



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Proces en (rechts)belang in civilibus, van Jeffrey naar de mediatie

Snijders, H.J.

Citation

Snijders, H. J. (2001). Proces en (rechts)belang in civilibus, van Jeffrey naar de mediatie. *Bw-Krant Jaarboek*, 17, 9-26. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36717>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36717>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Proces en (rechts)belang in civilibus, van Jeffrey naar de mediatie

*H.J. Snijders**

1. INLEIDING

De redactie van BWKJ 17 heeft kans gezien ogenschijnlijk zeer uiteenlopende bijdragen in deze bundel samen te brengen. De bijdragen van mrs. Van der Wiel en De Kezel zien met name op de belangen die rechtssubjecten via de civiele overheidsrechtspraak en de arbitrage kunnen en mogen behartigen; de bijdragen van mrs. Beukeering-Rosmuller, Pel resp. Kalkman-Bogerd zien met name op de belangen van rechtssubjecten die zich lenen voor mediation (mediatie) en buitengerechtelijke klachtbehandeling.¹ Staat bij de eerste twee bijdragen de afbakening van de bij de (overheids)rechter te behartigen belangen centraal, bij de laatste drie bijdragen staat de wijze van geschilbehandeling voorop. Voorts laten de twee bijdragen over mediatie – bemiddeling door een derde – zich plaatsen tegenover de andere drie bijdragen, die op beoordeling door een derde betrekking hebben.

De redactie heeft mij gevraagd in een algemene inleiding voor de bundel een verbinding te leggen tussen de onderscheiden groepen van bijdragen en ik denk dat dit ook onafhankelijk van de context van dit geschrift een interessante opgave is. Zij vergt een onderzoek naar de volgende deelvragen. Hoe verhouden de respectieve soorten belangen zich tot de onderscheiden soorten van procedurevormen? En in het bijzonder (want het gaat tenslotte om een bundel van de Leidse Afdeling Burgerlijk Recht): hoe verhouden de respectieve, door het vermogensrecht beschermde soorten belangen zich tot de onderscheiden soorten van procedurevormen? Of iets praktischer gezegd: met *welke* belangen kun je *waar* terecht?

* Prof. mr. H.J. Snijders is hoogleraar burgerlijk recht te Leiden. Hij is zijn student-assistent J. Frankena veel dank verschuldigd voor het ingewikkelde proces van documentatievergaring in steeds meer incomplete en verouderde bibliotheken (waardoor men het hele land af mag grazen), dit met steeds meer barrières voor het gewone leenverkeer. Het belang van dit proces behoeft geen nader betoog.

1. Zie elders in deze bundel.

Hoewel het verlokkelijk is dadelijk met een analyse van die belangen te beginnen, is het praktischer om aan te vangen met een korte schets van de functies van de respectieve procedurevormen om vervolgens te bezien welke belangen zich voor welke procedurevormen lenen. Aldus geschiedt dan ook met dien verstande dat eerst enige terminologische hinderpalen weggenomen moeten worden.

2. TERMINOLOGIE

Het gemak waarmee Engelse termen zoals als mediation en ADR (alternative dispute resolution) in Nederland omarmd worden, is omgekeerd evenredig aan hun onderscheidingsvermogen.

Mediation (mediatie) wordt dikwijls² – ook hier – als overkoepelende term voor gestructureerde bemiddeling door (mede³) onafhankelijke derden gezien, die zich onderscheidt van de onderhandelingen *sec* (dus zonder bemiddeling door een onafhankelijke derde) en de op een beslissing van een derde gerichte beoordeling van zaken (adjudication). Onder die adjudication vallen niet alleen de overheidsrecht-spraak en de arbitrage, maar ook het bindend advies⁴ en allerlei andere soorten van min of meer bindende, structurele behandeling en beoordeling door derden, zoals bijv. de in deze bundel besproken klachtbehandeling (die klachtbehandeling mag dan – althans theoretisch – wel geen precedentwerking in andere procedures hebben, maar leidt toch tot een beslissing van een derde die strekt tot (on)gegrondbevinding van de klacht⁵).

2. Zie bijv.: Stephen B. Goldberg, Eric D. Green en Frank E.A. Sander, *Dispute Resolution*, Boston/Toronto 1985, p. 7 e.v.; Henry Brown en Arthur Marriott, *ADR Principles and Practice*, 2^e druk, Londen 1999, p. 15 e.v.; zie ook P.A. Wackie Eijsten, NJB 1994, p. 1162.
3. Bij de minitrial (zoals de 'minitrage' bij het NAI en de minitrial, die in Nederland is opgezet voor geschillen in de automatiseringssector) participeren naast de 'neutral' ook 'executives' van betrokken partijen als bemiddelaar, waarover nader bijv. het losbladig *Vademecum Arbitrage en bindend advies*, Deventer.
4. Wackie Eijsten deelt t.a.p. het bindend advies in bij de bemiddeling met het argument dat het bindend advies deel gaat uitmaken van de overeenkomst van partijen. Dat laatste is juist, maar tegelijkertijd is er wel degelijk sprake van een beslissing door een onafhankelijke derde.
5. Zie L.E. Kalkman-Bogerd, p. 111.

Problematisch is ook de verhouding tussen de termen mediation en conciliation. Velen gebruiken deze termen als synoniemen,⁶ anderen zien in conciliation een specifieke variant van de mediation.⁷ Hier wordt bij eerstgenoemde omschrijving aangesloten, al kan men natuurlijk de conciliation (conciliatie) zo inrichten dat deze als een specifieke variant van de mediation valt te beschouwen.

Wie spreekt over mediation of mediatie, spreekt tevens over ADR.⁸ Velen rekenen tot de ADR echter ook allerlei andere vormen van geschiloplossing buiten de overheidsrechter om, zoals arbitrage en bindend advies⁹ (bindend advies komt overigens weinig voor in het buitenland; vgl. nog wel het Duitse Schiedsgutachten resp. de Italiaanse arbitrato irrituale). Anderen beperken de ADR tot de mediation of althans tot de non-adjudication (dus tot de mediation en negotiation sec).¹⁰ Dit kan omdat de term 'alternative' natuurlijk niet bijzonder verhelderend is. Ten opzichte van wat precies is 'alternative' immers alternatief?

