

# Geschillen regelen buiten de rechter om

**Geschillen tussen partijen kunnen de voortgang van een project ernstig vertragen of zelfs tijdelijk stilleggen. Welke mogelijkheden zijn er om buiten de rechter om tot een oplossing te komen?**

In spoedeisende zaken kan een kort geding de gewenste oplossing brengen. Maar wie een kortgedingvonnis ten uitvoer legt, zal de schade van de andere partij(en) moeten vergoeden, mocht in een daaropvolgende bodemprocedure een tegengestelde beslissing volgen. Die langdurige rechtsonzekerheid is meestal onwenselijk. Bij grote financiële belangen verdient doorgaans een snelle en principiële oplossing de voorkeur, die later niet opzij kan worden gezet en waarmee verdere escalatie van het geschil kan worden voorkomen. Enkele alternatieven zijn: arbitrage, (bindend) advies, mediation en de-escalatieregelingen.

Een snelle en principiële oplossing is iets waar niemand bezwaar tegen zal hebben. Maar als een geschil eenmaal is ontstaan, kan één van de partijen gebaat zijn bij vertraging. Het is daarom goed vóór het aangaan van een samenwerkingsverband stil te staan bij de mogelijkheid dat men het later op onderdelen oneens kan zijn en om daarover afspraken te maken. Partijen kunnen van tevoren regelen hoe zij bij geschillen met elkaar zullen omgaan.

Zonder afwijkende afspraken is de 'gewone' rechter bevoegd van een geschil kennis te nemen, afhankelijk van de aard van het geschil is dat de bestuursrechter of de burgerlijke rechter. In burgerlijke zaken kan een vonnis worden verkregen dat veelal meteen ten uitvoer kan worden gelegd. Doorgaans is hoger beroep (de tweede instantie) mogelijk en soms zelfs cassatie (de derde instantie). De griffierechten voor een gerechtelijke procedure zijn relatief laag, de procedure wordt immers voornamelijk door de staat gefinancierd. In bestuursrechtelijke en civielrechtelijke zaken is de veroordeling van de verliezende partij in de advocatenkosten van de winnaar bovendien beperkt. Nadeel kan echter zijn dat ook de eigen kosten van rechtsbijstand bij succes maar (zeer) beperkt voor vergoeding in aanmerking komen.

Vaak weegt het voordeel van de beperkte kosten van een procedure niet op tegen het nadeel van de lange duur ervan. Een gemiddelde procedure duurt al gauw twaalf tot achttien maanden tot de beslissing in eerste aanleg. Bij hoger beroep (en in

civiele zaken ook nog cassatie) kan die termijn het dubbele zijn. Publiekrechtelijke procedures kunnen bovendien uitmonden in de vernietiging van een besluit, waarna het bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen. Of dan alsnog het gewenste besluit wordt genomen, moet dan nog blijken. Die langdurige onzekerheid over de rechtspositie is voor geen van de partijen aantrekkelijk.

Ook de onzekerheid over wie als rechter de zaak zal behandelen, wordt soms als een nadelige consequentie gezien van een keuze voor de gewone rechter. Men kan een zeer ervaren rechter met specifieke expertise treffen, maar ook het tegengestelde – een generalist zonder veel ervaring – komt voor. Tenslotte is een procedure bij de overheidsrechter openbaar. Juist bij (politiek) gevoelige zaken kan dat problemen opleveren. Een keuze voor een andere manier van geschilbeslechting kan dan voordelen bieden.

## Arbitrage

Arbitrage is deels vergelijkbaar met gewone rechtspraak. Een arbitraal vonnis is bindend en kan betrekkelijk eenvoudig ten uitvoer worden gelegd. Bij arbitrage hebben de partijen meer invloed op het procesverloop. De arbiters worden door partijen benoemd. Men kan bovendien tevoren afspraken maken over de te volgen procedure. Gemakkelijker is echter te verwijzen naar bestaande procedureregels van arbitrage-instituten, zoals het Nederlandse Arbitrage Instituut (NAI) of de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Noodzakelijk is dat niet, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevat ook arbitrageregels.

