

## Hoofdstuk 1

# Inleiding

### 1.1 Inleiding

Een schikking is een overeenkomst tussen partijen over de tussen hen te gelden rechtsbetrekking, welke de strekking heeft definitief en rechtsgeldig een einde te maken aan hun juridische geschil en aan de gerechtelijke procedure waarin dat geschil aan de orde is. De mogelijkheden en consequenties van *schikken in het bestuursrecht* zijn onderwerp van dit onderzoek.

Bij een schikking kan worden gedacht aan een verzoening in ethische of relationele zin, maar ook aan een zakelijke, rationele beslissing van de bij een geschil betrokken rechtssubjecten. Op talloze gronden kunnen deze rechtssubjecten besluiten dat het beter is te schikken dan (verder) te procederen bij de overheidsrechter. Gedurende een gerechtelijke procedure is het mogelijk dat partijen wensen te schikken. Ook in het bestuursrecht.

Een geschil in een bestuursrechtelijke procedure is een verschil van mening tussen een bestuursorgaan en een of meer burgers over ofwel feiten en omstandigheden ofwel wederzijdse rechten en plichten. Partijen kunnen enerzijds, rekening houdend met de meest recente gebeurtenissen, een schikking treffen over de vaststelling van de feiten. Zij verwachten daaraan ook te zijn gebonden indien achteraf blijkt dat de schikking niet overeenkomt met de objectieve waarheid. Anderzijds kunnen partijen schikken over de tussen hen geldende rechten en plichten, zonder dat een verschil van mening bestond over de feiten. Aan de schikking wensen partijen te worden gehouden, ook wanneer achteraf blijkt dat een andere rechtsverhouding tussen hen bestond. Doordat partijen zelfstandig de feitelijke en juridische aspecten van de tussen hen te gelden rechtsverhouding bepalen,<sup>1</sup> is elke schikking een uitdrukking van de autonomie van partijen. Omdat de schikking wordt geacht de definitieve beëindiging te zijn van hun geschil en de daarop betrekking hebbende gerechtelijke procedure, zien partijen af van verdere rechtsbescherming door een overheidsrechter.

---

1. Zie Black 1993, p. 83.

Aanleiding voor dit onderzoek is ten eerste de belangrijke notie dat partijen primair zelf verantwoordelijk zijn voor de beëindiging van het geschil waarbij zij betrokken zijn.<sup>2</sup> Reeds daarom is het interessant om de mogelijkheden en consequenties van schikken, als uitdrukking van die verantwoordelijkheid en als vorm van geschilafdoening buiten de rechter om,<sup>3</sup> te onderzoeken. Hoewel overheidsrechtspraak onmisbaar is voor elke samenleving, kleven aan het doorlopen van een gerechtelijke procedure nadelen. Het betreft een formeel en langdurig proces dat aanzienlijke kosten met zich mee kan brengen en waarvan de uitkomst onzeker is. Mede vanwege de belasting van de overheidsrechtspraak wordt in recente wetenschappelijke rapporten (hernieuwde) aandacht gevraagd voor de mogelijkheid dat partijen door het bereiken van consensus hun geschil beëindigen.<sup>4</sup> Ook de overheid tracht te stimuleren dat geschillen zo vaak als redelijkerwijs mogelijk buiten de overheidsrechter om worden afgedaan, waarbij vooral het proces van mediation aandacht krijgt.<sup>5</sup>

Een tweede aanleiding voor dit onderzoek is de wens bestuursrechtspraak te laten voldoen aan de verwachtingen van de gebruikers. Het definitief beslechten van bestuursrechtelijke geschillen, zodat de rechtsverhouding tussen partijen vast wordt gesteld, blijkt echter geen sinecure.<sup>6</sup> Het geschil betreft steeds een eenzijdige beslissing van een bestuursorgaan. De bestuursrechter is slechts groepen die beslissing aan het recht te toetsen. Anders dan de burgerlijke rechter kan hij niet (altijd) een bindende uitspraak doen over de tussen partijen te gelden rechtsverhouding. De door partijen gewenste rechtszekerheid over hun rechtsverhouding kan wellicht worden bereikt door te schikken. Dat de bestuursrechter tekortschiet ten aanzien van de wens de aan hem voorgelegde geschillen efficiënt, effectief en definitief te beslechten, wordt in de literatuur en de praktijk geconstateerd en blijkt ook uit beleidsvoornemens van de regering.<sup>7</sup> Omdat wordt gepleit voor een bestuursrechter die meer lijkt op zijn collega in het burgerlijk recht, is de mate waarin tussen – de grondslagen van – beide procedures convergerende tendensen bestaan, tevens aanleiding geweest voor dit onderzoek.

Paragraaf 1.2 van dit inleidende hoofdstuk betreft de centrale onderzoeksvraag en de gehanteerde methode. In paragraaf 1.3 wordt een tweetal aspecten van schikken nader uitgewerkt en in paragraaf 1.4 staat de onderzoeksopzet centraal. Afgesloten wordt met het plan van behandeling in paragraaf 1.5.

