



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Recht(er) en belang

Brand, I.; Hoogervorst, E.M.; Houben, I.S.J.; Reurich, L.;
Wissink, M.H.

Citation

Brand, I., Hoogervorst, E. M., Houben, I. S. J., Reurich, L., &
Wissink, M. H. (2001). *Recht(er) en belang* (Vol. 17). Kluwer.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36620>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36620>

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

Recht(er) en belang

BW-krant jaarboek 17

Redactie

I. Brand

E.M. Hoogervorst

I.S.J. Houben

L. Reurich

M.H. Wissink

Kluwer - Deventer

2001

ISBN 90-387-0868-8
NUGI 822-203

© 2001 mr. E.J.M. van Beukering-Rosmuller, mr. L.E. Kalkman-Bogerd, mr. E. de Kezel, mr. M. Pel, prof. mr. H.J. Snijders, mr. drs. B.T.M. van der Wiel

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Voorwoord

In het BWKJ 17 staat een tweetal vragen centraal. Welke belangen worden door het vermogensrecht beschermd? Hoe worden die belangen effectief beschermd? Het Jaarboek beoogt aldus een verbinding te leggen tussen een materiële vraag (welke belangen?) en een instrumentele vraag (welke procedure?). Een verbinding die suggereert dat de aard van het betrokken belang mede bepalend is voor de vraag op welke wijze dat belang effectief bescherming vindt.

De vraag naar de belangen die door het vermogensrecht worden beschermd, kent vele antwoorden. Er zijn materiële belangen, milieubelangen en de belangen van het ongeboren kind. Het vermogensrecht blijkt voor uiteenlopende belangen bepaald herbergzaam. Maar er is een grens. Zo bepaalt de Hoge Raad in het Jeffrey-arrest dat zuiver emotionele belangen niet in het vermogensrecht thuishoren.

De tweede vraag ziet op belangen waarvan (vermogensrechtelijke) bescherming in beginsel mogelijk is, doch waarvan het wenselijk is dat die bescherming op een andere wijze vorm krijgt dan door de overheidsrechter. Gedacht kan worden aan mediation en klachtencommissies in de gezondheidszorg als een alternatieve vorm van geschilbeslechting.

Het Jaarboek opent met een bijdrage van Snijders waarin hij een overzicht geeft van de onderhavige problematiek door de verschillende procedurevormen in kaart te brengen en aan te geven welke belangen zich voor de verschillende procedurevormen lenen. De bijdrage van Van der Wiel handelt over misbruik van procesbevoegdheid en analyseert de verhouding tussen art. 3:303 en art. 3:13. Van hand van De Kezel is een bijdrage over belangenbescherming in het Belgisch burgerlijk recht, mede naar aanleiding van de hiervoor genoemde Jeffrey-zaak. Vervolgens komen verschillende wijzen van alternatieve geschilbeslechting aan de orde. De bijdrage van Van Beukering-Rosmuller gaat in op mediation als een alternatieve vorm van geschilbeslechting. De bijdrage van Pel schetst, naar aanleiding van het mediation-project in de rechterlijke macht, de voordelen van het beproeven van mediation door de rechter.

Ten slotte gaat Kalkman-Bogerd in op de klachtencommissies in de gezondheidszorg.

De redactie neemt afscheid van Mark Wissink die tot hoogleraar in Groningen is benoemd. Hij heeft meegewerkt aan de Jaarboeken 1995-2001. Met zijn inhoudelijke kennis over uiteenlopende onderwerpen en zijn pragmatische instelling heeft hij aan de thema's van de Jaarboeken en de concrete uitwerking daarvan een grote bijdrage geleverd.

De redactie

Inhoud

Proces en (rechts)belang in civilibus, van Jeffrey naar de mediatie <i>H.J. Snijders</i>	9
Onrechtmatig ageren. Preventie en repressie van misbruik van recht <i>B.T.M. van der Wiel</i>	27
Belangenbescherming in het Belgische burgerlijk recht <i>E. de Kezel</i>	43
Mediation in plaats van civiele geschilbeslechting door de rechter <i>E.J.M. Beukering-Rosmuller</i>	73
Feiten zijn feiten? Het belang van feiten in mediation en in de civiele procedure <i>M. Pel</i>	91
Klachtencommissies in de gezondheidszorg <i>L.E. Kalkman-Bogerd</i>	105

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 laait 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 overkoepelelijk 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, zonedig 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.

Onrechtmatig ageren

PREVENTIE EN REPRESSIE VAN MISBRUIK VAN PROCESBEVOEGHEID

*B.T.M. van der Wiel**

1. INLEIDING

Met het instellen van een vordering in rechte doet een eiser een beroep op het recht toegelaten te worden tot de rechter, op de bevoegdheid te procederen (procesbevoegdheid). Uit art. 6 lid 1 EVRM volgt dat toegang tot de rechter een zelfstandig recht is, dat in beginsel toekomt aan een ieder.¹ De toegang tot de rechter en de uitoefening van de bevoegdheid te procederen zal een eiser dan ook niet licht mogen worden ontzegd. Het recht op toegang is echter niet absoluut: het nationale recht mag beperkingen inhouden voor zover deze een legitiem doel dienen en in een proportionele verhouding tot dat doel staan.²

De afweging van belangen van de betrokkenen – in een eenvoudige contentieuze procedure eiser, gedaagde en de staat als hoeder van het algemene belang van de rechtspleging – kan in sommige gevallen tot de conclusie leiden dat eiser geen beroep op toegang tot de rechter toekomt. Het op basis van een dergelijke afweging beperken van de toegang tot de rechter is, mits voldaan wordt aan de genoemde eisen van een legitiem doel en proportionaliteit, niet in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

Het Nederlandse recht biedt drie wettelijke aanknopingspunten voor de toetsing van een beroep op het recht op toegang tot de rechter op basis van een belangenafweging. Het gaat om art. 3:13 lid 2, 3:303 en 6:162 lid 2 BW. Hieronder zal ik ingaan op de rol die deze arti-

* Mr. drs. B.T.M. van der Wiel (b.t.m.vanderwiel@law.leidenuniv.nl) is als onderzoeker in opleiding verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht en het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Universiteit Leiden. Met dank aan prof. mr. J.H. Nieuwenhuis, prof. mr. H.J. Snijders en mr. drs. W.I. Wisman voor hun commentaar op een eerdere versie.

1. EHRM 21 februari 1975, *NJ* 1975, 462 m.nt. EAA (*Golder/Verenigd Koninkrijk*). Vgl. bijv. art. 30 Nouveau Code de Procédure Civile.
2. EHRM 28 mei 1985, *NJ* 1991, 623 m.nt. EAA (*Ashingdane/Verenigd Koninkrijk*).

kelen kunnen spelen in het kader van de normering van het beroep op de procesbevoegdheid door eiser. Tevens zal ik ingaan op hun onderlinge verhouding.

Ik beperk mijn beschouwingen tot de normering ten aanzien van het instellen van een vordering in rechte. Onderstaand betoog heeft echter, mutatis mutandis, tevens betekenis voor het normeren van de uitoefening van andere processuele bevoegdheden, ook van de kant van de gedaagde.

2. MISBRUIK VAN BEVOEGDHEID

De uitoefening van een bevoegdheid is niet gerechtvaardigd voor zover deze neerkomt op misbruik van die bevoegdheid. Deze regel gold en geldt ook voor processuele bevoegdheden, onder het oude recht als regel van ongeschreven recht, tegenwoordig op grond van art. 3:13 jo. 3:15 BW. Het gaat bij deze regel om de normering¹ in het concrete geval van een beroep op een in abstracto aan het betrokken rechtssubject toekomende bevoegdheid. De door Meijers in zijn toelichting op het ontwerp³ gegeven ratio van dit leerstuk heeft nog steeds zeggingskracht:

‘(...) het besef, dat een rechthebbende ook bij de uitoefening van zijn burgerrechtelijke bevoegdheden het belang van zijn naasten en van de maatschappij niet geheel uit het oog mag verliezen.’

De begrenzing van bevoegdheidsuitoefening door de misbruikleer krijgt in het concrete geval doorgaans gestalte door toetsing van het beroep op de betrokken bevoegdheid aan een of meerdere criteria, waarvan art. 3:13 lid 2 BW er drie noemt. Centraal bij deze toetsing staat steeds de (aard van de) bij de bevoegdheidsuitoefening betrokken belangen.

De toetsing van een beroep op een bevoegdheid kan twee functies hebben, die ik in navolging van anderen⁴ aanduid als de preventieve en de repressieve functie.

3. TM, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1039.

4. V.G.A. Boll, *Misbruik van recht* (diss. Utrecht), Utrecht: Oosthoek 1913, p. 101; J.J. Wijnstroom, *Een onderzoek naar het begrip misbruik van recht* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Kruyt 1921, p. 126; E.M. Meijers, *Misbruik van recht en wetsontduiking* (rede Leuven 1937), in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I*,

De werking van de preventieve functie komt er op neer dat afwijzing van een beroep op een bevoegdheid wegens misbruik ertoe leidt dat aan uitoefening van de bevoegdheid niet wordt toegekomen. Een bekend voorbeeld hiervan vormt een vordering tot amotie (verwijdering) van een bouwwerk dat deels op andermans grond is gebouwd. Eiser doet hierbij een beroep op een uit het eigendomsrecht voortvloeiende bevoegdheid. Afwijzing van dit beroep op grond van misbruik brengt mee dat aan uitoefening van die bevoegdheid (het bewerkstelligen van amotie) niet wordt toegekomen.⁵

Bij de repressieve functie van misbruik van bevoegdheid gaat het om de vraag of reeds vertoond gedrag al dan niet door de betrokken bijzondere bevoegdheid van de actor kan worden gerechtvaardigd. Hiermee kom ik toe aan de vraag naar de verhouding tussen misbruik van bevoegdheid en onrechtmatige daad.

3. MISBRUIK VAN BEVOEGDHEID EN ONRECHTMATIGE DAAD

In het kader van een bijzondere bevoegdheid vertoond gedrag dat misbruik van deze bevoegdheid vormt, is onrechtmatig. Dit gegeven laat zich op twee wijzen in het systeem van art. 6:162 lid 2 BW inpassen. Ten eerste doordat de actor zich in geval van misbruik niet op zijn bijzondere bevoegdheid als rechtvaardigingsgrond voor zijn gedrag kan beroepen.⁶ Ten tweede via het beschouwen van de misbruikcriteria als bijzondere verschijningsvormen van de zorgvuldigheidsnorm. Zowel bij de zorgvuldigheidsnorm als de misbruikcriteria staat een afweging van belangen centraal.⁷

Degene jegens wie misbruik van bevoegdheid is gemaakt kan, zo volgt uit het bovenstaande, een beroep doen op de rechtsgevolgen van de onrechtmatige daad. Met name kan onder de nadere vereisten van art. 6:162 lid 1 BW, schadevergoeding worden gevorderd. Misbruik van bevoegdheid in zijn repressieve functie vormt aldus een bijzondere toepassing van onrechtmatige daad.

Leiden: Universitaire Pers Leiden 1954, p. 78.

5. Zie HR 17 april 1970, *NJ* 1971, 89 m.nt. PhANH (*Kuipers/De Jongh*), waarin overigens werd geoordeeld dat in casu van misbruik van bevoegdheid geen sprake was.
6. Zie bijv. Mon. Nieuw BW A-4 (Rodenburg), nr. 34; Asser/Hartkamp III 1998, nr. 56 en 63.
7. Zie Asser/Hartkamp III 1998, nr. 51g.

Dat het leerstuk van misbruik van bevoegdheid in zoverre binnen het terrein van de onrechtmatige daad valt, wordt door niemand bestreden. Velen menen evenwel dat de reikwijdte van de misbruikfiguur verder strekt dan het terrein van het delictenrecht waar het gaat om de hierboven onderscheiden preventieve functie van misbruik van bevoegdheid.⁸ Dikwijls wordt deze opvatting geadstrueerd met het voorbeeld, dat een rechtsgevolg als afwijzing van een eis in rechte – zie het voorbeeld van de vordering tot amotie hierboven – toch bezwaarlijk op onrechtmatige daad valt terug te voeren.⁹

Tegen de genoemde opvatting valt het volgende in te brengen. Ook de onrechtmatige daad kent een preventieve functie, die tot uitdrukking komt in de mogelijkheid om tegen dreigend onrechtmatig gedrag op te komen met een verbodsactie (art. 3:296 lid 1 BW) of het ontzeggen van rechtsgevolg aan onrechtmatige rechtshandelingen.¹⁰ Meijers heeft hieruit de gevolgtrekking gemaakt dat ook de preventieve rechtsgevolgen die optreden bij een geslaagd beroep op misbruik van bevoegdheid – zie het voorbeeld van de vordering tot amotie – kunnen worden geplaatst binnen het kader van de preventieve functie van onrechtmatige daad.¹¹ Aldus valt misbruik van bevoegdheid in zijn geheel op te vatten als een bijzondere toepassing van het leerstuk onrechtmatige daad.¹²

4. MISBRUIK VAN DE BEVOEGDHEID IN RECHTE TE AGEREN

De bevoegdheid in rechte te ageren is zelfstandig en komt toe aan een ieder. Onbegrensd is zij echter niet. Zo is zij, evenals de meeste andere processuele bevoegdheden, doelgebonden.¹³ Het proces is een middel

8. Deze opvatting is al te vinden bij Boll, *o.c.*, p. 100-101 en Wijnstroom, *o.c.*, p. 137. Zie thans bijv. *Vermogensrecht* (J.D.A. den Tonkelaar), art. 13, aant. 31 met nadere verwijzingen.

9. Zie bijv. MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1045.

10. Zie bijv. *Onrechtmatige daad* II.1 (T.E. Deurvorst), aant. 44-61 resp. 531-535 met nadere verwijzingen.

11. Meijers, *o.c.*, p. 78.

12. In deze zin ook Meijers, *o.c.*, p. 78; J. Eggens, *Het misbruik van recht en de vrijheid* (diesrede Batavia 1941), in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* II, Alphen aan den Rijn: Samson 1959, p. 74.

13. Mon. Nieuw BW A-4 (Rodenburg), nr. 13.

tot handhaving en verwezenlijking van burgerlijke rechten.¹⁴ Aldus heeft het proces een dienende taak.¹⁵

Uitoefening van de bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen welke niet in voldoende mate aan het bovenstaande beantwoordt, is ontoelaatbaar. Een belangenafweging in een concreet geval kan leiden tot het oordeel dat uitoefening van de procesbevoegdheid in casu misbruik vormt en dus ontoelaatbaar is.

Preventieve toetsing van een beroep op het recht op toegang tot de rechter aan de misbruikcriteria is grotendeels illusoir. Doorgaans zal pas tijdens het proces kunnen blijken dat eiser door te ageren misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt. Alsdan is de toetsing repressief: de vraag is of reeds vertoond gedrag misbruik van bevoegdheid vormt. Bevestigende beantwoording van deze vraag leidt tot de conclusie dat sprake is van een onrechtmatige daad, zo volgt uit hetgeen sub 3 is gezegd over de onderlinge verhouding van de twee figuren.

Hiermee betreden we een voor het Nederlandse recht vrijwel onontgonnen terrein. Onrechtmatig handelen door als eiser in rechte op te treden? Dat hiervan sprake is zal, mede in het licht van art. 6 lid 1 EVRM, niet spoedig mogen worden aangenomen. Uitgangspunt is in ieder geval dat het enkele feit dat een vordering wordt afgewezen op zichzelf niet betekent dat het instellen ervan achteraf gezien onrechtmatig was.¹⁶ Het recht op toegang tot de rechter staat los van de 'werkelijke' rechtspositie van partijen: die staat nu juist ten processe ter discussie.¹⁷

Wanneer is ageren dan wel onrechtmatig? De belangrijkste groep gevallen wordt gevormd door wat ik, in navolging van Okma, kansloze vorderingen noem.¹⁸ Het gaat hierbij om gevallen waarin eiser in

14. Star Busmann/Rutten 1972, nr. 8. Zie nader Snijders, Ynzonides en Meijer 1997, nr. 1 en 10.

15. Th.B. Ten Kate, 'Procesregels naar de kern genomen', in: W.H. Heemskerk e.a. (red.), *Een goede procesorde* (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 71.