Een ander belangrijk voordeel van arbitrage is dat de procedure niet openbaar is en voorkomen kan worden dat de uitspraak openbaar wordt. Zo publiceert het NAI arbitrale vonnissen slechts indien geen der procespartijen daartegen bezwaar maakt. Nu pps-projecten vanwege hun aard en de ermee gemoeide financiële belangen veelal op de nodige publieke belangstelling kunnen rekenen, kan de vertrouwelijkheid van de procedure veel gewicht in de schaal leggen voor de keuze voor arbitrage.

Een nadeel van arbitrage kunnen de kosten zijn. Waar de staat de overheidsrechter financiert, dragen de procespartijen samen de kosten van de arbiters. Indien overeengekomen, kunnen die kosten ten laste van de in het ongelijk gestelde partij worden gebracht. Ook zijn arbiters niet gehouden binnen een door partijen overeengekomen termijn te beslissen; het tempo van de procedure is dan ook

## Waar de staat de overheidsrechter financiert, dragen de procespartijen samen de kosten van de arbiters

veelal niet hoger dan bij de gewone rechter. Wel kunnen partijen de arbiters vragen zich aan de gekozen termijnen te committeren. Ook kan veel tijdswinst worden geboekt, indien partijen van tevoren al een bepaalde arbiter benoemen die in voorkomende gevallen snel een beslissing kan nemen. De keerzijde van arbitrage is dat een in het ongelijk gestelde partij na het wijzen van een arbitraal vonnis niet kan klagen dat arbiters een onjuiste beslissing hebben genomen; hoger beroep is in de regel uitgesloten. Een arbitraal oordeel is slechts in een beperkt aantal gevallen aantastbaar. Vernietiging is onder meer mogelijk, indien fundamentele processuele regels van openbare orde zijn geschonden, zoals het beginsel van hoor en wederhoor. Dat een beslissing moeilijk aangetast kan worden, kan ook voordelig zijn. Partijen verkrijgen zo de gewenste zekerheid over hun rechtsverhouding.

De mogelijkheid om voor arbitrage te kiezen is echter begrensd. Op grond van artikel 1020 lid 3 Rv, mag de overeenkomst tot arbitrage niet leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen die *niet ter vrije beoordeling van de partijen* staan. Het moet partijen dus vrij staan hun onderlinge rechtsverhouding, waarop het geschil betrekking heeft, vast te stellen. Een arbitraal beding in strijd met dit voorschrift is nietig. Een arbitraal vonnis dat op basis van een nietig arbitraal beding is gewezen, is vernietigbaar. In welke gevallen sprake is van rechtsgevolgen die niet ter vrije beoordeling van partijen staan, is niet altijd duidelijk. Het is aan de rechtspraak overgelaten te beoordelen of de desbetreffende rechtsgevolgen ter vrije beoordeling van partijen staan.<sup>1</sup> Geschillen die de openbare orde raken, zijn om deze reden niet arbitabel, zoals beslissingen over faillissement en surseance, de oprichting van

rechtspersonen, of familiezaken (chtscheiding, adoptie, voogdij). Doorslaggevend is of de wet beoogt de gewone rechter met uitsluiting van arbitrage exclusief bevoegd te maken. Daarbij is het op zichzelf niet van belang of één der partijen bij het geschil een overheidsorgaan is. De overheid die privaatrechtelijk handelt, kan ter beëindiging van een geschil een vaststellingsovereenkomst met de andere partij(en) aangaan. In die gevallen bestaat evenmin een formeel beletsel arbitrage overeen te komen. Beslissend is immers niet de hoedanigheid van partijen, maar de vraag of sprake is van vaststelling van rechtsgevolgen die niet ter vrije beoordeling van partijen staan. Voor zover het de uitleg of uitvoering van een tussen partijen geldende pps-overeenkomst betreft, zal dit laatste in de regel niet het geval zijn. Raakt het geschil de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, dan kan dit anders zijn.

