

De bestuursrechtelijke schikking

Over het sluiten van vaststellingsovereenkomsten hangende het beroep bij de bestuursrechter

Kars de Graaf

Inleiding

Bij uitstek het bestuur is gebaat bij goede communicatie, het creëren van draagvlak en inzicht in de belangen van betrokken burgers.¹ Voor een belangrijk deel betekent besturen immers het op een behoorlijke en zorgvuldige wijze achterhalen van tegenstrijdige belangen. Bij de voorbereiding van besluiten lijkt het daarom zinvol gebruik te maken van mediationachtige technieken. Hoewel die gedachte haast vanzelfsprekend toepassing moet vinden in de praktijk, kan men zich afvragen of datzelfde geldt wanneer een reeds genomen besluit ‘onder de rechter’ is. De insteek van bestuurlijke procedures, zoals een voorbereidings- of een bezwaarschriftenprocedure, waarin het nemen van een besluit nog centraal staat, is immers – al was het maar voor de ambtenaren die daarbij betrokken zijn – beduidend anders dan de situatie waarin dat besluit enkel nog aan een rechtmatigheidstoets door de bestuursrechter blootstaat.

Steeds vaker wordt van bestuursrechters verwacht dat zij geschillen finaal beslechten. Daarmee wordt bedoeld dat de rechtsbetrekking tussen bestuursorgaan en belanghebbenden wordt vastgesteld voor de toekomst. Inherent aan de rechtmatigheidstoets van de bestuursrechter lijkt evenwel dat hij onvoldoende in staat is aan die verwachting te voldoen. Anders dan de burgerlijke rechter kan hij immers lang niet altijd een finale uitspraak doen over de tussen partijen te gelden rechtsverhouding. Verwachting en resultaat komen niet altijd overeen.² Mede daarom krijgt het streven naar consensus in de literatuur steeds meer aandacht en heeft men in de praktijk meer oog voor de mogelijkheden die, ook hangende het beroep bij de bestuursrechter, voor partijen bestaan om zelf de oplossing van hun geschil te bewerkstelligen.³ Vanzelfsprekend speelt daarbij mediation een grote rol.

Tijdens de bestuursrechtelijke procedure kan op een zitting een schikking worden beproefd. Maar ook kunnen de bestuursrechters tegenwoordig – met instemming van partijen – doorverwijzen naar een mediator, die het bereiken van een oplossing kan faciliteren.⁴ Beide opties laten natuurlijk onverlet dat partijen in staat zijn zelfstandig een minnelijke regeling te bereiken over hun geschil. Sterker nog, de regering stelt dat partijen primair zelf verantwoordelijk zijn voor het uit de wereld helpen van hun geschil.⁵ Bekend is dat de regering mediation in het bestuursrecht wenst te stimuleren en dat in diverse projecten ook positieve ervaringen zijn opgedaan. Of de consensus tussen partijen in het bestuursrecht nu door mediation of op andere wijze totstandkomt, in deze bijdrage staat nadrukkelijk centraal de rechtmatigheid van het eindresultaat, een vaststellingsovereenkomst. Telkens zal immers een dergelijke overeenkomst

worden gesloten die is bedoeld om een definitief einde te maken aan het bestuursrechtelijke geschil en de daarover tot dan toe gevoerde procedures.⁶ Die bestuursrechtelijke schikking is daarmee een *overeenkomst* tussen het bestuur en de betrokken belanghebbenden over een eenzijdig vastgesteld *besluit*.⁷ Niet alleen het verschil in de wijze waarop de rechtsverhouding tussen partijen vorm krijgt, maar ook de eigen aard van het bestuursrecht lijkt het sluiten van een rechtmatige vaststellingsovereenkomst gedurende een bestuursrechtelijke procedure tot een lastige onderneming te maken. Welke mogelijkheden bestaan er in het bestuursrecht om gedurende een gerechtelijke procedure tot een rechtmatige vaststellingsovereenkomst te komen? Welke grenzen moeten worden gerespecteerd?

In deze bijdrage ga ik in op de aard van de schikking, de vele aspecten waarmee partijen rekening moeten houden indien zij een bestuursrechtelijke schikking willen treffen, en op de mogelijkheden om rechtmatig een vaststellingsovereenkomst (in strijd met dwingend bestuursrecht) te sluiten.