16. Vroeger werd hier wel anders over gedacht. Zie W.L. Haardt, *De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1945, p. 15-16.

17. Zie over deze onafhankelijkheid met name M.E. Storme, 'De eigendom van het wild en de jachtvergunning', in: P. Abas e.a., *Te pas* (P.A. Stein-bundel), Deventer/Zwolle: Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 253-271. Zie tevens S. Gerbrandy, 'Gebruik en misbruik van procesrecht' (preadvies NOV), *Adv.bl.* 1959, p. 372.

18. Zie N. Okma, *Misbruik van recht* (diss. Amsterdam VU), Wageningen: Zomer en

redelijkheid niet mag menen dat hem het door hem gepretendeerde recht daadwerkelijk toekomt. De belangenafweging in het kader van art. 3:13 resp. 6:162 BW krijgt dan als volgt gestalte: het feit dat eiser bij voorbaat niet mocht menen dat zijn vordering enige kans van slagen zou hebben, had hem, in het licht van de belangen van de wederpartij en de staat als hoeder van het algemeen belang, van het instellen ervan behoren te weerhouden. Het in een dergelijk geval instellen van een vordering beantwoordt niet meer aan het doel van het proces: niet kan worden gezegd dat er daadwerkelijk sprake is van handhaving of verwezenlijking van burgerlijke rechten.

Deze belangenafweging kan, zoals gezegd, in de regel slechts op basis van het ten processe geblekene, achteraf dus, worden gemaakt. Leidt deze tot de conclusie dat eiser misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt, dan staat daarmee de onrechtmatigheid van diens handelen vast.

De Nederlandse rechtspraak biedt nauwelijks voorbeelden van een dergelijke belangenafweging in het kader van een beroep op de procesbevoegdheid. De Franse jurisprudentie biedt daarentegen voorbeelden te over. Het leerstuk misbruik van bevoegdheid neemt in het Franse recht in essentie dezelfde plaats in als binnen het Nederlandse recht.¹⁹ Daarom acht ik het gerechtvaardigd de toetsing van het beroep op de bevoegdheid een eis in rechte in te stellen aan misbruik van bevoegdheid te illustreren aan de hand van gevallen uit de Franse jurisprudentie.

De rechtspraak van de Franse *Cour de Cassation* eist voor het aannemen van misbruik van een processuele bevoegdheid thans²⁰ een *faute caractérisée*: de feitenrechter moet zijn oordeel dienaangaande expliciet baseren op de concrete omstandigheden van het geval en de daarbij betrokken belangen.²¹

Keuning 1945, nr. 85.

19. Zie bijv. J. Ghestin & G. Goubeaux, *Traité de droit civil: introduction générale*, derde druk, Paris: LGDJ 1990, nr. 693-740; P. le Tourneau & L. Cadiet, *Droit de la responsabilité*, Paris: Dalloz 1998, nr. 3151-3208.

20. Ik ga hier voorbij aan het tot de jaren '70 van de vorige eeuw dominante criterium *mauvaise foi ou erreur grave équipollente au dol*.

21. Zie bijv. Civ. I 11 februari 1964, *D* 1964, Som., 97; Civ. I 20 juni 1966, *JCP* 1966, II, 14890; Civ. III 20 juni 1972, *JCP* 1972, II, 17202 m.nt. Emile-Jean Guillot; Civ. I 16 februari 1983, *JCP* 1983, IV, 140; Civ. II 4 november 1988, *D* 1989, 609 m.nt. Marie-Anne Frison-Roche; Civ. II 29 mei 1996, *JCP* 1996, IV, 1630. Zie voor een overzicht van de Franse jurisprudentie en literatuur over misbruik van procesrecht in

Karakteristiek voor de toetsing van het instellen van een eis aan *abus de droit* is de volgende overweging²² van de *Cour de Cassation*:

‘(...) le demandeur qui (...) ne pouvait se méprendre sur la portée de ses engagements et avait soulevé des moyens dépourvus de sérieux et dont certains n’étaient assortis d’aucune offre de preuve, avait commis un abus de procédure, engageant sa responsabilité.’

Het verwijt dat eiser wordt gemaakt komt hierop neer: er was geen twijfel mogelijk over de inhoud van uw rechtsverhouding met gedaagde. Desondanks heeft u haar betwist, zonder dat u deze betwisting met ook maar enig serieus argument of bewijsstuk heeft kunnen staven. Eiser had zich, kortom, met het oog op de geschade belangen van het instellen van zijn vordering behoren te onthouden.

Nog enkele voorbeelden. Het instellen van een eis kan volgens de *Cour de Cassation* misbruik van bevoegdheid vormen wanneer eisers ‘(...) avaient, pour les besoins de leur cause, travesti la vérité.’²³ Hetzelfde geldt voor het instellen van een vordering ter voorkoming van de verdeling van een nalatenschap met als feitelijke grondslag de evident onware stelling dat gedaagde geen familie van de overledene is.²⁴ Ook het instellen van een vordering tot schadevergoeding terwijl zonneklaar is dat er geen schade is, kan misbruik van bevoegdheid vormen.²⁵

De grote lijn in deze rechtspraak: wanneer eiser niet mag menen dat zijn vordering enige kans van slagen heeft, vormt het instellen ervan misbruik van bevoegdheid. Deze normstelling past mijns inziens ook binnen het Nederlandse recht.²⁶

het algemeen L. Cadet, ‘Abus de droit’, in: P. Raynaud e.a. (red.), *Répertoire de droit civil*, tweede uitgave, Paris: Dalloz (losbl.), nr. 87-156. Voor de nieuwste uitspraken en literatuur raadplege men de laatste druk van de ‘Tekst & Commentaar’-editie *Nouveau Code de Procédure Civile*, Paris: Dalloz, onder art 32-1.

22. Civ. I 25 april 1984, *JCP* 1984, IV, 211.

23. Civ. II 28 oktober 1968, *JCP* 1970, II, 16359 m.nt. Jacques Dupichot.

24. Civ. I 19 juli 1977, *Bull. I*, 342.

25. Civ. I 19 november 1996, *GP* 1997, Pan. 203.

26. Vgl. in soortgelijke zin, maar dan betrokken op de normering van de relatie advocaat-wederpartij E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 113.

De vraag rijst of deze visie wel voldoende ruimte laat voor een betoog van eiser dat ingaat tegen het geldende recht. Ik meen dat dit het geval is. Aan een dergelijk betoog mag mijns inziens wel de eis worden gesteld dat dit is gegrond op argumenten die niet bij voorbaat kansloos zijn. Met deze eis sluit ik aan bij de door de Hoge Raad in het kader van het eigen beursje ontwikkelde normstelling met betrekking tot het voeren van een van het geldend recht afwijkend betoog.²⁷

Geen ruimte is er mijns inziens voor het innemen van stellingen omtrent de feiten waarvan eiser weet of behoort te weten dat deze onjuist zijn. In deze zin moet naar mijn mening ook de verplichting die art. 21 Rv (nieuw)²⁸ op partijen legt, worden opgevat. Zou het hier om een op eiser en gedaagde rustende letterlijke waarheidsplicht gaan, dan zou er ten processe geen ruimte meer zijn voor tegengestelde standpunten omtrent de feiten, hetgeen ingaat tegen de essentie van het burgerlijk proces.²⁹

Terug naar art. 3:13 en 6:162 BW. Als eiser niet mag menen dat zijn vordering kans van slagen heeft, maar haar niettemin instelt, vertoont hij gedrag waarvan hij zich in het licht van de daardoor geschade belangen behoort te onthouden. Eiser ontbeert in zo'n geval een rechtmatig belang bij het voorleggen van zijn vordering aan de rechter. Bij het ontbreken van een rechtmatig belang bij de actor bestaat uit de aard der zaak onevenredigheid met de door diens handelen geschade belangen. Tevens kan worden gezegd dat de bevoegdheid wordt gebruikt met een ander doel dan waarvoor zij is verleend. In ieder geval is voldaan aan een van de criteria van art. 3:13 lid 2, bijzondere verschijningsvormen van de zorgvuldigheidsnorm van 6:162 lid 2 BW. De conclusie is in dat geval, dat eiser door het instellen van zijn vordering onrechtmatig heeft gehandeld.

5. RECHTSGEVOLGEN BIJ REPRESSIEVE TOETSING

Wanneer ten processe is komen vast te staan dat eiser door het instellen van zijn vordering misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt, staat hiermee tevens, zo volgt uit hetgeen hierboven sub 3 is betoogd, de

27. Vgl. HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 289 (Mr. H./NHL), de conclusie bij dit arrest van A-G Bakels en de noot van J.B.M. Vranken sub 9.

28. Art. 1.3.3 ontwerp-Rv. Zie *TK* 1999-2000, 26 855, nr. 1-2, p. 6.

29. Vgl. reeds *Star Busmann/Rutten* 1972, nr. 208.

onrechtmatigheid van eisers handelen vast. Vervolgens rijst de vraag naar de aan eisers gedrag te verbinden rechtsgevolgen.

Dat eisers vordering moet worden afgewezen, zal in dit soort gevallen doorgaans geen vraag zijn. Voor deze beslissing hoeft ook niet aan de grondslag onrechtmatige daad te worden toegekomen, daar zij reeds volgt uit de ongegrondheid van eisers vordering.³⁰ Gedaagde zal het doorgaans om het even zijn of de rechter kiest voor ontzegging van de eis of niet-ontvankelijkheid. Op dit onderscheid ga ik op deze plaats dan ook niet nader in, evenmin als op de eventuele mogelijkheden die art. 3:296 lid 1 BW gedaagde in dit kader zou kunnen bieden.

Groter zal de belangstelling van gedaagde zijn voor de mogelijkheden van op art. 6:162 lid 1 BW gegronde vergoeding van schade die, mede in verband met het zogenaamde liquidatietarief, niet gedekt wordt door de ten laste van eiser uit te spreken proceskostenveroordeling (art. 56 lid 1 Rv).³¹ In de regel zullen de nadere eisen van art. 6:162 lid 1 BW hierbij geen probleem van betekenis vormen. Ik ga op deze plaats dan ook niet nader op deze eisen in.

Staat art. 6:96 lid 2 sub c BW jo. 57 lid 6 Rv niet aan een dergelijke verbintenis tot schadevergoeding, voor zover deze proceskosten betreft, in de weg? Ik meen van niet.³² De ratio van laatstgenoemde regels is het kanaliseren van de afwikkeling van rechtmatig ontstane proceskosten, niet het vrijwaren van degene die dergelijke kosten als schade doet ontstaan door het plegen van een onrechtmatige daad in de vorm van het instellen van een vordering in rechte.³³ Genoemde bepalingen willen slechts in de weg staan aan schadevergoeding voor proceskosten voor zover de aansprakelijkheid hiervoor wordt geba-

30. In veruit de meeste gevallen zal de partij die door misbruik van procesrecht onrechtmatig heeft gehandeld, tevens verliezer van de procedure zijn. Het bezwaar van D.J. Veegens, noot onder GvEA Aruba 1 september 1971, *NJ* 1973, 325, dat het bestrijden van onbehoorlijk procesgedrag via onrechtmatige daad uit den boze is wegens de ondermijning van het beginsel van het gezag van gewijsde, is in die gevallen niet relevant.

31. In het Franse recht wordt deze mogelijkheid buiten twijfel gesteld door art. 32-1 NCPC in fine. Voorstander van deze mogelijkheid is ook M. Storme. Zie J.G.A. Linssen en J.B.M. Vranken (red.), *Ontwerp aanpassing burgerlijke rechtsvordering*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 146.

32. Evenals kennelijk Snijders, Ynzonides en Meijer 1997, nr. 121. Zie ook Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 369 en met name Parl. Gesch. Inv. Wijz. Rv, p. 36.

33. In deze zin ook R.J. Polak, 'Misbruik van procesrecht', *NJB* 1941, p. 773-775; Haardt, o.c., p. 114-115, A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 153.

seerd op het enkele feit dat de eiser ten processe in het ongelijk is gesteld. Dit enkele feit is, zoals gezegd, niet voldoende voor het oordeel dat eiser door het instellen van zijn vordering onrechtmatig heeft gehandeld.³⁴

Wanneer eisers aansprakelijkheid vaststaat, komen naast de volledige proceskosten ook eventuele andere schadeposten voor vergoeding in aanmerking. Te denken valt aan allerlei vormen vermogensschade, zoals reputatieschade, gederfde winst door gemiste kansen of waardevermindering van een betrokken rechtspersoon, en aan smartengeld.

De volgende vraag is op welke wijze de onrechtmatig gedaagde zijn recht op schadevergoeding geldend kan maken. Weinig aantrekkelijk is de mogelijkheid van een nieuwe procedure. De kosten en het onbehagen die een dergelijke procedure meebrengen, zullen er dikwijls voor een belangrijk deel aan in de weg staan dat de gelaedeerde werkelijk compensatie vindt voor het ondervonden nadeel.

De Franse praktijk biedt een aantrekkelijk alternatief voor de gelaedeerde. Aldaar stelt gedaagde in dit soort gevallen doorgaans een reconventionele vordering tot schadevergoeding in.³⁵ Ook de regeling van de reconventionele vordering in het Nederlandse burgerlijk procesrecht biedt ruimte voor een dergelijke vordering tot schadevergoeding,³⁶ zij het dat in Nederland, anders dan in Frankrijk, een eis in reconventie ‘(...) dadelijk bij het antwoord van den verweerder in conventie (...)’ moet worden gedaan.³⁷

Een andere mogelijkheid is het aan gedaagde toewijzen van de door eiser nodeloos veroorzaakte kosten conform art. 56 lid 1 Rv in fine. Met Asser³⁸ meen ik dat dit kan dienen als sanctie op misbruik

34. In deze zin ook HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 651 (*Vaston/Smith*). Zie met name ook de conclusie van A-G Asser bij dit arrest sub 2.13.

35. Zie bijv. reeds Req. 7 mei 1924, *S* 1925, I, 217 m.nt. Jean Brèthe. De connexiteitseis (thans art. 70 NCPC) staat hieraan blijkens de rechtspraak niet in de weg. In deze zin over het Franse recht ook W.H. Heemskerk, *De eis in reconventie* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Vuga 1972, p. 309. Het Nederlandse recht kent een dergelijke connexiteitseis niet. Zie Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 82.

36. Vgl. HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 651 (*Vaston/Smith*), waarin de vordering echter faalde wegens gebrek aan deugdelijke grondslag.

37. Art.251 Rv (oud), waarover Heemskerk, *o.c.*, p. 125-133, Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 83. In dezelfde zin art. 137 (2.5.2 ontwerp) Rv (nieuw), *TK* 1999-2000, 26 855, nr. 1-2, p. 30.

38. *Burgerlijke Rechtsvordering* (W.D.H. Asser), art. 56, aant. 7. Vgl. W.L. Haardt, *Fair*

van procesrecht. Deze mogelijkheid is in dit verband met name van belang vanwege de hierboven genoemde beperking aan de mogelijkheid een reconventionele vordering in te stellen. Zij is echter naar haar aard beperkt tot uit proceskosten bestaande schade.

Voor de vraag naar de effectuering van de genoemde rechtsgevolgen is voorts van belang hoe de door gedaagden bij antwoord gebruikte tournures als 'kosten rechtens' kunnen worden uitgelegd. Denkbaar is dat de rechter een dergelijke vordering, indien hij daartoe termen aanwezig acht, als handvat gebruikt voor het effectueren van de hierboven besproken rechtsgevolgen. Niet uitgesloten acht ik de mogelijkheid dat 'kosten rechtens' zich onder omstandigheden laat uitleggen als een reconventionele vordering.³⁹ Bij een dergelijke uitleg en de daaraan te verbinden gevolgen moet de rechter uiteraard wel de beginselen van een goede procesorde, met name hoor en wederhoor, in het oog houden.