Hieronder wordt uitgegaan van het vermelde anglo-amerikaanse hoofdrieliuk – negotiation, mediation, adjudication – en van hieruit aandacht besteed aan de verschillen tussen mediation (mediatie) en adjudication (beoordeling). Onderhandeling door partijen en/of hun raadslieden zonder structurele participatie door een of meer derden blijft hier dus buiten beschouwing. Slechts beperkte aandacht wordt besteed aan hybride figuren zoals de bemiddeling door een overheidsrechter of arbiter.

6. Zie bijv. Pieter Sanders, *Quo vadis arbitration?* Den Haag/Cambridge USA/Dordrecht 1999, p. 353, Brown en Marrott, a.w., p. 126 en Karl Mackie c.s., *The ADR Practice Guide*, London/Dublin/Edinburgh 2000, p. 11-12.
7. Zie bijv. Peter Hibberd en Paul Newman, *ADR and adjudication in construction disputes*, Oxford e.a. 1999, p. 19 en 57 e.v., die de conciliateur 'usually more interventionist' acht en dit uitwerkt, dit nadrukkelijk tegen de ook door hem onderkende en gedocumenteerde stroom in. Er zijn zelfs bronnen, die nu juist de mediator actiever acht dan de conciliator. Vgl. nader bijv. W.A. Jacobs, *ADR en consument*, diss. Utrecht, Deventer 1998, p. 202 e.v. en Brown en Marriott, a.w., p. 127, een en ander met nadere bronvermelding.
8. Zo ook E.J.M. van Beukering-Rosmuller, p. 73 e.v.
9. Zie bijv. Van Beukering-Rosmuller t.a.p. en Jacobs t.a.p., p. 19 en 157 e.v.
10. Zie bijv. Karl Mackie c.s., a.w., p. 9. Vgl. Brown en Marriott, a.w., p. 12 en P.A. Wackie Eijsten, *TvA* 1999, p. 83.

3. FUNCTIES VAN HET BURGERLIJK PROCES EN ADR

De belangstelling voor onderzoek naar de functies van procederen is in Nederland vrij beperkt. Zij laat bij tijd en wijle wel op als het gaat om de specifieke functies van rechtsmiddelen zoals appel en cassatie, maar de functies van procederen (in civilibus) in het algemeen komen er in het juridisch onderzoek en ook in het juridisch debat bekaaid af.

Misschien dat het (deels) ook hierdoor kon gebeuren dat mediati-on-minded juristen het burgerlijk proces wel eens karikaturaal afschilderen en insinueren dat het een achterhaald althans tweedeklas concept vormt. Te denken valt hier aan in mediationkringen geliefde uitspraken als ‘de mensen willen geen recht, zij willen ‘gewoon’ snel en goedkoop een oplossing van hun geschil’. Te denken valt hier ook aan geleerden die stellen dat rechtsverschaffing door de rechter weliswaar aansluit op ‘primaire menselijke behoeften’, maar dat het uiteindelijk gaat om een ‘verantwoorde oplossing van het geschil dat partijen verdeeld houdt’¹¹, aldus de overheidsrechtspraak toch een beetje diskwalificerend als een vechtpartij voor minder beschaafde lieden.

Misschien dat het zo ook kon gebeuren dat goede civilisten en zelfs processualisten,¹² die vreemden zijn in het Jeruzalem van de mediatie en de functies van procesvormen in civilibus eigenlijk steeds als vanzelfsprekend hebben ervaren, zich afvragen waarom rechtsbelangen nu eens via het burgerlijk proces en dan weer via de mediatie worden uitgevochten.

Hopelijk mag ik in deze algemene inleiding een beetje als mediator optreden en als zodanig pendelen van de processualisten naar de ‘materialisten’.

Nu zijn de functies van de overheidsrechtspraak wellicht ook wel vanzelfsprekend, maar realiseren wij ons deze functies niet steeds en dat maakt het op zichzelf al wenselijk om aan deze functies aandacht aan te besteden. Een andere grond voor een hernieuwd functie-onderzoek is (inderdaad) gelegen in de omstandigheid dat wij met het oog op het onderwerp van deze bundel zicht dienen te krijgen op de overeenkomsten en de verschillen met de functies van andere proce-

11. J.M. Barendrecht en E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling*, Den Haag 2000, p. 1 e.v. Zie ook p. 226 e.v.

12. Van Dale kent dit woord nog steeds niet. De computerspellingsuggesties – procesdualist of prosensualist – zijn boeiend maar weinig overtuigend.

durevormen. In dit verband teken ik aan dat de aangekondigde fundamentele herbezinning van het burgerlijk procesrecht tevens onderzoek behelst naar de verhouding tussen het in BRv beschreven proces, andere procedurevormen, tussenvormen en combinaties van de onderscheiden categorieën, zodat een exercitie als deze ook een zekere actualiteitswaarde kan hebben voor de wetgever.¹³ Korthedshalve wordt hier volstaan met een schets in aansluiting op eerder eigen werk.¹⁴

In essentie laten de huidige functies van de overheidsrechtspraak zich als volgt aanduiden: rechtsverschaffing, bedreiging (de bekende stok achter de deur), voorkoming van eigenrichting, rechtsontwikkeling en rechtseenheid. Ik zie nog niet voor mij dat een fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht tot essentiële wijzigingen in deze generale functie-verzameling zou leiden. Iets anders is – als gezegd – dat de overheidsrechtspraak behoefte kan hebben – sterker uitgedrukt: in de praktijk toonde te hebben – aan inbreng van niet op rechtspraak gerichte geschiloplossingstechnieken. Te denken valt hier bijv. aan bemiddeling door rechters bij – in de ruimste zin te begrijpen – mondelinge behandeling van zaken en aan court-annexed mediation, zoals bijv. voorzien in art. 131 e.v. Nouveau Code de Procédure Civil. Het belang van (nadere ontwikkeling van) dergelijke hybride vormen van procederen is evident, zoals ook de regering onderkent in haar aankondiging van de fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht.¹⁵ Thans gaat het echter primair om een vergelijking van de zuivere-rechtspraakfuncties met die van andere procesvormen.