1. A.F.M. Brenninkmeijer, Mediation als middel voor effectieve en efficiënte conflictoplossing in het bestuursrecht, NTB 2004, p. 212-220.
2. S. Pront-van Bommel, Bestuursrechtspraak (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 1 e.v.
3. J.E.M. Polak e.a., De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid; van toetsing naar geschilbeslechting (VAR-rapport), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 157 e.v.; over de ervaringen met mediation, zie L. Combrink-Kuiters, E. Niemeijer & M. ter Voert, Ruimte voor mediation (WODC onderzoek en beleid nr. 210), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003; A.F.M. Brenninkmeijer & S. Pront-van Bommel, Het compromis in het bestuursrecht, TMD 1998, p. 2-7; M.M.H.J. Vroemen & D. Allewijn, Tijd voor mediation in het bestuursrecht, TMD 2005, p. 33 e.v.
4. Geschillen worden vanaf 1 januari 2005 meer structureel gescreend op geschiktheid voor mediation, zie Kamerstukken II 2003/04, 29 528, nr. 1, p. 10-11.
5. Zie Kamerstukken II 1998/99, 26 352, nr. 2, p. 4; Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 1, p. 7-8; M. Scheltema, Bezwaar en bindend advies, Strt. 2004, 99, p. 3.
6. Over de mogelijkheden en consequenties van het treffen van een dergelijke schikking, zie K.J. de Graaf, Schikken in het bestuursrecht (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004 (<http://irs.ub.rug.nl/ppn/270206396>).
7. Zie J.B.J.M. ten Berge, Onderhandelend bestuur en bestuursrecht, in: H.D. Stout & A.J. Hoekema (red.), Onderhandelend bestuur, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 42; A.F.M. Brenninkmeijer, Conflictbemiddeling in het bestuursrecht, in: I.C. van der Vlies & S. Pront-Van Bommel (red.), Van toetsing naar bemiddeling, Deventer: Kluwer 1997, p. 57 e.v.

De aard van de bestuursrechtelijke schikking

Bij de consensuele beëindiging van hun bestuursrechtelijke geschil sluiten partijen een overeenkomst. Omdat het algemene bestuursrecht geen regels kent voor overeenkomsten, moeten de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek (BW) betreffende (vaststellers)overeenkomsten als inspiratiebron gelden, voorzover de eigen aard van het bestuursrecht zich daartegen niet verzet.⁸ Het zal de lezer van dit tijdschrift genoegzaam bekend zijn dat in elk geval de regeling in titel 7.15 van het BW, die sinds 1 september 1993 de regeling betreffende de *vaststellingsovereenkomst* bevat, daarbij van groot belang is. Gelet op de door de wetgever gebruikte specifieke terminologie vormt de (vaststellers)overeenkomst zoals die in deze bijdrage centraal staat, de basis voor de *beslissing* van partijen gezamenlijk.⁹ Het verwondert niet dat deze gezamenlijke beslissing van partijen in een eerder ontwerp voor de regeling (het ontwerp-Meijers) werd aangeduid als schikking.¹⁰ De door partijen genomen beslissing moet leiden tot de nieuwe rechtsverhouding, die in de wettelijke regeling wordt aangeduid als *vaststelling*.¹¹ Deze komt doorgaans tot stand nadat partijen – vanwege de dispositieve aard van de overeenkomst – daartoe nadere rechtshandelingen hebben verricht. Houdt de schikking alleen in dat het bestreden besluit zal worden gewijzigd, dan is die schikking een zuivere *bevoegdheidsovereenkomst* met het bestuursorgaan, omdat het een overeenkomst betreft over de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Indien ook maar een enkele privaatrechtelijke verbintenis wordt overeengekomen, moet echter worden gesproken van een *gemengde overeenkomst*. In dat geval neemt ook de rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt, verbintenissen op zich.¹² Deze onderscheidingen kunnen in het kader van de rechtsmachtverdeling ten aanzien van de nakoming van de overeenkomst een grote rol spelen.¹³

In het verlengde van hiervoor genoemde onderscheidingen kunnen in elk geval twee soorten schikkingen gedurende een gerechtelijke procedure in het bestuursrecht worden herkend. Omdat steeds sprake is van een overeenkomst die tot doel heeft een einde te maken aan het geschil of een onzekerheid tussen partijen en bestemd is om ook te gelden voorzover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken, is die overeenkomst steeds een vaststellingsovereenkomst. Niet langer is relevant – anders dan in het verleden bij de overeenkomst van dading (art. 1888-1901 van het oude BW) – of beide partijen iets opofferen.