Ten slotte wijs ik nog op het feit dat het misbruiken van de procesbevoegdheid niet alleen onrechtmatig is jegens de wederpartij, maar in beginsel ook jegens de staat. Het gaat hier om het spiegelbeeld van onrechtmatige rechtspraak. Aangezien het procesrecht geen mogelijkheden biedt tot een kostenveroordeling ten gunste van de staat (anders dan als partij), laat het geldende recht voor de staat slechts de weinig aantrekkelijke mogelijkheid open een nieuwe procedure te initiëren om de schade vergoed te krijgen.

Onder andere⁴⁰ het Franse recht lost dit probleem op door een systeem van door de rechter vast te stellen, ten gunste van de staat te verbeuren boetes wegens misbruik van bepaalde processuele bevoegdheden. Deze boetes kunnen oplopen tot 10 000 F voor '(...) agir en justice de manière dilatoire ou abusive (...) ' (art. 32-1 NCPC), tot hetzelfde bedrag voor '(...) appel principal dilatoire ou abusif (...) ' (art. 559 NCPC) en bij '(...) recours abusif (...) ' in cassatie zelfs tot 20 000 F.

play in het burgerlijk geding (inaug. rede Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1958, p. 9.

39. Zie over de uitleg van proceshandelingen Asser/Vranken 1995, nr. 67.

40. Ook het Belgische recht kent een dergelijk systeem. Zie art. 1072 bis Ger.W.

6. PREVENTIEVE TOETSING VIA ART. 3:303 BW

Preventieve toetsing van een beroep op het recht op toegang tot de rechter aan de misbruikcriteria is grotendeels illusoir, zo stelde ik hierboven sub 4. Grotendeels, inderdaad. Soms is het namelijk wel degelijk mogelijk misbruik van de procesbevoegdheid te voorkomen, door een vordering op basis van preventieve toetsing niet-ontvankelijk te verklaren.

Het belangrijkste handvat voor preventieve toetsing van gebruik van de bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen wordt gevormd door art. 3:303 BW. Op grond van de in dit artikel neergelegde regel kan een ingestelde vordering niet ontvankelijk worden verklaard, omdat het door eiser *gestelde* belang onvoldoende is.⁴¹

In het Jeffrey-arrest⁴² heeft de Hoge Raad de visie dat art. 3:303 BW kan worden gezien als een toepassing van art. 3:13 BW beargumenteerd verworpen:

‘Tekst noch strekking van voormelde bepalingen biedt steun voor deze opvatting. Die steun is ook niet te vinden in de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepalingen (zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 916).’

Mijns inziens kunnen de drie door de Hoge Raad genoemde argumenten deze beslissing niet dragen. Ik zal deze stelling per argument adstrueren.

De tekst van art. 3:303 BW (‘Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe’) komt overeen met een veel gebruikt, maar ongecodeerd criterium voor misbruik van bevoegdheid. Uit de tekst van art. 3:13 lid 2 BW blijkt dat de daar genoemde criteria enuntiatief moeten worden opgevat. De tekst van genoemde bepalingen biedt dus wel degelijk steun voor de opvatting dat art. 3:303 een toepassing vormt van het leerstuk misbruik van bevoegdheid.⁴³

41. Zie Mon. Nieuw BW A-11 (Van Nispen), nr. 15 met nadere verwijzingen. Vgl. HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 354 m.nt. WLH (*De Pater/Tekstra*), dat werd afgedaan op de regel van art. 3:303 BW, terwijl mijns inziens misbruik van bevoegdheid meer voor de hand zou hebben gelegen, daar het gestelde belang in casu wel voldoende was.

42. HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (*Van Aalten en Mbarka/Vereniging voor Christelijk Wetenschappelijk Onderwijs*).

43. Bovendien valt in de MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 916 te lezen dat het criterium van art. 3:303 BW een onevenredigheids criterium is, evenals het derde criterium van

Klemmender is de in onderlinge samenhang begrepen strekking van beide bepalingen. Voor de strekking van art. 3:13 BW moge ik mede verwijzen naar de sub 2 geciteerde passage uit de Toelichting-Meijers. De kern van het leerstuk misbruik van bevoegdheid is preventie en repressie van wegens onevenredigheid van de betrokken belangen onaanvaardbare bevoegdheidsuitoefening. De strekking van de *lex specialis* art. 3:303 BW valt onder deze paraplu: preventie van uitoefening van de procesbevoegdheid wegens een onevenredige verhouding⁴⁴ van de belangen van de gedaagde, de staat en eventuele overige betrokkenen tot het (immers onvoldoende) belang van eiser, welke onevenredige verhouding bevoegdheidsuitoefening onaanvaardbaar en dus ontoelaatbaar maakt. Ook de strekking van de bepalingen vormt bij nadere beschouwing dus geen sterk argument voor het oordeel van de Hoge Raad.

Dan de parlementaire geschiedenis. In de MvA II⁴⁵ bij art. 3:303 BW, waarnaar de Hoge Raad verwijst, lezen we dat het criterium van het artikel niet met dat van art. 3:13 lid 2 BW samenvalt

‘(...) reeds omdat het hier niet alleen gaat om de afweging van de belangen van de betrokken partijen tegen elkaar, maar ook om de eisen van een behoorlijke procesvoering en het belang van de rechtspleging in het algemeen (...).’

Klare taal, zo lijkt het. De geciteerde passage verliest echter dramatisch aan overtuigingskracht wanneer zij wordt geconfronteerd met de navolgende passage uit de MvT Inv.⁴⁶ bij art. 3:13 BW, waarin wordt beargumenteerd waarom in lid 2 van dat artikel is gekozen voor een enuntiatieve lijst van criteria:

‘Op dezelfde wijze wordt tevens ruimte geschapen voor een afwijkende maatstaf voor misbruik van processuele bevoegdheden (...), waarbij eveneens publieke belangen (het belang van een goede procesorde of van een behoorlijke rechtspleging) betrokken plegen te zijn.’

Deze laatste door mij geciteerde pasage uit de parlementaire geschiedenis komt mij juist voor dan die waarop de Hoge Raad zich ba-

art. 3:13 lid 2 BW. Vgl. Meijers, *o.c.*, p. 74.

44. Ook bij art. 3:303 BW gaat het om een onevenredigheids criterium. Zie de TM en de MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 915-916.

45. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 916.

46. MvT Inv., Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1049-1050.

seert. Bij toetsing in het kader van misbruik van bevoegdheid moet steeds met alle betrokken persoonlijke en algemene belangen rekening worden gehouden.⁴⁷ Waar het gaat om processuele bevoegdheden spelen in het kader van misbruik, net als bij de toetsing aan art. 3:303 BW, de goede procesorde en het belang van de rechtspleging in het algemeen een rol. Ook het derde door de Hoge Raad gehanteerde argument voor zijn oordeel dat art. 3:303 BW niet als een toepassing van art. 3:13 kan worden gezien acht ik hierom weinig overtuigend.

Naar mijn mening is de argumentatie van de Hoge Raad hiermee weerlegd. Mijn conclusie is, en in deze opvatting sta ik niet alleen,⁴⁸ dat art. 3:303 BW wel degelijk als een toepassing van het leerstuk misbruik van bevoegdheid kan worden gezien.

Naar zijn aard – het gaat om het *gestelde* belang – leent art. 3:303 BW zich slechts voor preventieve toetsing. Dit betekent dat de eiser, die op grond van dit artikel niet-ontvankelijk wordt verklaard, niet reeds geacht wordt met het instellen van zijn eis misbruik van bevoegdheid te hebben gemaakt,⁴⁹ maar dat door zijn niet-ontvankelijkverklaring misbruik van bevoegdheid is voorkomen. Art. 3:303 BW staat hiermee op een lijn met art. 3:296 lid 1 BW, voor zover dit artikel de mogelijkheid biedt tegen dreigend onrechtmatig gedrag, waaronder misbruik van bevoegdheid, op te komen. Dat de rechter art. 3:303 BW soms ambtshalve moet toepassen⁵⁰ doet hieraan

47. Zie met name de tekst van OM art. 8 lid 2 Inleidende Titel, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1037. In deze zin ook A.R. Bloembergen, noot sub 2 onder HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 63 (*L.M./C.M.*) en de sub 2 hierboven geciteerde passage uit de TM. Vgl. met betrekking tot de zorgvuldigheidsnorm in het algemeen Asser/Hartkamp III 1998, nr. 51g.

48. In deze zin ook Meijers, *o.c.*, p. 72; W.B. Helmich, *De theorie van het rechtsmisbruik in het Romeinsche, Fransche en Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), s.l.: s.n. 1945, p. 151-169; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 148; W. Snijders, 'Formeel en materieel recht', in: *Voorontwerp Burgerlijke Rechtsvordering* (H. Stein-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 9; Bloembergen, *l.c.* (vorige noot); W.A.M. van Schendel, 'Principes edelachtbare', in: W.A.M. van Schendel (red.), *Naar ons voorlopig oordeel*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 61. Anders J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden*, diss. Leiden, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, nr. 116; Mon. Nieuw BW A-4 (Rodenburg), nr. 27; Hugenholtz/Heemskerck 1998, nr. 7.

49. In deze zin ook C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978, p. 174 nt. 182.

50. Zie hieromtrent HR 30 maart 1951, *NJ* 1952, 29 m.nt. PhANH (*De V./V.d.H.*); HR 24 november 1978, *NJ* 1980, 88 m.nt. WHH (*Sunclass/Dernison*).

niet af. Mijns inziens kan worden geconcludeerd, dat art. 3:303 BW een toepassing vormt van de preventieve functie van het leerstuk van de onrechtmatige daad.⁵¹ Dat de historische afkomst van de regel van art. 3:303 BW een andere is, doet aan deze conclusie over de rechts-systematische plaats van het artikel niet af.⁵²

7. AFRONDING

Het is tijd om de balans van mijn beschouwingen op te maken. Ik kom hierbij tot het volgende.

Zowel preventieve als repressieve toetsing van een beroep op een bevoegdheid in het kader van art. 3:13 BW kunnen worden geplaatst binnen het kader van het leerstuk onrechtmatige daad, dat immers ook een preventieve en een repressieve kant kent.

De bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen is niet onbegrensd. De normering van een beroep op de procesbevoegdheid kan met name geschieden door repressieve toetsing aan de hand van een belangenafweging in het kader van het leerstuk misbruik van bevoegdheid. Wanneer eiser niet mag menen dat zijn vordering kans van slagen heeft, dient hij zich, met het oog op de te schaden belangen van de wederpartij en de staat, van het instellen ervan te onthouden. Steun voor deze invulling van de onderhavige belangenafweging vind ik in de Franse jurisprudentie hieromtrent. Schending van de aldus geformuleerde rechtsplicht van eiser vormt een onrechtmatige daad, met alle consequenties van dien.

Preventieve toetsing van een beroep op de bevoegdheid een eis in te stellen is in beperkte mate mogelijk. Het belangrijkste aanknopingspunt hiervoor biedt art. 3:303 BW. Toetsing geschiedt hierbij aan de hand van het door eiser gestelde belang. Is dit belang onvoldoende, dan kan het – gezien in het licht van de belangen van de wederpartij en de staat – toelating van eiser tot de procedure niet

51. In deze zin ook Meijers, *o.c.*, p. 79-80; R.P. Cleveringa, 'Het belang der vordering', *RM Themis* 1964, p. 219-277.

52. Anders D.J. Veegens, noot sub 1 onder HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 (*Quint/Te Poel*) en noot onder HR 18 december 1964, *NJ* 1965, 159 (*Van Gaart-Spaan/Boendermaker en Heykoop-Van Gaart*); J. van Baars, *Point d'interêt, point d'action* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Buijten & Schipperheijn 1971, p. 154 met nadere verwijzingen.

rechtvaardigen. Art. 3:303 BW is op te vatten als een bijzondere toepassing van art. 3:13 BW.

Belangenbescherming in het Belgisch burgerlijk recht

*E. de Kezel**

1. INLEIDING

In het zgn. 'Jeffrey-arrest'¹ kwam de vraag aan de orde of een zuiver emotioneel belang als een rechtens relevant belang kan worden aangemerkt in de zin van art. 3:303 BW² (belang vereist voor het instellen van een vordering).

De feiten van het arrest deden zich voor als volgt: een driejarig jongetje (Jeffrey) had zwemtherapie gevolgd in het zwembad van een ziekenhuis, waarna zijn begeleiders (de moeder en de therapeute) zich met het kind naar de douche- en kleedruimte begaven. Blijkbaar keerde Jeffrey dan op eigen houtje naar het water terug, waar hij na een zoektocht bewusteloos werd aangetroffen. Enkele dagen later overleed hij in het ziekenhuis. De ouders vorderden voor de rechtbank een verklaring voor recht dat het ziekenhuis (als werkgever van de therapeute) aansprakelijk moest worden geacht voor het overlijden van hun zoon, omdat zij pas na deze vaststelling een zinvol begin konden maken met de verwerking van hun verdriet. De Rechtbank en het Gerechtshof te Amsterdam verklaarden de vordering niet ontvankelijk ten aanzien van de gevorderde verklaring voor recht. Ook de Hoge Raad oordeelde dat een dergelijk zuiver emotioneel belang, hoe zwaarwegend ook, niet als een rechtens relevant belang kan worden aangemerkt. Hierdoor zagen de eisers zich de mogelijkheid ontzegd om hun vordering door de rechter te laten behandelen.

Dit arrest heeft in Nederland vele pennen in beweging gebracht,³ en overwegend negatieve reacties uitgelokt. Vooral het oordeel van de

* Evelien de Kezel is als assistent werkzaam aan de vakgroep burgerlijk recht van de Universiteit Gent. Zij dankt S.D. Lindenbergh en B. De Temmerman voor de kritische opmerkingen na lezing van een eerste versie van de tekst.

1. HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (concl. A-G Langemeijer; Van Aalten/V.C.W.O.).

2. In deze bijdrage worden volgende afkortingen gebruikt: 'BW' voor het Nederlands Burgerlijk Wetboek; 'B.B.W.' voor het Belgisch Burgerlijk Wetboek; 'Ger.W.' voor het Belgisch Gerechtelijk Wetboek.

3. Zie de bespreking door G.E. Van Maanen, 'Een arrest dat shockeert: HR 9 oktober

Hoge Raad, dat de vraag van de ouders niet belangrijk genoeg is om het rechtssysteem in werking te stellen, kon voor velen niet door de beugel.

In deze bijdrage ga ik na of deze zaak naar Belgisch recht op een andere wijze zou zijn beslecht. In een eerste luik zal ik onderzoeken of een zuiver ideëel belang een voldoende belang is voor de toelaatbaarheid van de vordering. In een tweede luik zal de vraag behandeld worden of er in het Belgische aansprakelijkheidsrecht wel plaats is voor de bescherming van emotionele belangen.

Ten slotte duid ik aan over welke herstellvorderingen de benadeelde beschikt in geval van onrechtmatige schending van een belang. Eerst wordt nog eens het onderscheid in herinnering gebracht tussen het vorderingsrecht en het materieel (subjectief) recht van de eiser.

2. ONDERSCHIED VORDERINGSRECHT/MATERIEEL RECHT

Het vorderingsrecht is het recht van een partij om zijn zaak voor de rechter te brengen en om daarbij ook tegenpartijen te betrekken, teneinde een bepaalde soort uitspraak (b.v. een veroordeling) te bekomen van de geadieerde rechter.

Wie beschikt over het recht om een proces te starten over de vraag naar de vaststelling van aansprakelijkheid? In beginsel kan eenieder dit doen, die hierbij een juridisch relevant belang heeft. Onder 'juridisch relevant belang' wordt begrepen dat de eiser er een (immaterieel of materieel) voordeel bij moet hebben dat een bepaalde rechtsverhouding of situatie door de rechter wordt vastgesteld en beoordeeld.