- 
2. Zie *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 352, nr. 2, p. 4; *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 279, nr. 1, p. 7-8; Scheltema 2004, p. 3.
  3. Schikken is niet per definitie mooier of beter dan rechtspraak, zie Eykman e.a. 1998, p. 5.
  4. Zie Polak e.a. 2004, p. 160 e.v.; Asser e.a. 2003, p. 47 e.v.
  5. Zie voor de doelstelling van het beleid *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 352, nr. 19, p. 3 en 7; vgl. Brenninkmeijer 2004; zie ook de evaluatie van verschillende mediationprojecten in Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003; ook de ABRvS doet ervaring op met mediation, zie Bekkers 2004, p. 22.
  6. Zie onder andere Pront-Van Bommel 2002; Polak 2000a; Van Ettehoven 2001; Pach 2001; Van der Vlies 2001; Schueler 1994.
  7. PG Awb II, p. 175; *Kamerstukken II* 2003-2004, 25 425, nr. 7, p. 9; *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 600 (VI), nr. 46, p. 1 e.v.; *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 200 (VI), nr. 2, p. 112 e.v.

## 1.2 Onderzoeksvraag en methode

Van het begrip schikking werd reeds in de inleidende zinnen van paragraaf 1.1 een definitie gegeven. In paragraaf 1.3 zal nog een tweetal karakteristieke aspecten van de schikking worden behandeld. Dit onderzoek moet uitwijzen welke mogelijkheden en consequenties schikken in het bestuurs(proces)recht heeft. Het onderzoek concentreert zich op de beantwoording van de volgende twee centrale vragen.

*Welke mogelijkheden kent het materiële bestuursrecht om te komen tot een schikking?*

Deze eerste vraag richt zich op de mogelijkheden van partijen om – eventueel ook voorafgaand aan een gerechtelijke procedure – tot een schikking te komen in het materiële bestuursrecht. Beantwoording van deze vraag dient niet alleen de spanning tussen schikken en materieel bestuursrecht bloot te leggen, maar tevens inzicht te bieden in de grenzen die het recht stelt aan de mogelijkheid een bestuursrechtelijk geschil uit de wereld te helpen door middel van een schikking. Eerst wanneer duidelijk is dat het materiële bestuursrecht mogelijkheden biedt om tot een schikking te komen in bestuursrechtelijke geschillen, kan een antwoord worden geformuleerd op de tweede onderzoeksvraag.

*Welke consequenties moeten aan het treffen van een schikking worden verbonden in het bestuursprocesrecht?*

Deze tweede vraag richt zich, en daar ligt het zwaartepunt van het onderzoek, op de consequenties die in het bestuursprocesrecht moeten worden verbonden aan het treffen van een schikking. Beantwoording van deze vraag dient, opdat de consequenties van een schikking kunnen worden beredeneerd,<sup>8</sup> ook de spanning tussen schikken en bestuursprocesrecht aan de orde te stellen. Vervolgens zullen de consequenties in de bestuursrechtelijke procedure in kaart worden gebracht. Daarbij speelt een grote rol dat de schikking onder meer uitdrukking is van de wens van partijen de gerechtelijke procedure te beëindigen.

Voor de beantwoording van de onderzoeksvragen wordt de volgende methode gehanteerd. Het betreft een juridisch onderzoek dat gebruik maakt van de klassieke juridische methodologie. Vanuit het idee dat eenheid bestaat in de Nederlandse rechtsorde, worden literatuur, jurisprudentie en wetgeving onderzocht teneinde tot een beoordeling te komen van het geldende recht.<sup>9</sup> Die beoordeling moet duidelijkheid scheppen voor vergelijkbare situaties in de toekomst. Een belangrijke mogelijkheid om tot een goede beoordeling te komen, vormt rechtsvergelijking. Dit onderzoek is daarom zowel intern als extern rechtsvergelijkend van aard.<sup>10</sup> Deze methode is om een tweetal redenen aantrekkelijk.

8. Het onderzoek heeft ook betekenis voor de consensuele geschilbeëindiging voorafgaand aan een gerechtelijke procedure.

9. Zie daarover Hirsch Ballin 1991, p. 95 e.v.

10. Zie ook Embregts 2003, p. 3 e.v.; Bloembergen 1977, p. 125 e.v.; Brenninkmeijer 1991b, p. 1 e.v.; Van Wijmen 1991; Blaauw 1991; vgl. Pintens 1998, p. 33 e.v.

Ten eerste vindt interne rechtsvergelijking plaats door het bestuursprocesrecht te vergelijken met het burgerlijk procesrecht. Vaak wordt gesteld dat de beide procedures convergeren zodat in de toekomst een zekere mate van harmonisatie niet wordt uitgesloten.<sup>11</sup> Daartegenover staat echter dat recent van verschillende kanten is verdedigd dat het bestuursprocesrecht juist wezenlijk verschilt van het burgerlijk procesrecht.<sup>12</sup> Omdat in dit onderzoek op verschillende punten rechtsvergelijkend zal worden gekeken naar de beide procedures, kan een beoordeling plaatsvinden van de mate waarin convergentie aan de orde is of kan zijn. Voornamelijk de rechtsvergelijkende beantwoording van de vraag naar de mate waarin het bestuursprocesrecht op gespannen voet staat met schikken, biedt op dit punt interessante conclusies. Tevens kan lering worden getrokken uit een vergelijking met het burgerlijk procesrecht.