Ten eerste kunnen belanghebbenden (onderling) het bestuursrechtelijke geschil beëindigen, eventueel zonder dat het bestuursorgaan daarbij betrokken is of verplicht wordt een alternatief besluit te nemen. Deze overeenkomst duid ik aan als een oneigenlijke schikking, omdat wordt afgesproken dat het bestreden besluit (toch) in stand zal blijven. In de praktijk blijkt de oneigenlijke schikking vaak mogelijk indien nog eens aan de belanghebbenden wordt uitgelegd waarom een bepaalde beslissing door het bestuursorgaan is genomen. Doorgaans zal de eiser de afspraken bekrachtigen door te beloven dat hij zijn beroepschrift zal intrekken.¹⁴ Ook komt het voor dat de eiser afstand doet van het recht om (verder) te procederen bij de bestuursrechter, maar die verbintenis kan hij, behalve in het belastingrecht,¹⁵ niet rechtsgeldig aangaan omdat dat in strijd wordt geacht met de openbare orde.¹⁶

Overigens worden dit soort overeenkomsten met bestuursorganen in de handboeken betreffende het bestuursrecht niet geheel ten onrechte aangemerkt als *bijzondere* bevoegdheidsovereenkomsten.¹⁷ Daarmee wordt in ieder geval duidelijk gemaakt dat het bestuursorgaan niet geheel vrij is in het op zich nemen van tegenprestaties voor de belofte van de belanghebbende om zijn beroep in te trekken. Belanghebbende burgers genieten onderling op dat punt meer vrijheid om tegenprestaties te bedingen.

Ten tweede kunnen partijen zich verbinden aan een alternatieve uitoefening van de tot op dat moment bestreden uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid; in dat geval is sprake van een bevoegdheidsovereenkomst. Bij deze overeenkomst moet ten minste het bestuursorgaan betrokken zijn. Niet alleen vanwege het dispositieve stelsel van de vaststellingsovereenkomst, maar ook door de eigen aard van het bestuursrecht is het bestuursorgaan genoodzaakt om als consequentie van de gesloten bevoegdheidsovereenkomst het eerder genomen besluit in te trekken en een nieuw besluit te nemen dat overeenkomt met hetgeen is afgesproken.

Karakteristieken van het bestuursrecht versus schikken

De karakteristieken van het bestuursrecht staan in zekere mate op gespannen voet met het treffen van een schikking. Doorgaans zal de schikking een verplichting voor het bestuursorgaan inhouden tot aanpassing van het tot dan toe bestreden besluit. Een bestuursorgaan heeft een bijzondere positie in het maatschappelijke verkeer en vormt te allen tijde, ook als het onderhandelt over een

8. M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 174 e.v.; zie ook art. 3:14 BW en 3:1, tweede lid, Awb.
9. Zie ook A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst* (Monografieën Nieuw BW B80), Deventer: Kluwer 2001, p. 4 e.v.; De Graaf 2004, p. 55 e.v.; over de vaststellingsovereenkomst, zie M. van Zijst, *De vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2001.
10. F.J. de Jong, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. mr. E.M. Meijers* (tekst vierde gedeelte; boek 7), 's-Gravenhage: Sdu 1972, p. 324; Kamerstukken II 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 36.
11. Deze term lijkt niet geheel in overeenstemming met het normale taalgebruik. Voor de term vaststelling in art. 7:902 BW kan naar mijn mening de term 'beslissing' worden gebruikt en gelezen.
12. Zie over de categorisering Scheltema & Scheltema 2003, p. 168 e.v.; zie ook R.H. Happé, *Fiscaal compromis. Op de grens van publiek- en privaatrecht*, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 83 e.v.
13. Zie De Graaf 2004, p. 70 e.v.
14. De belofte om het beroep in te trekken betekent niet dat het beroep is ingetrokken. Indien de eiser zich niet aan de belofte houdt en dus een uitspraak moet volgen, kan worden aangenomen dat de eiser niet-ontvankelijk zal worden verklaard, zie De Graaf 2004., p. 194 e.v.; CRvB 10 april 2002, AB 2002, 208 m.nt. FP; CRvB 2 april 2003, RSV 2003/169, AB 2003, 383 m.nt. K.J. de Graaf. De belastingrechter lijkt echter een andere benadering te kiezen, zie o.a. Hof Arnhem 7 oktober 2004, LJN AR4836, waarover P. van Schelven, *Doorprocederen na een geslaagde fiscale mediation: misbruik van procesrecht?*, TMD 2005, p. 15-16.
15. Af te leiden uit HR 23 december 1992, BNB 1993, 95 en 96 m.nt. J.P. Scheltens.
16. Zie daaromtrent S. Pront-van Bommel, *Afstand van beroep op de administratieve rechter*, NTB 1993, p. 182 e.v.; M.H. Kobussen, *Afstandsovereenkomst of publiekrechtelijke dading?*, NJB 1987, p. 140 e.v.; pleitend voor die mogelijkheid: J.E.M. Polak e.a. 2004, p. 160; K.J. de Graaf, *Afstand van beroepsrecht*, NTB 2005, p. 6 e.v.
17. H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 2002, p. 244.