### *Arbitrage in publiekrechtelijke geschillen*

Het is niet eenduidig beslist of voor geschillen over de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, die bij de wet aan een bepaalde overheidsrechter zijn opgedragen, arbitrage kan worden overeengekomen. Er dient dan ook met een aantal beperkingen rekening te worden gehouden. Ten eerste is het de vraag of een private partij in een geschil met een overheidsorgaan over de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid door arbitraal beding rechtsgeldig afstand van het hem toekomend beroep op de overheidsrechter kan doen.<sup>2</sup> Het beroep op een onafhankelijke rechter is een grondrecht dat in artikel 6 EVRM is beschermd. Dat grondrecht geldt (juist) ook in relatie tot de overheid. Het is goed denkbaar dat een private partij eerst met een overheid overeenkomt dat publiekrechtelijke geschillen op andere wijze worden beslecht, maar daarvan later spijt heeft als het geschil eenmaal is ontstaan. Betoogd kan worden dat private partijen in geschillen met de overheid juist tegen een dergelijke situatie moeten worden beschermd en dat dus van het beroep op de bestuursrechter niet bindend afstand kan worden gedaan.

In de literatuur is met het oog op het rechtsbeschermingsbeginsel en het autonomiebeginsel betoogd dat een burger door een keuze voor arbitrage, rechtsgeldig afstand van zijn beroepsrecht kan doen.<sup>3</sup> Bregman & De Win gaan er echter van uit dat dit niet mogelijk is.<sup>4</sup> Ook de ambtenarenrechter en de Afdeling rechtspraak van de Raad van State hebben meermalen beslist dat geen afstand kan worden gedaan van het recht van beroep op de overheidsrechter.<sup>5</sup> Bij de belastingrechter heeft

[1] H.J. Snijders, *Het Nederlandse arbitragerecht*, tweede druk, Deventer: Kluwer, 2003, p. 67 en de aldaar genoemde literatuur.

[2] N.S.J. Koeman, *Mogelijkheden en onmogelijkheden naar huidig recht in: I.C. Van der Vlies & S. Pront-van Bommel (red.), Van toetsing naar bemiddeling: alternatieve wijzen van beëindiging van conflicten in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer, 1997, p. 17.

[3] I.C. van der Vlies e.a., *Van toetsen naar bemiddelen; de bestuursrechter als ultimum remedium*, NTB 96/7, p. 218. S. Pront-van Bommel, *Afstand van het recht van beroep*, NTB 1993, p. 182-189. D.A. Lubach, *Over de grenzen in het bouwrecht*, oratie RuG, 3 november 1987, p. 12-14.

[4] A.G. Bregman & R.W.J.J. de Win, *Publiek private samenwerking bij de ruimtelijke inrichting en haar exploitatie*, Deventer: Kluwer, 2005, p. 188.

[5] AR 27 februari 1990, AB 1990, 597 m.nt. P.J.J. van Buuren; CRvB 17 mei 1984, TAR 1984, 152; CRvB 10 juli 1956, ARB 1957, p. 373.

[6] HR 18 december 1991, *Vakstudienieuws* 1992, p. 324 e.v. Hof Amsterdam 27 april 1982, BNB 1983, 216.

afstand van het beroepsrecht echter niet-ontvankelijkheid tot gevolg; een afstand van het beroepsrecht jegens de ontvanger is dus wel geldig.<sup>6</sup>

Een concludente regel voor de toelaatbaarheid is dus niet gegeven, maar duidelijk is dat de geldigheid van een arbitraal beding over een publiekrechtelijke bevoegdheid bepaald niet zeker is. Dit kan een reden zijn niet in te stemmen met een arbitraal beding dat betrekking heeft op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Een contractuele geschillenregeling beoogt immers duidelijkheid te verschaffen over de te volgen procedure en dient bij voorkeur niet voor meerdere uitleg vatbaar of zelfs ongeldig te zijn.

Ten tweede rijst vanuit het perspectief van het bestuur de vraag of een afspraak tot arbitrage (of bindend advies) over een publiekrechtelijke bevoegdheid moet worden aangemerkt als (gedeeltelijke) delegatie aan arbiters van een bevoegdheid tot het nemen van een besluit. Op grond van artikel 10:15 Awb is delegatie zonder wettelijke grondslag niet toegestaan. Dit beletsel kan gelden zo lang over een concreet punt van (een mogelijk) geschil nog geen besluit is genomen en zo lang er een verplichting tot heroverweging bestaat.<sup>7</sup> In die zienswijze dient het bestuursorgaan eerst een beslissing op bezwaar te nemen, voordat arbitrage (of bindend advies) aan de orde kan zijn.