Ten tweede vindt externe rechtsvergelijking plaats door het Nederlands bestuursprocesrecht met het Duitse bestuursprocesrecht te vergelijken. Deze vergelijking zorgt ervoor dat twee bestuursrechtelijke procedures van verschillende landen bij het onderzoek worden betrokken. De interne rechtsvergelijking wijst wellicht uit dat convergerende tendensen bestaan tussen de Nederlandse procedures, maar evenmin is uitgesloten dat de karakteristieken van het Nederlandse bestuursprocesrecht opschuiven in de richting van het Duitse bestuursprocesrecht. Ook omdat het Duitse bestuurs(proces)recht een regeling kent voor zowel de mogelijkheden als de consequenties van schikken, is interessant om te bezien of daaruit lering kan worden getrokken.

### 1.3 Schikken

Een tweetal aspecten van schikken behoeft nadere uitwerking in deze inleiding. Dit betreft ten eerste de wijze waarop een schikking wordt bereikt en ten tweede de vraag naar de mogelijkheid af te zien van verdere rechtsbescherming door de overheidsrechter. Deze twee aspecten spelen in het vervolg van het onderzoek een rol van betekenis.

Tot op zekere hoogte is van ondergeschikt belang op welke wijze partijen tot een schikking komen. De onderhandelingen tussen partijen, die kunnen worden begeleid door een rechter of een mediator, kunnen leiden tot een schikking in de zin van dit onderzoek. Vooral het inschakelen van een mediator teneinde een geschil af te doen, wint in Nederland aan populariteit.<sup>13</sup> Om de onderzoeksvragen volledig te kunnen beantwoorden, worden enkele specifieke kenmerken van het proces van mediation reeds hier genoemd.

---

11. Zie Vranken & Brenninkmeijer 1992, p. 1003 e.v. en de daar aangehaalde literatuur.

12. Polak e.a. 2004, p. 32 e.v.; *Kamerstukken II* 2003-2004, 25 425, nr. 7, p. 2-6; zie ook Donner 2004, p. 144.

13. Zie ook Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000; zie over de ervaringen met mediation Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003.

Mediation is een proces onder leiding van een onafhankelijke derde, de mediator, die aan de hand van een specifieke methode partijen helpt zelfstandig een oplossing voor hun conflict te vinden.<sup>14</sup> De mediationmethode is afkomstig uit onder andere het internationale recht en heeft geen vaste vorm.

‘Use of the term “mediation” may suggest a consistent uniform procedure; but in fact mediation comes in different models and covers different fields of activity, each with its own traditions, ethos and culture. [...] Nevertheless, certain fundamental principles and skills run through all the diverse forms of mediation.’<sup>15</sup>

In de Verenigde Staten is de methode sinds de jaren zeventig door de Harvard Law School verder ontwikkeld en uitgewerkt. Mediation wordt onderscheiden van onderhandelen en bemiddelen doordat de mediator zich richt op het herstellen van de communicatie tussen partijen en vervolgens op de achter de rechten en plichten liggende belangen en emoties van partijen. Mediation is geen wondermiddel, maar kan als conflictoplossend proces te allen tijde worden ingezet. Ten teken van de intentie om hun geschil met behulp van een mediator en de mediationmethode te beëindigen,<sup>16</sup> sluiten partijen vrijwillig een mediationovereenkomst. Tot mediation bestaat – nog<sup>17</sup> – geen verplichting. De ingeschakelde onafhankelijke mediator kan in geen geval een bindende beslissing nemen over de toekomstige rechtsverhouding tussen partijen. Het is mogelijk dat de mediator beide partijen in afwezigheid van de wederpartij spreekt; de *caucus*. Deze pendeldiplomatie past hij toe om het conflict op te lossen. Het proces van mediation onderscheidt zich van arbitrage of bindend advies door een zekere mate van vrijblijvendheid; elke partij is bevoegd de onderhandelingstafel te verlaten.<sup>18</sup> Partijen komen doorgaans overeen dat de uiteindelijke regeling enkel bindend is wanneer die schriftelijk is overeengekomen en ondertekend. Leidt mediation niet tot overeenstemming, dan kan (het vervolgen van) een gerechtelijke procedure het gevolg zijn. Het mediationreglement van het NMI noemt tevens vertrouwelijkheid, oftewel de geheimhouding van de onderhandelingen, als essentieel kenmerk van mediation. Ter bescherming van deze vertrouwelijkheid wordt door het NMI doorgaans gewezen op de regeling van enerzijds de vaststellingsovereenkomst (art. 7:900-903 BW) en anderzijds de bewijsovereenkomst (art. 153 Rv).<sup>19</sup> Onderkend wordt dat partijen bij de uitkomst van de mediation definitief de feitelijke en juridische elementen van hun rechtsbetrekking vaststellen.