eventuele schikking, de uitvoerende macht in de Nederlandse democratische rechtsstaat. Het handelt ten behoeve van het algemeen belang en op grond van bij de wet met een speciaal doel aan het bestuursorgaan verleende publiekrechtelijke bevoegdheden. Door deze bijzondere rechtspositie gelden specifieke normen. Voorzover de aard van de verleende bevoegdheden het bestuur ruimte geeft om verschillende oplossingen te kiezen bestaat er ruimte om te onderhandelen. Gezien de dwingende aard van het materiële bestuursrecht kunnen gebonden bevoegdheden in beginsel geen voorwerp van onderhandelingen zijn. Aan deals die in strijd zijn met wet of jurisprudentie, kan de overheid uiteraard nooit meewerken.¹⁸

Voorts is van belang voor de mogelijkheden om tot een schikking te komen, dat de relatie tussen bestuursorgaan en burger zowel juridisch als feitelijk asymmetrisch is. Immers, het bestuursorgaan heeft een *monopoliepositie* waar het de bevoegdheid betreft om de rechtspositie van de burger eenzijdig vast te stellen. Het bestuursrecht is naar zijn aard verticaal, hoewel de burger vanzelfsprekend wordt betrokken bij de vaststelling van zijn rechtspositie. Bovendien heeft het bestuursorgaan een *machtspositie*, omdat het doorgaans meer financiële en technische mogelijkheden, juridische deskundigheid en communicatieve vaardigheden in huis heeft dan de burger. Deze ongelijkheid kan invloed hebben op de binding van de burger aan de gemaakte afspraken. Het bestuursorgaan, en de rechter die eventueel moet oordelen over de rechtsgeldigheid van de schikking, dienen zich rekenschap te geven van deze asymmetrie. Bovendien staat de door partijen gewenste vertrouwelijke aard van de onderhandelingen haaks op de hoofdregel van openbaarheid van het bestuursrecht. De suggestie dat alleen de belangen van degene die een plaats hebben aan de onderhandelingstafel een rol spelen in de besluitvorming, zorgt ervoor dat, gezien de plicht van een evenwichtige belangenafweging (art. 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)), onderhandelen in het bestuursrecht wordt geassocieerd met achterkamertjespolitiek. Derde-belanghebbenden lopen de kans te worden 'weggehorizontaliseerd'.¹⁹ De aanwezigheid van derden kan een belangrijke hindernis vormen voor het bereiken van definitieve geschilbeëindiging. De wettelijk voorgeschreven procedure ter voorbereiding van een besluit kan niet bij overeenkomst worden omzeild en alle belanghebbenden hebben altijd de mogelijkheid om rechtsmiddelen aan te wenden tegen het besluit ter uitvoering van een eventueel getroffen schikking. Wanneer derde-belanghebbenden niet worden betrokken bij een tijdens een gerechtelijke procedure getroffen minnelijke regeling die het bestuur verplicht het bestreden besluit aan te passen, kan geen definitieve zekerheid bestaan over de tussen partijen te gelden rechtsverhouding.

Al het handelen van het bestuur dient in overeenstemming te zijn met de formele en materiële algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zonder volledigheid na te streven valt het volgende op. Het formele zorgvuldigheidsbeginsel lijkt met zich te brengen dat het bestuur, indien de burger een rechtshulpverlener in de arm heeft genomen, niet zonder diens aanwezigheid een schikking mag treffen. Bovendien moet het bestuur de burger telkens voldoende gelegenheid bieden om deskundig juridisch advies in te winnen.²⁰ Ook het materiële gelijkheidsbeginsel is van belang. Het bestuur wordt geacht een consistente beleidslijn te voeren met

betrekking tot de in geding zijnde bevoegdheidsuitoefening en moet daarom gelijke gevallen gelijk behandelen. Meer in het bijzonder kan worden verdedigd dat het bestuur niet gerechtigd is om willekeurig te bepalen met wie wel en met wie niet een mediation wordt gestart.²¹ Van groot gewicht is ook het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 Awb en het in artikel 3:3 Awb gecodificeerde beginsel van verbod van *détournement de pouvoir*.²² Dat laatste brengt met zich dat een bevoegdheid niet mag worden gebruikt voor een ander doel dan het wettelijk stelsel rechtvaardigt. Het bestuur mag dus alleen een tegenprestatie van een burger verlangen indien die in voldoende mate proportioneel of redelijk is ten opzichte van de algemene belangen die de wettelijke regeling waarop het besluit wordt gebaseerd, beoogt te beschermen.

