gehouden met de belangen van alle betrokkenen;
- Mediation kan bijdragen aan het herstel of behoud van een duurzame relatie;
- De bezwaarschriftprocedure kan gezien worden als een filterfunctie voor de (administratieve) rechter. Mediation⁶⁵ zou op haar beurt een filterfunctie kunnen hebben voor de adviescommissie bezwaarschriften Sociale Zaken en het College van B&W. Deze organen zullen niet bij de besluitvorming worden betrokken indien men er tijdens mediation uitkomt.

4.3.2 Nadelen

- De ruimte die de gemeente heeft om tijdens mediation naar oplossingen te zoeken is begrensd door strikte regelgeving (Zie hiervoor hoofdstuk 5);
- Wanneer geen overeenstemming kan worden gevonden tijdens mediation staat het partijen vrij om alsnog voor de formele bezwaarschriftprocedure te kiezen. Dit kost tijd en is weinig kostenbesparend;
- Er is geen garantie voor een oplossing in tegenstelling tot een gerechtelijke procedure waar altijd een uitspraak wordt gedaan;
- Alleen de vaststellingsovereenkomst is openbaar. De rest van het mediationproces is vertrouwelijk. Hierdoor is de kwaliteit van het proces moeilijk te controleren.
- Het machtsverschil tussen de overheid en de burger is geformaliseerd in het (bestuurs-)recht neergelegd.⁶⁶ Dat maakt het bijna onmogelijk voor de overheid om tijdens mediation een volledig gelijkwaardige conflictpartner te zijn.

4.4 Meerwaarde voor de sector Sociale Zaken?

Het uitgangspunt van het gehele bestuursrecht is dat de regels worden toegepast door middel van het nemen van besluiten. Over het algemeen hebben bestuursorganen weinig discretionaire bevoegdheden om van die regels af te wijken. Bij het geven van individuele beschikkingen kan de afdeling Bezwaar en Beroep daarentegen, naast de gebonden bevoegdheden, ook beschikken over vrije bevoegdheden.⁶⁷ De manier waarop deze bevoegdheden worden toegepast is vaak onderdeel van de geschillen tussen de gemeente en de burger. Indien de gemeente over beleidsvrijheid beschikt, dan wordt er in beginsel aangenomen dat er onderhandelingsruimte bestaat.⁶⁸ De vraag is in hoeverre de sector Sociale Zaken daadwerkelijk kan "onderhandelen" over de toepassing van deze bevoegdheden en of zij daartoe bereid is. Op de afdeling Bezwaar en Beroep bestaat het vermoeden dat burgers het idee krijgen dat mediation een laatste mogelijkheid is om "er nog wat uit te slepen". Uit de resultaten van het mediationproject bij het UWV blijkt ook dat cliënten die uitgenodigd werden voor mediation, het gevoel kregen "dat er wat te onderhandelen viel".⁶⁹ Bij een onderhandelingsproces worden de doelen van mediation al snel uit het oog verloren. Mediation is er weliswaar op gericht om te kijken naar de belangen van alle betrokkenen, maar de overheid heeft bij een individueel conflict op het gebied van de Wmo en Wwb niet veel belang bij het aangaan van onderhandelingen. In deze paragraaf is beschreven of mediation een rol van betekenis kan vervullen op het gebied van de Wmo en de Wwb.

⁶⁵ Maar ook de Andere Aanpak.

⁶⁶ Allewijn 2007, p. 15.

⁶⁷ "Kan-bepaling" in de wet, verordeningen, enz.

⁶⁸ Tolsma 2008, p. 128.

⁶⁹ UWV eindverslag project Mediation bij Bezwaar en Beroep 2005, p. 21.

4.4.1 De wet maatschappelijke ondersteuning

Het doel van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) is dat elke burger moet kunnen meedoen in de maatschappij. Daarbij kunnen gemeenten voor een groot deel zelf bepalen hoe dat moet. De Wmo kent een ander karakter dan de "voorgangers"⁷⁰ van die wet. De Wmo vraagt om maatwerk van gemeenten.⁷¹ Dat betekent onder andere dat achterhaald moet worden wat het werkelijke belang is van de cliënt, en wat er in de cliënt omgaat. De Wmo verlangt dat gemeenten zich afvragen wat er wél kan in plaats van zich te concentreren op wat er niet kan. Dit is volledig te verenigen met het idee van mediation. Uit het eindrapport⁷² van het onderzoek naar mediationvaardigheden en de Wmo blijkt dat de algemene waardering voor de Andere Aanpak hoog is. De burger voelt zich beter behandeld en is meer tevreden dan wanneer zijn bezwaarschrift middels de formele bezwaarschriftprocedure wordt afgehandeld. Daarnaast staat de gemeente sterker in de uitvoering van de Wmo, kan zij meer maatwerk leveren en worden problemen met de doelgroep voorkomen. Zeker waar gemeenten een duurzame relatie hebben met Wmo-cliënten, liggen zowel de Andere Aanpak als mediation in de lijn van een meer klantgerichte aanpak. Door toepassing van de Andere Aanpak kan er eerder een medisch advies worden opgevraagd dan in de formele bezwaarschriftprocedure. In de formele procedure hebben de gemeente en de cliënt namelijk pas direct contact tijdens de hoorzitting. Dat betekent dat de gemeente dan pas een heroverweging voorbereidt. Wanneer er echter een geschil ontstaat en dit geschil escaleert, dan zal de Andere Aanpak geen oplossing meer bieden. Partijen komen er immers samen niet meer uit. Mediation biedt dan waarschijnlijk meer mogelijkheden.

Op de afdeling Bezwaar & Beroep heeft zich het afgelopen jaar een zaak op het gebied van de Wmo voorgedaan waarin het uiteindelijk kwam tot een beroep bij de rechtbank. De zaak betrof een nierpatiënt die om hulp bij het huishouden verzocht met een indicatie voor categorie twee⁷³. De aanvraag werd door de primaire afdeling afgewezen. Na verschillende adviezen van het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ) besloot de afdeling Bezwaar & Beroep om alsnog huishoudelijke hulp toe te kennen, maar slechts voor categorie één. Daar was de cliënt het niet mee eens en stelde beroep in bij de rechtbank. Het heeft op dat moment geen zin meer om gebruik te maken van de Andere Aanpak. De rechter verzocht partijen daarom om met behulp van mediation te zoeken naar een oplossing. Naar aanleiding van de mediation verhoogde de gemeente uiteindelijk de indicatie naar categorie twee. De gemeente vond namelijk dat het CIZ onvoldoende rekening had gehouden met de gezinssituatie van de cliënt. Daarnaast was de gezondheid van de cliënt verslechterd sinds het laatste advies van het CIZ. Uit deze zaak blijkt dat de sector Sociale Zaken op het gebied van de Wmo wel enige ruimte heeft om voor mediation te kiezen. Het betrof hier echter een extreem geval. Op het moment dat de afdeling Bezwaar & Beroep zich helemaal kan vinden in het advies van het CIZ, zal zij minder snel geneigd zijn tot mediation. De vraag is in hoeverre het CIZ of andere adviseurs proberen het werkelijke probleem te achterhalen, in plaats van enkel proceduregericht te denken. In paragraaf 5.2.1 is beschreven dat de gemeente, gelet op het formele zorgvuldigheidsbeginsel, zelf ook een plicht heeft om onderzoek te doen naar het eigenlijke probleem. Dit gegeven en het karakter van de Wmo lenen zich uitstekend voor mediation. Met name de kracht van mediation om een bijdrage te kunnen leveren aan het herstel of behoud van een duurzame relatie is hiervoor een belangrijk argument.

⁷⁰ Belangrijke punten uit de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten, de Wet Voorzieningen Gehandicapten en de Welzijnswet zijn opgenomen in de Wmo.

⁷¹ Eindrapport onderzoek Wmo en mediationvaardigheden 2007, p. 7.

⁷² Eindrapport onderzoek Wmo en mediationvaardigheden 2007, p. 44.

⁷³ Categorie 1 = gericht op het uitvoeren van het huishoudelijke werk. Categorie 2 = ook gericht op hulp met andere verantwoordelijkheden die komen kijken bij het voeren van een huishouding.

4.4.2 De Wet werk en bijstand

De Wet werk en bijstand (Wwb) is er voor mensen die niet in hun eigen onderhoud kunnen voorzien en geen beroep kunnen doen op een andere sociale voorziening of verzekering. De Wwb geeft in grote lijnen aan in welke gevallen er recht op bijstand bestaat. De gemeente Tilburg moet echter per individu nagaan of er daadwerkelijk recht op bijstand bestaat en wat de hoogte van de uitkering moet worden. Voor de hoogte van de uitkering gelden landelijke normen, maar gemeenten hebben daarnaast ook eigen regels en verordeningen. In elk geval is het recht op bijstand op zich niet onderhandelbaar. Toch ligt er op het gebied van de Wwb enige onderhandelingsruimte voor de sector Sociale Zaken. Het college van B&W is op grond van de afstemmingsverordening van de gemeente Tilburg, bevoegd om in een bepaald geval⁷⁴ een maatregel op te leggen. De mate van verwijtbaarheid en de keuze van de maatregel laten enige ruimte om tijdens een Wwb-procedure te onderhandelen over de hoogte van de uitkering.

In juni 2008 is er door de afdeling Bezwaar en Beroep op grond van de afstemmingsverordening een maatregel opgelegd aan een bijstandsgerechtigde, omdat de belanghebbende onvoldoende besef van verantwoordelijkheid voor de voorziening betoonde. De maatregel hield in dat de bijstandsuitkering voor de duur van één maand met 80% werd verlaagd. Daartegen werd door de belanghebbende bezwaar ingediend. In dat bezwaarschrift spreekt de belanghebbende zijn verontwaardiging uit over het feit dat aan hem een maatregel is opgelegd. De belanghebbende voert onder andere aan dat hij wel degelijk zijn verantwoordelijkheid neemt voor de uitkering door veelvuldig te solliciteren naar een baan.

Uiteindelijk werd de maatregel enigszins gematigd door de sector Sociale Zaken. Bij de matiging van de maatregel werd onder andere gekeken naar de mate van verwijtbaarheid. De bijstandsgerechtigde was in casu niet op komen dagen op een meeloopdag bij een bedrijf waar hij via de gemeente was geïntroduceerd. Door de afdeling Bezwaar & Beroep werd besloten dat een middag weigeren om mee te lopen niet kan worden gezien als werkweigeren en daarom is de gedraging minder verwijtbaar.