De rechtsverschaffingsfunctie is van centrale betekenis. Zij ziet zowel op de handhaving van het objectieve recht – het geheel van rechtsregelen – als op de beïnvloeding van subjectieve rechten – rechten van rechtssubjecten. Ik moge hier de mooie woorden van de Engelse processualist F.H. Lawson herhalen, die schrijft:¹⁶

13. Zie in dit verband mede in het licht van de recente wijzigingen van het Engelse procesrecht Van Beukering-Rosmuller in deze bundel, p. 84 e.v.

14. M.n. mijn preadvies voor de NovA, Adv.bl. 1987, p. 325 e.v. en Snijders, Ynzonides en Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, tweede druk, Deventer 1997, nr. 9 e.v., beide met nadere bronvermelding.

15. Zie voor de invlechting van mediatie-elementen in de arbitrage bijv. Ellen Van Beukering-Rosmuller, TMD 2000, p. 7 e.v. en

16. Remedies of English Law, Londen 1972, eerste druk, p. 14.

‘At an early stage in his legal education the student encounters the Latin maxim *ubi jus ibi remedium*: where there’s a right there’s a remedy. To which the realist replies: *ubi remedium ibi jus*: where there’s a remedy there’s a right. And indeed a claim that cannot be enforced no lawyer can consider a right.’

De deelfunctie van beïnvloeding van subjectieve rechten krijgt gestalte door vorderingen en verzoeken die gericht zijn op het vaststellen, totstandbrengen, wijzigen, beëindigen of effectueren van rechten en verplichtingen (de term beïnvloeding is hier dus als een overkoepelelnd begrip bedoeld). Men wil bijv. een declaratoir ten aanzien van een erfafscheiding, een rechterlijke benoeming van een vertegenwoordiger, een rechterlijke wijziging of een ontbinding van een overeenkomst resp. een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling tot betaling.

Bij de arbitrage en het bindend advies is de rechtsverschaffingsfunctie ook van essentiële betekenis. Niet-bindende klachtbehandeling, zoals beschreven in deze bundel, is niet primair gericht op rechtsverschaffing in de hier bedoelde zin (al wil men de klager wel in de lekenbetekenis van het woord recht doen). Mediatie is in het geheel niet op rechtsverschaffing gericht, maar op geschiloplossing zonder de pretentie van volledige rechtdoening aan ieders subjectieve rechten.

De bedreigingsfunctie van de overheidsrechtspraak is van groot preventief belang. Er zijn immers lieden die eerst onder dreiging van een procedure of zelfs eerst onder dreiging van een executiemaatregel als beslag geneigd zijn hun verplichtingen jegens anderen na te komen. De bloeiende incassopraktijk bestaat grotendeels bij de gratie van de bedreigingsfunctie. Ook de onderhandelingspositie van partijen wordt vaak versterkt door de dreiging met een civiel proces.

De arbitrage en het bindend advies kennen eveneens de bedreigingsfunctie, indiening van een klacht kan soms ook als stok achter de deur fungeren, mediatie is hiervoor nu juist fundamenteel ongeschikt. Mediatie is niet op verschaffing van rechten gericht en is juist allerminst bedoeld om af te schrikken.

De politionele functie van de overheidsrechtspraak – de bescherming tegen eigenrichting – spreekt voor zichzelf. Deze functie kan men ook zonder enige bedenkingen aan de overige procesvormen toekennen.

De rechtsontwikkelingsfunctie van de overheidsrechtspraak valt zeker in de huidige tijd niet te missen. Burgerlijke processen stellen de rechter in staat om niet wettelijk geregelde rechtsproblemen toch, althans provisorisch, op te lossen door jurisprudentiële regelgeving (rechtsvinding praeter legem), om open normen uit de wet in te vullen en onduidelijkheden te verhelderen (rechtsvinding intra legem) en om verouderde wetteksten een actueel relevante betekenis te geven, zelfs door contrair aan de (naar normaal spraakgebruik geïnterpreteerde) wettekst te beslissen (rechtsvinding contra legem). De wetgever maakt tegenwoordig heel nadrukkelijk gebruik van de rechtsontwikkelingsfunctie van de rechtspraak. De rechtsontwikkelingsfunctie is ook voor niet-procederende burgers van belang. Ieder die zijn handelen of nalaten wil afstemmen op het geldend privaatrecht, al of niet met het oog op de mogelijkheid van een proces, zal er behoefte aan hebben te weten hoe in de jurisprudentie over desbetreffende kwestie wordt gedacht.

Bij de arbitrage en het bindend advies is deze functie vaak minder preponderant aanwezig. Partijen staan vaak op vertrouwelijke behandeling en stemmen dikwijls niet in met publicatie, zelfs niet met anonieme publicatie (die overigens met aanduidingen als spoorwegmaatschappij X of postbedrijf Y ook niet steeds effectief kan zijn). Bovendien wisselen arbiters en bindend adviseurs veelal van zaak tot zaak en ontbreekt een rechtseenheidsvoorziening, al kan institutionele arbitrage binnen bepaalde branches wel tot sectorrechtsontwikkeling leiden. Voor de klachtbehandeling geldt hetzelfde. Bij mediatie is rechtsontwikkeling in het geheel niet aan de orde.