Voor de vraag of er gedurende een bestuursrechtelijke procedure andere of meer problemen een rol spelen, is vooral van belang dat de personen aan de onderhandelingstafel bevoegd moeten zijn om de schikking aan te gaan. Dit kan tot problemen leiden omdat het bestreden besluit reeds in werking is getreden. Onderhandelingen over het aanpassen, intrekken of wijzigen van dat besluit kunnen alleen plaatsvinden indien het bestuur een speciale bevoegdheid heeft. In voorkomend geval regelt de bijzondere bestuursrechtelijke wet die bevoegdheid expliciet, waardoor wijziging of intrekking alleen mogelijk is in de bij wet geregelde gevallen. Is er geen regeling en is de bevoegdheid gebonden, dan is er geen mogelijkheid om het besluit in te trekken. Bij discretionaire bevoegdheden en afwezigheid van een wettelijke regeling wordt de bevoegdheid om te wijzigen of in te trekken wel aanwezig geacht. Ook wordt dan vaak aangenomen dat het ten gunste van (alle) belanghebbenden wijzigen van een besluit in het algemeen op weinig juridische problemen stuit.

Een praktisch probleem dat het vermelden waard is, betreft het feit dat het bevoegde bestuursorgaan niet altijd, mede gezien de personele samenstelling, (voltallig) aanwezig zal kunnen zijn bij de onderhandelingen en zich daarom moet laten vertegenwoordigen. Zo zal doorgaans op de zitting bij de bestuursrechter een vertegenwoordiger verschijnen die slechts is gemachtigd om namens het bestuursorgaan het in het bestreden besluit neergelegde standpunt toe te lichten. In dat geval, en in alle andere gevallen van onvoldoende mandaat, zal een schikking pas definitief kunnen worden nadat het bevoegde orgaan daarmee heeft

18. In Kamerstukken II 2003/04, 29 528, nr. 2, p. 8-9 stelt de minister: 'Het beeld dat op die manier "deals" zouden worden gesloten die strijdig kunnen zijn met de wet of jurisprudentie lijkt mij dan ook niet juist. Overheidsorganen zouden aan dat laatste uiteraard nooit mogen meewerken.' Overigens na overwogen te hebben dat hij in zaken waarbij de overheid partij is voor mediation wel toepassingsmogelijkheden ziet, ook wanneer er geen discretie is.

19. L.J.A. Damen, *Bestaat de Awb mens?*, in: J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer: Kluwer 1993, p. 121.

20. Vgl. voor het belastingrecht: Besluit van 01-12-1997, nr. AFZ97/2412U, V-N 1997, p. 4702. In het fiscale compromis wordt standaard opgenomen dat afstand wordt gedaan van het recht van bezwaar en beroep.

21. R.W. Jagtenberg, *Intrekking van een mediationvoorstel door een bestuursorgaan*, TMD 2004, p. 76-78.

22. Dat verbod is verwant aan het specialiteitsbeginsel dat bepaalt welke belangen mogen worden meegewogen bij de met een speciaal doel aan het bestuursorgaan toegekende bevoegdheidsuitoefening.

ingestemd.²³ Ook aan de kant van de belanghebbende kan sprake zijn van een vertegenwoordiger in de vorm van een rechtshulpverlener. Indien deze is aangesteld ter afhandeling van het geschil, kan rechtsgeldig een schikking worden aangegaan in naam van de volmachtgever, mits hetgeen is overeengekomen redelijkerwijs ligt binnen de werkzaamheden van de rechtshulpverlener.²⁴

Een bijzondere situatie ontstaat wanneer een besluit van een bestuursorgaan is onderworpen aan bestuurlijk toezicht (titel 10.2 Awb). Enerzijds kan worden gedacht aan een besluit dat aan de goedkeuring door een ander bestuursorgaan onderworpen is of waartegen administratief beroep kan worden ingesteld. In de gerechtelijke procedure is dan primair een ander bestuursorgaan partij dan het orgaan dat de bevoegdheid heeft om het oorspronkelijke besluit te wijzigen. Anderzijds kan op een besluit ter uitvoering van een schikking bestuurlijk toezicht worden uitgeoefend in de zin dat het besluit wordt geschorst of vernietigd. Hierdoor kan een schikking niet altijd definitieve zekerheid bieden; de geldigheid van het besluit ter uitvoering van de schikking is immers ook afhankelijk van het toezichthoudende orgaan.

Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat het bestuur, of het nu schikt of beschikt, aan dezelfde regels is gebonden. Desondanks moet het voordeel van een schikking, gelegen in de instemming van de belanghebbenden, niet worden onderschat. De hiervoor genoemde punten vragen alle om aandacht van de schikkende partijen, zij het dat ze niet een onoverkomelijke hindernis hoeven te vormen om in voorkomende gevallen een schikking te treffen.

De rechtsgeldigheid van de bestuursrechtelijke schikking

De rechtsgeldigheid van de vaststellingsovereenkomst is ten eerste afhankelijk van de normale regels over (bevoegdheden)overeenkomsten.²⁵ Naar vaste jurisprudentie geldt met betrekking tot de rechtsgeldigheid het volgende.

‘Dit beginsel [van rechtszekerheid dat niet voortvloeit uit burgerlijk recht, KJdG] brengt naar vaste jurisprudentie met zich mee dat de ambtenaar in beginsel gehouden is tot nakoming van een toezegging of akkoordverklaring welke hij vrijwillig en zonder dwaling jegens een bestuursorgaan heeft gedaan of afgelegd, tenzij het onderwerp van die toezegging of akkoordverklaring op zodanige wijze in strijd is met enig algemeen verbindend voorschrift of anderszins zodanig onhoudbaar of ontoelaatbaar is, dat het bestuursorgaan niet van de ambtenaar had mogen vergen daarmee in te stemmen.’²⁶

De principiële gebondenheid aan een bevoegdhedenovereenkomst van het bestuursorgaan en de bij die overeenkomst betrokken belanghebbende(n), indien die overeenkomst niet in strijd met het recht is, volgt volgens deze jurisprudentie uit het rechtszekerheidsbeginsel. Ten aanzien van de vaststellingsovereenkomst, die in de wettelijke terminologie los kan worden gezien van de beslissing en de vaststelling, geldt dat met de nietigheid, vernietigbaarheid of de ontbinding van die overeenkomst, de grondslag voor de gezamenlijke beslissing – en daarmee de verbintenis om de vaststelling tot stand te brengen – wegvalt.²⁷

Ten tweede geldt voor de (bestuursrechtelijke) schikking één bijzondere bepaling. Die heeft betrekking op de *vaststelling* en is neergelegd in artikel 7:902 BW. Het stelt dat een vaststelling ter beëindiging van een geschil op *vermogensrechtelijk gebied* ook geldig is indien zij in strijd *mocht blijken* met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde.²⁸

Een eerste lastig punt is te bepalen welke soort bestuursrechtelijke geschillen op vermogensrechtelijk terrein liggen. In het algemeen kan worden gesteld dat artikel 3:6 BW bepaalt wat tot het vermogensrechtelijk terrein behoort, maar desondanks blijft nog altijd²⁹ tot op zekere hoogte onduidelijk welke soorten bestuursrechtelijke besluiten in dit verband tot het vermogensrecht moeten worden gerekend. Het strekt naar mijn oordeel te ver om aansluiting te zoeken bij de definitie van eigendom in artikel 1 van het Eerste Protocol van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Aangenomen kan worden dat besluiten met een financiële strekking, en wellicht die met een zakelijke werking, onder het begrip vermogensrechtelijk kunnen vallen.

Benadrukt dient te worden dat in artikel 7:902 BW is bepaald dat slechts afwijking van dwingend recht is geoorloofd indien deze afwijking op een later moment *blijkt*. De grotere vrijheid van partijen in geschil bestaat slechts in het geval dat de partijen bij het aangaan van de overeenkomst in redelijkheid en in ernst van mening mochten verschillen over de vraag of de overeenkomst in strijd is met dwingend recht. Voor het fiscale compromis luidt de standaardoverweging, die ook voor het overige vermogensrechtelijke bestuursrecht zou kunnen gelden, als volgt:

‘Indien een belastingplichtige en de inspecteur ter voorkoming van fiscale geschillen zich bij overeenkomst jegens elkaar hebben gebonden aan een vaststelling van hetgeen rechtens tussen hen zal gelden, bestemd om ook te gelden voorzover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken, is elk der betrokken partijen daaraan gebonden, tenzij de overeenkomst zozeer in strijd is met geldende wettelijke regelingen, dat op nakoming daarvan niet mocht worden gerekend.’³⁰