1998', *NTBR* 1999, p. 47-49; B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Het vermogensrecht, de Hoge Raad, en de emoties van Van Maanen' met naschrift Van Maanen, *NTBR* 1999, p. 137-138; S.D. Lindenberg, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', *T.P.R.* 1999, p.1684-1685; M.M. Tillema, 'Kronieken Hoofdbeginselen en algemene leerstukken. Hoor en wederhoor in anderhalf jaar rechtspraak van de Hoge Raad', *TCR* 1999, p. 15-16; J. Spier, *Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?* (Afscheidsrede Tilburg), Deventer: W.E.J. Tsjeenk Willink 1999; C.C. Van Dam, 'Emotioneel belang en affectieschade', *VR* 2000, p. 73-75; L.F. Wiggers-Rust, 'Verslag Jaarvergadering Vereniging voor Burgerlijk Recht 1999: 'Gaaf het in het Burgerlijk Recht alleen om geld?'' *NTBR* 2000, p. 150-153; L. Douwes, 'Geen financieel belang, geen actie?', *NTBR* 2000, p. 223-230; J.H. Nieuwenhuis, 'De rechter als psycho-therapeut?', *Trema* 2000, p. 459-460; A.R. Bloembergen, noot onder HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 63, p. 465-467.

Het materiële subjectieve recht waarop de eiser zich beroept bij het instellen van zijn vordering, is het recht dat het voorwerp uitmaakt van de gevorderde maatregel.⁴ In beginsel staat dit recht los van de processuele aanspraak. Over het bestaan van het ingeroepen subjectief recht oordeelt de rechter immers ten gronde. Om het onderscheid te maken heeft met de ‘toelaatbaarheid’ van de vordering – die betrekking heeft op het aanspannen van een geding –, wordt het oordeel van de rechter over de materieelrechtelijke aanspraak van de eiser aangeduid met de termen ‘ontvankelijkheid’⁵ en ‘gegrondheid’.

Nochtans kunnen beide rechten (het abstracte vorderingsrecht en het materiële recht dat eraan ten grondslag ligt), niet volledig los van elkaar gezien worden. Hoewel het bestaan van een materieelrechtelijke aanspraak geenszins een voorwaarde vormt voor de toelaatbaarheid van de vordering,⁶ vormt het aanvoeren ervan dat wel.⁷ Wanneer de

4. Er bestond discussie over de vraag of het subjectieve recht van de schuldeiser betrekking heeft op een juridische macht, dan wel op een beschermd belang. Een aantal (Belgische en Nederlandse) auteurs verdedigden de stelling dat het zou gaan om een synthese van macht en belang; zie o.m. E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden, 1948, p. 86, die het heeft over ‘een bijzondere, iemand door het recht toegekende bevoegdheid die hem verleend is om zijn belang te dienen’, aangehaald (met instemming) door J.H. Niewenhuis, ‘Recht en belang’ in *Flores debitorum, Opstellen over ethiek en recht aangeboden aan R.A.V. baron van Haersolte*, Zwolle: WEJ Tjeenk Willink, 1984, p. 73 en H. Bocken, ‘Nog iets over inbreuk op recht’ in H. Cousy, S. Stijns e.a. (ed.), *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Deurne: Kluwer, 2000, p. 190; E. Guldix en A. Wylleman beschrijven de notie ‘subjectief recht’ als “een driehoeksverhouding tussen de titularis van het recht die t.a.v. derden onderwerping kan eisen aan zijn machtsbevoegdheid met betrekking tot een goed of waarde waaromtrent hij een juridisch beschermd belang nastreeft” (in ‘De positie en handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgische privaatrecht’, *T.P.R.* 1999, p. 1602-1603).
5. De term ‘ontvankelijkheid’ (in het Frans: *recevabilité*) slaat op de materieelrechtelijke opeisbaarheid van het recht. Deze kan verhinderd worden doordat de vordering verjaard is (art. 2262bis B.B.W.), door een verzoening tussen de partijen (art. 1284-1285 Ger.W.) enz.. De term ontvankelijkheid wordt echter vaak verward met de processuele toegang tot de rechter, de ‘toelaatbaarheid’ van de vordering (in het Frans: *admissibilité*), zelfs door de wetgever; zie art. 1049 Ger. W..
6. Met het begrip ‘rechtsvordering’ wordt de processuele handeling zelf aangeduid, dit in tegenstelling tot het concept ‘vorderingsrecht’ dat slaat op het *ius agendi*, het recht om een rechtsvordering in te stellen. In de Belgische rechtspraak worden beide termen evenwel door elkaar gebruikt, verwarring die nog gevoed wordt door het feit dat ook in het Gerechtelijk Wetboek (artikel 17 en 18) het *ius agendi* wordt aangeduid met de term ‘rechtsvordering’.

eiser zich bij het instellen van zijn vordering niet zou beroepen op een subjectief recht waarvan hij de erkenning of tenuitvoerlegging vraagt, moet de vordering bij gebrek aan belang ontoelaatbaar worden verklaard.⁸

3. SANS INTÉRÊT, PAS D'ACTION: HET BELANG ALS TOELAATBAARHEIDSVEREISTE VOOR HET INSTELLEN VAN DE RECHTSVORDERING

Conform artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek kan de vordering niet worden toegelaten indien de eiser geen hoedanigheid en geen belang heeft om de vordering in te stellen. Oogmerk van de wetgever was het instellen van rechtsvorderingen te beperken. Niet iedereen mag om het even welk geschil aan de rechter voorleggen.

In de eerste plaats is daar het argument van de proceseconomie. De financiën van de staat en de tijd van de magistraten mogen niet nutteloos verspeeld worden.

Daarnaast mag ook niet uit het oog worden verloren dat een vordering steeds tegen een andere partij moet worden ingesteld, en dat de rechten van die andere partij daardoor in het gedrang kunnen komen. Een vordering instellen mag dan ook niet willekeurig gebeuren; er moet enige grond bestaan om de tegenpartij voor de rechter te brengen.⁹

Een vordering in rechte inleiden kan onder omstandigheden foutief zijn, met name wanneer er van het recht om te procederen een kenne-

7. Uitzonderlijk zal een partij toch een vordering kunnen instellen zonder een subjectief recht te doen gelden. Zo heeft de Belgische wetgever aan milieuverenigingen het recht toegekend een vordering tot staken in te stellen in geval van dreigende milieuverontreiniging. De eiser handelt in dit geval niet om het respect voor zijn persoonlijk belang te verzekeren of om de schending ervan te sanctioneren, maar in het algemeen belang. Zie hierna de verwijzingen in noot nr. 37. Ook het Openbaar Ministerie kan in burgerlijke zaken optreden in het algemeen belang (art. 138 lid 2 Ger.W.).
8. E.M. Krings, conclusie onder Cass. 19 november 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, p. 377; H. Solus & R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Parijs: Sirey 1961, p.106-107.
9. M.E. Storme, 'Procesrechtelijke knelpunten bij de tegeldemaking van rechten uit aansprakelijkheid voor de burgerlijke rechter, in het bijzonder belang, hoedanigheid en rechtsopvolging' in: M. Storme (red.), *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Verslagboek XIXe P.U.C. W. Delva 1992-1993, Gent: Mys & Breesch, 1993, p. 204.

lijk onredelijk gebruik wordt gemaakt. Criteria om uit te maken of dit het geval is, zijn b.v. de bedoeling om te schaden, de kwade trouw of een ondoordacht en lichtzinnig optreden van de eiser.¹⁰ Het zich vergissen omtrent de draagwijdte van zijn rechten, of de verkeerde interpretatie van een wet, maakt op zich geen kennelijk onredelijk gedrag uit, maar kan dit onder omstandigheden wel zijn, wanneer dit het gevolg is van een ondoordacht, lichtzinnig of onzorgvuldig optreden.¹¹ Sanctie op het instellen van een dergelijk ‘tergend en roekeloos geding’ is een (bijkomende)¹² schadevergoeding aan de tegenpartij (zowel ter vergoeding van de materiële schade – b.v. advocatenhonoraria – als van de immateriële schade – b.v. aantasting van de goede naam – en eventueel een schadevergoeding aan de Staat.¹³

Het loutere feit dat de vordering tegen de gevestigde rechtspraak of heersende mening ingaat, maakt haar echter niet kennelijk ongegrond. Het tegendeel voorhouden zou immers de noodzakelijke ontwikkeling van het recht ernstig belemmeren.

Hierna wordt verder ingegaan op de begrippen ‘belang’, ‘hoedanigheid’ en ‘bekwaamheid’.

10. Het ‘procesrechtsmisbruik’ is in België een jurisprudentieel concept. Traditioneel wordt als criterium voor het procesrechtsmisbruik verwezen naar de (kennelijke) miskenning van de zorgvuldigheidsnorm door het gedrag van de verweerder te vergelijken met dat van een redelijk zorgvuldig persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden (art. 1382 B.B.W.): zie P. Taelman, die echter pleit voor een aanknoping bij de ‘objectieve goede trouw’ (‘Gebruik en misbruik van procesrecht’, *T.P.R.* 1988, 24-25).
11. Zie b.v. Brussel 16 december 1997, *T.B.B.R.* 1999, 472 (m.nt. G. Van Mellaert).
12. D.i. een vergoeding naast de veroordeling in de kosten conform artikel 1017 Ger.W.. In principe zal de rechter de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwijzen (en de gedeeltelijk in het ongelijk gestelde partij gedeeltelijk in de kosten). Deze regel kan echter terzijde worden geschoven om een partij specifiek te sanctioneren. Ook de ‘winnende’ partij kan dus tot de kosten worden veroordeeld, wanneer blijkt dat het procesvoeren aan haar fout of nalatigheid te wijten was. (Cass. 24 april 1978, *Pas.* 1978, I, p. 955).
13. Tegenvorderingen gegrond op het tergend of roekeloos karakter van een vordering, worden gebracht voor de rechter voor wie deze vordering aanhangig is (art. 563 Ger.W.). De wetgever heeft ook nog de mogelijkheid voorzien om in het geval van een tergend en roekeloos hoger beroep een civiele geldboete op te leggen van minimum 5000 frank en maximum 100.000 frank (geïndexeerd bedrag) (art. 1072bis Ger.W.).

3.1 Het procesrechtelijke belang

De wetgever heeft niet gedefinieerd wat begrepen moet worden onder belang in artikel 17 Ger.W. In artikel 18 Ger.W. heeft de wetgever wel bepaald dat het belang ‘reeds verkregen’ en ‘dadelijk’ moet zijn.¹⁴

Er moet dus reeds sprake zijn van een geschil tussen de partijen; men mag geen louter hypothetische geschillen voorleggen aan de rechter voor theoretische doeleinden. Ook een *actio ad futurum* is in principe uitgesloten.¹⁵ Hiervan wordt nochtans afgeweken in artikel 18 Ger.W., dat bepaalt dat in zoverre de eiser kan bewijzen dat een recht ernstig bedreigd is, een vordering mag worden ingesteld om de schending ervan te voorkomen.¹⁶

Aan het vereiste van een reeds verkregen en dadelijk belang zal bijna altijd voldaan zijn, wanneer een partij een vordering instelt tot veroordeling van de tegenpartij. Men heeft er immers altijd belang bij

14. Het belang wordt beoordeeld op het ogenblik waarop de vordering wordt ingesteld (Cass. 4 december 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, p. 467).

15. Cf. de ‘Feststellungsklage’ naar Duits recht (§ 256 (1) ZPO). Deze vordering beoogt niet de nakoming van een verbintenis maar het verkrijgen van een verklaring voor recht over het bestaan van een bepaalde rechtsverhouding, zoals de vaststelling van de aansprakelijkheid. Op die manier kan een benadeelde wiens schade nog niet is ingetreden of waarvan het ontstaan nog onzeker is, zijn recht op volledige vergoeding van toekomstige schade vrijwaren. Op het ogenblik dat deze schade ontstaat (en dus meer nauwkeurig kan worden geëvalueerd) kan hij op grond van de in het verleden verkregen rechterlijke vaststelling van aansprakelijkheid een vergoeding vorderen. Hierdoor kunnen eventuele verjaringsmoeilijkheden vermeden worden. (B. De Temmerman e.a., ‘Remedies’ in W. Van Gerven e.a., *Common Law of Europe Casebooks, Tort law*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishers, 2000, p. 830-834). Naar Belgisch recht bestaat een dergelijke vorderingsmogelijkheid niet. Wanneer slachtoffers zich geconfronteerd zien met schadeposten waarvan het ontstaan nog onzeker is, kunnen zij wel voor de rechter een voorbehoud vorderen voor toekomstige (nog hypothetische) schade. Hierdoor verzekeren zij zich van de mogelijkheid om in de toekomst een bijkomende vergoeding te vorderen voor de nieuwe schade, zonder te stoten op het gezag van gewijsde verbonden aan de vroegere rechterlijke beslissing. Naast het vermijden van betwistingen over de draagwijdte van de vroegere rechterlijke beslissing, heeft het maken van een voorbehoud ook nog een praktisch voordeel op het vlak van de verjaring van de vordering; het aanvangspunt van de absolute (twintigjarige) verjaringstermijn wordt erdoor verplaatst. Wanneer het slachtoffer geen voorbehoud heeft gevorderd neemt de twintigjarige verjaringstermijn een aanvang vanaf de schadeverwekkende gebeurtenis. Werd wel een voorbehoud gevorderd, dan beschikt de benadeelde nog over een termijn van twintig jaar vanaf de rechterlijke uitspraak om over het voorwerp van dat voorbehoud vonnis te doen wijzen (artikel 2262bis §2 B.B.W.).

16. Cf. art. 584 lid 4, 4° Ger. W. en art. 962 Ger.W..

dat de rechter beslist over een voor eigen rekening ingestelde vordering tot het bekomen van een veroordeling van de tegenpartij, waarop men beweert recht te hebben. Ook wanneer dat niet het geval is, en de vordering dus ongegrond zou zijn, heeft men het recht om dat te weten, en daarover een rechterlijke uitspraak uit te lokken.¹⁷ Maar het is natuurlijk makkelijker voor de rechter om de vordering ontoelaatbaar te verklaren wegens gebrek aan belang, in plaats van ervoor te durven uitkomen dat de eisers het beweerde recht niet hebben¹⁸ of kunnen inroepen.^{19,20}

Het vereiste van een reeds verkregen en dadelijk belang in artikel 18 lid 1 Ger. W. moet dan ook voornamelijk worden gelezen in samenhang met het tweede lid van artikel 18 Ger.W. dat betrekking heeft op het vorderen van maatregelen ter voorkoming van de schending van een ernstig bedreigd recht (zoals een verklaring voor recht).²¹ Hier worden strengere vereisten gesteld aan de toelaatbaarheid van de vordering.²²

17. M.E. Storme, 1993, p. 205 (zie noot 10).

18. Dit zal het geval zijn wanneer aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid niet is voldaan (b.v. afwezigheid van onrechtmatigheid, causaliteit of juridisch relevante schade). De vordering is dan ongegrond.

19. Dit zal het geval zijn wanneer de vordering niet (meer) opeisbaar is b.v. in geval van verjaring. Hoewel het instellen van de vordering toelaatbaar is, mag de verweerder dan de exceptie van on-ontvankelijkheid opwerpen (zie noot 6).

20. Zo werd door een aantal auteurs gesuggereerd dat de Hoge Raad getracht heeft om de ouders in de Jeffrey-zaak een koude douche te besparen, aangezien hun vordering zo goed als kansloos was: zie A.R. Bloembergen 2000, p.465 (zie noot 4); vgl. Nieuwenhuis 2000, p. 460 (zie noot 4) die het heeft over een 'psycho-therapeutisch motief'.

21. De omvang van de bewijslast inzake het vereiste belang is dus niet zozeer afhankelijk van het ingeroepen subjectief recht, maar wel van het voorwerp van de eis (veroordeling, preventieve maatregel, voorlopige maatregelen in kort geding, enz.).