De hiervoor geplaatste kanttekeningen bij arbitrage over bestuursrechtelijke geschillen doen zich niet alleen in de bezwaarfase voor. Ook in de beroepsfase zou de publiekrechtelijke aard van een geschil kunnen betekenen dat daarover niet kan worden gearbitreerd. Een partijen bindend arbitraal vonnis kan aan de rechten van derdenbelanghebbenden – die immers geen partij bij de arbitrage zijn – geen afbreuk doen. Zij behouden het recht van bezwaar en beroep. Van der Vlies c.s. nemen daarom aan dat een bestuursorgaan slechts in beperkte mate door een arbitraal vonnis kan worden gebonden.<sup>8</sup> Zij concluderen dat een arbitraal vonnis alleen partijen bindt (geen *erga omnes* werking heeft) en niet in de plaats van een besluit komt. Het bestuursorgaan zou daardoor zijn verantwoordelijkheden behouden, zodat arbitrage daarom aanvaardbaar zou zijn.

De overheidsrechter zal immers ook na arbitrage in een beroepsprocedure van een derdenbelanghebbende alsnog over de kwestie (moeten) oordelen. Weliswaar zou de private partij bij de arbitrage zich in die procedure als belanghebbende kunnen voegen, teneinde zijn eigen belang nog eens naar voren te brengen, maar dat doet niet af aan het risico dat het besluit alsnog wordt vernietigd. Met dezelfde redenering kan echter ook wor-

den betoogd dat arbitrage juist niet mogelijk is, omdat de strekking ervan – het definitief beslechten van een geschil – strijdig is met de verplichting van het bestuursorgaan de belangen van derden in de besluitvorming te (blijven) betrekken. Niet uitgesloten is dan ook dat een arbitraal beding in voorkomende gevallen buiten toepassing wordt gelaten.

Gelet op deze bezwaren kan de toegevoegde waarde van arbitrage voor geschillen van publiekrechtelijke aard ter discussie worden gesteld. De overheid riskeert bij een arbitraal beding over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, dat de bestuursrechter het arbitraal beding in voorkomend geval niet geoorloofd vindt en de klager in de bestuursrechtelijke rechtsgang toch ontvankelijk acht. Ook zou arbitrage door een bezwaar van een derdenbelanghebbende kunnen worden doorkruist.

De geschilbeslechting door middel van arbitrage kan vanwege deze onzekerheid volledig op losse schroeven komen te staan en lijkt dus minder aantrekkelijk. In elk geval dient ervan te worden uitgegaan dat, naarmate het bestuursorgaan minder ruimte voor de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden heeft en de belangen van derden meer betrokken zijn, het risico van ongeldigheid van een arbitraal beding groter is.<sup>9</sup> Indien echter een bestuursorgaan een grote mate van beleidsvrijheid heeft, terwijl de belangen van derden waarschijnlijk geen of onvoldoende gewicht in de schaal leggen, kan (nadat een besluit is genomen) *binnen* die marge wellicht worden gearbitreerd. Naarmate het geschil bij het aangaan van de overeenkomst reeds concreter in beeld was en partijen dus meer bewust waren van de strekking en de eventuele gevolgen van de afstand van het beroepsrecht, zal de kans dat het beding overeind kan worden gehouden toenemen.

#### *Arbitrage in geschillen tussen overheden*

Het is de vraag of ook horizontale geschillen tussen overheden aan privaatrechtelijke arbitrage kunnen worden onderworpen. Op het eerste gezicht lijkt daar niets tegen. Geen der partijen neemt in de regel een bijzondere positie in; extra bescherming van een partij tegen een afstand van beroep op de overheidsrechter is niet aan de orde. Doorgaans betreffen dergelijke horizontale geschillen rechtsgevolgen die ter vrije beoordeling van de desbetreffende overheden staan. Arbitrage zou dan ook in beginsel mogelijk moeten zijn. Tegen deze aanname kan worden ingebracht dat de gewone (niet openbare) arbitrage zich aan het toezicht van de samenleving onttrekt, terwijl ge-

[7] N.S.J. Koeman & S. Pront-van Bommel, Alternatieve geschillenbeslechting in het bestuursrecht, in H.J. Snijders (red.), *De rechter aan de kant, alternatieve geschillenbeslechting*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, p. 127.