Alleen indien objectief én subjectief voor partijen onduidelijk was hoe het dwingende recht ten tijde van de schikking dient te worden uitgelegd, kan die schikking, als die later in strijd met dwingend recht blijkt te zijn, rechtsgeldig blijven. In navolging van voornoemd arrest kan alleen in de gevallen waarin partijen binnen

23. Indien ook privaatrechtelijke verbintenissen worden aangegaan, dient de vertegenwoordiger ook daartoe gemachtigd te zijn door de rechtspersoon waar het bestuursorgaan deel van uitmaakt.
 24. HR 23 december 1998, BNB 1999, 75; HR 9 oktober 1996, BNB 1997, 53 m.nt. P.J. Wattel; HR 16 juni 1967, NJ 1967, 340 m.nt. GJS; A.K.H. Klein Sprokkelhorst, Vaststellingsovereenkomst, mandaat en vertegenwoordiging (deel 2), TFB 2000, afl. 1, p. 13.
 25. Zie voor die rechtsgeldigheid dus ook de paragraaf over de karakteristieken van bestuursrecht.
 26. CRvB 24 januari 2003, Gst. (2003) 7195, 180 m.nt. J.C. Binnerts.
 27. Zie ook Van Rossum 2001, p. 20-21.
 28. Deze bepaling bouwt voort op HR 27 december 1935, NJ 1936, 442.
 29. Vgl. Brenninkmeijer & Pront-van Bommel 1998, p. 4-5.
 30. HR 7 mei 1997, BNB 1997, 221 m.nt. Hoogendoorn.

een bepaalde bandbreedte ('zozeer') blijven, worden afgeweken van dwingend recht.³¹ Ten minste, voorzover dat recht niet van openbare orde is. Bewust afwijken van dwingend recht is in elk geval in strijd met de openbare orde. Bedacht moet worden dat artikel 7:902 BW weliswaar meer ruimte aan partijen biedt dan het algemene overeenkomstenrecht, maar dat die ruimte, zeker in het bestuursrecht, nog steeds erg beperkt is. Omdat het bestuursorgaan kan worden geacht op de hoogte te zijn van het geldende, dwingende recht en bovendien in beperkte mate een rechtsvormende taak is toebedeeld, zou die ruimte wel eens zeer beperkt kunnen zijn. Houvast voor de mogelijkheid om bij besluiten met een financiële strekking, naar achteraf blijkt, af te wijken van dwingend recht, kan worden gevonden in de (casuïstische) bestuursrechtspraak met betrekking tot de *contra legem* gebondenheid van bestuursorganen aan het vertrouwensbeginsel. Juist op het terrein van het financiële bestuursrecht geldt immers dat een door het bevoegde bestuursorgaan gedane toezegging in strijd met dwingend recht, in sommige gevallen tot binding van het bestuur leidt.³² Op dat gebied kan de burger er eerder gerechtvaardigd op vertrouwen dat de door het bestuursorgaan gesloten overeenkomst niet in strijd is met dwingend recht dan op andere bestuursrechtelijke gebieden. Niet onbelangrijk lijkt in dat verband dat derde-belanghebbenden op dit rechtsgebied doorgaans ontbreken. In alle gevallen blijft overigens gelden dat, als de burger had moeten begrijpen dat de toezegging in strijd met dwingend recht was, op de nakoming van de toezegging in redelijkheid niet mag worden gerekend.

Indien de vaststellingsovereenkomst door wilsovereenstemming, ook in het licht van artikel 3:44 BW, rechtmatig tot stand is gekomen en rechtsgeldig is, moet toch nog rekening worden gehouden met in elk geval twee bijzonderheden. Ten eerste de bijzonderheid van dwaling in de zin van artikel 6:228 BW. Vaststaat dat het vernietigen van een vaststellingsovereenkomst op grond van dwaling in scherp contrast staat met de ratio van deze bijzondere overeenkomst, namelijk het definitief beëindigen van een geschil. Op grond van het tweede lid van genoemd artikel, waarin wordt bepaald dat de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval zich tegen de vernietiging kunnen verzetten, moet de rechter terughoudendheid betrachten bij het toepassen van deze vernietigingsmogelijkheid.