22. Ook naar Nederlands recht gelden specifieke vereisten inzake de vordering tot verklaring voor recht. Deze kan slechts uitgesproken worden 'op vordering van een bij een bepaalde rechtsverhouding onmiddellijk betrokken persoon' (art. 3:302 BW). Ze kan enkel dienen tot het op bindende wijze vaststellen jegens de andere betrokkenen van het bestaan of het preciseren van de inhoud van de rechtsverhouding (HR 22 januari 1993, *NJ* 1994, 734 (concl. A-G Koopmans; m. nt. CJHB)). In deze zaak werd de vordering van een groep oud-verzetstrijders tot toekenning van een pensioen aan Rost-Van Tonningen, weduwe van een oud NSB-lid niet toelaatbaar verklaard, omdat de eisers niet behoren tot de kring van bij de rechtsverhouding onmiddellijk betrokkenen (en dus niet omwille van het ontbreken van enig belang, hoewel het belang ook hier slechts ideëel was).

Evenwel kunnen er zich ook uitzonderingen voordoen, waarbij de eiser die zich beroept op de schending van een subjectief recht, niet geacht wordt over het vereiste belang te beschikken om een vordering in rechte in te stellen.

De eiser kan zich b.v. in een situatie bevinden waarin een rechterlijke tussenkomst niet vereist is, doordat niks de geldige uitoefening van zijn recht verhindert (hij beschikt b.v. reeds over een uitvoerbare titel).

Hiermee kan gelijkgeschakeld worden de situatie waarbij een rechterlijke uitspraak geen concreet nut (meer) heeft voor de partijen. Zo oordeelde de Hoge Raad recent inzake een vordering tot nietigverklaring van een huwelijk wegens bigamie, dat de eiseres niet over het vereiste ‘onmiddellijke rechtsbelang’ beschikte om de nietigverklaring van haar huwelijk te vorderen, nu zij reeds uit de echt was gescheiden van haar partner. Het (zuiver) emotionele belang dat door eiseres werd aangevoerd, werd niet aangemerkt als een voldoende belang om de rechtsvordering te schragen.²³

Voordien had de Hoge Raad reeds geoordeeld dat men onvoldoende belang heeft bij het verkrijgen van een rechterlijke uitspraak over een principieel standpunt, wanneer dergelijke uitspraak niet tot enig praktisch resultaat kan leiden voor de eisende partij.²⁴

Het gezag van gewijsde verbonden aan een rechterlijke beslissing brengt verder met zich mee dat de rechter zich niet meer over de zaak mag uitspreken, wanneer hij in het verleden reeds uitspraak heeft gedaan m.b.t. het geschil tussen de partijen.²⁵ Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat er geen vordering tot echtscheiding meer kan worden ingesteld op grond van bepaalde feiten, wanneer de echtscheiding

23. HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 63 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. A.R. Bloembergen).

24. HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 425 (concl. A-G Biegman-Hartog); HR 16 april 1993, *NJ* 1993, 444 (concl. A-G Mok); HR 14 mei 1993, *NJ* 1993, 445 (concl. A-G Koopmans). Eisers zijn vreemdelingen die verbod vorderden tot uitzetting uit het land. Op het ogenblik dat het cassatieberoep wordt ingesteld, was het gevaar op uitzetting echter verdwenen omdat er reeds een verblijfsvergunning was verleend; eisers beriepen zich wel nog op het principiële belang dat ze hebben bij de uitspraak. De Hoge Raad oordeelde dat een louter principieel belang niet voldoende kan worden geacht. Zie de bespreking bij L.M.Douwes, 2000, p. 225 (zie noot 4).

25. Art. 25 Ger.W.

tussen de partijen reeds is uitgesproken op grond van feitelijke scheiding.²⁶

En wat wanneer de eis kennelijk ongegrond is? Mag de rechter de vordering dan ontoelaatbaar verklaren wegens afwezigheid van enig redelijk belang?

Hoger werd verdedigd dat de toelaatbaarheid van de vordering enkel mag beoordeeld worden aan hetgeen aangevoerd wordt. Wanneer dan achteraf zou blijken dat de vordering – zoals ingesteld door de eiser –, kennelijk ongegrond was, kan de partij die onnodig heeft geprocedeerd wel veroordeeld worden tot het betalen van een schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding.

Nochtans lijkt het Hof van Cassatie de stelling te verdedigen dat de vordering ook ontoelaatbaar is, wanneer ze kennelijk ongegrond is. In dat geval zou de eiser geen (afwijzend) vonnis mogen uitlokken.

Zo mag een partij geen vordering tot schadevergoeding instellen, wanneer zij manifest geen (juridisch waardeerbare) schade kan hebben geleden tengevolge van een onrechtmatige daad.²⁷

Wellicht kan de uitspraak van de Hoge Raad in de Jeffrey-zaak ook in dit licht gesitueerd worden. Aangezien het nadeel van de eisers (verdriet en smart tengevolge van het overlijden van hun zoon), naar Nederlands recht niet voor vergoeding in aanmerking komt, lijkt het op het eerste gezicht niet nuttig om in deze zaak een uitspraak uit te lokken. Daartegenover staat dat uitzichtloos geachte vorderingen in het verleden al meer dan eens tot een doorbraak hebben geleid.²⁸

26. Cass. 15 september 1994, *J.L.M.B.* 1995, p. 1039, (m. nt. C. Panier).

27. Het Hof van Cassatie heeft meermaals geoordeeld dat een burgerlijke partijstelling voor de strafrechter slechts ontvankelijk is wanneer de eiser kan aantonen dat hij door het misdrijf persoonlijk kan zijn geschaad in zijn persoon, zijn goederen of zijn eer, ook al gaat het slechts om een vordering tot tussenkomst in het strafproces, en dus niet om het zelfstandig aanhangig maken van de strafvordering. (Cass. 24 november 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, p. 408; Cass. 9 november 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, p. 288; Cass. 13 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, p. 1234). Met M.E. Storme ben ik evenwel van mening dat men bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de rechtsingang (voorfase van het geding) zoveel mogelijk moet vermijden dat de grond van de zaak reeds behandeld wordt (M.E. Storme, 1993, p. 205-206 (zie noot 10)).

28. Ik verwijz hier enkel naar de recente rechtspraak van de Hoge Raad inzake het buiten beschouwing laten van de verjaringsregeling (HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430, 431 (concl. A-G Spier; m.nt. C.JHB).

Aan de vereisten van een ‘reeds verkregen’ en ‘dadelijk’ belang, heeft de rechtspraak nog toegevoegd dat het moet gaan om een ‘rechtmatig’ en om een ‘rechtstreeks en persoonlijk’ belang. Het vereiste dat het belang bij het instellen van de vordering rechtmatig moet zijn, impliceert dat de eiser niet het behoud of het herstel mag vorderen van een toestand die in strijd is met de openbare orde.²⁹ In feite heeft deze vereiste eerder betrekking op de materieelrechtelijke aanspraak, waar ze ook verder zal worden behandeld.

De vereiste van een rechtstreeks en persoonlijk belang kan – voor wat betreft de toelaatbaarheid van de vordering – in verband worden gebracht met de vereiste hoedanigheid van de eiser. De eiser moet een eigen subjectief recht aanvoeren dat door de tegenpartij rechtstreeks wordt geschonden of minstens ernstig wordt bedreigd.

3.2 De vereiste hoedanigheid en bekwaamheid van de eiser

Onder ‘hoedanigheid’ wordt begrepen de bevoegdheid om de vordering in te stellen. Het gaat hier dus om de vraag of men m.b.t. het voorwerp van de eis over de vereiste vorderingsbevoegdheid beschikt. In de regel heeft de titularis van een recht (en enkel hij) de vereiste hoedanigheid om de vordering die verband houdt met dat recht in te stellen, omdat (enkel) hij er persoonlijk en rechtstreeks belang bij heeft om zijn recht te doen gelden.

Nochtans zal, wanneer een partij optreedt voor eigen rekening en een veroordeling of verklaring voor recht vordert op grond van rechten die zij beweert te hebben (maar die ze niet heeft), de vordering niet ontoelaatbaar zijn. De vordering zal dan wel afgewezen worden, hetzij als onontvankelijk, hetzij als ongegrond.³⁰

Enkel wanneer iemand optreedt voor iemand anders, kunnen er op dit vlak dus problemen rijzen. Men mag niet optreden in het belang van iemand anders, of op grond van de aantasting van algemene of collectieve belangen.^{31,32} Een *actio popularis*³³ is dus in principe uitgesloten.

29. Cass. 2 april 1998, *Arr. Cass.* 1998, p. 407 (concl. A-G M. De Swaef).

30. Zie voor het onderscheid tussen de onontvankelijkheid en ongegrondheid: noot 19 en 20.

31. Derden die geen band hebben met de echtgenoten zouden b.v. niet de nietigverklaring van hun huwelijk kunnen vorderen wegens bigamie, op grond van het algemeen belang dat eenieder erbij heeft om de regel van de monogamie (die van openbare orde is), te doen eerbiedigen.

De vereiste van een persoonlijk belang zal voornamelijk moeilijkheden opleveren voor wat betreft vorderingen ingesteld door verenigingen naar aanleiding van de aantasting van door hen behartigde algemene belangen of groepsbelangen.³⁴ Dit punt vergt in het kader van deze bijdrage echter geen verdere behandeling.

Het Gerechtelijk Wetboek heeft de bekwaamheid van de eiser niet voorgeschreven als een afzonderlijke toelaatbaarheidsvereiste voor het instellen van de vordering.

In beginsel wordt eenieder dus geacht om procesbekwaam te zijn, d.i. over de vereiste bekwaamheid te beschikken om proceshandelingen te stellen.

Nochtans wordt algemeen aangenomen dat b.v. minderjarigen niet over de mogelijkheid beschikken om hun vorderingsrechten zelf uit te oefenen: hoewel ze rechtsbekwaam zijn, zijn ze in principe (proces)handelingsonbekwaam.³⁵

32. Cass. 19 november 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, p. 372 (concl. P-G E.M. Krings); Cass. 19 september 1996, *R.C.J.B.* 1997, p. 105 (m.nt. O. De Schutter).

33. Dit is een vordering waarbij de eiser uitsluitend optreedt ter verdediging van het algemeen belang, zonder daarbij persoonlijk betrokken te zijn (P. Lemmens, 'Het optreden van verenigingen in rechte ter verdediging van collectieve belangen', *R.W.* 1983-84, p. 2018).

34. In principe kunnen rechtspersonen geen vordering instellen wegens aantasting van de collectieve belangen van hun leden of van de algemene belangen die zij verdedigen. Wel kunnen de leden van een rechtspersoon bij wijze van procesmandaat de rechtspersoon de bevoegdheid geven om in hun naam en voor hun rekening een vorderingsrecht uit te oefenen (dit moet wel vermeld worden in de proceduredstukken). De wetgever heeft op deze regel een aantal uitzonderingen voorzien. Zo kunnen beroepsverenigingen een vordering instellen wegens schending van de belangen tot bescherming waarvan ze zijn opgericht of van de individuele belangen van de leden (Wet 31 maart 1898). Daarnaast heeft de wetgever aan een aantal consumenten en milieuverenigingen de bevoegdheid toegekend om een vordering tot staken in te stellen van bepaalde soorten onrechtmatige of schadeverwekkende praktijken. Zie hierover: H. Bocken (ed.), *Vorderingsbevoegdheid voor milieuverenigingen*, Brussel: Story-Scientia 1988; A. Carette, *Herstel van en vergoeding voor aantasting aan niet-toegeëigende milieubestanddelen*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen, 1997, p. 102-161; P. Lemmens, 1983-84 (zie noot 32). Zie over de vertegenwoordiging in rechte K. Broeckx 'Vertegenwoordiging in rechte en naamgeving in het geding', *R.W.* 1994-95, p. 248-253.

35. Dit beginsel kan genuanceerd worden. Zowel voor wat betreft de materiële handelingsonbekwaamheid als voor wat betreft de procesonbekwaamheid, heeft de wetgever en de rechtspraak talrijke uitzonderingen geformuleerd. Zie hierover E. de Kezel, 'De procesbekwaamheid van de minderjarige', *A.J.T.* 1998-99, p. 249-273 en

Grondslag van die onbekwaamheid is de beschermingsgedachte. Het is niet de bedoeling om de minderjarige te beletten zijn recht om in rechte op te treden uit te oefenen; men wil enkel verhinderen dat hij hierdoor wordt geschaad.³⁶ Het beginsel van de procesonbekwaamheid impliceert dat de minderjarige in beginsel niet zelf en zelfstandig in rechte kan optreden. Doet hij dat toch, dan kan de verweerder voor elk verweer een exceptie opwerpen die de minderjarige verplicht om zijn wettelijke vertegenwoordiger (ouders of vertegenwoordiger ad hoc) in tussenkomst op te roepen.³⁷ Hoewel de minderjarige de materiële procespartij is, heeft (enkel) de vertegenwoordiger dus de wettelijke hoedanigheid om op te treden (als formele procespartij).³⁸

3.3 De aard van het ingeroepen belang

In de rechtsleer wordt het belang omschreven als het (materiële of immateriële) voordeel dat de eiser tracht te verwerven met het instellen van de vordering.³⁹ Er wordt niet vereist dat de eiser een materieel belang heeft bij het instellen van zijn vordering; een louter ideëel belang is in principe reeds voldoende.

De vraag naar de aanwezigheid van een rechtens relevant (immaterieel) belang speelt vooral een rol in het personen- en familierecht, aangezien dit het terrein bij uitstek is van botsingen tussen conflicterende immateriële belangen.⁴⁰

'Naar een veralgemeende procesbekwaamheid van minderjarigen in burgerrechtelijke zaken?', *T.J.K.* 2001, p.51-57.

36. De minderjarige kan b.v. wel een vordering in kort geding inleiden om bewarende maatregelen te vorderen (zoals beslag leggen op de goederen van zijn schuldenaar).

37. E. de Kezel, 1998-99 (zie noot 36); A. Fettweis, *Manuel de procédure civile*, Uitgave Faculté de Droit, d'Economie et de sciences sociales de Liège, Luik, 1985, p. 54.

38. Wanneer de materiële en formele procespartij niet één en dezelfde persoon zijn, moet de vereiste van belang beoordeeld worden in hoofde van de materiële procespartij en de vereiste van hoedanigheid in hoofde van de formele procespartij. De hoedanigheid van een partij wordt beoordeeld op het ogenblik van het instellen van de vordering (Cass. 2 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, p. 144; Cass. 4 december 1989, *Pas.* 1990, I, p. 414).

39. A. Fettweis, 1985, p. 37-38 (zie voetnoot 38) ; J.E. Krings, 1982, p. 377 (zie voetnoot 9); H. Solus & R. Perrot, 196, p. 200 (zie voetnoot 9); J. Van Compennolle & G. Closset-Marchal, 'Examen de jurisprudence (1985 à 1996) Droit Judiciaire Privé', *R.C.J.B.* 1997, p. 511.

40. Zie b.v. de ontwikkeling van de notie 'het belang van het kind' tot leidraad in het personen- en familierecht (E. de Kezel, 'Het begrip 'het belang van het kind'', *R.W.*

Zo werd aan rechtscolleges meermaals de vraag gesteld of grootouders een voldoende (emotioneel) belang hebben om een vordering in te stellen of om tussen te komen in zaken die hun kleinkinderen aanbelangen. Deze vraag wordt doorgaans positief beantwoord.

Het Hof van Beroep te Luik oordeelde dat de vordering ingesteld door grootouders tot opeising van het hoederecht over hun minderjarige kleinkinderen, toelaatbaar is, aangezien zij er een immaterieel belang bij hebben dat hun kleinkinderen goed worden opgevoed.⁴¹

De kort geding rechter te Gent besliste dat grootouders over het vereiste belang beschikken om tussen te komen in een geding tussen de ouders van hun kleinkind met betrekking tot het hoederecht.⁴²

Ook het Hof van Cassatie oordeelde in een zaak waar grootouders optraden, dit keer ter ontkenning van het vaderschap over hun kleinkind, dat zij over een voldoende (immaterieel) belang beschikken om op te treden, teneinde de werkelijke staat van hun kleinkind te doen eerbiedigen.⁴³

Immateriële belangen spelen ook een voorname rol waar het gaat om de onrechtmatige aantasting van de persoonlijke (familiale, sociale en relationele) levenssfeer.