De rechtseenheidsfunctie is in de overheidsrechtspraak van groot gewicht. In de overheidsrechtspraak komen verschillen in inzicht met betrekking tot het privaatrecht aan het licht en deze laten zich corrigeren, eventueel na hoger beroep en cassatie. Men kan hierin een toepassing zien van het gelijkheidsbeginsel, dat is neergelegd in art. 1, eerste zin Gr.w: 'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld'. Ook bevordert rechtseenheid de rechtszekerheid in de zin van voorspelbaarheid van toekomstige rechterlijke uitspraken. De rechtseenheid wordt inmiddels nader bevorderd door rechterlijke samenwerking in NVvR-verband of uit andere hoofde. Zo zijn er inmiddels bijv. collectieve rechtersregelingen voor 'gouden handdrukken' (de zogenaamde kantonrechtersformule), alimentatiebe-

rekening, criteria voor schuldsanering van natuurlijke personen, rolbehandeling in de dagvaardingsprocedure ten principale en ontvankelijkheid in kort geding.¹⁷

De rechtseenheidsfunctie is bij arbitrage en bindend advies wat minder manifest, dit op dezelfde gronden als zojuist verwoord ter verklaring van de beperkte betekenis van de rechtsontwikkelingsfunctie voor deze procesvormen. Bij mediatie ontbreekt niet alleen de rechtsontwikkelingsfunctie maar ook die van de rechtseenheid.

Het resultaat van deze korte functieanalyse van de respectieve procesvormen is duidelijk: alle vijf functies van overheidsrechtspraak komen ook toe aan de arbitrage, het bindend advies en de klachtbehandeling, zij het dat sommige functies – die van rechtsontwikkeling en rechtseenheid – hier wat minder nadrukkelijk aanwezig zijn dan bij de overheidsrechtspraak. De mediatie heeft geen van de vijf beschreven functies behalve die van voorkoming van eigenrichting. Daar staat tegenover dat mediatie één andere centrale functie heeft: die van geschiloplossing.

Zowel voor de overheidsrechtspraak als voor de arbitrage geldt dat de (overheids)rechter meer en meer geneigd is in de loop en met name aan het begin van een procedure te bezien of en in hoeverre partijen tot een oplossing in de minne kunnen geraken. De rechter kan hiertoe in een concreet geval voorzetten doen door voorzichtig een voorlopige opvatting over de zaak te geven en ook door vrijblijvend een suggestie te doen voor de inhoud van een eventuele minnelijke regeling. Komt die minnelijke regeling (schikking) tot stand, dan blijft er van de vijf vermelde functies van het burgerlijk proces natuurlijk ook niet veel over. Wel zal er dan sprake zijn van een oplossing van het geschil van partijen. Soortgelijke tendensen zien wij bij het bindend advies en de klachtbehandeling.

Hoe nu te denken over deze tendensen tot bemiddeling en schikking in de praktijk in de laatste decennia?¹⁸

17. Zie nader bijv. de bundel Rechterlijke samenwerking, Deventer 2001.

18. Laten wij overigens niet denken dat de bemiddelings- en schikkingstendensen werkelijk iets nieuws onder de zon brengen. De veel gehoorde mening dat met name de mediatie uit de USA is komen overwaaien, is gemeten over een tijdsbestek van enkele jaren juist. Reeds bij Keur van 7 november 1598 echter, werden de ‘Leidse vredemakers’ – aangesteld voor een verplichte preliminaire conciliatiepoging

Geen slecht woord hierover, is men geneigd dadelijk te zeggen, maar laten wij intussen niet vergeten dat personen desgewenst, zondig via de rechter wel hun rechten moeten kunnen waarmaken. Materieel recht zonder de mogelijkheid van effectuering daarvan is geen materieel recht maar slechts een schim, die hilariteit opwekt. Normaal blijft gelukkig ook nog steeds dat men zich in de maatschappij gedraagt conform de rechten en verplichtingen die men heeft. Rechtspraak en andere vormen van beoordeling zijn een noodzakelijk sluitstuk van het materieel recht, die bij verstoring van het maatschappelijk gedrag de feitelijke situatie in overeenstemming kunnen brengen en desgewenst horen te brengen met hegeen waarop personen rechtens aanspraak kunnen maken. Bemiddeling en schikking kunnen, hoe nuttig ook, die taak niet overnemen.

Waar de wetgever welbewust veel rechtsvorming aan de rechter overlaat door rechtsvragen niet of slechts met heel open normen te beantwoorden, is bovendien een buitengewoon belangrijke rol voor de rechtspraak weggelegd ter zake van rechtsontwikkeling en rechtseenheid.

(waarover o.m. C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, diss. Rotterdam, Deventer 1970, p. 126 e.v. resp. *De oorsprong van de vrederechter in 'Vrederechter openbare dienst'*, Brugge, Die Keure 1989, p. 1 e.v. en Hans van Herwijnen, *Mededelingen van het Juridisch Instituut van de Erasmusuniversiteit* 1989, p. 61 e.v.). Deze Leidse vredemakers stonden model voor de latere juge de paix, die nota bene door de Fransen bij ons werd geïntroduceerd (waarover eveneens Ren Raa en Van Herwijnen in hun a.w.). Tot in de negentiende eeuw bleven bemiddeling en verzoening in Nederland veel beproefde procesvormen (waarover naast de zojuist aangehaalde schrijvers ook bijv. X. de Troch (†) in de bundel *Mediatie van handelsgeschillen* o.r.v. Hans van Houtte en Patrick Woutelet, Leuven/Leusden 2000, p. 15 e.v.). Naar het zich laat aanzien waren in onze regio bemiddelings- en verzoeningstechnieken dan ook al veel eerder in zwang dan in de Verenigde Staten, zij het later dan in Azië (zie voor Azië o.m. R.J. Jagtenberg en A.J. de Roo, *Settling labour disputes in Europe*, diss. Rotterdam, Rotterdam 1994, p. 1 e.v. met nadere bronvermelding). Voltaire schreef zelfs – zie zijn *Oeuvres complètes*, bijv. de druk van Beuchot, vol. XXXVIII, afd. II, p. 445, Parijs 1830, p. 445: “La meilleure loi, le plus excellent usage, le plus utile que j'ai jamais vu, c'est en Hollande. Quand deux hommes veulent plaider l'un contre l'autre, ils sont obligé d'aller d'abord au tribunaux des conciliateurs ...”. Nog tot de op 1 oktober 1971 ingevoerde Wet herziening echtscheidingsrecht dienden echtgenoten, die wilden scheiden eerst een verzoeningscomparitie bij de president van de rechtbank te ‘doorstaan’ alvorens te mogen dagvaarden (waarover bijv. A. Minkenhof, *De Wet herziening echtscheidingsrecht*, Groningen 1971, p. 85).