Het tweede aspect dat bespreking verdient, is dat schikken een uitdrukking is van de wens van partijen een definitief einde te maken aan hun geschil en eventuele gerechtelijke procedures daarover. Gezien dit doel van de schikking vormt het beperken van het recht opnieuw een gerechtelijke procedure te entameren

14. Zie Brenninkmeijer e.a. 2003, p. 1 e.v.

15. Brown & Marriott 1999, p. 128.

16. Zie de modelovereenkomst van het NMI.

17. Zie echter *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 528, nr. 1, p. 8; Van Schelven 2003, p. 37 e.v.

18. Zie de modelovereenkomst van het NMI; zie ook Wackie Eysten 1999, p. 83 e.v.

19. De mediator heeft geen verschoningsrecht, *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 352, nr. 60, p. 1.

over hetzelfde geschil een logisch onderdeel daarvan.<sup>20</sup> Onderkend moet worden dat schikken daarom op gespannen voet kan staan met het recht op toegang tot een rechter.<sup>21</sup> Het recht op toegang tot een rechter,<sup>22</sup> zonder welk geen rechtsorde kan bestaan, is een belangrijk fundament van elke rechtsstaat. Het recht komt onder andere tot uitdrukking in de art. 17 Gw en 6 EVRM.<sup>23</sup>

Art. 17 Gw bepaalt dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent, het zogenaamde *ius de non evocando*. Voor zover in deze bepaling het recht op toegang tot de rechter is neergelegd, is dat onvolledig gebeurd. In combinatie met art. 112 Gw kan evenwel een recht op toegang tot de rechter worden beredeneerd.<sup>24</sup> A contrario geldt echter dat iemand juist wel van de rechter die de wet hem toekent, mag worden afgehouden wanneer daarmee wordt ingestemd. De mogelijkheden van arbitrage (art. 1022 Rv), prorogatie van rechtspraak (art. 329 Rv), berusting (art. 334 Rv) en bindend advies (titel 7.15 BW) getuigen daarvan. In de jurisprudentie wordt daaraan de voorwaarde gesteld dat uit de processtukken *ondubbelzinnig* van de instemming moet blijken. De aanwezigheid van een wettelijke bepaling dienaangaande lijkt echter geen noodzakelijke voorwaarde. Doorslaggevend voor de mogelijkheid om vrijwillig, zonder wettelijke bepaling afstand te doen van het recht op toegang tot de rechter, wordt *de aard van de rechtsbetrekking* geacht te zijn.<sup>25</sup> Een rechtsgeldige schikking tast het recht op toegang tot de rechter zoals neergelegd in art. 17 Gw niet aan.

Art. 6 EVRM bepaalt dat een ieder die ressorteert onder de rechtsmacht van een bij het verdrag aangesloten Staat, recht heeft op een eerlijke procedure. Hoewel het toepassingsbereik van de bepaling geen vaststaand gegeven is,<sup>26</sup> heeft het gelding binnen – de meeste – bestuursrechtelijke procedures. Tot het recht op een eerlijke procedure behoort ook, zoals door het EHRM is geconcludeerd in de zaak *Golder*, het recht op toegang tot een rechter.

‘The Court thus reaches the conclusion that art. 6-1 secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal. In this way the Article embodies the “right to a court”, of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect only.’<sup>27</sup>

Absoluut is dit recht vanzelfsprekend niet. Het is onderhevig aan regulering door de Staat. Hoewel beleidsvrijheid bestaat ten aanzien van die regulering, mag het recht niet zodanig worden beperkt dat de essentie daarvan wordt aangetast. Niet

20. Scheltema & Scheltema 2003, p. 218.

21. Vgl. Zaaijer 1889, p. 3.

22. Zie Brenninkmeijer 1987.

23. Ook de Europese Unie zoekt aansluiting bij de art. 6 en 13 EVRM; zie Groeben, Thiesing & Ehlermann 1997, p. I/268; Kapteyn, VerLoren van Themaat & Gormley 1998, p. 150; HvJEG 15-05-1986, (Johnston), ECR 1986, p. 1651; zie ook art. II-47 van de ontwerp-EU-grondwet.

24. Smits 1996, p. 21; Brenninkmeijer 1987, p. 71.

25. Zie Akkermans & Koekkoek 1992, p. 324.

26. Zie daarover Viering 1994; Alkema 1995; Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 391 e.v.; Knigge 1998, p. 7 e.v.; Van Dijk 1987, p. 128-138.

27. EHRM 21-02-1975, (*Golder*), serie A, vol. 18 (§36).

alleen dient de benaderde rechter *full jurisdiction* te hebben,<sup>28</sup> hetgeen betekent dat hij kennis kan nemen van alle relevante feiten voor de berechting van het geschil, maar ook behoort de geboden rechtsbescherming effectief te zijn.<sup>29</sup> Horizontale werking van art. 6 EVRM wordt niet erkend, maar lijkt in voldoende mate gewaarborgd doordat de Staat, inclusief de rechterlijke macht, is aangewezen als rechtsplichtige.<sup>30</sup> Het afzien van de rechten die door het verdrag worden toegekend, is – voor zover dat mogelijk is – rechtmatig indien dat op ondubbelzinnige wijze geschiedt. Aan die rechtshandeling worden hogere eisen gesteld wanneer het een belangrijker recht betreft.