Ten tweede, en dat betreft alleen de overeenkomsten met het bestuur, moet bij de nakoming rekening worden gehouden met de bijzondere positie van het bestuur als behartiger van het algemeen belang. Het bestuur heeft relatief ruime mogelijkheden om af te wijken van de schikking. Terwijl de bestuursrechter het besluit waarin wordt afgeweken van een overeenkomst, toetst aan artikel 3:4 Awb, gebruikt de burgerlijke rechter bij de vordering tot nakoming van de overeenkomst daarvoor de artikelen 6:248 of 6:258 BW. De laatste bepaling stelt dat onvoorziene omstandigheden van dien aard kunnen zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag rekenen op de ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst.³³ Voor beide rechters geldt echter dat de beoordeling van het niet nakomen niet onmiddellijk afhankelijk is van onvoorziene omstandigheden, maar eerder van een afweging tussen het belang dat met de nakoming van de overeenkomst is gediend, en het *algemeen belang* dat zich daartegen verzet. Het bestuur moet in

die afweging een zekere mate van vrijheid worden gegund. Wanneer het algemeen belang zich tegen nakoming verzet en afwijking van de overeenkomst door de rechter wordt aanvaard, zorgt dit ervoor dat de vordering tot nakoming wordt verlamd en kansloos is. Het bestuur is doorgaans wel gehouden de schade die daardoor bij de wederpartij ontstaat, te vergoeden.

Conclusie

Ook gedurende een bestuursrechtelijke procedure kunnen partijen, al dan niet door mediation, een overeenkomst sluiten die de strekking heeft een definitief einde te maken aan het geschil dat in die procedure aan de orde is. Een dergelijke overeenkomst wordt grotendeels beheerst door geschreven en ongeschreven materieel bestuursrecht. Bij de totstandkoming van die overeenkomst speelt ook de monopolie- en/of machtspositie van het bestuur een rol. Mede daarom lijkt het bereiken van consensus tussen partijen eigenlijk alleen goed mogelijk wanneer er voor het bestuursorgaan bij het bestreden besluit discretionaire ruimte bestaat. In specifieke gevallen kan *contra legem* gebondenheid worden aangenomen, namelijk bij besluiten met een louter financiële strekking waarbij derden geen rol spelen. Strijd met het dwingende geschreven en ongeschreven bestuursrecht levert spoedig nietigheid van de schikking op. Bedacht moet worden dat ook de discretionaire ruimte van het bestuur is genormeerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daardoor zijn onder andere de mogelijkheden voor het bestuur om in het kader van een schikking een tegenprestatie van de burger te bedingen, beperkt. Daarenboven doet de overeenkomst tussen bestuur en burger niet af aan de inspraak- en rechtsbeschermingsmogelijkheden van eventuele derden. Daarbij dient bedacht te worden dat het enkele feit dat een geschil reeds 'onder de rechter' is, het bereiken van consensus kan frustreren. Daarenboven is de gebondenheid van het bestuur aan een eenmaal gesloten bevoegdheidsovereenkomst afhankelijk van het algemeen belang. Zwaarwegende algemene belangen verschaffen het bestuursorgaan de vrijheid een bevoegdheidsovereenkomst niet na te komen, waardoor de burger enkel een schadevergoedingsactie rest.

Na lezing van het vorenstaande zou men kunnen concluderen dat de mogelijkheden om gedurende een bestuursrechtelijke procedure tot een vaststellingsovereenkomst te komen, beperkt zijn. Dat wellicht in de praktijk toch nog aanzienlijke aantallen bestuursrechtelijke geschillen worden beëindigd door een vaststellingsovereenkomst, maakt dat niet anders. Het treffen van een bestuursrechtelijke schikking is niet onmogelijk, maar er zijn aspecten die partijen niet uit het oog moeten verliezen. Datzelfde geldt voor mediation in het bestuursrecht.

Mr. K.J. de Graaf, Rijksuniversiteit Groningen

31. J.M.M. Menu, De toezegging in het privaatrecht (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1994, p. 45; B.J. Broekema-Engelen, Vaststellingsovereenkomst en dwingend recht, in: Hartlief & Stolker (red.) 1999, p. 178; A.K.H. Klein Sprokkelhorst, Overeenkomsten met de fiscus (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 74; zie over die bandbreedte P.J. Wattel, De reikwijdte van de fiscale vaststellingsovereenkomst (II), WPNR (1996) 6218, p. 252.
32. L.J.A. Damen e.a., Bestuursrecht 1, tweede druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 456 e.v.
33. Zie ook Scheltema & Scheltema 2003, p. 256 e.v.