[8] I.C. van der Vlies, S. Pront & D. Allevijn a.v. p. 218.

[9] A.F.M. Brennkneijer, Tussen kadi en juridisch mathematicus, *NJB* 1997, p. 937.

[8] D.A. Lubach, Machtsongelijkheid in het bestuursrecht, in *De Awb-mens: boeman of onderdog?*.

Nijmegen: *Ars Aequi Libri*, 1996, p. 160. H. Brown & A. Mariott, *ADR. Principles and Practice*, London 1993, p. 232-233. N.S.J. Koeman, *Bemiddeling als vorm van geschillenbeslechting in ruimtelijke ordening en milieu*, *Bouwrecht* 1995, p. 729 e.v.

[9] Art. 174 Gemeentewet

wone (openbare) rechtspraak ook een controlefunctie heeft. Het staat derden (in de regel) vrij met een beroep op de Wet Openbaarheid van Bestuur een arbitraal vonnis en de bijbehorende processtukken op te vragen. Om deze reden is niet in te zien waarom arbitrage, omdat arbitrale vonnissen niet worden gepubliceerd, niet zou zijn toegestaan indien het om geschillen tussen overheden gaat. De overheden kunnen het geschil immers ook onderling regelen zonder dat derden daarbij aanwezig zijn. Ook in dat geval kunnen derden binnen het stelsel van de WOB de overheid controleren. Het argument dat de vertrouwelijkheid van de procedure arbitrage tussen overheden in de weg staat, legt weinig gewicht in de schaal. Ook voor horizontale bestuursgeschillen kunnen bijzondere regels gelden die privaatrechtelijke arbitrage in de weg kunnen staan. Zo kan een pps-project onder de werking van de Wet gemeenschappelijke regelingen vallen. Krachtens artikel 28 Wgr worden geschillen over toepassing van een gemeenschappelijke regeling door Gedeputeerde Staten beslist, voor zover de burgerlijke rechter en de bestuursrechter op grond van artikel 112

## Een arbitraal beding over geschillen over de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid zal niet altijd standhouden

**Grondwet niet bevoegd zijn** In provinciegrensoverschrijdende geschillen beslist de minister van Binnenlandse Zaken. Voor zover een horizontaal bestuursgeschil niet onder de werking van de Wgr valt en de gewone rechter niet bevoegd is, is de Kroon krachtens artikel 136 GW bevoegd. Deze weg wordt ook wel 'publiekrechtelijke arbitrage' genoemd. In deze gevallen lijkt arbitrage dan ook uitgesloten.

### *Arbitrage: conclusie*

Voor arbitrage met de overheid is alleen ruimte voor zover dit niet neerkomt op een verboden delegatie van een publiekrechtelijke bevoegdheid of indien het om een privaatrechtelijk geschil gaat en arbitrage tot de vaststelling van rechtsgevolgen leidt die ter vrije beoordeling van partijen staat. Een arbitraal beding over geschillen over de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid zal niet altijd standhouden. Horizontale geschillen tussen overheden kunnen soms niet in een (privaatrechtelijke) arbitrage worden beslecht omdat de wet daarvoor andere wegen voorschrijft. Denk-

baar is dat in een arbitraal beding uitdrukkelijk wordt vermeld, dat dit slechts geldt voor zover het geschil niet de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid betreft. Onzekerheid over de geldigheid van het arbitraal beding wordt dan voorkomen. De mogelijkheid voor arbitrage te kiezen is dus begrensd.