De Rechtbank van Luik besliste in dit verband dat de familieleden van een in opspraak gebrachte persoon een rechtens relevant immaterieel belang hebben bij het instellen van een vordering tot rectificatie van de foutieve berichtgeving over hun verwant en tot vergoeding van hun eigen (immateriële) leed.⁴⁴

De Rechtbank te Namen besliste dat verwanten, op grond van hun familiale band, een relevant en rechtmatig (immaterieel) belang hebben dat hen toelaat om een vergoeding te vorderen van de immateriële schade die zij lijden tengevolge van de aantasting van de nagedachtenis van hun familielid, doordat in een krantenartikel naar aanleiding van diens overlijden (ten onrechte) melding was gemaakt van een gerechtelijke veroordeling.⁴⁵

1999, p. 1163-1167).

41. Luik 12 juni 1979, *Jur. Liège* 1979, p. 299.

42. Kort Ged. Gent 31 december 1992, *T.G.R.* 1993, p. 63.

43. Cass. 18 december 1980, *R.W.* 1981-82, p. 161; Luik 12 juni 1979, *Jur. Liege* 1979, p. 299.

44. Rb. Luik 15 december 1999, *A.M.* 2000, p. 160.

45. Rb. Namen 17 november 1997, *J.T.* 1998, 187.

Hoewel er in beginsel geen onderscheid wordt gemaakt naargelang van de aard van het ingeroepen belang (vermogensrechtelijk of ideëel) voor wat betreft de toelaatbaarheid van de vordering, moet de rechterlijke uitspraak voor de eiser toch enig concreet nut kunnen opleveren (zoals b.v. het verwerven van het hoederecht, zie uitspraken hoger geciteerd). Ze mag hem dus niet louter een theoretische voldoening schenken.

Dit kan nog geïllustreerd worden a.d.h.v. een recent vonnis van de Rechtbank te Luik. De ambtenaar van de burgerlijke stand van de stad Luik en de Belgische staat waren door de vader van een natuurlijk kind aangesproken tot betaling van een schadevergoeding voor de proceskosten die hij diende te maken en de immateriële schade die hij zou hebben geleden, nu hij – in het geval de moeder daar niet uitdrukkelijk mee instemde – zijn kind enkel kon erkennen (en zijn naam overdragen), mits hij daartoe van de rechter machtiging had verkregen. Art. 319 § 3 B.B.W. bepaalt immers dat een man die een kind wil erkennen waarvan het vaderschap nog niet vaststaat, hiertoe de voorafgaandelijke toestemming van de moeder moet hebben. Wanneer die toestemming ontbreekt, moet de vader de zaak aanhangig maken bij de rechtbank. Hoewel het Arbitragehof dit artikel ongrondwettelijk had verklaard op grond van het gelijkheidsbeginsel (omdat een vader zich niet op soortgelijke wijze kan verzetten tegen een erkenning door de moeder),⁴⁶ had de wetgever deze bepaling op het ogenblik van de feiten nog altijd niet aangepast. Om die reden weigerde de ambtenaar om de erkenning door de vader in te schrijven, zonder bewijs van de toestemming van de moeder. Evenwel verzette de moeder van het kind zich in deze zaak niet tegen de erkenning door de vader, noch tegen de overdracht van zijn naam. De eiser had dus probleemloos het kind kunnen erkennen, reeds voor de geboorte, waardoor het ook automatisch zijn naam zou hebben gedragen. De vader wenste echter een principiële uitspraak uit te lokken over deze kwestie, door het verschil in behandeling aan te vechten voor de rechtbank. De Rechtbank oordeelde dat het niet aanpassen van de wetgeving in hoofde van de overheid inderdaad een fout uitmaakt, maar wees de vordering af, aangezien de vader de toepassing van de

46. Arbitragehof 21 december 1990, *R.W.* 1990-91, p. 1231.

discriminerende bepalingen in casu zelf had geënceneerd, en aldus de nadelige toestand in het leven had geroepen.⁴⁷

Ook de Belgische rechter staat m.a.w. weigerachtig tegenover het 'zo maar' vaststellen van aansprakelijkheden.⁴⁸ In essentie gaat het bij het onderzoek naar de aanwezigheid van het vereiste belang, dus om volgende vraag; stel dat de vordering gegrond zou zijn, heeft de eiser dan enig nut bij het verkrijgen van een rechterlijke uitspraak?

Men kan zich afvragen of het belang voldoende zwaarwegend moet zijn opdat de vordering toelaatbaar is. Wordt er een ondergrens gehanteerd? In principe niet. De rechter mag zich niet uitspreken over de ernst van het belang voor wat betreft de vraag naar de toelaatbaarheid van de vordering. De onbeduidendheid van een betwisting kan wel een aanwijzing zijn voor procesrechtsmisbruik, dat desgevallend kan gesanctioneerd worden met een veroordeling tot schadevergoeding.⁴⁹

3.4 Gevolg van het niet vervuld zijn van de voorwaarden

De partijen mogen in elke stand van het geding opwerpen dat het vereiste belang niet aanwezig is in hoofde van de tegenpartij.⁵⁰

Het Hof van Cassatie oefent terzake controle uit; het Hof kan nagaan of de voorwaarden van een 'reeds verkregen en dadelijk' en 'persoonlijk en rechtstreeks' belang vervuld zijn.⁵¹

Over de vraag of een recht al dan niet ernstig bedreigd wordt (artikel 18 lid 2 Ger.W.), oordeelt de feitenrechter soeverein.⁵²

Moet de feitenrechter ambtshalve de afwezigheid van enig relevant belang moet opwerpen? In de rechtsleer werd verdedigd dat dit het geval is, aangezien de artikelen 18 en 19 Ger.W. tot doelstelling hebben om zuinig om te springen met de tijd van de magistraten en met de geldmiddelen van de staat (door een beperking van het aantal

47. Rb. Luik 17 november 2000, *J.T.* 2001, 299. De rechtbank koos er hier dus niet voor om het instellen van de vordering ontoelaatbaar te verklaren, maar wees de vordering wel af als ongegrond, nu de schade het gevolg was van het eigen gedrag van de benadeelde.

48. De Nederlandse Hoge Raad schijnt hiertoe evenmin bereid te zijn; zie verwijzing in noot nr. 26.

49. A. Fettweis, 1985, p. 39 (zie noot 38).

50. Antwerpen 11 september 1990, *De Verz.* 1991, p. 490 (m.nt. S. Wagner).

51. Cass. 14 januari 1983, *Arr. Cass.* 1984-85, 663.

52. Cass. 3 december 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 464.

vorderingen), en aldus van openbare orde zijn.⁵³ Door de rechtspraak wordt op deze vraag verdeeld geantwoord.⁵⁴

4. SCHENDING VAN EEN BELANG ALS VOORWAARDE VOOR EEN AANSPRAAK OP SCHADEVERGOEDING⁵⁵

4.1 Juridisch waardeerbare schade: schending van een feitelijk belang

Schade wordt naar Belgisch recht doorgaans omschreven als de uitkomst van de vergelijking tussen twee toestanden: de toestand vóór de onrechtmatige daad, en de toestand zoals die zich zou hebben voorgedaan (of zoals die zou gebleven zijn) had de schadeverwekkende gebeurtenis niet plaatsgevonden.⁵⁶

In beginsel heeft eenieder die tengevolge van een onrechtmatige daad feitelijk nadeel heeft geleden, een aanspraak op vergoeding ten laste van de dader. Er wordt dus niet vereist dat er sprake is van de schending van een recht,⁵⁷ de schending van een feitelijk belang volstaat.⁵⁸

Aan dit principe wordt evenwel niet steeds onverkort vastgehouden. Vnl. in het geval van onrechtstreeks veroorzaakte immateriële schade zal de rechtspraak té ver verwijderde aanspraken afwijzen, door de zekerheid van de schade in deze gevallen in twijfel te trekken

53. A. Fettweis, 198, p. 38 (zie noot 38); H. Solus en R. Perrot, 1961, 316 (zie noot 9); J. Van Compernelle en G. Closset-Marchal, 1997, p. 512 (zie noot 40).

54. Pro: Bergen 26 maart 1993, *J.L.M.B.* 1994, p. 1196; contra: Brussel 22 februari 1979, *J.T.* 1979, p. 714.

55. Voor recente rechtspraak inzake schade en schadeloosstelling (waardoor ik mij hier deels heb laten inspireren) zie B. De Temmerman, 'Schade en schadevergoeding' B. 85-B 86 in *R.G.S.B.*, afl. 79 (3.1.2001), Antwerpen: Story-Scientia (losbl.).

56. E. Dirix, *Het begrip schade*, Brussel: Kluwer, CED's Samson, 1984, p. 15-17; J. Ronse, 'La notion du dommage: lésion d'intérêt', noot onder Cass. 2 mei 1955, *R.C.J.B.* 1958, p. 101-115.; J. Ronse, L. De Wilde, A. Claeys en I. Mallems, *Schade en schadeloosstelling. Deel I* in de A.P.R.-reeks, Gent: Story-Scientia, 1988, p. 8.

57. Althans niet van een specifiek recht dat, onafhankelijk van het algemene recht om geen onrechtmatig veroorzaakte schade te moeten lijden (art. 1382 B.B.W.) geschonden of miskend moet zijn, vooraleer een aanspraak op herstel ontstaat. (J. Dabin, 'Les notions d' 'intérêt légitime' et de 'lésion de droit' dans la réparation des dommages', noot onder Cass. 11 februari 1956, *R.C.J.B.* 1957, p.8-22.).

58. E. Dirix, 1984, p.18-27(zie noot 57); J. Ronse, 1958 (zie noot 57); J. Ronse, L. De Wilde, A. Claeys en I. Mallems, 1988, p. 7-24 (zie noot 57).

of door een slechts een vergoeding ter waarde van een symbolische frank toe te kennen.⁵⁹

Om voor vergoeding in aanmerking te komen, moet de schade voldoende zeker zijn, en moet de eiser de schending kunnen aantonen van een persoonlijk en rechtmatig belang.

De schade wordt pas geacht voldoende zeker te zijn, wanneer de rechter niet meer ernstig aan het tegendeel hoeft te denken, ook al is dit theoretisch nog mogelijk.⁶⁰ Doorgaans baseert de rechter zich hierbij op het criterium van 'de gewone gang van zaken'.

De vereiste van persoonlijke schade sluit nauw aan bij de vereiste van een persoonlijk belang. Men kan geen vergoeding vorderen voor schade door anderen geleden. Het is dus van belang te weten wie de schade lijdt. Een schadeverwekkende gebeurtenis kan niet alleen het rechtstreekse slachtoffer raken maar ook de personen in zijn familiale, sociale en professionele leefwereld, dit zijn de onrechtstreekse benadeelden, die desgevallend ook vergoeding kunnen vorderen voor hun (eigen) schade.

Het beginsel dat de schade persoonlijk dient te zijn, staat de overdraagbaarheid van de vordering tot vergoeding echter niet in de weg. Dit geldt zowel voor de vordering tot vergoeding van vermogensschade als voor de vordering tot vergoeding van immateriële schade.⁶¹

Het ingeroepen belang moet bovendien rechtmatig zijn, d.w.z. dat het niet in strijd mag zijn met de regelen van dwingend recht of van openbare orde (of gegrond zijn op de miskenning van andermans rechten).⁶² Een geschonden belang levert altijd een feitelijk nadeel op

59. B. De Temmeman, *boekbespreking* (van S.D. Lindenberg, Smartengeld (diss. Leiden), Deventer: Kluwer, 1998), *T.B.B.R.* 2000, p. 330. De laatste jaren wordt de vergoeding ter waarde van een symbolische frank ter vergoeding van affectieschade echter nog maar zelden toegekend.

60. Dit is de zgn. 'gerechtelijke zekerheid'.

61. Cass. 30 juni 1930, *Pas.* 1930, 281; Cass. 26 september 1955, *Arr. Cass.* 1956, p. 28.

62. De vraag naar de rechtmatigheid van het belang kwam in de rechtspraak vooral aan de orde met betrekking tot vorderingen tot vergoeding ingesteld door personen die ongehuwd samenwonen, tengevolge van de verwonding of het overlijden van een van de partners. Sinds het einde van de jaren tachtig heeft het Hof van Cassatie aanvaard dat ook bij een zgn. 'overspelig' samenwonen, de aansprakelijke dader de onrechtmatigheid van de verhouding van de benadeelde met de overledene niet kan inroepen om te ontkomen aan zijn plicht tot schadevergoeding (Cass. 1 februari 1989, *Pas.* 1989, I, p. 582; Cass. 15 februari 1990, *R.W.* 1990-91, p. 339).

voor de getroffene, maar het herstel daarvan kan enkel gevorderd worden, voor zover het gaat om een beschermenswaardig belang.⁶³ Deze vereiste is echter minder belangrijk, aangezien het maar zelden zal voorkomen dat een vordering wordt afgewezen bij gebrek aan rechtmatig belang. Hiertoe is immers vereist dat de eiser het behoud nastreeft van een toestand die in strijd is met de openbare orde.⁶⁴

Belangrijk is dat elk feitelijk nadeel (zowel materieel als immaterieel) waarvan het bestaan zeker vaststaat, voor vergoeding in aanmerking komt, ongeacht de vraag of het rechtstreeks of onrechtstreeks werd veroorzaakt. Wanneer het bestaan van schade is bewezen, is de rechter verplicht om het herstel ervan te bevelen.

Dat is niet het geval naar Nederlands recht, zo blijkt uit een recent arrest van de Hoge Raad. Bij het bepalen van de immateriële schadevergoeding o.g.v. art. 6:106 BW mag de rechter rekening houden met alle concrete omstandigheden van het geval. De rechter heeft ook de mogelijkheid om geen smartengeld toe te kennen wanneer sprake is van één van de in art. 6:106 BW genoemde gevallen, indien hij daartoe gronden aanwezig acht. De casus die aanleiding gaf tot het arrest betrof een geval van schending van de eer en goede naam. Een zoon had zijn moeder onterecht beschuldigd van seksueel misbruik. Het Hof achtte schending van eer en goede naam van de moeder bewezen, maar oordeelde vervolgens dat er geen grond bestond tot het toekennen van een schadevergoeding, omwille van de familierelaties en het beperkte bereik van de gedane uitlatingen.⁶⁵

63. J. Dabin, 1958, p. 8-22 (zie noot 58).

64. Cass. 2 april 1998, *Arr. Cass.* 1998, p. 407 (concl. A-G M. De Swaef). In deze zaak stelde de eiser een vordering in tot herstel van zijn onrechtmatig beschadigde caravan die zich als vaste inrichting bevond in een gebied bestemd voor dagrecreatie (en aldus het karakter had van een zonevreemde woning, dit in strijd met de reglementen houdende organisatie van ruimtelijke ordening en stedenbouw). Het Hof van Beroep van Antwerpen had de vordering niet toelaatbaar verklaard wegens gebrek aan rechtmatig belang, maar had niet vastgesteld dat de vordering tot herstel enkel het behoud beoogde van de wederrechtelijke instandhouding van de vaste inrichting. Het arrest werd dan ook verbroken door het Hof van Cassatie.

65. HR 27 april 2001, *RvdW* 2001, 95 (concl. A-G Hartkamp). Naar Belgisch recht wordt enkel aanvaard dat het bestaan van familierelaties tussen dader en benadeelde, een factor uitmaakt die een invloed kan hebben op de omvang van de schade (en dus van de vergoeding). Zie b.v. Cass. 10 oktober 1972, *R.W.* 1972, p. 718; de feitenrechter mag rekening houden met de familiebanden bij de begroting van de immateriële schade. In deze zaak had verweerder (vader) een auto-ongeluk veroorzaakt waarbij de echtgenote van de eiser (zoon) om het leven was gekomen.