In deze zaak is de bezwaarschriftprocedure doorlopen en dat heeft er uiteindelijk toe geleid dat het bezwaarschrift gedeeltelijk gegrond is verklaard. De belanghebbende heeft gedeeltelijk gekregen wat hij wilde maar blijft wel achter met zijn gekwetstheid en boosheid. Tijdens de bezwaarschriftprocedure ligt vooral de nadruk op het juridisch gelijk, terwijl er tijdens deze procedure ook mogelijkheden zijn om door middel van informeel contact te achterhalen waar het de belanghebbende werkelijk om te doen is. Door middel van mediation kan worden voorkomen dat een geschil verder escaleert. De ruimte om te onderhandelen over de hoogte van de maatregel of de uitkering was in de hierboven beschreven zaak aanwezig. Uit experimenten met betrekking tot mediationvaardigheden tijdens de bezwaarschriftprocedure, blijkt dat het tegemoet treden van burgers vanuit een ontvankelijke en open houding in veel gevallen leidt tot een snelle, bevredigende oplossing.⁷⁵ Een informele afhandeling van het geschil middels mediation in het kader van een meer klantgerichte aanpak, zou in de hierboven beschreven zaak een mogelijkheid kunnen zijn geweest. Hierbij dient wel te worden vermeld, dat de frustratie van de belanghebbende wellicht ook al weggenomen had kunnen worden door gebruik te maken van de Andere Aanpak. Toepassing van mediationvaardigheden tijdens de Andere Aanpak, kan voorkomen dat een geschil verder escaleert. Tevens biedt het ruimte om te achterhalen wat de vraag achter de vraag is. Het kan nooit kwaad om een burger na ontvangst van een bezwaarschrift "standaard" telefonisch te benaderen om te achterhalen wat er werkelijk speelt. Wellicht dient

⁷⁴ Bijvoorbeeld wanneer iemand die een bijstandsuitkering ontvangt, tekortschietend besef van verantwoordelijkheid voor de voorziening betoont (Artikel 22 Afstemmingsverordening 2008 gemeente Tilburg)

⁷⁵ Allewijn 2007, p. 22. Zie verder paragraaf 2.5.

de sector Sociale Zaken al bij de primaire besluitvorming gebruik te maken van mediationvaardigheden.

4.5 Kosten van mediation

In paragraaf 2.6 is reeds beschreven dat het honorarium van een mediator tussen de 100,- en 250,- euro bedraagt, en dat de eerste termijn van tweeënhalve uur van een mediation die is doorverwezen via de rechtbank, gratis is. De verschillende werkzaamheden die een mediator kan declareren bestaan uit:

- De contacturen;
- Het op verzoek van partijen lezen van stukken;
- Het opstellen van de vaststellingsovereenkomst;
- De verslaglegging;
- Bijzondere werkzaamheden (alleen als dit van tevoren tussen de mediator en de partijen is afgestemd voor de aanvang van die werkzaamheden).⁷⁶

De Raad voor de Rechtsbijstand is van mening dat kosten nooit een belemmering mogen vormen om gebruik te maken van mediation.⁷⁷ Als een inkomen van een partij onder een bepaalde grens ligt, kan de Raad subsidie toekennen, maar alleen via mediators die bij de Raad zijn ingeschreven.⁷⁸ Daarnaast wordt er geen subsidie toegekend voor een "simpele" burenruzie, het moet om een serieus conflict gaan.

Veel partijen die van de bijstand leven en op grond van de Wwb bezwaar maken, zullen waarschijnlijk subsidie toegekend krijgen van de Raad, mits de betrokken mediator bij de Raad is ingeschreven. Een partij die op grond van de Wmo een bezwaar indient, komt minder snel in aanmerking voor subsidie, omdat het inkomen dan naar alle waarschijnlijkheid niet onder de inkomensgrens ligt. Dat betekent dat zij zelf voor de kosten moet opdraaien indien zij door de gemeente wordt gevraagd aan een mediation deel te nemen. Het ligt dan meer voor de hand om de bezwaarschriftprocedure te doorlopen. Het indienen van een bezwaarschrift geschiedt namelijk kosteloos. De behandeling van een bezwaarschrift of eventueel beroep is voor de gemeente echter niet kosteloos, gelet op het inschakelen van de adviescommissie en een eventuele veroordeling in de proceskosten door de rechtbank.

De sector Sociale Zaken is in de periode van 2006 tot 2008 in 141 zaken door de rechtbank veroordeeld tot betaling van de door de burger tijdens de formele bezwaarschriftprocedure gemaakte proceskosten. Deze kosten bedragen ruim 82.000,- euro. Een bestuursrechtelijk geschil kan volgens het NMI via mediation in gemiddeld tweeënhalve uur worden afgedaan. Indien de sector Sociale Zaken voor de kosten van mediation zou opdraaien zou zij op voorhand gemiddeld al 500,- euro per mediation moeten betalen, en dan heeft zij nog niet eens de garantie dat er uiteindelijk een oplossing wordt gevonden. Dit maakt het minder aantrekkelijk voor de sector Sociale Zaken om voor mediation te kiezen in plaats van de formele bezwaarschriftprocedure. Een oplossing zou kunnen zijn dat men gebruik gaat maken van een interne mediator. Het nadeel hiervan is echter dat een burger dan al snel zijn vraagtekens zal plaatsen bij de onafhankelijkheid van de mediator. Bovendien kunnen de kosten van een opleiding tot mediator ook hoog oplopen. Een basistraining mediation van het Mediation Trainingsinstituut kost een slordige 4000,- euro.

⁷⁶ Brochure Mediation naast rechtspraak 2007

⁷⁷ Raad voor de Rechtsbijstand 2008.

⁷⁸ Een NMI-certificatie is één van de inschrijffvoorwaarden van de Raad voor de Rechtsbijstand.

5 Mediation bij de overheid

In 2001 is de provincie Overijssel een pilotproject gestart met betrekking tot mediation.⁷⁹ Met dit project heeft zij een voorbeeldfunctie vervuld voor andere overheidsinstanties, zoals het UWV en de Belastingdienst. Bij de belastingdienst werd tijdens een pilot 80% van de geselecteerde zaken succesvol afgerond middels mediation.⁸⁰ Het UWV had met 84% een iets hoger slagingspercentage. Dit is op zich een positieve ontwikkeling, maar is nog geen garantie voor succes. Net als het UWV, de Belastingdienst en de Provincie Overijssel, moet de afdeling Bezwaar & Beroep werken binnen de regels van verschillende wetten. Bij het maken van beleid en het nemen van besluiten moet de gemeente zich houden aan de wet, jurisprudentie en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (a.b.b.b.). Het bestaan van deze regelgeving betekent echter niet automatisch dat er geen ruimte is voor mediation. Mediation op zich is niet juridisch. Het berust immers op een samenstel van sociaal-psychologische inzichten, die vertaald zijn in een specifiek proces en een aantal interventiemethoden.⁸¹ Mediation speelt zich daarentegen wel vaak af in een juridische context. In dit hoofdstuk worden de juridische aspecten beschreven die een belangrijke rol spelen in het kader van mediation bij de overheid.

5.1 Derde belanghebbende

Door de sector Sociale Zaken worden individuele beschikkingen afgegeven. De uiteenzetting over het begrip "belanghebbenden" kan daarom beperkt worden tot de vermelding dat er zelden tot nooit derde belanghebbenden zijn op het gebied van de Wmo en de Wwb. Bij een mediation tussen de gemeente en een burger zijn dan ook geen andere personen aanwezig dan de mediator en de partijen, c.q. hun vertegenwoordigers en adviseurs.⁸²

5.2 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur (a.b.b.b.) bestaan uit geschreven en ongeschreven rechtsnormen waaraan de gemeente zich moet houden bij al⁸³ haar handelen en haar besluiten. Zij vormen een middel om de rechterlijke rechtmatigheidscontrole van het bestuurshandelen ruimer te maken dan uitsluitend toetsing aan geschreven rechtsregels.⁸⁴ In het bestuursrecht spelen de a.b.b.b. vooral een rol bij het nemen van concrete, individuele beslissingen zoals beschikkingen.⁸⁵ Een besluit dat voortvloeit uit mediation zal dan ook altijd moeten worden genomen met inachtneming van de a.b.b.b. In deze paragraaf worden de a.b.b.b. beschreven waarvan de bepalingen door de sector Sociale Zaken met nadruk moeten worden meegenomen in haar beslissing om mediation al dan niet in te gaan zetten tijdens de bezwaarschriftprocedure.

5.2.1 Formele zorgvuldigheidsbeginsel

Artikel 3:2 van de Awb bepaalt dat een bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit,

⁷⁹ De Koning & Brouwer 2008, p. 42.

⁸⁰ Allewijn 2007, p. 117.

⁸¹ Schutte e.a. 2007, p. 19.

⁸² Artikel 6.1 NMI Reglement 2008.

⁸³ Uit artikel 3:1 lid 1 Awb volgt dat de a.b.b.b. ook van toepassing zijn op privaatrechtelijke rechtshandelingen.

⁸⁴ Van Wijk e.a. 2005, p. 276.

⁸⁵ Van Wijk e.a. 2005, p. 370.

de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaart. Deze "onderzoeksplicht" omvat volgens de jurisprudentie de rechtsplicht voor het bestuur om de mogelijkheid van een minnelijke oplossing te onderzoeken. In *ABRvS 28 juni 1993* werd besloten dat de gemeente in casu had moeten onderzoeken, of aan de klachten van de omwonenden tegemoet kon worden gekomen door bemiddeling tussen appellanten en omwonenden.⁸⁶ Impliciet kan hieruit worden opgemaakt dat het bestuur onder omstandigheden zelf een bemiddelende rol moet aannemen.⁸⁷ Mediation zou hiervoor een mogelijkheid kunnen bieden. De kracht van mediation is dat men onder begeleiding van de mediator probeert om het eigenlijke geschil bloot te leggen, zodat alle relevante feiten op tafel komen. Daarbij wordt rekening gehouden met de belangen van alle betrokken partijen. In plaats van belangen tegen elkaar af te wegen, kan de sector Sociale Zaken mediation gebruiken om belangen met elkaar te verenigen. Wanneer er nog niet echt sprake is van een geschil, zouden mediationvaardigheden ook al preventief toegepast kunnen worden om een bijdrage te leveren aan een meer zorgvuldige voorbereiding van de bestuurlijke besluitvorming.⁸⁸

5.2.2 *Specialiteitsbeginsel*

De strekking van artikel 3:4 lid 1 van de Awb is dat alle belangen die meegewogen kunnen worden, ook daadwerkelijk mee worden gewogen. Aan de andere kant mag de gemeente op grond van dit specialiteitsbeginsel bij de uitvoering van een bepaalde wettelijke regeling slechts die belangen behartigen waarvoor de betrokken regeling in het leven is geroepen. Deze bepaling strookt niet met het uitgangspunt van mediation dat er bij de onderhandelingen over een oplossing, rekening moet worden gehouden met alle belangen van de betrokkenen.⁸⁹ Bij mediation tussen twee burgers zal dit uitgangspunt niet voor problemen zorgen. Zij hoeven zich immers niet te houden aan het specialiteitsbeginsel, waardoor er daadwerkelijk rekening kan worden gehouden met alle belangen. De gemeente moet zich daarentegen wel houden aan de bepalingen uit artikel 3:4 lid 1 Awb. Mede daarom zal de vertegenwoordiger van de sector Sociale Zaken bij de aanvang van mediation duidelijk moeten maken dat de sector bereid is te zoeken naar een oplossing, maar dat zij dit moet doen binnen de grenzen van de wet, de a.b.b.b. en jurisprudentie. In principe hoeft het specialiteitsbeginsel geen knelpunt te vormen voor het betrekken van verschillende aspecten van een conflict bij de zoektocht naar een oplossing. Het is aan de afdeling Bezwaar & Beroep om uiteindelijk te onderzoeken in hoeverre een oplossing ook daadwerkelijk (publiekrechtelijk) gerealiseerd kan worden. Tolsma⁹⁰ concludeert hieromtrent dat de beperkte belangenafweging in het kader van het specialiteitsbeginsel, niet in de weg staat aan de bij mediation gewenste integrale behandeling van een conflict.