‘According to the Court’s case-law, the waiver of a right guaranteed by the convention – insofar it is permissible – must be established in an unequivocal manner. Moreover, the Court agrees with the Commission that in the case of procedural rights a waiver, in order to be effective for Convention purposes, requires minimum guarantees commensurate to its importance.’<sup>31</sup>

Duidelijk is dat het recht op toegang tot de rechter van groot belang is in elke rechtsstaat, maar ook blijkt uit de zaken *De Weer* en *Stran Greek Refineries* dat in beginsel afstand kan worden gedaan van het recht op toegang tot de rechter.<sup>32</sup> Daartoe is een *ondubbelzinnige* en *vrijwillige* rechtshandeling noodzakelijk. Een bepaling in het nationale recht waaruit de mogelijkheid blijkt is niet noodzakelijk, maar niet onwaarschijnlijk is dat de strekking van de nationale wet of *de aard van de rechtsbetrekking* met zich mee kan brengen dat afstand van het recht op toegang tot de rechter toch niet wordt aanvaard. Het nationale recht lijkt daarbij in belangrijke mate doorslaggevend. Door vrijwillig en bewust af te zien van verdere rechtsbescherming door een overheidsrechter wordt het recht op toegang tot de rechter niet per definitie aangetast.<sup>33</sup>

#### 1.4 Onderzoeksopzet

Het onderzoek is opgedeeld in drie delen. Het eerste heeft betrekking op de materieelrechtelijke mogelijkheden van het schikken. In het tweede deel, waarop de nadruk ligt, worden de procesrechtelijke aspecten besproken. In het derde deel staat de rechtsvergelijking met het Duitse bestuursrecht centraal.

28. Zie Barkhuysen 2004, p. 64; Kuipers 1996, p. 97 e.v.; Simon 1999a, p. 1190-1191; EHRM 23-06-1981, (*Le Compte, Van Leuven & De Meyere*), *serie A*, vol. 43 (§51); zie echter EHRM 22-11-1995, (*Bryan*), *serie A*, vol. 335-A (§30-47).

29. EHRM 28-05-1985, (*Ashingdane*), *serie A*, vol. 93 (§57); zie ook Barkhuysen 1998.

30. Vgl. Jacobs 1998, p. 64-66.

31. EHRM 25-02-1992, (*Pfeifer & Plankl*), *serie A*, vol. 227 (§37).

32. EHRM 27-02-1980, (*De Weer*), *serie A*, vol. 35 (zie §49); EHRM 09-12-1994, (*Stran Greek Refineries*), *serie A*, vol. 301-B; zie ook Smits 1996, p. 79; Wiarda 1988, p. 427; Pront-Van Bommel 1997, p. 25-26; Lawson 1996, p. 159 en 161; De Graaf 2003, p. 141 e.v.

33. Schikken wordt in Europa positief gewaardeerd, zie de aanbevelingen van de Raad van Ministers van de Raad van Europa nr. R (1981) 7, nr. R (1986) 12 en in het bijzonder nr. R (2001) 9.

### 1.4.1 Materieel recht

De mogelijkheden een consensuele regeling voor een bestuursrechtelijk geschil te bereiken, zijn afhankelijk van het materiële bestuursrecht. Het materiële bestuursrecht lijkt op het eerste gezicht niet goed afgestemd te zijn op het bereiken van een schikking. Belangrijke karakteristieken van bestuursrecht verzetten zich daartegen. Met name moet daarbij worden gedacht aan de bijzondere positie van het bestuur dat eenzijdig publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefent en daarbij het algemeen belang behartigt en wellicht ingrijpt in de rechtspositie van (derde)belanghebbenden. De aspecten van het materiële bestuursrecht die onderhandelen, mediation en schikken lastig maken, moeten voorwerp van onderzoek zijn teneinde de mogelijkheden om te schikken in het bestuursrecht te achterhalen. In het vorenstaande is duidelijk gemaakt dat onderhandelen, bemiddelen en mediation, indien die processen leiden tot een consensuele regeling tussen partijen, eindigen met een schikking in de zin van dit onderzoek. De schikking wordt gekwalificeerd als een bijzondere vorm van een vaststellingsovereenkomst in de zin van titel 7.15 BW. Een analyse van de rechtsgeldigheid en aantastbaarheid van een vaststellingsovereenkomst is daarom van belang in het materieelrechtelijke deel van dit onderzoek. Daarbij komen aan de orde de geschiedenis, de betekenis en de mogelijkheden om een overeenkomst in de zin van titel 7.15 BW te sluiten. De grenzen die het recht stelt aan het sluiten van een vaststellingsovereenkomst, worden besproken voor het burgerlijk recht en het bestuursrecht.

Het onderzoek biedt op deze wijze niet alleen inzicht in de – soms lastige – aspecten van onderhandelen en mediation in het bestuursrecht, maar ook een bijdrage aan het inzicht in de bestuursrechtelijke (bevoegdheden)overeenkomst.

### 1.4.2 Procesrecht

In deze dissertatie ligt de nadruk op het tweede deel, dat de procesrechtelijke aspecten van het schikken als onderwerp heeft. Door een analyse te maken van de karakteristieken van het (bestuurs)procesrecht draagt het bij aan de wetenschappelijke discussie over de functie daarvan en de daarbij gehanteerde terminologie. De vraag naar de consequenties van het bereiken van een schikking is enkel goed te beantwoorden indien duidelijk is in welke mate de karakteristieken van bestuursprocesrecht aansluiten bij enkele relevante kenmerken van schikken. Door de analyse kan vervolgens een beter beeld ontstaan van de consequenties van een schikking in het geding.