De vereiste van schadezekerheid heeft enkel betrekking op het bestaan van de schade en niet op de omvang ervan. Het feit dat de juiste omvang van de schade niet bewezen is, of moeilijk te begroten valt, doet dus geen afbreuk aan het recht op vergoeding van de benadeelde.⁶⁶

Komt ook een zeer gering nadeel voor vergoeding in aanmerking? In principe wel. Nochtans zal de rechter in deze gevallen slechts een symbolisch lage vergoeding toekennen (cf. de symbolische frank), teneinde duidelijk te maken dat het leed te veronachtzamen is. Zo werd aan een vreemdeling, wiens inschrijving in het vreemdelingenregister onrechtmatig geweigerd was, één frank immateriële schadevergoeding toegekend.⁶⁷

Een jachtwachter op wiens percelen de vogels onrechtmatig vergiftigd waren, kreeg een immateriële schadevergoeding toegekend van één frank, nu zijn werk hem minder voldoening gaf tengevolge van de vermindering van het wild.⁶⁸ De immateriële schade ingevolge het overlijden van een huisdier werd begroot op één frank.⁶⁹

4.2 Onrechtmatigheid van de belangenschending

Er dient nog benadrukt te worden dat het schadebegrip niet los mag gezien worden van de andere constitutieve bestanddelen van de fout-aansprakelijkheid, met name de onrechtmatige veroorzaking ervan. Enkel wanneer de schade het gevolg is van een (toerekenbaar) onrechtmatig gedrag ontstaat een herstelplicht in hoofde van de veroorzaker. Traditioneel wordt als criterium van onrechtmatigheid aangemerkt, de schending van een wettelijke verplichting en de schending van de zorgvuldigheidsnorm. Recent werd ervoor gepleit om (ook naar Belgisch recht) een ruimere invulling te geven aan het foutbegrip, door ook de inbreuk op subjectieve rechten (zoals persoonlijkheidsrechten) te erkennen als afzonderlijk onrechtmatigheidscriterium.⁷⁰

66. Cass. 19 december 1966, *Arr. Cass.* 1967, p. 496; Cass. 13 oktober 1993, *J.T.* 1994, p. 232.

67. Rb. Brussel 20 september 1985, *T.V.R.* 1986, p. 32.

68. Corr. Ieper 21 september 1998, *T.M.R.* 2000, p. 144 (m.nt. G. Van Hoorick).

69. Corr. Neufchâteau 21 juni 1994, *J.L.M.B.* 1995, p. 233.

70. Zie H. Bocken, 2000 (zie noot 5), Zie voor een verdediging van een driedelig criterium van onrechtmatigheid naar Nederlands recht C.H. Sieburgh, 'Wat is rechtsinbreuk?', *N.J.B.* 1997, 628-635 en J.H. Niewenhuis, 'Wat is een onrechtmatige daad? Europese perspectieven', *RM Themis* 1998, p. 242-248.

Het recht van een persoon om niet in zijn fysieke of psychische persoonlijkheid te worden geschaad, of om de genegenheidsbanden die hij met anderen onderhoudt, niet te zien aangetast worden is echter geen subjectief recht, waarvan de schending ipso facto een fout uitmaakt.⁷¹ Dit staat met zoveel woorden te lezen in art. 1382 B.B.W.; ‘hij die *door zijn fout* aan een ander schade toebrengt, is gehouden om deze schade te vergoeden’. De fout moet dus bestaan uit iets anders dan het louter toebrengen van de schade.

Voor zover zou vaststaan dat de fysiotherapeute in de Jeffrey-zaak een fout heeft begaan (in casu een onzorgvuldigheid), lijkt het in dit geval duidelijk dat ook aan de moeder een fout kan worden verweten. Hoewel ik de aansprakelijkheidsvraag hier verder zal laten rusten, merk ik toch op dat wanneer de schade veroorzaakt is door samenlopende fouten, waaronder die van de getroffen, de andere schadeverwekker niet mag veroordeeld worden om de benadeelde volledig te vergoeden.⁷²

5. VORMEN VAN RECHTSHERSTEL

Om de omvang van de herstellplicht van de dader te bepalen, gaat men na in welke hypothetische toestand de benadeelde zich zou bevonden hebben, had de schadeverwekkende gebeurtenis niet plaatsgevonden. Daaraan wordt de schade afgemeten die dient te worden hersteld.⁷³

Over de vorm van het herstel (schadevergoeding in geld of in andere vorm) oordeelt de feitenrechter soeverein. Het uitgangspunt is dat het herstel dient te gebeuren in de aan de schade meest geëigende vorm.⁷⁴ In principe mag het slachtoffer kiezen welke herstellvorm hij wenselijk acht, tenzij het gekozen herstel niet mogelijk zou zijn of rechtsmisbruik zou uitmaken.⁷⁵

71. In België werd deze stelling vorige eeuw (jaren dertig) verdedigd door de Procureur-Generaal bij het Hof van Cassatie P. Leclercq, die hierin gedurende een aantal jaar gevolgd werd door het Hof van Cassatie. Vanaf 1940 keerde het Hof echter terug naar het klassieke foutbegrip. De rechtsleer stond unaniem afwijzend t.o.v. de zgn. ‘leer-Leclercq’. Zie H. Bocken, 2000, p. 184-185 (zie noot 5).

72. Cass. 15 mei 1950, *Arr. Cass.* 1950, p. 577; Cass. 17 april 1975, *Arr. Cass.* 1975, p. 908; Cass. 29 juni 1995, *Arr. Cass.* 1995, p. 690.

73. E. Dirix, 1984, p.33 (zie noot 57); J. Ronse, L. De Wilde, A. Claeys en I. Mallems, 1988, p. 172-175 (zie noot 57).

74. J. Ronse, L. De Wilde, A. Claeys en I. Mallems, 1988, p. 209-250 (zie noot 57).

75. Cass. 26 juni 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, p. 1365; Cass. 20 januari 1993, *Arr. Cass.*

Hierna volgt een overzicht van de meest gebruikelijke herstelmaatregelen. In het kader van de bespreking van het Jeffrey-arrest zijn de toekenning van de symbolische frank-vergoeding en de vaststelling van aansprakelijkheid (verklaring voor recht) het meest relevant.

5.1 Geldelijke vergoeding

Doorgaans zal men het geleden nadeel trachten te compenseren (en in die zin zo goed mogelijk te herstellen) via de toekenning van een geldelijke vergoeding. In de gevallen waar de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld mag de rechter de schadevergoeding naar billijkheid begroten. Betekent 'naar billijkheid' nu dat er in deze gevallen mag afgeweken worden van de normale regelen van het objectieve herstel?⁷⁶ Geenszins. 'Naar billijkheid' betekent dat de rechter een aan de concrete werkelijkheid zo goed mogelijk aangepast herstel moet bevelen.⁷⁷ De rechter dient altijd een gelijkwaardigheid na te streven tussen het herstel en de schade.⁷⁸

Het bedrag van de vergoeding dient bepaald te worden aan de hand van de omvang van de schade. Het feit dat de immateriële schade nooit precies kan worden vastgesteld, neemt niet weg dat men zich aan de hand van een aantal aanknopingspunten⁷⁹ een betrekkelijk

1993, p. 80.

76. Dit is de betekenis die de wetgever heeft gegeven aan de uitdrukking 'naar billijkheid' in art. 1386*bis* B.B.W. (schade veroorzaakt door geesteszieken); de rechter kan in deze gevallen de schadelast al dan niet toerekenen aan de dader, in aanmerking genomen de respectievelijke draagkracht van de partijen (art. 1386*bis* B.B.W.).

77. J. Ronse, L. De Wilde, A. Claeys en I. Mallems, 1988, p. 256-261 (zie noot 57).

78. Naar Nederlands recht is de omvang van de immateriële schade niet de maatstaf voor de begroting van de vergoeding. De rechter heeft terzake een grote vrijheid (en geringe motiveringsplicht); hij mag met alle omstandigheden van het geval rekening houden cf. het geciteerde arrest van de Hoge Raad van 27 april 2001; zie ook HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 3770 (concl. AG Hartkamp; m.nt. JdB) (Schadevergoeding ex art. 35 Wet BOPZ), en de bespreking van dit arrest door S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer, 1998, 77-78 en W.H. Van Boom, 'Rechtspraak overheidsaansprakelijkheid', *A&V* 1997, p. 46-47; zie voor een vergoeding van immateriële schade op grond van andere wettelijke bepalingen dan 6:106 BW: S.D. Lindenbergh, *a.w.* p. 122-125.

79. In het geval van het verlies van een kind worden volgende factoren b.v. relevant geacht; de aard van de (familierechtelijke) verhouding tussen de getroffen en de overledene (ouder/stiefouder/grootouder/broer/zus/oom of tante); de leeftijd van de overledene; het al dan niet inwonen van het kind ten tijde van het ongeval; ev. specifieke omstandigheden, zoals de aanwezigheid van de getroffen bij het ongeval,

gefundeerd beeld kan vormen van de omvang van het leed.⁸⁰ In ieder geval mag de rechter niet zomaar een symbolisch bedrag toekennen, omdat de omvang van de schade niet nauwkeurig kan bewezen worden. Hoewel een vergoeding voor immateriële schade altijd symbolisch van aard is – deze schade kan per definitie niet concreet worden hersteld – betekent dit niet dat de vergoeding beperkt moet blijven tot het nominale bedrag van één frank.⁸¹

Het toekennen van een vergoeding ter waarde van een symbolische frank is evenwel niet in strijd met het principe van de integrale schadeloosstelling wanneer de immateriële schade hierdoor ook adequaat wordt hersteld.⁸² Ik betwijfel echter of dat mogelijk is. M.i. geeft de rechter via de toekenning van een dergelijke vergoeding steeds het negatieve signaal dat de vordering – hoewel juridisch-technisch gegrond – beter niet was ingesteld.

Deze boodschap is dus zeker niet van aard om een genoegdoening te bewerkstellingen in hoofde van de eisers, wel integendeel.

Zo besliste de rechtbank van Brussel dat, hoewel de kritiek op een nieuw uitgebrachte plaat bewust beledigend is voor de eisers (zangeres en manager), elke lezer zijn eigen kritisch vermogen behoudt, en de benadeelden in casu geen morele schade bewijzen die de toekenning van méér dan de symbolische frank rechtvaardigt, nu de kritiek zo excessief was dat zij weinig geloofwaardig werd.⁸³

Het Hof van Beroep te Brussel kende aan eisers die een vergoeding vorderde voor de immateriële schade die ze had geleden nu haar verloofde niet was komen opdagen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand op de geplande huwelijksdatum, anders dan gevorderd,

enz. (zie mijn artikel in *TPR* 1999 (p. 579-633), ‘De vergoeding voor het verlies van een kind t.g.v. een verkeersongeval’). Zie voor een algemeen overzicht van relevante factoren bij de vaststelling van de omvang van smartengeld (in Nederland en rechtsvergelijkend): S.D. Lindenbergh, 1998 (zie noot 78) p. 232-274. Met voormeld auteur ben ik het eens dat de mogelijke aanwending van de vergoeding door de benadeelde geen relevant criterium vormt (*a.w.*, p. 58). Zie inmiddels ook in deze zin HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215.

80. S.D. Lindenbergh, *a.w.*, 232-274.

81. In ieder geval mag de vergoeding niet beperkt worden tot één symbolische frank omdat het bestaan van (bijkomende) materiele schade niet bewezen is. In deze zin: Brussel 5 februari 1999, *AM* 1999, p. 274, m.nt. F. Ringelheim; terecht uitdrukkelijk contra: Rb. Brussel 23 maart 1999, *A.J.T.* 1998-99, p. 1004; Rb. Brussel 30 maart 1999, *AM* 2000, p. 102; Rb. Brussel 23 december 1999, *AM* 2000, p. 138.

82. E. Dirix, 1984, p. 45 (zie noot 57).

83. Rb. Brussel 8 februari 1995, *J.T.* 1995, p. 707.

slechts één symbolische frank toe, nu de verweerder vooraf zijn twijfels omtrent het huwelijk herhaaldelijk kenbaar had gemaakt en om uitstel van het huwelijk had verzocht, maar zij geweigerd had om daar rekening mee te houden. Bovendien werd eiseres zelf ook veroordeeld tot het betalen van één symbolische frank schadevergoeding aan verweerder, nu de vordering tergend en roekeloos karakter was.⁸⁴

De laatste jaren wordt de vergoeding ter waarde van de symbolische frank vnl. toegekend in de gevallen waarin de rechter oordeelt dat de eiser eigenlijk geen goede grond had om de vordering in te stellen (cf. de hierboven geciteerde gevallen). Daarnaast wordt ook slechts een symbolische frank toegekend wanneer de eiser dat zelf vordert,⁸⁵ en in de gevallen waarin – ook al wordt er meer gevorderd – de rechter oordeelt dat een geldelijke vergoeding niet op zijn plaats is. Dit zal vooral het geval zijn bij schending van persoonlijkheidsrechten (zoals het recht op privacy, het recht op familieherinneringen, enz.).

Zo oordeelde de Rechtbank te Nijvel dat de aantasting van de eer en goede naam van een rijkswachter voldoende wordt hersteld door de erkenning van de aantasting van zijn recht op goede naam. De eiser kreeg slechts een immateriële schadevergoeding toegekend ten bedrage van één frank.⁸⁶

Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde dat de immateriële schade van een in opspraak gebracht politicus het beste kon worden hersteld door publicatie van het veroordelend arrest. Eiser had een vergoeding gevorderd van 5.000.000 frank, maar kreeg slechts een symbolische vergoeding toegekend ten bedrage van 1 frank.⁸⁷ Er kan ook verwezen worden naar een beslissing van het Hof van Beroep te Gent.⁸⁸ In deze zaak vorderde de broer van een overleden kloosterzuster, die op bruuske wijze was geconfronteerd met de verwijdering van het graf van zijn zuster tengevolge van de nalatigheid van de kloostergemeenschap om de familie van die verwijdering op de hoogte te brengen, een vergoeding voor zijn immateriële schade ten belope van 300.000 frank. De rechtbank erkende dat de kloostergemeenschap nalatig was geweest, maar kende slechts een symboli-

84. Brussel 15 maart 2000, *E.J.* 2000, p. 154 (m.nt. K. Vanlede).

85. Aangezien de rechter in dit geval ook niet meer kan toekennen (cf. het verbod om 'ultra petita' te statuëren).

86. Rb. Nijvel 11 september 1997, *AM* 1998, p. 157.

87. Brussel 25 september 1996, *AM* 1997, p. 76.

88. Gent 6 januari 1998, *A.J.T.* 1998-99, p. 85 (m.nt. G.L. Ballon).

sche frank schadevergoeding toe voor de 'shok', aangezien de schade voldoende was hersteld doordat de kloostergemeenschap op de begraafplaats een gemeenschappelijke gedenksteen had geplaatst met de namen van alle begraven zusters, waardoor een plaats ter herinnering bewaard bleef.

Wanneer de eiser enkel de aansprakelijkheid van de verweerder wil laten vaststellen (cf. de Jeffrey-zaak), gebeurt dat traditioneel door het vorderen van één frank immateriële schadevergoeding. Om historische redenen wordt in België op de schadevergoeding nog altijd een geldsom gekleefd. De vertrouwdeheid met andere herstelmaatregelen is vrij beperkt. Wanneer men geen geldelijke vergoeding wenst voor zijn leed, zal men zijn vordering dus beperken tot dit symbolische bedrag.⁸⁹

Zo vorderden de familieleden van een vermoord politicus, wiens afbeelding was gebruikt door een krant in een publiciteitscampagne één frank immateriële schadevergoeding wegens de aantasting van de nagedachtenis van de overledene en de eer van de familie, naast de publicatie van een mededeling omtrent het vonnis in de tijdschriften waarin de reclame was gepubliceerd.⁹⁰ Hier is het duidelijk dat de eisers zelf geen hogere vergoeding wensten voor hun leed.