Verder dient nog vermeld te worden dat in zaken met betrekking tot de Wmo en de Wwb zelden tot nooit sprake is van belangen van derden, die op grond van het specialiteitsbeginsel doorgaans ook in de belangenafweging mee moeten worden genomen. In deze zaken zijn er meestal maar twee betrokken partijen, te weten de (vertegenwoordiger van de) sector Sociale Zaken en de indiener van de aanvraag c.q. bezwaarschrift.

5.2.3 *Vertrouwensbeginsel*

Het vertrouwensbeginsel is een van de ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk

⁸⁶ ABRvS 28 juni 1993, AB 1994, 422 (Kater Napoleon).

⁸⁷ Tolsma 2006, p. 69-75.

⁸⁸ Allewijn 2007, p. 39.

⁸⁹ Vreugdenhil 2005, p. 137.

⁹⁰ Tolsma 2008, p. 126-136.

bestuur. Het vertrouwensbeginsel is erop gericht dat bestuursorganen gewekt vertrouwen niet mogen beschamen. Op het moment dat de sector Sociale Zaken in het kader van mediation met de burger om tafel gaat zitten, kan de burger bepaalde verwachtingen krijgen naar aanleiding van bepaalde standpunten die door de medewerker van de gemeente Tilburg worden ingenomen. De gemeente Tilburg hoeft vanzelfsprekend niet te voldoen aan elke verwachting die een burger heeft, maar een burger die op goede grond meent te mogen vertrouwen dat de gemeente een bepaald besluit zou nemen, wordt door het vertrouwensbeginsel beschermd.⁹¹ Dit geldt ook tijdens mediation. Gelet op het vertrouwelijke karakter van mediation zal de vertegenwoordiger van de gemeente gemandateerd moeten worden om beslissingen te nemen tijdens mediation, maar toch zal hij terughoudend moeten zijn met het doen van toezeggingen. Eerst zullen alle relevante feiten bekend moeten zijn, voordat de vertegenwoordiger een beslissing kan nemen.

Aan de andere kant moet de burger er op kunnen vertrouwen dat afspraken, die in een door beide partijen ondertekende vaststellingsovereenkomst zijn vastgelegd, ook daadwerkelijk worden nagekomen door de gemeente.

5.2.4 Gelijkheidsbeginsel

De Sector Sociale Zaken is op grond van het gelijkheidsbeginsel uit artikel 1 van de Grondwet (Gw), gehouden om binnen het beleid van de gemeente Tilburg gelijke gevallen gelijk te behandelen. Gevallen zijn echter nooit exact gelijk. Verschillen tussen twee gevallen zijn voor een te nemen beschikking vaak zodanig relevant dat beschikkingen niet gelijk hoeven uit te vallen.⁹² De individuele concrete beschikkingen moeten evenwel in overeenstemming met het door de gemeente gevoerde beleid worden genomen. Dat betekent dat de handelingen die verricht worden om tot een beschikking te komen, ook aan het beleid moeten voldoen. Dit hoeft geen probleem te vormen voor de toepassing van mediation tijdens de bezwaarschriftprocedure. De keuze om af te wijken van de formele procedure zal op grond van het motiveringsbeginsel evenwel gemotiveerd moeten worden, om precedentwerking te voorkomen. Te bedenken valt dat er een tendens ontstaat waarin burgers zelf trachten een voorstel voor mediation te doen om de nadelen van een formele procedure te ontlopen. Ook dan zal goed gemotiveerd moeten worden waarom de gemeente de keuze voor mediation wel of niet geschikt acht. Wanneer de sector Sociale Zaken onderscheid maakt tussen bezwaarschriften die wel middels mediation worden afgehandeld en bezwaarschriften die via de formele procedure worden afgehandeld, moet zij dit op grond van het gelijkheidsbeginsel kunnen rechtvaardigen. Zij zou dit kunnen doen door het huidige beleid aan te passen. Via één of meerdere beleidsregels kan grotendeels worden vastgesteld op welke manier en in welke gevallen de bestuursbevoegdheden door de gemeente moeten worden aangewend.⁹³ Volgens artikel 1:3 lid 4 van de Awb kunnen beleidsregels betrekking hebben op zowel de beleidsvrijheid (afwegen van belangen) als de beoordelingsruimte (vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften). Middels beleidsregels kan zo duidelijk mogelijk worden weergegeven hoe men mediation kan inpassen in het huidige beleid van de sector Sociale Zaken. Vanwege het feit dat "soortgelijke" zaken nooit exact dezelfde strekking hebben, is het echter onmogelijk om middels een beleidsregel de hele werkwijze tot in de puntjes uit te werken. Vooraf kan de sector Sociale Zaken niet precies aangeven in welke gevallen er wel of niet voor mediation gekozen kan worden. Dit zal waarschijnlijk moeten worden overgelaten aan het beoordelingsvermogen van de medewerkers van de afdeling Bezwaar & Beroep.

⁹¹ Van Wijk e.a. 2005, p. 316.

⁹² Van Wijk e.a. 2005, p. 324

⁹³ Artikel 4:81 Awb.

5.2.5 Verbod van willekeur

Het verbod van willekeur, in de literatuur⁹⁴ ook wel gekwalificeerd als a.b.b.b., vormt een toetsingsnorm voor de bestuursrechter, waarbij wordt gekeken of het gekozen beleid door de "beugel" kan.⁹⁵ Wanneer er binnen de sector Sociale Zaken wordt gekozen voor mediation, moet men er voor waken dat die keuze niet willekeurig tot stand komt. De beslissingen van de sector omtrent de keuze voor mediation moeten een vaste lijn vormen. Gelijke gevallen zullen gelijk behandeld moeten worden, om precedentwerking te voorkomen. Daarvoor zal er op drie punten een beslissing moeten worden genomen omtrent mediation.

Allereerst zal het duidelijk moeten zijn op welke momenten mediation ingezet kan worden. Toepassing van mediation in haar formele vorm, zal in de beginfase van de besluitvorming in de meeste gevallen waarschijnlijk niet zinvol zijn, uitzonderingen daargelaten.⁹⁶ De Andere Aanpak zal dan meer effectief zijn, door te achterhalen wat de werkelijke bedoelingen zijn van de burger. Nadat er een bezwaarschrift is ontvangen zal mediation des te meer van waarde kunnen zijn. Achter een bezwaarschrift zit vaak een hoop emotie en gekwetstheid. Er kan sprake zijn van een verstoorde relatie of een communicatieprobleem. Dit zou door middel van mediation hersteld kunnen worden.

Op de tweede plaats zal duidelijk moeten zijn wie er kiest voor mediation. Op de afdeling Bezwaar en Beroep komen vele bezwaarschriften binnen die vervolgens willekeurig onder de verschillende medewerkers worden verdeeld. Op dit moment is slechts één medewerker van de afdeling gemandateerd om aan mediation deel te nemen en om de benodigde overeenkomsten te ondertekenen. De overige werknemers zullen, indien zij mogelijkheden zien om mediation toe te passen, zelf dus niet aan mediation kunnen deelnemen. Het gevolg is dat de gemandateerde medewerker die zaken over zal moeten nemen. Dat lijkt niet erg praktisch.

Op de laatste plaats zal men voor ogen moeten hebben in welke gevallen er gekozen wordt voor mediation. Daarvoor zou de afdeling Bezwaar en Beroep de verwijzindicaties⁹⁷ van het NMI kunnen raadplegen. Feit blijft dan wel dat de afdeling zelf de zaken selecteert die zij geschikt acht voor mediation. De burger heeft op die manier zelf geen ingang om afhandeling middels mediation voor te stellen. Voor de burger resten dan slechts de mogelijkheden die de formele bezwaarschriftprocedure biedt. Wanneer de afdeling Bezwaar & Beroep de mogelijkheid heeft om een voorstel te doen tot mediation, is het voor de burger ook wenselijk om diezelfde mogelijkheid te hebben. Beide partijen zullen dit op grond van verschillende redenen echter niet kunnen eisen. Op de eerste plaats bepalen de regels uit de Awb op welke wijze de rechtsbescherming geregeld is. De mogelijkheid om een voorstel te doen tot mediation is niet wettelijk geregeld. Op de tweede plaats geschiedt een mediation op basis van vrijwilligheid. Partijen kunnen niet tegen hun wil in worden betrokken bij mediation.

5.3 De mediationovereenkomst

Een mediationovereenkomst is een zogeheten overeenkomst van opdracht overeenkomstig artikel 7:400 Bw. Middels een mediationovereenkomst spreken partijen af om zich in te spannen om het geschil door mediation op te lossen, waarbij de mediator de opdracht krijgt om ook als zodanig op te treden. Door ondertekening van deze overeenkomst start het

⁹⁴ Van Wijk e.a. 2005, p. 334.

⁹⁵ Van Wijk e.a. 2005, p. 336.

⁹⁶ Bijvoorbeeld bij querellanten.

⁹⁷ Zie hiervoor paragraaf 5.7.

mediationproces.⁹⁸ Op grond van artikel 2:1 j° 2:5 j° 3:32 BW kan de gemeente als publiekrechtelijke rechtspersoon ook privaatrechtelijke overeenkomsten aangaan. Het burgerlijke overeenkomstenrecht gaat daarbij uit van een contractsvrijheid voor burgers. Voor de gemeente is die vrijheid echter beperkt. Een bevoegdheid die de gemeente krachtens privaatrecht toekomt, mag namelijk niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht, zo blijkt uit artikel 3:14 Bw. Ook bij het sluiten van (mediation)overeenkomsten moet de gemeente zich dus houden aan de a.b.b.b., de wet en jurisprudentie. Daarnaast zal de gemeente ook rekening moeten houden met de bepalingen uit het NMI Reglement, omdat die middels de mediationovereenkomst van toepassing worden verklaard op het mediationproces.⁹⁹

5.4 Vertrouwelijkheid

In paragraaf 2.2 is reeds beschreven dat vertrouwelijkheid één van de uitgangspunten is van mediation, en dat het vertrouwelijke karakter gewaarborgd wordt door middel van een geheimhoudingsplicht. Zo bepaalt artikel 7.1 van het NMI Reglement dat partijen geen mededelingen doen aan derden omtrent het verloop van de mediation, de daar door de bij de mediation aanwezige personen ingenomen standpunten, gedane voorstellen en de daarbij mondeling of schriftelijk, direct of indirect, verstrekte informatie. Partijen kunnen daarentegen zelf bepalen in hoeverre de uiteindelijke inhoud van de vaststellingsovereenkomst vertrouwelijk is (artikel 10.3 NMI Reglement). Op het moment dat de sector Sociale Zaken deelneemt aan een mediation, kan er zich echter een probleem voordoen met betrekking tot de schriftelijke stukken die de sector onder zich heeft. De Wet Openbaarheid van Bestuur (Wob) gaat er namelijk van uit, dat alle documenten die de overheid onder zich heeft, openbaar zijn. Op grond van die wet kan iedereen een verzoek om informatie, neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid, richten tot een bestuursorgaan.¹⁰⁰ Het moge duidelijk zijn dat dit niet is te verenigen met artikel 7.1 van het NMI Reglement. De verhouding tussen de openbaarmakingsplicht en de contractuele geheimhoudingsplicht, zoals opgenomen in de mediationovereenkomst, is daarentegen nog niet uitgemaakt in de jurisprudentie.¹⁰¹

Voor schriftelijke stukken die voortvloeien uit een procedure op het gebied van de Wwb of de Wmo, biedt de Wob in een enkel geval toch uitkomst. Gevoelige informatie, die bijvoorbeeld in het kader van de Wwb of Wmo uit een onderzoek¹⁰² naar voren komt, hoeft niet te worden verstrekt wanneer het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.¹⁰³ Daarnaast valt mondelinge informatie niet onder de bepalingen uit de Wob. Wanneer de overheid en de burger elkaar tijdens mediation mondeling vertrouwelijke mededelingen doen, kunnen zij daar later niet aan gehouden worden. Het heeft dus wel degelijk zin om een vertrouwelijkheidsclausule op te nemen in de mediationovereenkomst. De voornaamste communicatie tijdens mediation is namelijk de mondelinge communicatie.¹⁰⁴ Wanneer mondelinge mededelingen niet worden vastgelegd in een verslag, kunnen zij ook niet op grond van de Wob worden opgevraagd.