#### 1.4.2.1 Over schikken en procesrecht

Een vooronderstelling van dit onderzoek is ten eerste dat een procedure beter zal zijn afgestemd op de mogelijkheid van schikken indien deze procedure wordt gekenmerkt door een zekere mate van *partijautonomie*, en daarmee de *lijdelijkheid* van de rechter, ten aanzien van beslissingen over de aanleg, de inhoud, de voortgang en de beëindiging van die procedure. Immers, dan is het aan partijen om te bepalen wanneer hun geschil is beëindigd, en niet aan de rechter. Ten



tweede wordt aangenomen dat, wanneer de lijdelijkheid van de rechter of de autonomie van partijen ook het verzamelen en vaststellen van de feiten van het geschil betreft, de procedure minder hindernissen zal opwerpen voor partijen die wensen te schikken. Immers, dan kunnen partijen afspraken maken over die omstandigheden zonder dat de rechter daarop nog invloed kan uitoefenen. Ten derde is uitgangspunt dat een procedure die als doelstelling heeft de vaststelling ex nunc van de rechtsverhouding tussen partijen, beter zal zijn geëquipeerd om om te gaan met de mogelijkheid dat een schikking wordt getroffen. Immers, in dat geval heeft de rechter de mogelijkheid partijen te bewegen zelfstandig een schikking te treffen voordat hij een bindende, definitieve uitspraak over hun geschil doet. Het burgerlijk procesrecht, het Nederlandse en het Duitse bestuursprocesrecht dienen te worden onderzocht aan de hand van deze drie punten. Op die wijze kunnen de consequenties van het bereiken van een schikking in die procedures duidelijk worden.

Gezien deze drie vooronderstellingen kan worden gewezen op het verschil dat in een klassieke visie bestaat tussen burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht.

‘De vertrekpunten van het bestuursproces en het burgerlijk proces zijn traditioneel verschillend. In het bestuursproces heeft van oudsher de rechtmatigheidstoetsing ex tunc van het besluit, als product van de eenzijdige rechtsvaststelling door een bestuursorgaan in een situatie van ongelijkwaardigheid, centraal gestaan. Het burgerlijk proces – wij beperken ons voorschots tot de klassieke dagvaardingsprocedure – is eertijds opgezet als een kader voor de effectieve beslechting van een rechtsstrijd ex nunc tussen twee gelijkwaardige partijen met betrekking tot de tussen die partijen bestaande rechtsbetrekking.’<sup>34</sup>

Bij de invoering van het uniforme bestuursprocesrecht in 1994 heeft de wetgever niet alleen aangegeven dat de bestuursrechtelijke procedure in een klassieke visie op – ook voor dit onderzoek – belangrijke punten lijnrecht tegenover de procedure in het burgerlijk procesrecht staat, maar tevens verandering in deze visie voorgesteld.

‘Wij signaleren [...] dat in de afgelopen jaren het primaat van de functie van het handhaven van het objectieve publiekrecht heeft plaatsgemaakt voor het primaat van de rechtsbeschermingsfunctie. Als gevolg van het toekennen van een groter gewicht aan de notie van de rechtsbetrekking is deze ontwikkeling gepaard gegaan met een – gelijktijdige – relativering van de gedachte van de ongelijkheidscompensatie. Wij zijn van oordeel, dat deze ontwikkelingen in het nieuwe, uniforme bestuursprocesrecht tot uitdrukking moeten komen. Het is niet uitgesloten, dat deze ontwikkelingen in de verdere toekomst zullen leiden tot een wezenlijk andere benadering van het bestuursprocesrecht. Staat nu nog de rechtmatigheidstoetsing ex tunc van een besluit centraal, denkbaar is dat, zoals dat ook in het burgerlijk procesrecht het geval is, de rechtsbetrekking ex nunc de inzet van de procedure wordt, waarbij ook aan het betrokken bestuursorgaan een actie toekomt. Als dat inderdaad te zijner tijd wenselijk blijkt te zijn, zal de verhouding tussen administratieve rechter en civiele rechter, en a fortiori tussen bestuursprocesrecht en burgerlijk procesrecht, opnieuw moeten worden doorzocht.’<sup>35</sup>

34. PG Awb II, p. 176.

35. Zie PG Awb II, p. 174; Teunissen 1995, p. 283; die doordenking lijkt evenwel van de baan, zie *Kamerstukken II 2003-2004*, 25 425, nr. 7, p. 2-6; Donner 2004, p. 144.

De door de wetgever opgemerkte en voorziene wijzigingen in het bestuursprocesrecht, zoals de verschuiving naar het primaat van de individuele rechtsbescherming, relativering van de ongelijkheidscompensatie en een denkbare ontwikkeling naar het door de rechter vaststellen van de rechtsverhouding *ex nunc*, lijken zich goed te verhouden met de kenmerken van schikken. Gekoppeld aan de genoemde vooronderstellingen is de gedachte dat hoe verder deze ontwikkelingen zich doorzetten, des te beter het bestuursprocesrecht is afgestemd op schikken. Met andere woorden betekent dit dat de verhouding tussen de karakteristieken van bestuursprocesrecht en de kenmerken van schikken wordt gunstiger naar mate de genoemde verschuiving van bestuursprocesrecht richting burgerlijk procesrecht verder is gevorderd.<sup>36</sup> Een evaluatie van deze veranderingen ten aanzien van de klassieke visie op het bestuursprocesrecht, lijkt daarmee een uitermate goed middel om te bezien hoe de grondslagen van bestuursprocesrecht zich verhouden tot schikken. Daarmee is dus gekozen voor een onderzoek naar het primaat van de individuele rechtsbescherming en daarmee de partijautonomie ten aanzien van beslissingen over de procedure, de gedachte van relativering van de ongelijkheidscompensatie en daarmee de partijautonomie ten aanzien van het verzamelen en vaststellen van de feitelijke omstandigheden gedurende de procedure en naar de mogelijkheden van de bestuursrechter om de rechtsverhouding tussen partijen *ex nunc* vast te stellen.