Overigens zal rechtsverschaffing dikwijls nu juist een ‘verantwoorde oplossing voor het werkelijke geschil’ van partijen vormen. De ongevallenverzekeraar wil niet uitkeren, omdat er naar haar oordeel geen sprake is van een ongeval in de zin van de polis; de verzekerde wenst toch uitkering; de rechter oordeelt dat er wel degelijk sprake is van een ongeval in de zin van de polis en veroordeelt de verzekeraar tot nakoming, waarna de verzekeraar alsnog uitkeert. De gemeente meent niet aansprakelijk te zijn voor de schade wegens weigering van een (inmiddels niet meer interessante) bouwvergunning, omdat deze rechtmatig zou zijn; de aanvrager wenst toch schadevergoeding; de rechter oordeelt dat de niet-afgifte onrechtmatig was en veroordeelt de gemeente tot betaling, waarna de gemeente tot betaling overgaat. A heeft zijn huis verkocht aan B en C; beiden eisen levering; de rechter oordeelt dat B voorgaat, waarna A zijn huis aan B levert en C door A schadeloos wordt gesteld. Misschien zal de burger in dit soort gevallen desgevraagd inderdaad verklaren dat hij alleen maar een verantwoorde (snelle en goedkope) oplossing van zijn geschil wenst, maar daar bedoelt hij dan toch mee de volledige betaling van het zijns inziens door de ander verschuldigde bedrag, ergo verschaffing en effectuering van recht. Niet uitgesloten is overigens dat dit soort voorbeelden na nadere feitelijke inkleuring toch niet duiden op een werkelijke oplossing van het geschil, maar veelal zullen zij wel zo opgevat kunnen worden.

Bovendien is berechting a fortiori aangewezen daar waar een partij niet aan haar verplichtingen voldoet zonder dat er sprake is van enig geschil, zodat er ook geen geschil valt op te lossen. Bij dit laatste valt bijv. te denken aan (het merendeel van de) incassoprocedures en aan (een belangrijk deel van de) proefprocessen.¹⁹ Ook valt hier te denken aan de kwaliteitsarbitrage in de zin van art. 1020 lid 4 sub a Rv en aan het ‘onzuivere’ bindend advies, waarbij de bindend adviseur eenvoudigweg conform het contract een open plek in het overeengekomene invult zoals bijv. de bepaling van een koopprijs.

Bemiddelings- en schikkingstendensen in de praktijk kunnen voorts averechts uitpakken in die zin dat zij partijen prikkelen om in voor hen au fond kansloze zaken het maar op een proces aan te laten komen in de hoop dat zij er in ieder geval nog iets uitslepen.²⁰

19. Dit erkennen Barendrecht en Van Beukering-Rosmuller in hun boek t.a.p. ook wel.

20. Zie bijv. (ook) Jacobs, a.w., p. 179.

Ten slotte mag bij deze korte, functioneel-georiënteerde benadering van de voor- en nadelen niet vergeten worden dat partijen uiteindelijk geschillen dikwijls ondanks zorgvuldige bemiddelingspogingen toch niet samen weten op te lossen en dus wel aangewezen zijn op beoordeling. De soms – overigens lang niet altijd – relatief goedkope en snelle mediatie verliest in deze gevallen natuurlijk haar glans, hoe effectief zij ook in vele andere gevallen moge zijn.²¹

4. BELANGEN IN EN BUITEN HET (VERMOGENS)RECHT

Het wordt tijd voor de tweede vraag: met *welke* belangen kan men *waar* terecht?

De functies van de onderscheiden procesvormen wijzen hier in eerste instantie al vrij snel de weg. Bij de berechting door de overheidsrechtspraak, de arbitrage en het bindend advies) gaat het primair om verschaffing van recht. Bij de vermelde klachtbehandeling is dat op de keper beschouwd niet het geval (al wordt wel gesproken van rechtdoen aan partijen), nu deze de subjectieve rechten en verplichtingen van klager niet beïnvloedt. Bij de mediatie gaat het om oplossing van een geschil. Bij de vermelde hoofdvormen van beoordeling gaat het derhalve om rechtsbelangen, terwijl het bij de mediatie gaat om allerlei soorten belangen, bij de vermelde klachtbehandeling om iets er tussen in. Dit fundamentele onderscheid wordt hieronder uitgewerkt (de vermelde klachtbehandeling blijft hier grotendeels buiten beschouwing).

Wie (in eerste aanleg of in beroep) berechting door de overheidsrechter wenst, zal hiervoor een rechtsbelang dienen te hebben, ergo een belang bij – in de ruimste zin te nemen – beïnvloeding van subjectieve rechten en verplichtingen in rechte. De handhaving van het objectieve

21. Zie verder over voor- en nadelen bijv. – heel positief – Barendrecht en van Beukering-Rosmuller t.a.p. en eerder in NJB 1998, p. 2059 e.v. Schrijvers werken hun gedachten in hun boek op p. 10 e.v. echter slechts uit voor bepaalde typen contractuele geschillen. Kritisch zijn bijv. rechtssociologen zoals R. Abel in *The politics of informal justice, the American experience*, New York 1982 en N.J.H. Huls, *Justitiële verkenningen* 2000, p. 99 e.v.. Enigszins kritisch zijn bijv. R.W. Jagtenberg en A.J. de Roo, *Justitiële verkenningen* 2000, 54 e.v. Een systematische inventarisatie van voor- en nadelen vindt men bij Jacobs, a.w., p. 183 e.v. Een gezichtspuntencatalogus voor de vraag of verwijzing naar de mediatie gewenst is, biedt M.Pel, *Justitiële verkenningen*, december 2000, p. 25 e.v.