⁹⁸ Artikel 3 NMI Reglement. 2008.

⁹⁹ Verseveld 2006, p. 105.

¹⁰⁰ Artikel 3 Wob.

¹⁰¹ Schutte e.a. 2007, p. 82.

¹⁰² Bijvoorbeeld onderzoek door het CIZ of Novadic Kentron verslavingszorg.

¹⁰³ Artikel 10 lid 2 sub e van de Wob.

¹⁰⁴ Allewijn 2007, p. 146.

5.5 Onafhankelijkheid

De definitie van mediation uit paragraaf 2.1 bevat een belangrijk uitgangspunt, namelijk onafhankelijkheid van de mediator. Partijen moeten erop kunnen vertrouwen dat de mediator een neutrale positie inneemt. Vooral voor de burger kan dit een belangrijke voorwaarde zijn om voor mediation te kiezen. Als blijkt dat een mediator te veel is betrokken bij de gemeente, zal dat door de burger niet worden geaccepteerd en zelfs reden zijn om het mediationproces af te breken. Iets wat in de praktijk niet is uitgesloten wanneer de sector Sociale Zaken werkt met een interne mediator. Burgers zullen een interne mediator namelijk al snel als partijdig en minder neutraal ervaren. Wanneer de sector Sociale Zaken een interne mediator zou inzetten, zal die mediator zich als werknemer van de gemeente moeten houden aan de bepalingen uit artikel 2:4 van de Awb. Dit houdt in dat een interne mediator zijn taken dus niet alleen op grond van het NMI Reglement zonder vooringenomenheid moet vervullen, maar ook op grond van het fairplaybeginsel. De onafhankelijkheid van de mediator zal in elk geval te allen tijde gewaarborgd moeten zijn.

Het mediationloket van de provincie Overijssel heeft de beschikking over een pool met externe mediators.¹⁰⁵ Zij zijn geselecteerd op basis van een aantal criteria. Ze zijn onder andere NMI-gecertificeerd en hebben ervaring met mediation en bestuursrecht. Één van de voordelen van een externe mediator is dat er geen aanleiding is voor belangenverstrengeling. Er is meer garantie voor vertrouwelijkheid. Het nadeel is echter dat de externe mediator, in tegenstelling tot een interne mediator, de organisatie en de cultuur niet kent.¹⁰⁶ Daarnaast kunnen de kosten voor het inhuren van een externe mediator behoorlijk oplopen. De inzet van een interne mediator zal een stuk goedkoper zijn maar biedt zoals gezegd weinig garanties voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

5.6 De vaststellingsovereenkomst

Een vaststellingsovereenkomst is een overeenkomst waarin partijen, ter beëindiging van een geschil of ter voorkoming van onzekerheid of geschil, over hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling binden.¹⁰⁷ Een mediation eindigt in de regel met het ondertekenen van deze overeenkomst. Net als bij de mediationovereenkomst, moet de gemeente zich bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst houden aan de a.b.b.b., de wet en jurisprudentie. De vaststellingsovereenkomst moet inhoudelijk in overeenstemming zijn met de onderliggende publiekrechtelijke regeling. Uit artikel 7:900 lid 1 Bw is op te maken dat de vaststelling uit de overeenkomst in de plaats komt van de tevoren bestaande rechtstoestand. Een vaststellingsovereenkomst zal ter afsluiting van mediation tussen de gemeente en een burger, meestal één of meerdere toezeggingen bevatten over de uitoefening van een bestuursrechtelijke bevoegdheid. Het geschil wordt dan door ondertekening van de vaststellingsovereenkomst weliswaar beëindigd, maar de nieuwe bestuursrechtelijke rechtstoestand ligt daarmee niet vast.¹⁰⁸ De vertegenwoordiger van de gemeente zal nog een definitief besluit in de zin van artikel 1:3 Awb moeten nemen.

De vaststellingsovereenkomst wordt in het bestuursrecht ook wel gedefinieerd als een bevoegdhedenovereenkomst. Dit is een overeenkomst waarbij de overheid zich beperkingen oplegt in het gebruik van haar publiekrechtelijke bevoegdheden of over de wijze waarop zij hiervan gebruik maakt. In de literatuur wordt een dergelijke overeenkomst ook wel beschouwd als een voorbereidingshandeling op een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Provincie Overijssel 2008

¹⁰⁶ De Koning & Brouwer 2008, p. 41.

¹⁰⁷ Artikel 7:900 Bw.

¹⁰⁸ Allewijn 2007, p. 147.

¹⁰⁹ Verseveld 2006, p. 109.

Op grond van het vertrouwensbeginsel zal de sector Sociale Zaken verplicht zijn om de gemaakte afspraken om te zetten in een uitvoeringsbesluit.

Formeel gezien is de vaststellingsovereenkomst een privaatrechtelijke overeenkomst. Het feit dat er in de overeenkomst toezeggingen worden gedaan over het gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden, kan voor problemen zorgen met betrekking tot de rechterlijke competentie. Hierover meer in paragraaf 5.10.

5.7 Verwijsindicaties

In paragraaf 5.2.5 is beschreven dat de sector Sociale Zaken duidelijk moet hebben in welke gevallen zij open staat voor mediation. Het NMI heeft hiervoor een aantal verwijsindicaties opgesteld. Deze (contra-)indicaties kunnen door de afdeling Bezwaar & Beroep geraadpleegd worden, voordat er een beslissing wordt genomen om in een concreet geval een voorstel tot mediation te doen. Door middel van de volgende (contra-)indicaties kan onderzocht worden of mediation uitkomst kan bieden bij de afhandeling van een bezwaarschrift of geschil:

Indicaties	Contra-indicaties
• Er is bewegingsruimte voor een oplossing/onderhandelingsbereidheid. • Partijen hebben een doorlopende relatie met elkaar. • Er bestaat een emotionele component in het conflict tussen partijen. • Procederen biedt geen oplossing. • Er is sprake van verschillende interpretaties van feiten / communicatiestoornis. • Partijen wensen een snelle oplossing.	• Op voorhand is duidelijk hoe het juridische oordeel zal uitvallen. • Bezwaar is kennelijk niet ontvankelijk. • Bezwaar is kennelijk ongegrond. • Een partij kan zichzelf niet adequaat vertegenwoordigen en heeft geen bijstand. • De kans bestaat dat partijen in staat blijken, zonder tussenkomst van een derde, alsnog het geschil tot een oplossing te brengen. • Precedentwerking voorkomen. • Het gaat om het principe, waarover een rechter moet beslissen. • Er is eerder mediation geprobeerd. • Het gaat om een notoire querulant. • De klant wenst een formele afhandeling van zijn bezwaarschrift.

De keuze voor mediation hangt verder af van de mate waarin een geschil geëscaleerd is. Een handig hulpmiddel om daaromtrent een visie te kunnen vormen is de escalatieladder van Glasl (Bijlage 1). Dit hulpmiddel onderscheidt drie escalatiefasen van een geschil. In de eerste fase proberen partijen gezamenlijk tot een oplossing te komen, waarbij men uitgaat

van twee winnaars. Op het moment dat dit niet lukt, ontstaat fase twee waarin partijen willen winnen ten koste van de ander. Als blijkt dat ook het eigen belang niet gerealiseerd kan worden, beland men in fase drie waarin partijen erop gericht zijn om er voor te zorgen dat de andere partij haar doel niet kan halen.¹¹⁰ Bij geschillen die zich in fase twee bevinden lukt het partijen meestal niet meer om er samen uit te komen, en is het aan te raden om de hulp van een mediator in te schakelen.

5.8 Samenloop met de formele bezwaarschriftprocedure

In paragraaf 5.2.5 is kort beschreven dat de toepassing van mediation waarschijnlijk het meest effectief is, als hiervoor pas na ontvangst van een bezwaarschrift een voorstel wordt gedaan aan de betreffende burger. Wanneer de afdeling Bezwaar & Beroep en de burger instemmen met de toepassing van mediation na ontvangst van een bezwaarschrift, zijn er formeel gezien drie uitkomsten mogelijk:

- De burger besluit het bezwaarschrift in te trekken. Bijvoorbeeld omdat duidelijk is geworden waarom de aanvraag (gedeeltelijk) is afgewezen. Mediation eindigt over het algemeen met het sluiten van een vaststellingsovereenkomst. In de overeenkomst kan worden opgenomen dat de burger het bezwaarschrift intrekt. De afdeling Bezwaar & Beroep hoeft dan geen besluit te nemen op het bezwaarschrift.
- De mediation slaagt en als gevolg daarvan wordt er een vaststellingsovereenkomst ondertekend. In de overeenkomst wordt opgenomen dat het primaire besluit door de sector Sociale Zaken wordt gewijzigd (artikel 6:18 Awb, het primaire besluit wordt ambtshalve herzien). Dit zal waarschijnlijk gebeuren onder de voorwaarde dat de burger het bezwaarschrift in trekt. Als de burger het bezwaarschrift niet intrekt, zal het bezwaarschrift waarschijnlijk niet-ontvankelijk worden verklaard vanwege het ontbreken van procesbelang;
- De mediation slaagt niet en partijen volgen alsnog de formele bezwaarschriftprocedure, waardoor er een beslissing op het bezwaarschrift wordt genomen;

Aangezien er met de ondertekening van de vaststellingsovereenkomst wordt beoogd om de lopende procedure definitief te beëindigen, lijkt het duidelijk dat de indiener van het bezwaarschrift geen behoefte meer heeft aan een beslissing op het bezwaarschrift. Het nadeel van optie twee is echter dat tegen het besluit dat ambtshalve is herzien, weer een bezwaarschrift kan worden ingediend en mediation is er juist op gericht om verdere procedures te vermijden. Toch zal de rechtsbescherming voor de burger tegen beslissingen van de sector Sociale Zaken gewaarborgd moeten zijn. In paragraaf 5.10 is beschreven wat het belang van rechtsbescherming tegen de overheid is voor de burger en wat de verhouding daarvan is tot mediation tijdens de bezwaarschriftprocedure.