Door deze karakteristieken van het bestuursprocesrecht te onderzoeken, wordt de interne rechtsvergelijking verrassend interessant. Immers, juist op de punten waarop het burgerlijk procesrecht in een klassieke visie van het bestuursprocesrecht afwijkt, vindt vergelijking plaats. Deze vergelijking kan eventuele verschillen in de mogelijkheden en consequenties van schikken rechtvaardigen ofwel die verschillen relativeren. Bovendien kan door de vergelijking het door een aantal auteurs beschreven idee van een convergerende tendens, aan een toets worden blootgesteld. Omdat ook bepleit wordt dat bestuursrechtspraak inherent afwijkt van de civiele rechtspraak, vindt externe rechtsvergelijking met het Duitse bestuursprocesrecht plaats, waardoor twee regelingen van bestuursprocesrecht met elkaar worden vergeleken.

Op welke wijze kan onderzoek worden gedaan naar de mate waarin in het bestuursprocesrecht sprake is van individuele rechtsbescherming oftewel partijautonomie ten aanzien van beslissingen over de aanleg, inhoud, voortgang en beëindiging van de procedure? En op welke wijze kan onderzoek worden gedaan naar de mate waarin in het bestuursprocesrecht sprake is van relativering van de ongelijkheidscompensatie oftewel de partijautonomie ten aanzien van het verzamelen en vaststellen van de feitelijke omstandigheden van het geschil in de procedure? Voor de rechtsvergelijkende beantwoording van deze vragen naar de autonomie van partijen in een gerechtelijke procedure wordt gebruik gemaakt

---

36. Zo veronderstelt Polak e.a. 2004, p. 165-166 dat integratie van beide procedures in eerste aanleg de bestuursrechter kan bewegen tot een meer probleemoplossende attitude.

van twee vergelijkingskaders die zijn ontwikkeld door de Duitse rechtsgeleerde Gönner.<sup>37</sup> Het *Dispositionsmaxime* en het *Offizialmaxime* zijn twee grondbeginselen voor een procedure die lijnrecht tegenover elkaar staan. Zij zijn de beide uitersten op een glijdende schaal betreffende de verantwoordelijkheid voor inleiding, inhoud, voortgang en beëindiging van een gerechtelijke procedure. Heerst het *Dispositionsmaxime* in een bepaalde procedure, dan is de bevoegdheid om te beschikken over de genoemde aspecten toegewezen aan de partijen. Aangenomen wordt dat het *Dispositionsmaxime* in het burgerlijk procesrecht geldt.<sup>38</sup> Het *Offizialmaxime* dient om een procedure te beschrijven waarin de genoemde bevoegdheden ambtshalve, *ex officio*, bij de Staat of de rechter liggen. Het *Verhandlungsmaxime* en het *Untersuchungsmaxime* zijn twee grondbeginselen die tegenpolen van elkaar zijn. Zij zijn de beide uitersten op een glijdende schaal betreffende de verantwoordelijkheid voor enerzijds het verzamelen en anderzijds het vaststellen van de feitelijke gronden in een gerechtelijke procedure. Het *Verhandlungsmaxime*, dat in een klassieke visie in het burgerlijk procesrecht geldt, dient om een procedure te beschrijven waarin de partijen verantwoordelijk zijn voor het aanbrengen en vaststellen van de feitelijke gronden. Het *Untersuchungsmaxime* dient om een procedure te beschrijven waarin juist de rechter verantwoordelijk is voor het verzamelen en vaststellen van de feitelijke gronden van het geschil. Het burgerlijk procesrecht, het bestuursprocesrecht en het Duitse bestuursprocesrecht kunnen met elkaar worden vergeleken aan de hand van deze beide glijdende schalen.

Met een analyse op deze punten wordt niet ingegaan op een onderscheid dat vaak wordt gebruikt om de karakteristieken van een bestuursrechtelijke procedure te duiden. Dat betreft het onderscheid tussen het waarborgen van het gehele objectieve publiekrecht dat het besluit omringt (*recours objectif*) en het beschermen van de subjectieve rechten van de indiener van het beroep (*recours subjectif*) als hoofddoelstelling van een bestuursrechtelijke procedure.<sup>39</sup> In dit onderzoek is het echter noodzakelijk een kader te kiezen dat bruikbaar is zowel voor een vergelijking tussen bestuursrechtelijke procedures in Nederland en Duitsland, als voor de bestuursrechtelijke procedure met die in het burgerlijk recht. Bovendien overlappen beide kaders elkaar gedeeltelijk.