### **Bindend advies**

Arbitrage is niet de enige vorm van alternatieve geschilbeslechting. Partijen kunnen ook overeenkomen dat geschillen door bindend advies worden beslecht. De inhoud van een bindend advies geldt tussen partijen als overeengekomen. Anders dan een arbitraal vonnis, kan een bindend advies slechts door middel van een afzonderlijke procedure voor de burgerlijke rechter worden afgedwongen, maar de toetsing ervan in die procedure is beperkt. Het is in beginsel slechts aantastbaar, indien de gebondenheid daaraan, gelet op de inhoud of de wijze van totstandkoming ervan, naar redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is. Daarbij moet worden gedacht aan schending van fundamentele procesregels, zoals het beginsel van hoor en wederhoor. De mogelijkheden voor een partij zich aan binding van een reeds gegeven bindend advies te onttrekken, zijn beperkt. Bindend advies wordt in de praktijk onder meer overeengekomen bij langlopende bouwprojecten. Daarbij wordt dan van tevoren een college van bindend adviseurs benoemd, dat bij geschillen meteen de nodige voorliggende beslissingen kan nemen.

Net als arbitrage kan bindend advies niet voor alle denkbare geschillen worden overeengekomen. Voor geschillen waarin de burgerlijke rechter bevoegd is, is bindend advies in de regel mogelijk voor zover partijen vrij over de rechten kunnen beschikken waarop het bindend advies betrekking heeft. Dit geldt ook voor geschillen tussen overheden. Bij *publiekrechtelijke* geschillen tussen overheid en een private partij is bindend advies veelal niet mogelijk. De in het voorgaande genoemde formele beletsels voor arbitrage bij de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid gelden ook voor bindend advies. Een bestuursorgaan dat zijn beslissingsbevoegdheid aan een bindend adviseur overdraagt, handelt in strijd met het verbod van artikel 10:15 Awb: geen delegatie zonder wettelijke grondslag. Het bestuursorgaan dient in voorkomende gevallen zelf een besluit te nemen en kan zich slechts laten leiden door een advies dat *niet* bindend is.

### **Advies**

Bij een niet-bindend advies doen voorgaande problemen zich niet voor. Het bestuursorgaan neemt

dan immers na kennisneming van het advies, zelf een besluit en er wordt geen bevoegdheid gedelegeerd. Bestuursorganen kunnen zich bij de voorbereiding van besluiten altijd laten adviseren, zowel op eigen verzoek als met instemming van de bij het geschil betrokken partijen. Is het geschil met het advies niet opgelost, dan dient men zich alsnog tot de rechter te wenden.

Een eventuele afwijking van het advies moet op grond van artikel 3:50 Awb uitdrukkelijk worden gemotiveerd. Naarmate de belangen van (niet bij de overeenkomst betrokken) derden meer gewicht in de schaal leggen, zal de ruimte voor een bestuursorgaan om van een dergelijk advies af te wijken, toenemen.

Teneinde de gebondenheid aan adviezen zo sterk mogelijk te maken bevatten veel contracten waarin zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke bevoegdheden zijn gebundeld, een genuanceerde adviesregeling: de beslissing van bindend adviseur(s) wordt als 'gewoon' advies beschouwd voorzover het de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid betreft en overigens als bindend advies. Zodoende behoudt het bestuursorgaan de beslissingsbevoegdheid maar wordt op voorhand tot uitdrukking gebracht dat partijen bij de overeenkomst veel gewicht aan een dergelijk advies toekennen. Voor de bestuursrechter zal dit een belangrijk gezichtspunt zijn bij de toetsing van het uiteindelijke besluit, indien toch van het advies zou worden afgeweken.

### Bemiddeling

Een alternatieve wijze van geschilbeslechting is bemiddeling of *mediation*. Mediation vindt plaats op basis van een zekere mate van vrijwilligheid van de bij het geschil betrokken partijen. Zij selecteren gezamenlijk een onafhankelijk derde, die als mediator in het geschil optreedt. Een partij die dit is overeengekomen, is niet ontvankelijk indien deze meteen een gerechtelijke procedure begint. Erst dient ten minste een serieuze poging te worden ondernomen om het geschil door mediation te beslechten. Lukt dat niet, dan staat alsnog de weg naar de gewone rechter open.

Kenmerkend voor mediation is dat de mediator geen eigen oordeel over de geschilpunten geeft, maar binnen de wensen en belangen van de partij en slechts aftast in hoeverre op sommige of alle onderdelen overeenstemming kan worden bereikt. De bemiddelaar kan ook (niet-bindende) voorstellen aan partijen doen. Deze kunnen zich ook (mede) over heel andere onderwerpen uitstrekken dan waarover het geschil gaat.