5.9 Vertegenwoordiging

In het recht wordt onderscheid gemaakt tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. Wanneer de sector Sociale Zaken aan een mediation deelneemt zal zij zich, vanwege het feit dat zij een rechtspersoon is, moeten laten vertegenwoordigen. In artikel 6.2 van het NMI Reglement is bepaald dat de vertegenwoordiger van een partij bevoegd moet zijn om alle (rechts)handelingen te verrichten die voor mediation noodzakelijk zijn, waaronder het ondertekenen van een vaststellingsovereenkomst. De bezwaar- en beroepsadviseurs van de

¹¹⁰ Vreugdenhil 2005, p. 42.

sector Sociale Zaken zijn niet bevoegd om zelfstandig een beslissing te nemen op een bezwaarschrift. In paragraaf 3.2.4 is beschreven dat het college van B&W uiteindelijk het definitieve besluit neemt op een bezwaarschrift. Dit levert een probleem op in verband met het vertrouwelijke karakter van mediation. Indien een vertegenwoordiger van de afdeling Bezwaar & Beroep geen bevoegdheid heeft om de gemeente inhoudelijk te binden, zal hij intern overleg moeten plegen.¹¹¹ Dat zou niet stroken met de geheimhoudingsplicht, die hij in beginsel bij aanvang van de mediation middels een mediationovereenkomst aangaat.

Het gaat waarschijnlijk wat ver om de hele achterban¹¹² van de vertegenwoordiger een geheimhoudingsverklaring te laten ondertekenen. Een meer eenvoudige oplossing om toch aan de geheimhoudingsplicht te voldoen, ligt in de mogelijkheden van mandaat. Er is sprake van mandaat wanneer een bestuursorgaan dat rehtens bevoegd is tot het nemen van bepaalde besluiten, aan een ander de bevoegdheid verleent om die besluiten namens hem te nemen (artikel 10:1 Awb). Tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald of de aard van de bevoegdheid zich tegen de mandaatverlening verzet, kan de gemeente mandaat of ondermandaat verlenen (artikel 10:3 en artikel 10:9 Awb). Via mandaat kan de vertegenwoordiger van de afdeling Bezwaar & Beroep dus worden voorzien van de benodigde bevoegdheden, om tijdens mediation een mediation- en vaststellingsovereenkomst te sluiten. Bij de gemeente Tilburg is dit geregeld via een mandaatregister. In het algemene ondermandaatregister is bepaald dat de afdelingsmanagers van de dienst Publiekszaken, waaronder de teammanager van de afdeling Bezwaar en Beroep, gemandateerd zijn om de nodige overeenkomsten te ondertekenen tijdens mediation. Verder beschikt één bezwaar- en beroepadviseur van de afdeling Bezwaar en Beroep sinds oktober 2008 ook over een ondermandaat.¹¹³ Hierbij geldt dat een door de gemandateerde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid genomen besluit, geldt als een besluit van de mandaatgever (artikel 10:2 Awb).

Wanneer er na een geslaagde mediation door de bezwaar- en beroepadviseur een vaststellingsovereenkomst wordt ondertekend, kan zich nog een probleem voordoen met betrekking tot het vertrouwelijke karakter van mediation. Bij mediation tussen een vertegenwoordiger van de afdeling Bezwaar en Beroep en een burger zal de uiteindelijke vaststellingsovereenkomst veelal betrekking hebben op de uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden, zoals het toekennen van een bijstandsuitkering of een andere voorziening in het kader van de Wwb of de Wmo. De regels van de Awb bepalen dat beslissingen op aanvragen moeten worden opgenomen in een voor bezwaar (of beroep) vatbaar besluit, genomen door het daartoe bevoegde bestuursorgaan.¹¹⁴ De vaststellingsovereenkomst is een privaatrechtelijke overeenkomst¹¹⁵ en daarmee geen besluit in de zin van de Awb. Uit de strekking van een vaststellingsovereenkomst, gesloten tussen de gemeente en een burger, kan worden afgeleid dat het slechts een intentieverklaring is om een bepaalde handeling te verrichten. Daarom zal er ná een geslaagde mediation en het ondertekenen van de vaststellingsovereenkomst formeel gezien nog een besluit moeten worden genomen door een bevoegd bestuursorgaan. Bij een geslaagde mediation is de meest voor de hand liggende oplossing om het primaire besluit ambtshalve te herzien. Er wordt dan geen beslissing op het bezwaarschrift genomen, waardoor de hoor- en adviescommissie en het College van B&W zich niet over de kwestie hoeven te buigen. Het probleem bij een ambtshalve herziening in het kader van mediation is echter dat de primaire afdeling moet worden betrokken bij de te nemen beslissing. In de visie van de dienst Publiekszaken over mediation, staan het primaire besluit en de bereidheid om dit in der minne bij te stellen centraal. Er wordt verwacht dat er zowel voorafgaand aan als

¹¹¹ Allewijn 2007, p. 146.

¹¹² Hoor- en Adviescommissie, College van B&W.

¹¹³ Lees: afdoeningsmandaat.

¹¹⁴ Zie artikel 1:3 lid 1 en 2 Awb.

¹¹⁵ Artikel 7:900 BW.

tijdens mediation wordt gezorgd voor afstemming met de betrokkenen bij het besluit. Dit is zoals gezegd niet te verenigen met het vertrouwelijke karakter van mediation. Een oplossing hiervoor is om de medewerker van de primaire afdeling ook een geheimhoudingsverklaring te laten ondertekenen zodat er toch intern overleg plaats kan vinden. Indien de burger er mee akkoord gaat, is het ook mogelijk om de medewerker van de primaire afdeling deel te laten nemen aan het mediationproces (artikel 6.1 NMI Reglement). Dit zal uit kostenoverweging echter niet wenselijk zijn voor de sector Sociale Zaken.

Het interne overleg is van belang voor de afdeling Bezwaar & Beroep, omdat zij voor de besluitvorming afhankelijk is van andere afdelingen. In principe is alleen de medewerker die het primaire besluit genomen heeft, op grond van artikel 6:18 lid 1 Awb bevoegd om dat besluit te wijzigen of in te trekken. Met de verlening van mandaat aan de bezwaar- en beroepadviseur om tijdens mediation de overeenkomsten te tekenen en toezeggingen te doen, geeft de dienst Publiekszaken aan dat zij het belangrijk vindt om een geschil in der minne op te lossen. Via mandaat wordt een extra bevoegdheid gecreëerd voor de bezwaar- en beroepadviseur om het primaire besluit "zelfstandig" te wijzigen of in te trekken. Dit zal zoals gezegd altijd in afstemming met de medewerker van de primaire afdeling moeten gebeuren, maar het is onwenselijk dat de medewerker van de primaire afdeling uiteindelijk nog "dwars gaat liggen". Dan zou de verlening van het mandaat en de poging om het geschil in der minne op te lossen voor niets zijn geweest. In de praktijk zal het verleende mandaat daarom waarschijnlijk zo ver reiken, dat de vertegenwoordiger van de afdeling Bezwaar & Beroep de mogelijkheid heeft om binnen de regels en in overleg met de primaire afdeling het primaire besluit te wijzigen.

5.10 Rechtsbescherming

Rechtsbescherming tegen de overheid is van belang voor burgers omdat zij veelal afhankelijk zijn van overheidsbeslissingen. In zijn relatie met de overheid moet de burger meestal beschouwd worden als relatief machteloos. Dit komt vooral tot uiting wanneer bestuursorganen eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandelingen kunnen verrichten, zoals het geven van beschikkingen.¹¹⁶ Daarnaast zijn burgers over het algemeen minder bedreven in de behandeling van een zaak. Eén van de beginselen van een rechtsstaat is dat de rechtsorde dient te voorzien in een stelsel van rechtsbescherming.¹¹⁷ Kort door de bocht komt dit er op neer dat de burger de mogelijkheid moet hebben om tegen de overheid beschermd te worden.

Waar afspraken worden gemaakt, moeten afspraken worden nagekomen. Op het moment dat een mediation, na ontvangst van een bezwaarschrift, tussen de gemeente en een burger slaagt, zal er een aantal afspraken worden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Eén van de voorwaarden die de gemeente kan verbinden aan de toepassing van haar publiekrechtelijke bevoegdheden, kan zijn dat de burger het bezwaar dient in te trekken. De strekking van een vaststellingsovereenkomst zou in het kader van de Wmo bijvoorbeeld kunnen zijn:

- Gelet op de bijzondere omstandigheden zal de hulp bij het huishouden categorie twee, klasse drie voor de duur van twee jaar worden voortgezet bij cliënt;
- De burger trekt het bezwaar in;
- De huidige beslissing staat op zichzelf en betekent niet dat de burger ervan uit mag gaan dat deze automatisch zal worden voortgezet wanneer de gemeente over twee jaar de situatie opnieuw zal bekijken en beoordelen.

¹¹⁶ Van Wijk e.a. 2005, p. 497.

¹¹⁷ Van Wijk e.a. 2005, p. 496.

In principe moeten partijen zich bij geschillen over de uitvoering van de afspraken eerst tot de mediator wenden, alvorens zij een beroep op een bevoegde rechter doen.¹¹⁸ Wanneer één van de partijen zich echter alsnog niet houdt aan de gemaakte afspraken uit een vaststellingsovereenkomst, kan de andere partij de inhoud van die overeenkomst op grond van artikel 10.3 van het NMI Reglement voorleggen aan de rechter, indien dat noodzakelijk is om daarvan nakoming te vorderen. Er kan getwist worden over de vraag aan wélke rechter de vaststellingsovereenkomst in dat geval kan worden voorgelegd. Op het moment dat de overheid een vaststellingsovereenkomst ondertekent, raken het privaatrecht en het publiekrecht elkaar. Toegepast op mediation met de overheid volgt uit de rechtsmachtverdeling, dat er een grijs gebied bestaat tussen de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst en het moment waarop de daarin vervatte afspraken worden opgenomen in een voor bezwaar vatbaar besluit in de zin van artikel 1:3 Awb.¹¹⁹

5.10.1 Absolute bevoegdheid

In paragraaf 5.6 is beschreven dat een vaststellingsovereenkomst formeel gezien een privaatrechtelijke overeenkomst is. Geschillen over een vaststellingsovereenkomst zullen daarom in beginsel aan de civiele rechter moeten worden voorgelegd, zo blijkt uit artikel 112 Gw. Wie tijdens een bestuursrechtelijke procedure echter verzuimd heeft in bezwaar of beroep te gaan terwijl dit wel mogelijk was of is, wordt in een civielrechtelijke procedure in beginsel niet ontvankelijk verklaard.¹²⁰ Hierbij geldt dat de bestuursrechtelijke rechtsgang voldoende rechtsbescherming moet kunnen bieden. Het is dus de vraag of er in het bestuursrecht mogelijkheden zijn om een vaststellingsovereenkomst aan de bestuursrechter voor te leggen, om nakoming van de overeenkomst te vorderen. In beginsel oordeelt de bestuursrechter enkel over publiekrechtelijke rechtshandelingen.