recht is in deze context slechts van ondergeschikte betekenis (waar ik overigens nog wel op terugkom); zie dan ook art. 3:302 BW dat een verklaring van recht omtrent een bepaalde rechtsverhouding alleen toelaat op vordering van een onmiddellijk bij die rechtsverhouding betrokken persoon.²²

Het vereiste subjectieve-rechtsbelang bestaat slechts als betrokkene vaststelling, totstandbrenging, wijziging, beëindiging of (anderszins) effectuering van een of meer subjectieve rechten en verplichtingen verzoekt of vordert.²³ Men verlangt in rechte bijv. – ik herhaal – een declaratoir ten aanzien van een erfafscheiding, een rechterlijke benoeming van een vertegenwoordiger, een rechterlijke wijziging of een ontbinding van een overeenkomst resp. een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling tot betaling. In de regel zal het hierbij moeten gaan om de rechten en verplichtingen van eiser of verzoeker zelf, maar directe en indirecte vertegenwoordiging zijn denkbaar (zie ook art. 3:305a-b BW²⁴). Aangezien het hierbij om een rechtsbelang bij procederen gaat, moet het ook nog eens zo zijn dat de beoogde beïnvloeding van subjectieve rechten en verplichtingen al niet geschied is of eenvoudiger langs andere weg te realiseren valt.

Zie hier de buitengrens van de in art. 3:303 BW neergelegde regel ‘Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe’, die op grond van art. 3:305 BW ook geldt voor de arbitrage en per analogiam valt toe te passen op het bindend advies.

Deze buitengrens voor de rechtsvordering in de zin van het *ius agendi* wordt in de wetsgeschiedenis geïllustreerd met het voorbeeld

22. Zie bijv. nader Vermogensrecht (A.W. Jongbloed), art. 3:302, aant. 1 e.v., HR 22 januari 1993, NJ 1994, 734 m.nt. CJHB en (tevens voor specifieke bijzonderheden van de verklaring voor recht in de rekestprocedure) HR 31 maart 2000, NJ 2000, 497 (JBMV) en NTBR 2001, p. 185 (H.J. Snijders).

23. Soms is beïnvloeding van het recht op een proceskostenveroordeling al toereikend. Zie bijv. HR 18 december 1988 (Euraz en Amsem/Van Tuijn en Derksen), NJ 1989, 363 m.nt. WHH voor een kostenveroordeling in een procedure tot tenuitvoerlegging van een derdenbeslag na opheffing van dat beslag en HR 22 december 2000 (Ontvanger/Slootmaker's), RvdW 2001, 15 voor een kostenveroordeling in een beroepsprocedure na voldoening aan de hoofdvordering.

24. Zie voor de verhouding tussen het belang van art. 3:303 BW en dat van art. 3:305a-b BW HR 1 juli 1992, NJ 1993, 450 (HJS) en de noot onder dit arrest met een bespreking van M.E. Storme in de bundel *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent 1993, p. 189 e.v. Een tussenopvatting neemt in – als ik het goed zie – W. Snijders in *Voorontwerp Burgerlijke Rechtsvordering* (de H. Steinbundel), Zwolle 1994, p. 9-10, waarop ik thans niet nader kan ingaan.

van een eiser die op het moment van instelling van zijn vordering tot betaling 'een even afdoend eenvoudiger middel om zijn recht te verwezenlijken ten dienste stond, b.v. het aannemen van een hem aangeboden betaling'.²⁵ Zo zal ook een vordering van een perceeleigenaar tot een verklaring van recht strekkende tot vaststelling van de plaats van een erfafscheiding stranden wegens afwezigheid van een subjectief rechtsbelang als noch de plaats van de erfafscheiding noch de uitoefening van bijbehorende rechten aan diens zijde door de buurman betwist wordt. Evenzo zal de winnaar van een zaak die andermaal wenst te procederen over dezelfde zaak in het algemeen oplopen tegen de ontvankelijkheidseis van art. 3:303 BW.²⁶ Zo zal ook de procespartij, die 100% winst heeft geboekt in een instantie, niet ontvankelijk verklaard worden in beroep.²⁷

De buitengrens houdt als gezegd niet slechts in dat de inzet van het geschil een of meer subjectieve rechten en verplichtingen van de eisende of verzoekende partij moet betreffen, maar ook dat het om háár subjectieve rechten en verplichtingen moet gaan althans die van direct of indirect door haar vertegenwoordigde personen (algemeen-belangacties daargelaten). Zo kon de Hoge Raad in het Kruisraketenarrest²⁸ korte metten maken met het cassatieberoep inzake een vordering van een particulier op grondslag van een koopovereenkomst, in aanmerking nemende 'dat eiser met die vordering niet beoogt een werkelijk, pp. verdeeld houdend rechtsgeschil te doen beslissen, doch slechts de burgerlijke rechter een uitspraak te ontkloken over de vraag of, kort gezegd, plaatsing van de zgn. kruisraketten in strijd is met de Grondwet'. 'Het middel kan bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden', aldus de Hoge Raad. In dezelfde zin laat zich het Dienstplichtarrest²⁹ uitleggen. In beide gevallen kan men zich bovendien afvragen of het überhaupt wel om inroeping van subjectieve rechten en verplichtingen gaat.

25. TM, PG Boek 3, p. 915. Zie voorts bijv. Hof Amsterdam 15 maart 1990, KG 1990, 137.

26. Zie nader bijv. Hugenholtz/Heemskerk nr. 97.

27. Aldus o.m. Burg. Rv (W.D.H. Asser), boek I, titel 1, aant. 3, Hugenholtz/Heemskerk, nr. 7, Snijders, Ynzonides en Meijer, nr. 58 en M.E. Storme, a.w., p. 189 e.v. met nadere vindplaatsen.; anders Van Rossem/Cleveringa, art. 5, aant. 10.

28. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 354 (WLH).

29. HR 3 januari 1992, NJ 1994, 627 (r.o. 3.4, tweede zin).

De buitengrens voor het voeren van een burgerlijk proces tot berechting van een zaak behelst naar haar aard niet dat de door het proces te beïnvloeden rechten en verplichtingen reeds vaststonden voor het proces of vast komen te staan door het proces. Het rechtsbelang van art. 3:303 BW is dus een procesbelang.³⁰ Men mag slechts in rechte ageren als men belang heeft bij een proces. Zie voorts De Kezel in deze bundel.³¹ Zo laat zich ook verklaren waarom spijtoptanten, aan wie een vordering of verzoek (bijv. tot echtscheiding) volledig is toegewezen, niet-ontvankelijk worden verklaard in een eventueel beroep tegen de toewijzing.³²

Binnengrens vormt de eis van art. 3:303 BW dat het belang 'voldoende' moet zijn. In het algemeen mag dat verondersteld worden, maar voldoende belang zal ontbreken in het geval van misbruik van de procesbevoegdheid (art. 3:13 jo. 3:15 BW). Weliswaar heeft de Hoge Raad in het Jeffrey-arrest³³ overwogen dat art. 3:303 BW niet als een toepassing kan worden gezien van art. 3:13 lid 2 over misbruik van bevoegdheid, maar zoals Van der Wiel m.i. overtuigend en goed gedocumenteerd aantoonde in deze bundel,³⁴ heeft de Hoge Raad zich hier toch enigszins vergaloppeerd, mede in het licht van andere dan de door ons hoogste rechtscollege aangehaalde wetsgeschiedenis. Misschien is het wat gekunsteld om bij overschrijding van de buitengrens van art. 3:303 BW nog te spreken van een 'bevoegdheid' die misbruikt wordt, maar de binnengrens laat zich bezwaarlijk anders althans beter omlijnen dan door het verbod van misbruik van procesbevoegdheid, zoals dat in de door Van der Wiel aangehaalde parlementaire geschiedenis op de invoeringswetgeving met betrekking tot art. 3:13

30. Zo ook bijv. M.E. Storme, a.w., p. 196 e.v., W. Snijders, in Voorontwerp Burgerlijke Rechtsvordering (de H.Steinbundel), Zwolle 1994, p. 8-9 en Snijders, Ynzonides en Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, tweede druk, Deventer 1997, nr. 58.

31. p. 48 e.v.

32. Zie bijv. HR 6 mei 1983, NJ 1984, 160 (WHH) resp. HR 4 juni 1999, NJ 1999, 535.

33. HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853.

34. p. 38-42. Het eindresultaat vindt ook enige steun in HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 508 (HJS) in het geval de verliezende partij voor de tweede keer procedeert: geen niet-ontvankelijkheid wegens dubbel procederen (al of niet onder verwijzing naar de sacrale spreuk 'ne bis in idem'-oplossing), maar royale opening van de rechtsingang behoudens misbruik van bevoegdheid.

BW wordt gezien. Zie voorts de bijdrage van De Kezel in deze bundel.³⁵

Dan nu aandacht voor de met name naar aanleiding van het Jeffrey-arrest gevoerde discussie – waarover met name eveneens De Kezel in deze bundel³⁶ – of er ook sprake kan zijn van een voldoende belang als dit slechts een emotioneel belang is. Men zou kunnen zeggen dat deze vraag eigenlijk verkeerd gesteld wordt, nu zij verschillende soorten belangen als synoniemen lijkt te bevatten. De eis van belang in art. 3:303 BW ziet als gezegd op het subjectieve-rechtsbelang bij een proces. Het al of niet emotionele, achterliggende belang voor het proberen te beïnvloeden van subjectieve rechten of verplichtingen in een proces is van een andere orde. De eisende partij kan bijv. belang hebben bij hantering van het *ius agendi* om aan de wederpartij te laten merken dat zij niet met zich laat sollen ten aanzien van betalingstermijnen of omdat zij tot procederen wordt aangezet door haar moedermaatschappij en daar geen weerstand aan meent te mogen bieden of bijv. – inderdaad – omdat zij hier gevoelsmatig behoefte aan heeft. Scherper gezegd: of het achterliggende belang bij het uitoefenen van een bevoegdheid tot rechtsvervolging emotioneel van aard is, doet niet ter zake.

Hier komt bij – en dat is in cassatiejargon een tweede zelfstandige grondslag om procedures op basis van een zuiver emotioneel belang, gegeven vorenbedoeld subjectief rechtsbelang, toe te laten – dat men vraagtekens kan plaatsen bij het standpunt van degenen die een onderscheid maken tussen emotionele belangen en vermogensbelangen met als eindoordeel dat emotionele belangen zich niet lenen voor behartiging in het kader van het vermogensrecht (en dus ook niet voor het beïnvloeden van subjectieve vermogensrechten en -verplichtingen).³⁷ Belangen bij beïnvloeding van vermogensrechten en -verplichtingen kunnen immers puur emotioneel van aard zijn (zoals onder omstandigheden bij het in rechte aanspraak maken op smartengeld). Wij moeten ons voorts realiseren dat wat systematisch en onobjectieve zin het vermogensrecht heet, zoals dat met name

35. p. 46 e.v.

36. p. 54 e.v.