Hoe meer belangen van partijen worden geïdentificeerd, hoe creatiever een mediator te werk kan gaan bij het vinden van een oplossing die voor alle partijen acceptabel is. Uiteindelijk zijn partijen vrij in hun afweging en bestaat altijd het alternatief alsnog te procederen. De mediator gaat vaak creatief te werk om partijen tot elkaar te brengen. Mediation kan in voorkomende gevallen tot snellere en praktischere oplossingen leiden dan een gang naar de bestuursrechter of naar een zelf gekozen rechter. Escalatie van geschillen kan worden voorkomen. Belangrijk van mediation is dat de partijen streven naar een wederzijds aanvaardbare oplossing, zonder dat een partij uiteindelijk formeel in het gelijk wordt gesteld. Met een succesvolle mediation kan gezichtsverlies worden voorkomen. Juist dat risico kan een belangrijke factor in de besluitvorming van partijen zijn, zowel aan de zijde van het bestuur als bij private investeerders.

Een alternatief dat op mediation lijkt, is minitrage. Een panel van drie personen wordt gevormd, bestaande uit een beslissingsbevoegde persoon van elke partij en een onafhankelijke derde die het panel voorziet. De betrokkenen op uitvoeringsniveau (met advocaten) lichten dan de eigen standpunten aan het minitragepanel toe. Het panel tracht tot een wederzijds aanvaardbare oplossing te komen. De in de vorige paragrafen geschetste beletsels voor arbitrage en bindend advies in publiekrechtelijke geschillen tussen de overheid en een private partij doen zich bij bemiddeling niet voor. Besluiten kunnen hangende het bezwaar en beroep, worden herroepen. Niets belet (sterker nog: het zorgvuldigheidsbeginsel kan dat zelfs vereisen) een bestuursorgaan een besluit daartoe vooraf concreet met de direct belanghebbende te bespreken, ook indien dit in bijzijn van een mediator geschiedt. Een goede afstemming tussen bestuur en betrokken private partij(en) voorkomt veelal (nieuwe) bezwaren en kan doelmatig zijn. In het buitenland was al medio jaren '90 duidelijk dat mediation in de publieke sector in verschillende fasen van de beleidsvorming zinvol kan zijn.<sup>10</sup> Bezwaarprocedures kunnen worden voorkomen. Een dergelijke afstemming kan ook tijdens de beroepsfase plaatsvinden. Indien de klager en het bestuursorgaan dan alsnog tot overeenstemming komen over de uitgangspunten van een nieuw besluit, wordt de beroepsprocedure overbodig. Juist met het oog daarop geeft een aantal bestuursrechtters, waaronder de Afdeling rechtspraak en de Centrale Raad van Beroep, partijen in voorkomende gevallen in overweging over te gaan tot mediation onder leiding van een onafhankelijke derde. Zolang de besluitvorming van het bestuursorgaan

[10] D.A. Lubach, Machtsongelijkheid in het bestuursrecht, in: *De Awb-mens; boeman of underdog?* Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1996, p. 160. H. Brown & A. Marriott, *ADR Principles and Practice*, London 1993, p. 232-233. N.S.J. Koeman, Bemiddeling als vorm van geschillenbeslechting in ruimtelijke ordening en milieu, *Bouwrecht* 1995, p. 729 e.v.

voor het overige aan alle eisen voldoet, kan zowel het bestuur als de burger gebaat zijn bij een minnelijke regeling die in mediation wordt bereikt. Indien het bestuursorgaan na overeenstemming met de klager(s) een nieuw besluit neemt conform de

## In het buitenland was al medio jaren '90 duidelijk dat mediation in de publieke sector zinvol kan zijn

besproken uitgangspunten, staat voor derden-belanghebbenden bezwaar en beroep open. Hun rechten komen door de afspraken tussen overheid en klager(s) niet onder druk te staan.