In paragraaf 5.9 is beschreven dat het bij een geslaagde mediation het meest voor de hand ligt om het primaire besluit ambtshalve te herzien onder de voorwaarde dat de burger het bezwaarschrift intrekt. Hierdoor wordt er geen beslissing op het bezwaarschrift genomen, waardoor de burger zich (nog) niet kan wenden tot de bestuursrechter (artikel 8:1 Awb). De burger kan immers alleen tegen een op bezwaar genomen besluit in beroep bij de administratieve rechter (artikel 8:1 Awb). Wanneer de burger overeenkomstig de vaststellingsovereenkomst zijn bezwaar intrekt, maar het primaire besluit wordt niet herzien door de sector Sociale Zaken, dan blijft het primaire besluit van kracht. Daartegen kan de burger weer een bezwaarschrift indienen. Het is echter de vraag of dit, gelet op de ontvankelijkheid, lukt binnen zes weken na bekendmaking van het primaire besluit (artikel 6:7 en 6:8 Awb). Bij de behandeling van het eerste bezwaarschrift zullen namelijk een aantal weken en handelingen aan het eventuele mediationproces vooraf gaan. Hierbij valt te denken aan het doen van nader onderzoek of het plannen van een hoorzitting. In theorie is het echter mogelijk om een tweede bezwaarschrift in te dienen. Op het moment dat de afdeling Bezwaar & Beroep dat bezwaarschrift ongegrond verklaart, ligt de weg naar de bestuursrechter open voor de burger. Daarnaast is het ook mogelijk dat de burger, na intrekking van zijn eerste bezwaarschrift, in een tweede bezwaarschrift aan de afdeling Bezwaar & Beroep verzoekt om in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter (artikel 7:1a lid 1 Awb). Te bedenken valt verder dat de wetgever de mogelijkheden onderzoekt, om burgers het recht te verschaffen rechtstreeks beroep in te stellen bij de bestuursrechter, nadat er een mediation heeft plaatsgevonden in het kader van de bestuursrechtelijke besluitvorming. Deze mogelijkheid zou eventueel als optie kunnen

¹¹⁸ Schutte e.a., p. 112.

¹¹⁹ Verseveld 2006, p. 109.

¹²⁰ Van Wijk e.a., p. 666.

worden toegevoegd aan de uitzonderingen op de verplichte bestuurlijke voorprocedure uit artikel 7:1 lid 1 Awb.

Wanneer de burger de mogelijkheid heeft om beroep in te stellen bij de bestuursrechter, is het vervolgens de vraag in hoeverre de bestuursrechter zich uit zal laten over de inhoud van de vaststellingsovereenkomst. De bestuursrechter zal zich bij de rechtsbescherming tegen het bestuur namelijk alleen beperken tot de rechtmatigheid van het bestreden besluit, zonder het beleid van de gemeente met betrekking tot mediation te toetsen.¹²¹ Bij de rechtmatigheidstoets gaat het om de vraag of het bestuur rechtmatig gehandeld heeft. De rechter zal de vaststellingsovereenkomst daarbij niet inhoudelijk beoordelen.

Bestuursrechtelijk gezien lijkt er voor de burger geen voldoende rechtsbescherming te zijn om nakoming van een vaststellingsovereenkomst te vorderen. Daarom zal de burger zich dus moeten wenden tot de civiele rechter. Bepalend voor de bevoegdheid van de civiele rechter in vorderingen tegen de overheid is het karakter van het zogenaamde petitum (de eis).¹²² Indien de burger stelt in een burgerlijk recht te zijn getroffen, dan is daarmee de bevoegdheid van de civiele rechter gegeven, zo blijkt uit artikel 112 Gw. De bevoegdheid van de rechterlijke macht in vorderingen tegen de overheid is dus afhankelijk van het recht waarin de eiser stelt te zijn getroffen, en niet van het karakter van de achterliggende rechtsverhouding (privaatrechtelijk of publiekrechtelijk). Dit brengt met zich mee dat een burger op grond van artikel 3:296 BW¹²³, een vordering tot nakoming van de vaststellingsovereenkomst door de overheid kan indienen bij de civiele rechter.

Het kan voorkomen dat de afspraken uit een vaststellingsovereenkomst wel worden nagekomen, maar dat de burger een andere interpretatie van de overeenkomst heeft. Wanneer hij in dat geval beroep bij de rechterlijke macht instelt, kan hij worden verweten misbruik te hebben gemaakt van de bevoegdheid om een rechtsmiddel aan te wenden. Een dergelijk beroep zal gelet op het gebrek aan procesbelang waarschijnlijk niet-ontvankelijk worden verklaard. Op die manier wordt benadrukt dat een rechtmatig gesloten vaststellingsovereenkomst definitief het einde betekent van het geschil en de gerechtelijke procedures daarover.¹²⁴ Dit zal vóór het tekenen van een mediationovereenkomst dan ook duidelijk moeten zijn voor de burger.

Men kan zich afvragen welke redenen de overheid kan hebben om afspraken uit een vaststellingsovereenkomst niet na te komen. Op het moment dat de sector Sociale Zaken instemt om voor mediation te kiezen, is zij er op gericht om het geschil in der minne op te lossen. Als er uiteindelijk een vaststellingsovereenkomst ondertekend wordt, zal de sector Sociale Zaken er belang bij hebben dat de gemaakte afspraken van beide kanten worden nagekomen. Wanneer de sector zich niet houdt aan de afspraken, kan zij verwachten dat de burger actie onderneemt. Het hele idee van mediation is juist om formele (gerechtelijke) procedures te vermijden. Hoe dan ook moet de rechtsbescherming voor de burger ook tijdens een informele procedure als mediation, te allen tijde met voldoende waarborgen zijn omkleed.

5.11 Afstand van rechtsbescherming

De rechtsbescherming tegen de overheid, waar burgers een beroep op kunnen doen, staat vaak in het teken van het bindend beslechten van een geschil over een besluit. Bij mediation daarentegen, wordt er geen bindende uitspraak gedaan, maar bepalen de partijen zelf hoe

¹²¹ Van Wijk e.a. 2005, p. 503.

¹²² Verseveld 2006, p. 109.

¹²³ Vordering tot nakoming.

¹²⁴ De Graaf 2005.

de oplossing er uit zal zien.¹²⁵ Wanneer de sector Sociale Zaken en een burger voor mediation kiezen, nadat er een bezwaarschrift is ingediend, zullen zij de formele bezwaarschriftprocedure (tijdelijk)¹²⁶ moeten uitstellen. Tijdens het mediationproces worden vervolgens afspraken gemaakt, die uiteindelijk in een vaststellingsovereenkomst worden vastgelegd. Zo kan er tijdens mediation bijvoorbeeld worden afgesproken dat de burger zijn bezwaarschrift intrekt, en dat de sector Sociale Zaken haar primaire besluit dusdanig wijzigt¹²⁷ dat er gedeeltelijk of geheel aan de originele aanvraag wordt tegemoetgekomen. Er wordt in dat geval geen besluit genomen op het bezwaar, maar het primaire besluit wordt ambtshalve herzien. Tegen een wijziging van een primair besluit kan de burger vervolgens weer bezwaar instellen, met als gevolg dat de afdeling Bezwaar en Beroep zich alsnog over een bezwaarschrift moet buigen. Het is echter de vraag of een indiener van een bezwaarschrift na een (gedeeltelijk) geslaagde mediation, alsnog bezwaar zal aantekenen. Hij heeft tijdens de mediation immers vrijwillig de vaststellingsovereenkomst ondertekend. Als hij het er niet mee eens was, had hij de overeenkomst waarschijnlijk ook niet ondertekend, maar theoretisch gezien kan de burger alsnog een bezwaarschrift indienen. Dit kan eventueel minder aantrekkelijk worden gemaakt, door een boeteclausule op te nemen in de vaststellingsovereenkomst. Hierdoor blijft de rechtsbescherming gewaarborgd, want het recht om een bezwaarschrift in te dienen wordt niet uitgesloten.

Voor de sector Sociale Zaken zou het tevens aantrekkelijk zijn als er een mogelijkheid is om de burger afstand te laten doen van haar beroepsrecht of het recht om een bezwaarschrift in te dienen, en om dat in de vaststellingsovereenkomst vast te leggen. Er bestaat op dit moment echter geen bepaling die het mogelijk maakt om afstand te doen van rechtsbescherming.¹²⁸ Op grond van artikel 7:1a Awb kan men de bezwaarschriftprocedure weliswaar met wederzijds goedvinden overslaan, maar alleen dan wanneer er rechtstreeks beroep wordt ingesteld. Daarnaast bepaalt artikel 17 Gw dat men niet tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.¹²⁹ De laatste jaren wordt er echter steeds vaker een pleidooi gehouden voor de mogelijkheid om rechtsgeldig afstand te kunnen doen van beroepsrecht.¹³⁰ Zo stelde de commissie Polak, in haar rapport over de toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, onder meer voor om een mogelijkheid voor het hele bestuursrecht te openen om afstand van beroepsrecht te doen (bijvoorbeeld in een vaststellingsovereenkomst na mediation).¹³¹ Tevens werd er voorgesteld om in de Awb op te nemen dat de termijnen voor het beslissen op bezwaar en beroep worden verlengd, zolang er een mediation loopt. Beide voorstellen werden gedaan om mogelijkheden te creëren om mediation beter in het systeem van bestuursrecht en bestuursrechtspraak in te passen.

5.12 Termijnen uit de Awb en mediation

In hoofdstuk 3 is reeds beschreven dat de afdeling Bezwaar en Beroep zich in beginsel moet houden aan een termijn van zes weken, waarbinnen zij een bezwaarschrift moet afhandelen, tenzij zich een uitzondering voordoet. Wanneer de sector Sociale Zaken en een burger voor mediation kiezen, nadat er een bezwaarschrift is ingediend, zullen zij de formele

¹²⁵ Vreugdenhil 2005, p. 15.

¹²⁶ De termijnen uit de Awb zullen moeten worden opgeschort; Wanneer een mediation mislukt, zal er alsnog een beslissing op het bezwaar moeten komen.

¹²⁷ Artikel 53a sub 2 Wwb maakt het bijvoorbeeld mogelijk om een eerder genomen besluit omtrent een bijstandsuitkering te herzien.

¹²⁸ Lees: afstand van bezwaar en/of beroep.

¹²⁹ Men kan zich afvragen of dat indirect impliceert dat een burger wel afstand kan doen van zijn beroepsrecht wanneer hij daar vrijwillig mee instemt.

¹³⁰ Vgl. Verseveld 2006, p. 110. Zie ook Allewijn 2007, p. 152.

¹³¹ Allewijn 2007, p. 152.

bezwaarschriftprocedure (tijdelijk) moeten uitstellen. Artikel 9 van het NMI Reglement bepaalt immers dat partijen elkaar tijdens mediation niet in of buiten rechte mogen bestrijden. De bij de aanvang van mediation al aanhangige procedures moeten worden opgeschort voor de duur van de mediation. Een mogelijkheid hiervoor ligt in artikel 7:10 lid 4 van de Awb, waarin is bepaald dat uitstel mogelijk is, voor zover de indiener van het bezwaarschrift daarmee instemt en andere belanghebbenden daardoor niet in hun belangen kunnen worden geschaad. In de praktijk zal toepassing van dit artikel waarschijnlijk weinig problemen opleveren. Wanneer partijen akkoord gaan met de opschorting, en er wordt uiteindelijk een vaststellingsovereenkomst ondertekend, eindigt zoals gezegd de mediation. De oorspronkelijke termijnen van de Awb herleven op dat moment weer. Dit is in eerste instantie van belang voor de rechtsbescherming van de burger. Als de sector Sociale Zaken uiteindelijk geen besluit neemt overeenkomstig de gesloten vaststellingsovereenkomst, dan moet de burger een mogelijkheid hebben om druk uit te oefenen. Daarnaast kan het voorkomen dat de burger tijdens het mediationproces besluit dat hij alsnog wil dat de gemeente zijn bezwaarschrift volgens de formele bezwaarschriftprocedure afhandelt, bijvoorbeeld vanwege het uitblijven van resultaat. Hij kan dan de mediation beëindigen.¹³² Ook in dat geval herleven de termijnen van de Awb weer.