37. Vgl. m.n. het verslag van de VvB-vergadering 1999 in NTBR 2000, p. 150 e.v. van de hand van L.F. Wiggers-Rust en Vermogensrecht (A.W. Jongbloed), art. 303, aant. 5.

gedekt wordt door de boeken 3, 5-8 BW, ook subjectieve rechten en verplichtingen van niet-vermogensrechtelijke aard behelst. Met name geldt dat het leerstuk van de onrechtmatige daad, waarbij de sanctie schadevergoeding – en meer in het algemeen de ‘poen’³⁸ – dikwijls hoogstens een bijkomend ‘product’. Op grondslag van een onrechtmatige daad wordt bijv. gevorderd een rechterlijk verbod tot dieren-mishandeling, een rechterlijk bevel tot de rectificatie van een onrechtmatige perspublicatie of een bevel aan ‘Moederheil’ om aan eiser de gegevens te verschaffen met betrekking tot de identiteit van zijn vader.³⁹ Wat a prima vista vermogensrecht blijkt te zijn en ook langs de vertrouwde wegen van het vermogensrechtelijk denken wordt opgelost, blijkt dus bij nader inzien neer te komen op beïnvloeding van andere dan vermogensrechten en -verplichtingen. Zonder dit hier te kunnen uitwerken, laat zich wel vaststellen dat een stop voor deze ontwikkeling ontbreekt met dien verstande dat de grens ligt bij hetgeen men wenst te beschouwen als objectief en subjectief recht van welke aard dan ook. Zie voorts De Kezel in deze bundel.⁴⁰

Gezegd moet worden dat de Hoge Raad ook op dit punt in het Jeffrey-arrest en later in het Bigamie-arrest⁴¹ een afwijkende koers lijkt te volgen. In het Jeffrey-arrest steunt de Hoge Raad het oordeel van het hof dat een zuiver emotioneel belang (bij een verklaring van recht dat het verwerende ziekenhuis aansprakelijk is voor het overlijden van het kind van de eisende ouders) geen ‘voldoende belang’ is als bedoeld in art. 3:303 BW. In het Bigamie-arrest steunt de Hoge Raad het oordeel van het hof dat een zuiver emotioneel belang (bij een nietigverklaring ab initio van een door echtscheiding ontbonden huwelijk van partijen) geen ‘onmiddellijk rechtsbelang’ is in de zin van art. 1:69 lid 1 onder c BW is. Uit het vorenstaande volgt reeds dat de koers van de Hoge Raad bijstelling vraagt. Blijft staan dat eiser of verzoeker wel een rechtsbelang moet inroepen en niet kan volstaan met het inroepen van een zuiver emotioneel belang, ook al is dat het enige belang dat aan zijn rechtsbelang ten grondslag ligt.⁴²

38. Vgl. B.M.W. Nieskens-Ispording vs. G.E. van Maanen, NTBR 1999, p. 137 e.v.

39. HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, waarover – in dezelfde zin – J.H. Nieuwenhuis overeenkomstig zojuist genoemd verslag.

40. p. 54 e.v.

41. HR 5 november 1999, NJ 2000, 63 (ARB).

42. Zie ook J.H. Nieuwenhuis overeenkomstig het eerder genoemde verslag van de VvB-vergadering 1999 op p. 150.

Bij de mediatie hoeven wij ons niet af te vragen of de initiatiefnemer hier wel een (voldoende) rechtsbelang bij heeft. Integendeel, mediatie is mogelijk voor alle soorten belangen waaronder met name ook de achter een eventueel rechtsbelang schuilgaande belangen.⁴³ Dit geldt althans – zo laat zich stellen – voor zover hun behartiging niet in strijd is met de wet en de openbare orde: de mediatie berust op overeenkomst en wordt als zodanig geregeerd en beperkt door art. 3:40 BW. Zie ook art. 7:902 BW voor de grenzen aan een eventuele vaststelling op basis van een vaststellingsovereenkomst naar aanleiding van een mediatie. Zo zal een mediatie die gericht is op totstandkoming van door het kartelrecht verboden prijsafspraken of op een door het straffrecht verboden organisatie van de misdaad niet door de beugel kunnen (al stuit men hier niet op een formele barrière zoals de onbevoegdverklaring of niet-ontvankelijkverklaring).

De ruimte die de mediatie aldus biedt voor belangenbehartiging, geeft tevens haar beperking aan: mediatie is niet primair gericht op beïnvloeding van subjectieve rechten en verplichtingen, al zullen partijen daar bij een succesvolle mediatie wel geheel of gedeeltelijk op uitkomen. Mediatie biedt aldus ook geen bijdrage aan de handhaving, ontwikkeling en eenheid van het objectieve recht, terwijl dat objectieve recht dikwijls nu juist wel een van de belangrijke gezichtspunten vormt bij de onderhandelingen in het kader van de mediation. Hiermee zegt men niets slechts over de mediatie, maar slechts iets goeds over de rechtspraak. Mediatie kan een prachtige toekomst tegemoet gaan als men het alternatief van de berechting – ook als perspectief voor het geval de mediatie niet lukt – maar niet verwaarloost. Samen zijn zij sterk.

Ten slotte kom ik nog één keer op de emotionele belangen in de Jeffrey-zaak terug. Juist dergelijke belangen zullen zich dikwijls zeer goed lenen voor mediatie. Waren partijen in de Jeffrey-zaak naar een mediator gestapt, dan zou er wellicht iets mooiers uitgekomen zijn. Al snel was duidelijk geworden dat het de ouders niet om geld ging en wellicht zou het ziekenhuis dan ook wat royaler hebben kunnen toegeven, dat het het beter had kunnen doen. Zo beschouwd vormt Jeffrey een niet al te best signaal voor de rechtspraak en een goed

43. Zie bijv. Van Beukering-Rosmuller en Pel in deze bundel op p. 73 e.v. resp. 91 e.v.

signaal voor de mediatie. Misschien was Jeffrey ook nog wel iets geweest voor klachtbehandeling, zoals in deze bundel beschreven.

Gelukkig voor de rechtspraak vormt de zaak Jeffrey wel een buitenissig geval en wie maar enigszins praktisch is ingesteld zal het nooit meer in zijn hoofd halen om bij de rechter te betogen dat hij – zijn cliënt – slechts een zuiver emotioneel belang bij de zaak heeft. Dat zou overigens wel jammer zijn voor de rechtsontwikkeling, want één ding moge duidelijk zijn: het Jeffrey-arrest moet echt van tafel.