### De-escalatieregeling

Er zijn ook andere mogelijkheden om escalatie van geschillen te voorkomen. Zo wordt in contracten tussen grote ondernemingen vaak een 'de-escalatieregeling' opgenomen, op grond waarvan de bij het geschil betrokken personen het geschil één of enkele niveaus hoger in de organisatie laten toetsen. De managers op hoger niveau kunnen pogen een oplossing te vinden. Dit werkt veelal als een katalysator, want men vindt het niet prettig een bovengeschikte te moeten vertellen dat men er zelf niet uitkomt. Bovendien kan de in rang hoger geschikte het geschil vaak in een bredere context plaatsen, waardoor soms een oplossing op een geheel ander vlak kan worden gevonden.

Een de-escalatieregeling kan zowel voor private als publieke partijen bij pps-projecten zinvol zijn, zeker indien concrete termijnen worden vastgelegd, waarbinnen in geval van een geschil het contract op hoger niveau moet worden gelegd. Ook bij een

dergelijk overleg op hoger niveau kan een onafhankelijke derde een faciliterende rol spelen. De mogelijkheid van minitriage werd al genoemd.

Een de-escalatieregeling voor horizontale geschillen tussen overheden is op enkele plaatsen in de wet vastgelegd. In die gevallen vindt bemiddeling door een hoger bestuursorgaan plaats. Zo hebben gedeputeerde staten de taak te bevorderen dat geschillen tussen lagere overheden in der minne worden bijgelegd.<sup>11</sup> Ook de 'publiekrechtelijke arbitrage' door de Kroon biedt een bemiddelende rol. Net als de civiele rechter bij een comparitie van partijen, kan het hogere bestuursorgaan een voorlopige inschatting van een geschil geven teneinde partijen tot elkaar te brengen. Deze bemiddeling is echter geen mediation door een onafhankelijke derde die een oordeel over het geschil achterwege laat. Een de-escalatieregeling kan nuttig zijn. De omstandigheid dat een hoger bestuursorgaan bij het geschil wordt betrokken, kan voor lagere overheden een beletsel vormen voor die weg te kiezen. Indien de bestuursorganen de betrokkenheid van een hiërarchisch bovengeschikt orgaan willen voorkomen, kan mediation ten overstaan van een onafhankelijke derde die géén partij kiest, wellicht een oplossing bieden. Er is geen wet die zich daartegen verzet.

### Besluit

Het is aan te bevelen dat partijen bij aanvang van een samenwerking - vóórdat zich een geschil heeft aangediend - nadenken over de gewenste wijze van geschilbeslechting. Duidelijkheid die daardoor over de te volgen procedure ontstaat, kan veel tijd en moeite besparen. Daarom dienen vooraf duidelijke procedureafspraken te worden gemaakt over de vraag hoe men bij geschillen met elkaar omgaat.

[11] Art. 174 Gemeentewet

## BOEKSIGNALEMENT

### Hoe functioneerde de bovenlaag?

Kees Zandvliet, *De 250 rijksten van de Gouden Eeuw*, Amsterdam: Rijksmuseum en Nieuw Amsterdam, 2006, ISBN 90 8689 006 7

Een dankbaar onderwerp: kapitaal, macht, familie en levensstijl van de elite. De Quote 250 van de zeventiende eeuw, de eeuw van de rijkdom en culturele bloei. De rijken zaten vooral - en zichtbaar - in het welvarende westen van het

land, in de Amsterdamse grachtengordel, de Oude Delft, het Rapenburg en het Lange Voorhout. Om geen twijfel over hun rijkdom en welvaart te laten bestaan, lieten ze zich op levensgrote schilderijen afbeelden en komen we hun bezittingen nog steeds tegen, de buitens langs de Vecht en in de duinstreek en de fraaie herenhuizen op het platteland. De auteur heeft in dit boek een patroon zichtbaar gemaakt van rijkdom, economische bronnen, maatschappelijke positie, sociale relaties, macht, aanzien en

levensstijl. Tegelijk ontstaat inzicht in het functioneren van de maatschappelijke bovenlaag. De rijksten worden elk afzonderlijk geportretteerd, de lat lag bij een vermogen van ten minste 200.000 gulden en daaraan werd vaak ook door vrouwen bijgedragen, want huwelijken om rijkdom bij rijkdom te voegen kwamen veelvuldig voor. Rijk geïllustreerd, een soort encyclopedie van wie was rijk en hoeveel.