¹³² De gemeente heeft die mogelijkheid vanzelfsprekend ook.

6 Conclusies

Het doel van het onderzoek was om de belangrijkste juridische aspecten te beschrijven, die door de afdeling Bezwaar & Beroep van de sector Sociale Zaken moeten worden meegenomen in de besluitvorming over de toepassing van mediation tijdens de formele bezwaarschriftprocedure. Daarnaast zijn ook de algemene en organisatorische aspecten onderzocht die van belang zijn voor de eventuele toepassing van mediation. In dit hoofdstuk zijn de conclusies van het onderzoek beschreven.

6.1 Algemeen

- Mediation is een procedure van conflictoplossing waarbij een neutrale onafhankelijke derde, de mediator, zich richt op het herstellen van de verstoorde communicatie tussen partijen en ze helpt zoeken naar oplossingen voor hun conflict, die rekening houden met de belangen van alle betrokkenen.
- Het mediationproces start met de ondertekening van een mediationovereenkomst. Een geslaagde mediation eindigt met de ondertekening van een vaststellingsovereenkomst.
- De afdeling Bezwaar & Beroep maakt tijdens de bezwaarschriftprocedure gebruik van mediationvaardigheden middels de Andere Aanpak. Vooral in het geval van miscommunicatie is deze methode succesvol.
- De kracht van mediation is gelegen in het informele karakter en het vermogen om zich los van regels en procedures aan te passen aan behoeften en omstandigheden.
- Mediation biedt ruimte om te voldoen aan de door burgers geformuleerde kenmerken van een faire procedure.
- Tijdens het mediationproces gelden twee belangrijke uitgangspunten: vertrouwelijkheid en vrijwilligheid.
- Door toepassing van mediation(vaardigheden) kan de afstand tussen de burger en de overheid slinken, waardoor het wederzijdse begrip groter kan worden.

6.2 Organisatorisch

- Burgers ervaren het als frustrerend wanneer alleen "over" hen beslist wordt, zonder dat zij voldoende bij die beslissing worden betrokken. Burgers waarderen het als de overheid de tijd neemt om hen op een informele wijze persoonlijk te benaderen.
- Burgers zijn vaak al tevreden als er serieus naar hen wordt geluisterd en als er tijdig een besluit wordt genomen. De meerwaarde van mediation kan worden bereikt als het persoonlijk contact leidt tot een adequate afhandeling van het bezwaar.
- Er zijn situaties waarin mediation in het kader van de Wmo en de Wwb succesvol toegepast kan worden tijdens de bezwaarschriftprocedure.
- De Andere Aanpak kan escalatie van een geschil vaak voorkomen, waardoor mediation niet toegepast hoeft te worden.
- De sector Sociale Zaken geeft individuele beschikkingen af, waardoor er zelden tot nooit derde belanghebbenden zijn op het gebied van de Wmo en de Wwb. Dit maakt het eenvoudiger om mediation toe te passen.
- Wanneer mediation wordt toegepast tijdens de bezwaarschriftprocedure moet het duidelijk zijn wie er kiest voor mediation, op welk moment en in welk geval.
- Door in beleidsregels zo duidelijk mogelijk vast te leggen wanneer er mogelijkheden zijn voor de toepassing van mediation, kan er worden verantwoord waarom er onderscheid wordt gemaakt tussen bezwaarschriften die wel middels mediation worden afgehandeld en bezwaarschriften die via de formele procedure worden

afgehandeld.

- Wanneer de afdeling Bezwaar & Beroep en de burger instemmen met de toepassing van mediation, na ontvangst van een bezwaarschrift, zijn er formeel gezien drie uitkomsten mogelijk:
 - de burger besluit het bezwaarschrift in te trekken;
 - mediation slaagt en er wordt een vaststellingsovereenkomst ondertekend, waarin wordt afgesproken dat de sector Sociale Zaken het primaire besluit wijzigt onder de voorwaarde dat de burger het bezwaarschrift intrekt;
 - mediation slaagt niet en de formele bezwaarschriftprocedure wordt alsnog doorlopen.
- Bij geschillen over de uitvoering van afspraken uit een vaststellingsovereenkomst, moeten partijen zich eerst wenden tot de mediator, voordat zij een beroep kunnen doen op een bevoegde rechter.
- Wwb-kanten zullen waarschijnlijk in aanmerking komen voor een subsidie van de Raad voor de Rechtsbijstand om de kosten van mediation te kunnen betalen, omdat bij hen het inkomen onder het wettelijk minimum ligt.
- Wmo-kanten zullen de kosten voor mediation naar alle waarschijnlijkheid zelf moeten betalen en daardoor minder snel geneigd zijn om voor mediation te kiezen.
- Voor de sector Sociale Zaken bestaat het risico dat zij na mediation, in een eventuele latere procedure bij de rechtbank, alsnog wordt veroordeeld tot betaling van de proceskosten aan de burger.
- Vanwege het feit dat er slechts één medewerker van de afdeling Bezwaar & Beroep gemandateerd is om de sector Sociale Zaken te vertegenwoordigen tijdens mediation, is veelvuldige toepassing van mediation tijdens de bezwaarschriftprocedure op dit moment niet praktisch.
- Wanneer de afdeling Bezwaar & Beroep en een burger voor mediation kiezen, zullen zij de bezwaarschriftprocedure tijdelijk moeten uitstellen. Een mogelijkheid hiervoor ligt in artikel 7:10 lid 4 Awb.

6.3 Juridische aspecten

- Tijdens het gehele mediationproces gelden de a.b.b.b. voor de afdeling Bezwaar & Beroep, omdat bestuursorganen zich ook bij hun privaatrechtelijke rechtshandelingen aan de a.b.b.b. moeten houden. Daarnaast moet de afdeling Bezwaar & Beroep zich tijdens mediation onverminderd houden aan de wet en jurisprudentie.
- Onderhandelingsruimte voor de vertegenwoordiger van de afdeling Bezwaar & Beroep vormt een belangrijke factor voor een geslaagde mediation.
- Door de wet, jurisprudentie en a.b.b.b. wordt de onderhandelingsruimte voor de afdeling Bezwaar & Beroep tijdens mediation beperkt, maar niet uitgesloten.
- Uit jurisprudentie met betrekking tot het formele zorgvuldigheidsbeginsel volgt dat er een rechtsplicht bestaat voor bestuursorganen, om de mogelijkheden van een minnelijke oplossing te onderzoeken.
- De beperkte belangenafweging in het kader van het specialiteitsbeginsel vormt geen belemmering voor de bij mediation gewenste integrale behandeling van een conflict. Het is aan de afdeling Bezwaar & Beroep om uiteindelijk te onderzoeken in hoeverre een oplossing (publiekrechtelijk) gerealiseerd kan worden.
- Op grond van het vertrouwensbeginsel moet de burger er op kunnen vertrouwen dat afspraken die in een door beide partijen ondertekende vaststellingsovereenkomst zijn vastgelegd, ook daadwerkelijk worden nagekomen door de sector Sociale Zaken.
- De keuze om af te wijken van de formele bezwaarschriftprocedure, moet op grond van het gelijkheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel verantwoord en gemotiveerd kunnen worden, om eventuele precedentwerking te voorkomen.
- Het vertrouwelijke karakter van mediation hoeft niet te botsen met de bepalingen uit

de Wob.

- Informatie die tijdens mediation voortkomt uit mondelinge communicatie en die niet wordt vastgelegd in een verslag, hoeft niet openbaar beschikbaar te worden gemaakt.
- De onafhankelijkheid van een mediator moet te allen tijde gewaarborgd zijn. Zowel het gebruik van een interne mediator als het gebruik van een externe mediator brengt voor- en nadelen met zich mee.
- Door de ondertekening van een vaststellingsovereenkomst wordt een geschil beëindigd, maar de nieuwe bestuursrechtelijke rechtstoestand ligt daarmee nog niet vast.
- De vaststellingsovereenkomst is niet te kwalificeren als besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Daarom zal er na ondertekening van de vaststellingsovereenkomst in de meeste gevallen nog een publiekrechtelijk besluit moeten worden genomen.
- Het ligt bij een geslaagde mediation het meest voor de hand om in de vaststellingsovereenkomst op te nemen dat het primaire besluit ambtshalve wordt herzien, onder voorwaarde dat de burger het bezwaarschrift intrekt.
- Gelet op de geheimhoudingsplicht die tijdens mediation geldt, moet de vertegenwoordiger van de afdeling Bezwaar & Beroep mandaat hebben om tijdens mediation een mediation- en vaststellingsovereenkomst te ondertekenen. Daarnaast moet de medewerker van de primaire afdeling een geheimhoudingsverklaring ondertekenen, zodat er intern overleg kan plaatsvinden tussen die medewerker en de vertegenwoordiger van de afdeling Bezwaar & Beroep.
- In de praktijk zal het verleende mandaat zo ver moeten reiken, dat de vertegenwoordiger van de afdeling Bezwaar & Beroep de mogelijkheid heeft om binnen de regels en in overleg met de primaire afdeling het primaire besluit te wijzigen.
- In het bestuursrecht lijkt er voor de burger niet voldoende administratieve rechtsbescherming te zijn om nakoming van een vaststellingsovereenkomst te vorderen. Een vordering tot nakoming van de vaststellingsovereenkomst kan op grond van artikel 3:296 BW wel bij de civiele rechter worden ingediend.
- Op dit moment bestaan er geen mogelijkheden om een burger afstand van rechtsbescherming te laten doen. Door een boeteclausule op te nemen in de vaststellingsovereenkomst, kan het voor een burger minder aantrekkelijk worden gemaakt om opnieuw een bezwaarschrift in te dienen.

Over het geheel kan worden geconcludeerd dat er geen expliciete redenen zijn om aan te nemen dat toepassing van mediation tijdens de formele bezwaarschriftprocedure geen kans van slagen heeft. Toepassing van mediation tijdens de bezwaarschriftprocedure heeft voor de afdeling Bezwaar & Beroep een meerwaarde, voor zover er sprake is van een verstoorde communicatie en partijen er samen niet meer uitkomen. De bevindingen van het onderzoek leiden tot de conclusie dat zowel de invoering als de uitvoering van mediation tijdens de bezwaarschriftprocedure, gelet op de juridische haken en ogen, de nodige zorgvuldige voorbereiding verlangt.

7 Aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden aanbevelingen gedaan voor de besluitvormingsfase en de eventuele uitvoeringsfase van mediation.

7.1 Besluitvormingsfase

1. *Voorkomen is beter dan genezen.*

Dat is een belangrijke reden om op dit moment in elk geval het gebruik van de Andere Aanpak en mediationvaardigheden op de afdeling Bezwaar & Beroep te stimuleren, ook tijdens een hoorzitting. Wellicht kan ook de primaire afdeling al voor het nemen van een besluit contact opnemen met de burger, om te controleren of de gegevens waarop het te nemen besluit is gebaseerd kloppen en om de motivatie voor dat besluit toe te lichten. Op die manier kunnen latere procedures eventueel worden voorkomen. Het is in elk geval aan te raden om medewerkers binnen de sector Sociale Zaken bewust te maken van het feit dat een goede communicatie (escalatie van) geschillen kan voorkomen. Proactief handelen is daarvoor een vereiste.