Op welke wijze kan onderzoek worden gedaan naar de mate waarin in het bestuursprocesrecht sprake is van het ex nunc vaststellen van de rechtsverhouding tussen partijen door de bestuursrechter? Duidelijk is dat de klassieke doelstelling van het bestuursprocesrecht, de rechtmatigheidstoetsing ex tunc van een eenzijdig besluit, in de weg staat aan schikken. Immers, indien de bestuursrechter de mogelijkheid mist de rechtsverhouding tussen partijen ex nunc vast te stellen,

---

37. Zie daarover Bomsdorf 1971; Smith 2004, p. 15-16.

38. Zie o.a. Habscheid 1978, p. 61; Chorus 1987.

39. In Frankrijk wordt onderscheid gemaakt tussen het 'recours pour excès de pouvoir' als 'recours objectif' en het 'recours de pleine juridiction' als 'recours subjectif'; zie daarover Alwijn e.a. (red.) 1999, p. 148-159.

heeft hij ook nauwelijks de mogelijkheid om partijen te bewegen een schikking te treffen.<sup>40</sup> Het onderzoek op dit punt zal plaatsvinden door een bespreking van de mogelijkheden die het bestuursprocesrecht de rechter biedt de rechtsverhouding tussen partijen ex nunc vast te stellen en in welke mate het bestuursprocesrecht gelegenheid biedt voor finale, definitieve geschilafdoening.

#### *1.4.2.2 De schikking gedurende de procedure*

Het procesrecht kan voorzien in bepalingen die het bereiken van een schikking mogelijk maken. Een technisch juridische analyse van deze bepalingen maakt deel uit van het onderzoek. Op deze wijze moet niet alleen duidelijk worden in welke situatie partijen zich kunnen bevinden nadat een schikking tot stand is gekomen, maar ook of de rechtsstrijd door de schikking definitief wordt beëindigd. Aldus worden de consequenties van een schikking in het bestuursprocesrecht duidelijk.

In het burgerlijk procesrecht regelt art. 87 Rv de schikkingscomparitie. De werking van deze bepaling verdient bespreking. Met betrekking tot het Duitse bestuursprocesrecht zal § 106 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) centraal staan. Daarin is een regeling opgenomen voor het geval een schikking wordt bereikt. In het Nederlandse bestuursprocesrecht bestaat eigenlijk de minst duidelijke regeling. Art. 8:44 Awb streeft weliswaar een zelfde doel na als art. 87 Rv, maar de uitwerking van schikken in het bestuursprocesrecht is verder niet wettelijk geregeld. Aan de hand van verschillende procesrechtelijke situaties waarin partijen zich na het treffen van een schikking kunnen bevinden, kan worden onderzocht hoe het bestuursprocesrecht met een schikking zou kunnen of moeten omgaan. Daarbij moet worden gedacht aan het intrekken van het beroep op grond van art. 6:21 Awb, het toepassen van de art. 6:18 en 6:19 Awb en de situatie dat de rechter de in art. 8:72, vierde lid, Awb neergelegde bevoegdheid gebruikt. Tevens worden conclusies getrokken over de consequenties die aan het bereiken van een schikking in het bestuursrechtelijke geding moeten worden verbonden. De vragen naar enerzijds de reactie van de bestuursrechter op een beroep van een belanghebbende in het geval gedurende de procedure een schikking tot stand is gekomen, en anderzijds het lot van een beroep tegen een besluit dat is genomen op grond van een eerder bereikte schikking, zullen worden beantwoord.

## **1.5 Plan van behandeling**

Dit onderzoek naar schikken in het bestuursrecht is als volgt opgebouwd.

Ten eerste wordt het materiële recht behandeld. In hoofdstuk 2 worden de karakteristieken van schikken vergeleken met die van het bestuursrecht. Dit leidt tot een bespreking van aspecten van bestuursrecht waarmee partijen, anders dan bijvoorbeeld in het burgerlijk recht, rekening moeten houden indien zij overwe-

---

40. Polak e.a. 2004, p. 165.

gen hun geschil te beëindigen door middel van een schikking. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 ingegaan op de juridische betekenis van de vaststellingsovereenkomst tussen partijen en de grenzen die het materiële recht stelt aan het sluiten daarvan. Dit leidt tot een beschrijving van de gevallen waarin partijen rechtmatig een schikking kunnen treffen.

Ten tweede wordt het procesrecht behandeld. In hoofdstuk 4 worden de karakteristieken van het burgerlijk procesrecht vergeleken met die van het bestuursprocesrecht, onder meer aan de hand van het onderscheid tussen enerzijds het Dispositions- en Offizialmaxime en anderzijds het Verhandlungs- en Untersuchungsmaxime. Omdat de kenmerken van schikken in belangrijke mate overeenkomen met de karakteristieken van burgerlijk procesrecht, kan uit die vergelijking wordt afgeleid in welke mate het bestuursprocesrecht is afgestemd op de mogelijkheid te schikken. In hoofdstuk 5 staat niet alleen het beproeven van een schikking gedurende een gerechtelijke procedure centraal, maar ook de procesrechtelijke consequenties van een rechtmatige schikking.

Ten derde is schikken in het Duitse bestuursrecht aan de orde. In hoofdstuk 6 wordt hetgeen in de voorgaande hoofdstukken is uiteengezet voor het Nederlandse recht, behandeld met betrekking tot het Duitse bestuurs(proces)recht. Deze externe rechtsvergelijking bespreekt daarom de mogelijkheden een schikking te treffen in het Duitse materiële bestuursrecht, de karakteristieken van Duits bestuursprocesrecht en de consequenties van het bereiken van een schikking gedurende een bestuursrechtelijke procedure.

Ten slotte zullen de conclusies van het onderzoek worden weergegeven in hoofdstuk 7 en zijn enkele slotconclusies aan de orde ten aanzien van schikken in gerechtelijke procedures, in het bijzonder de bestuursrechtelijke.