2. *Al doende een gedragslijn ontwikkelen*

Vanwege het feit dat gemeenten de mogelijkheden van mediation in het bestuursrecht nog aan het ontdekken zijn, is het aan te bevelen om al doende een gedragslijn te ontwikkelen met betrekking tot mediation tijdens de bezwaarschriftprocedure, voordat de mogelijkheden voor mediation in een beleidsregel worden opgenomen.

3. *Onderzoek de praktisch juridische (on-)mogelijkheden van mediation tijdens de bezwaarschriftenprocedure*

Er zou een pilot opgestart kunnen worden met betrekking tot mediation, waarin men vooral de praktisch juridische (on-)mogelijkheden van mediation tijdens de bezwaarschriftenprocedure onderzoekt. Met een pilot “mediation” kan er voorlopig een nadere invulling worden gegeven aan het doel van de dienst Publiekszaken om meer klantgericht te handelen. De afdeling Bezwaar & Beroep kan tevens leren om geschillen op een andere manier aan te pakken en waar mogelijk verdere juridisering en escalatie te voorkomen.

4. *Werkwijze vastleggen in een beleidsregel*

Als na enige ervaring blijkt dat mediation een bruikbare uitbreiding is van de huidige mogelijkheden om bezwaarschriften af te handelen, kan men besluiten om het ontwikkelde beleid in een beleidsregel vast te leggen. Wanneer er echter te weinig gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden van mediation, zal dit waarschijnlijk niet nodig zijn.

5. *Bewust kiezen voor mediation*

De eventuele keuze voor mediation moet een bewuste en doordachte keuze zijn. Hiervoor is het van belang dat de waarde van mediation voor de praktijk van de sector Sociale Zaken

wordt onderzocht, en onder de aandacht van de medewerkers wordt gebracht.

6. *Cultuuromslag binnen de sector Sociale Zaken*

De mate van succes is zowel afhankelijk van de inzet van de medewerkers van de afdeling Bezwaar & Beroep, als van de inzet van de burger. Om medewerkers enthousiast te maken voor de toepassing van mediation, zal er een cultuuromslag binnen de sector Sociale Zaken plaats moeten vinden.

7. *Vertegenwoordiging tijdens mediation*

Tijdens een eventuele pilot is het aan te bevelen om aan minstens twee medewerkers van de afdeling mandaat te verlenen om de benodigde overeenkomsten tijdens mediation te ondertekenen. Op die manier komt niet alle druk op één persoon te liggen. Wellicht kan de teammanager één of meerdere zaken overnemen.

8. *Starten met een interne mediator*

Het is aan te bevelen om te starten met een interne mediator. Een interne mediator kan collega's wellicht coachen en trainen in de toepassing van mediationvaardigheden. Uit de praktijk moet blijken of het gebruik van een interne mediator problemen oplevert voor de vertrouwelijkheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid.

7.2 **Uitvoeringsfase**

Wanneer er uiteindelijk wordt besloten dat mediation tot de mogelijkheden behoort om een geschil af te handelen, is het aan te bevelen om:

- mediation pas in te zetten na ontvangst van een bezwaarschrift. Voor geschillen in de primaire fase is mediation een te zwaar middel;
- (openbaar) kenbaar te maken in welke gevallen de afdeling Bezwaar & Beroep over het algemeen bereid is om op verzoek een bezwaarschrift via mediation af te handelen;
- de (contra-)indicaties voor mediation van het NMI te raadplegen om te bepalen of mediation in een concrete situatie ingezet kan worden;
- in de ontvangstbevestiging van een bezwaarschrift de eventuele mogelijkheden van mediation te vermelden;
- aan indieners van bezwaarschriften de mogelijkheid te bieden om zelf een voorstel voor mediation te doen. Indien een dergelijk voorstel afgewezen wordt, moet de reden hiervoor duidelijk worden gemotiveerd;
- er tijdens mediation voor te waken dat er voorzichtig wordt omgegaan met het doen van toezeggingen;
- tijdens mediation zo min mogelijk verslag te maken van mondelinge mededelingen. Indien dat wel gebeurt, moet men zich ervan bewust zijn dat die informatie wellicht openbaar moet worden gemaakt op grond van de Wob;
- in de vaststellingsovereenkomst een boeteclausule op te nemen om verdere procedures te vermijden.

Bronnenlijst

Boeken

Allewijn 2007

D. Allewijn, *Met de overheid om tafel. Vertrouwen in de overheid als centraal thema in mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Baarda e.a. 2005

D.B. Baarda e.a., *Basisboek kwalitatief onderzoek. Handleiding voor het opzetten en uitvoeren van kwalitatief onderzoek*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2005.

Graaf, de 2004

K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004

Koning, de & Brouwer 2008

A.M. de Koning & J. Brouwer, *Methode Overijssel: bouwen aan vertrouwen*, Rotterdam: Nederlands Mediation Instituut 2008

Laemers e.a. 2007

M.T.A.B. Laemers e.a., *Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006. Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger; stand van zaken in theorie en eerder onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Schutte e.a. 2007

E. Schutte e.a., *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Vreugdenhil 2005

M.D. Vreugdenhil, *Mediation in de praktijk*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005.

Tijdschriften / Artikelen

Brenninkmeijer 2004

A.F.M. Brenninkmeijer, "Mediation als middel voor effectieve en efficiënte conflictoplossing in het bestuursrecht", *NTB* 2004-6, p. 201-211.

Franssen 2008

P.E.M. Franssen, "De afhandeling van bezwaarschriften: kan het ook anders?", *JBa* 2008-182, p. 254-257.

Graaf, de 2005

K.J. de Graaf, "Mediation en bestuursrecht?", *Openbaar bestuur* 2005-8, p. 33-36.

Tolsma 2006

H.D. Tolsma, "Bemiddelen in de besluitvormingsfase. Een plicht voor het bestuur?", *NTB* 2006-3, p. 69 - 75.

Tolsma 2008

H.D. Tolsma, "Het specialiteitsbeginsel en bemiddelend bestuur", *JB plus* 2008 10-3, p. 126-136.

Verseveld 2006

M.J.A. Verseveld, "Mediation naast rechtspraak in het bestuursrecht. Juridische aspecten

van mediation hangende een bestuursrechtelijke procedure.”, *JB Plus* 2006 8-3, p. 104-113.

Internet

Masselink 2007

E. Masselink, *Bestuursrecht en mediation. Een kwestie van belangen afwegen*, WWW <http://www.gemeentemediation.nl/default2.asp?active_page_id=137> (Geraadpleegd op 15 september 2008)

Mediationtoets 2008

Mediationtoets, *Eindtermen kunde, vaardigheden en gedrag*, WWW, <<http://www.mediationtoets.nl/422.htm>> (Geraadpleegd op 26 september 2008)

NMI 2008

NMI, *Wat is mediation?*, WWW, <<http://www.nmi-mediation.nl>> (Geraadpleegd op 2 oktober 2008)

Provincie Overijssel 2008

Provincie Overijssel, *Mediation: oplossing door bemiddeling*, WWW <http://provincie.overijssel.nl/ambtelijke/methode_overijssel/mediation> (Geraadpleegd op 10 oktober 2008)

Regering 2008

Regering, *Beleidsprogramma 2007-2011*, WWW <http://www.regering.nl/Het_kabinet/Beleidsprogramma_2007_2011> (Geraadpleegd op 8 september 2008)

Raad van State 2008

Raad van State, *Mediation*, WWW <http://www.raadvanstate.nl/onze_werkwijze/mediation> (Geraadpleegd op 11 september 2008)

Raad voor de Rechtsbijstand 2008

Raad voor de Rechtsbijstand, *Te duur? Subsidie voor mediation mogelijk*, WWW <http://www.rvr.org/nl/subhome_rz/mediation/WKH,Te-duur--Tegemoetkoming-in-de-kosten-mogelijk.html> (Geraadpleegd op 3 oktober 2008)

De Rechtspraak 2008

De Rechtspraak, *Informatie voor partijen*, WWW <<http://www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Mediation+naast+rechtspraak/Informatie+voor+partijen/#Wat%20kost%20mediation>> (Bezocht op 3 oktober 2008)

Jurisprudentie

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, 28 juni 1993, *AB* 1994, 422

Hoge Raad, 28 februari 1992, *NJ* 1992, 687 (Changoe-arrest)

Hoge Raad, 31 december 1915, *NJ* 1916, 407 (Guldemonnd-Noordwijkerhout)

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 2004/05, 29 528 en 29 540, nr. 3 (Verslag II)

Kamerstukken II 2006/07, 29 528, nr. 5

Rapporten, scripties en niet gepubliceerde teksten

Brochure Mediation naast rechtspraak 2007

De Rechtspraak, *Mediation naast rechtspraak*, Amsterdam 2007

Cijfers over 2005 - 2007 over NMI-mediators 2007

Nederlands Mediation Instituut, *Cijfers over 2005 - 2007 over NMI-mediators*, 2007

Eindrapport onderzoek Wmo en mediationvaardigheden 2007

Nederlands Mediation Instituut, *Eindrapportage onderzoek Wmo en mediationvaardigheden. "Bezwaren bij de Wmo: van proceduregericht naar oplossingsgericht*, 2007

Eindverslag project mediation bij bezwaar en beroep 2005

UWV, *Samen werken aan de oplossing voor het bezwaar. Eindverslag project Mediation bij Bezwaar en Beroep*, 2005

Evaluatie en onderzoeksresultaten van het Project Mediation 2003

Projectbureau Mediation, *Evaluatie en onderzoeksresultaten van het Project Mediation*, 2003.

Handreiking mediation 2008

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Handreiking Mediation: "Een luisterend oor"*, 2008

Jaarverslag van de Nationale Ombudsman over 2007

De Nationale Ombudsman, *Burgerschap verzilverd. Verslag van de Nationale ombudsman over 2007*, 2007

Klantentevredenheidsonderzoek afdeling Bezwaar en Beroep Gemeente Tilburg 2005

Dienst Beleidsontwikkeling Gemeente Tilburg, *Klantentevredenheidsonderzoek. Bezwaar en Beroep*, Tilburg 2005

Kwaliteit van rechtsbescherming. Uitspraken over de bezwaarschriftenprocedure 2008

Rekenkamercommissie gemeente Heerenveen, *Kwaliteit van rechtsbescherming. Uitspraken over de bezwaarschriftenprocedure*, 2008.

Onderzoek naar de behandeling van burgerbrieven 2008

De Nationale Ombudsman, *Behandeling burgerbrieven kan behoorlijker. Onderzoek uit eigen beweging naar de behandeling van burgerbrieven in 2007 door de ministeries*, 2008

Persbericht Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2008

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Toepassing mediationvaardigheden door overheid scheelt veel tijd en geld*, 2008

Projectplan Gemeente Tilburg 2008

J. van der Wiel, *Projectplan Mediation. "de Andere Aanpak"*, Tilburg 2008

Sectorplan Sociale Zaken 2008

Sector Sociale Zaken, *Sectorplan 2008 Sociale Zaken. De basis verder op orde*, Tilburg 2008.

Bijlage 1: Escalatieladder van Glasl