Nochtans lijkt het mij zuiverder om in deze geval niet voor een geldelijke vergoeding te opteren, maar voor een vergoeding in andere vorm b.v. een verklaring voor recht.

Omwille van de negatieve connotatie zou de toekenning van de symbolische frank m.i. best beperkt blijven tot die gevallen waarin de rechtbank duidelijk wil maken dat de eiser in feite onnodig heeft geprocedeerd, en daarom geen (substantiële) vergoeding verdient.

Hiertegen kan ingebracht worden dat de symbolische frank ook hier niet op zijn plaats is. De boodschap van de rechter wordt op die manier natuurlijk nogal dubbelzinnig. Langs de ene kant wordt aangegeven dat de eiser zijn zaak niet voor de rechter had moeten

89. In deze zin oordeelde de Rechtbank te Brussel ook dat de toekenning van een symbolische frank een klassieke wijze van herstel van de immateriële schade uitmaakt, die eerder dan een daadwerkelijke vergoeding uit te maken, veeleer strekt tot bevestiging van de schuld van de verweerder en van de schending van het recht van de benadeelde. (Rb. Brussel 4 november 1992, *Journ. Proc.* 1992, afl. 228, p. 24 (m.nt. F. Jongen)). Zie ook J. Milquet, 'La responsabilité aquilienne de la presse', *Ann. Dr. Louvain* 1989, p. 101.

90. Rb. Brussel 12 maart 1996, *J.L.M.B.* 1996, p. 1015.

brengen; langs de andere kant wordt wel een (zij het minimale) vergoeding toegekend.

Meer recht door zee is dan ook de rechter die openlijk stelling inneemt door in voorkomend geval de vordering af te wijzen als ongegrond, i.p.v. zich te verschuilen achter de toekenning van een minimale vergoeding. In dit verband kan verwezen worden naar de hoger besproken uitspraak van de Rechtbank te Luik van 21 december 2000 inzake de vordering tot schadevergoeding wegens zelf uitgelokte moeilijkheden bij de erkenning vaderschap, en naar het arrest van de Hoge Raad van 27 april 2001, inzake de afwijzing van een vordering tot immateriële schadevergoeding m.b.t. familiale geschillen. In Nederland wordt de symbolische frank (1 gulden) uiterst zelden toegekend.⁹¹

5.2 Verklaring voor recht

5.2.1 De verklaring voor recht als preventieve maatregel

De verklaring voor recht wordt vermeld in artikel 18 lid 2 van het Ger.W. dat bepaalt dat een rechtsvordering, ‘zelfs tot verkrijging van een verklaring voor recht’ kan toegelaten worden, indien ze ertoe strekt de schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen.⁹² Hier gaat het dus om een preventieve maatregel; men hoopt dat de verklaring voor recht een zeker ontradend effect zal hebben t.o.v. potentiële daders van de als onrechtmatig bestempelde handeling.

In de praktijk wordt van de verklaring voor recht als preventieve maatregel weinig gebruik gemaakt.⁹³ Doorgaans opteert de eiser immers voor een verbod of bevel, dan wel voor een schadevergoeding.

91. Zie voor een voorbeeld: Ktg. Gouda 13 maart 1986, *Prg.* 1986, 2667, aangehaald door S.D. Lindenbergh, 1998, p. 169 (zie noot 78), die de toekenning hiervan in geval van aantasting van persoonlijkheidsrechten, waar geen manifeste schade wordt bewezen, evenmin wenselijk acht (in casu onrechtmatige geslachtsdiscriminatie).

92. In dit verband gaat het dus om een situatie waarbij er nog geen inbreuk of schending voorhanden is, maar er wel een ernstig gevaar hiertoe bestaat (en er reeds sprake is van een welbepaalde storing), en waarbij de rechterlijke verklaring aan de eiser een concreet en bepaald nut kan bieden (A. Fettweis, 1985, p. 46 (zie noot 38)).

93. A. Fettweis, 1985, p. 46 (zie noot 38); J. Van Compemolle & G. Closset-Marchal, 1997, p. 513 (zie noot nr. 40).

5.2.2 De verklaring voor recht als symbolische herstelmaatregel

Hoewel de verklaring voor recht in België vnl. geassocieerd wordt met artikel 18 Ger.W. (preventieve maatregel) is zij m.i. ten onrechte veronachtzaamd als zelfstandige herstelmaatregel.⁹⁴

Een rechterlijke verklaring kan op zichzelf reeds een belangrijke genoegdoening opleveren voor de benadeelde doordat duidelijkheid wordt geschapen over de rechtsverhoudingen tussen de betrokken procespartijen. Wanneer de vordering van de eiser er vnl. toe strekt om bevestigd of erkend te worden in zijn rechten, maar er verder geen (substantiële) schade werd geleden – b.v. in het geval van een inbreuk op persoonlijkheidsrechten – lijkt dit de meest passende herstelmaatregel.⁹⁵

Dit uitgangspunt is met zoveel woorden bevestigd door het Hof van Cassatie.⁹⁶

Ook de Hoge Raad lijkt te aanvaarden dat een rechterlijke vaststelling van aansprakelijkheid reeds een genoegdoening met zich mee kan brengen voor de eiser.⁹⁷

5.3 Verbod of bevel

In geval er een ernstige bedreiging bestaat dat een partij in de toekomst een onrechtmatige schadeverwekkende handeling zal stellen, mag de risicodrager aan de rechter vragen om een verbod of bevel uit te spreken teneinde het verder zetten of herhalen van deze handeling stop te zetten.⁹⁸ Hiertoe is wel vereist dat redelijkerwijze vaststaat dat

94. Dat de verklaring voor recht niet tot het exclusieve terrein van de preventieve maatregelen behoort, kan worden afgeleid uit de terminologie van art. 18 lid 2 Ger.W.: een vordering in rechte kan worden ingesteld, *zelfs* tot verklaring voor recht. Het gebruik van ‘zelfs’ wijst er op dat dit een sanctie is die eigenlijk in een ander gebied thuishoort.

95. Zie ook S.D. Lindenbergh, 1998, p. 78 (zie noot 78) en zelfde auteur in *T.P.R.* 1999, p.1683-1685, ‘De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht’.

96. Cf. Cass. 3 februari 1958, *Arr. Cass.* 1958, p. 370: De rechter kan naar recht oordelen dat het door het misdrijf van familieverlating berokkende nadeel voldoende vergoed wordt door de erkenning van de krenking van de rechten van de benadeelde.

97. HR 13 december 1996, *NJ* 1997, nr. 682 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. JdB).

98. Zie b.v. Kort Ged. Rb. Hasselt 13 januari 1997, *AM* 1997, p. 316 (m.nt. D. Voorhoof): bevel tot het ophalen van nog niet verkochte tijdschriftnummers, tot het publiceren van een rechtzetting en tot publicatie van de beschikking in een aantal kranten; Voorz. Kh. Brussel 21 maart 2000, *AM* 2000, p. 344: verbod (op eenzijdig verzoekschrift) tot uitzending en verspreiding van een interview met een persoon die

de verweerder in de toekomst (opnieuw) een fout zal begaan waardoor de eiser schade zal lijden.⁹⁹ Een verbod of bevel wordt doorgaans gevorderd in kort geding, omdat de vertraging die inherent is aan de ‘normale’ aansprakelijkheidsprocedure elk nuttig effect zou ontnemen aan de gevorderde maatregelen.

5.4 Andere herstelmaatregelen

Andere herstelmaatregelen zijn b.v. de publicatie van de rechterlijke veroordeling op kosten van de veroordeelde of de publicatie van een rechtzetting of een recht op antwoord in een tijdschrift of in een krant.¹⁰⁰

De rechter is steeds vrij om te beslissen over de meest passende herstelwijze. Hij mag de door de eiser voorgestelde herstelwijze ook afwijzen (mits dit gemotiveerd wordt), wanneer hij deze niet nuttig acht of wanneer hij meent dat een andere vergoedingswijze meer aangewezen is om de schade te herstellen. Zo werd meermaals geoordeeld dat de publicatie van een vonnis in een krant niet meer op efficiënte wijze kan bijdragen tot het herstel van immateriële schade, wegens het verstrijken van een te groot tijdsverloop.¹⁰¹ De rechter mag ook een herstel in andere vorm bevelen, wanneer een vergoeding in geld werd gevorderd.

vooraf te kennen heeft gegeven dat het gesprek niet voor publicatie of uitzending vatbaar was.

99. Het gaat hier in essentie dus om de sanctionering van de in art. 1382 B.B.W. neergelegde rechtsplicht geen schade te veroorzaken. Zie H. Bocken, ‘Herstel in natura en rechterlijk bevel of verbod’, in X (ed.) *Liber Amicorum Jan Ronse*, Story-Scientia, 1986, p. 493.

100. Zo oordeelde de Rechtbank van Charleroi dat de publicatie van een veroordelend vonnis een adequaat herstel uitmaakt in een geval van aantasting van de eer en goede naam, aangezien de aangevoerde schade minstens gedeeltelijk kan hersteld worden door het informeren van de publieke opinie over de veroordeling Charleroi 1 april 1982, *R.R.D.* 1982, p. 214; zie ook Rb. Brussel 8 juni 1999, *Journ. Proc.* 1999, afl. 381, p. 25 (m.nt. F. Jongen).

101. Zie b.v. Rb. Brussel 6 april 2000, *Journ. Proc.* 2000, p. 394, p. 29; Luik 27 juni 1995, *J.L.M.B.* 1996, p. 160; Gent 3 maart 1995, *A.J.T.* 1995-96, p. 255 (m.nt. J. Clement en M. Van De Putte); Rb. Brugge 27 juni 1994, *R.W.* 1994-95, p. 473.

6. BESLUIT

Naar Belgisch recht volstaat een louter emotioneel belang voor het instellen van de vordering. Evenwel mag de rechtspleging niet gereduceerd worden tot een louter juridische raadpleging: de rechterlijke beslissing moet dus enig concreet nut kunnen opleveren voor de eiser. De eiser zal zich moeten beroepen op een subjectief recht, waarvan hij de erkenning of de tenuitvoerlegging vraagt (ongeacht de feitelijke gegrondheid van de vordering).

In beginsel komt naar Belgisch recht elke schending van een immaterieel belang voor vergoeding in aanmerking, wanneer aan de vereiste van een zeker, persoonlijk en rechtmatig nadeel is voldaan.

De omvang van de vergoeding wordt bepaald aan de hand van de omvang van het nadeel. Wanneer de rechter de omvang van de schade niet nauwkeurig kan vaststellen, mag hij overgaan tot een schatting, op voorwaarde dat hij het uitgangspunt van een objectief herstel voor ogen houdt.

De rechter beslist soeverein over de aard van het herstel (geldelijk of in andere vorm), met inachtneming van de voorkeur van de benadeelde.

In een aantal gevallen kunnen er problemen rijzen. Wanneer de rechterlijke tussenkomst er voornamelijk toe strekt om het geschokte rechtsgevoel van de benadeelde te bevredigen, zonder dat daarnaast nog enige manifeste schade wordt bewezen, of wanneer de eisers enkel de aansprakelijkheid van de tegenpartij willen laten vaststellen, lijkt het beter om een vergoeding toe te kennen anders dan in geld (zoals een verklaring voor recht, de publicatie van het vonnis of arrest of van een recht op antwoord, enz.), eerder dan een geldelijke vergoeding, weze het dan een symbolische frank.¹⁰² Wanneer de rechter oordeelt dat de vordering – hoewel juridisch-technisch gegrond – niet had mogen ingesteld worden, verdient het de voorkeur om de vordering af te wijzen als ongegrond, eerder dan een symbolische frank toe te kennen als een loutere terechtwijzing aan de eiser. Wanneer een rechterlijke beoordeling tenslotte geen concreet nut kan opleveren voor de eiser, mag de rechter de vordering ontoelaatbaar verklaren.

102. Zie in deze zin S.D. Lindenbergh, 1998, p. 78 (zie noot 78) en 1999, p. 1683-1685 (zie noot 95).

Het oordeel van de Belgische rechter over de toelaatbaarheid van de vordering van de ouders in de Jeffrey-zaak zou wellicht anders geklonken hebben.¹⁰³ Is dit wenselijk? M.i. wel. Het is niet de taak van de rechter (en het zou van misplaatst paternalisme getuigen) om rechtszoekenden te beschermen tegen zichzelf, door enkel recht te spreken in die gevallen waarin dat opportuun wordt geacht. De rechter heeft immers steeds de verplichting om recht te spreken en duidelijk stelling in te nemen, wanneer hem een rechtsvraag wordt voorgelegd, ook al komt dit erop neer dat hij de eisers met een pijnlijke waarheid zal moeten confronteren (in dit geval de boodschap dat de ouders zich niet kunnen beroepen op een recht op herstel ten laste van het ziekenhuis).¹⁰⁴

Wie daartegen opziet, moet geen rechter worden.

103. Hoewel dit niet helemaal zeker is, want de vordering was nogal slecht onderbouwd. Zo was de vordering tot vergoeding van immateriële schade niet voldoende duidelijk gesteld, en ook de bijkomende vordering tot vergoeding van vermogensschade was niet gespecificeerd. Wellicht hadden de ouders ook toegang tot de Nederlandse rechter kunnen krijgen, indien de vordering anders was ingekleed.

104. Cf. A.R. Bloembergen 2000 (zie noot 4); Nieuwenhuis 2000 (zie noot 4); Spier 1999 (zie noot 4).

Mediation in plaats van civiele geschilbeslechting door de rechter

*E.J.M. van Beukering-Rosmuller**

1. INLEIDING

Geschillen kunnen op diverse manieren worden aangepakt. Ook voor civiele geschillen ligt er een breed spectrum van geschiloplossingsmogelijkheden, met als basiscategorieën: onderhandeling, mediation en geschilbeslechting.¹ Partijen kiezen nog dikwijls de weg van het procederen voor de overheidsrechter als wijze van conflicthantering. In toenemende mate wordt er echter ook gebruik gemaakt van andere methoden om een geschil tot een oplossing te brengen. Het belang van ADR, Alternative Dispute Resolution, voor de juridische praktijk neemt in snel tempo toe. De ontwikkeling van alternatieven voor de overheidsrechtspraak is gestart in de Verenigde Staten in de loop van de jaren '70. Daar is ADR, en met name mediation, inmiddels tot volle bloei gekomen. Ook in Europa neemt de aandacht voor ADR snel toe. Vooral Engeland loopt daarbij voorop. Maar ook in Nederland hebben zich inmiddels talrijke ADR/mediation-praktijken ontwikkeld, in diverse maatschappelijke sectoren.²

De Nederlandse rechtspraktijk is al geruime tijd bekend met meer klassieke ADR-vormen als arbitrage en bindend advies. Sinds enkele jaren stimuleert met name ook de overheid in sterke mate het gebruik van mediation, een kostenefficiënte en op wederzijds belang gerichte wijze van conflicthantering. In de Beleidsbrief ADR 2000-2002, 'Meer wegen naar het recht', d.d. 19 november 1999 formuleerden de Minister en de Staatssecretaris van Justitie als de belangrijkste doelstelling van de bevordering van het gebruik van ADR voor de lange

* Mw. mr. E.J.M. van Beukering-Rosmuller is als universitair docent verbonden aan de Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg en treedt op als NMI-mediator.

1. Vgl. H.J. Brown & A.L. Marriott, *ADR Principles and Practice*, London: Sweet & Maxwell Ltd. 1999, p. 15-20, voor een verdere rubricering van deze basisprocessen met varianten.
2. Zie daarover Justitiële Verkenningen (een gezamenlijke uitgave van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie en Kluwer) 2000, jaargang 26, nr. 9, Mediation.

termijn: het op de kwalitatief beste respectievelijk meest efficiënte wijze afdoen van geschillen, waarbij partijen in de eerste plaats zelf de verantwoordelijkheid dragen voor de afdoening van hun geschillen.³ Onder meer op basis van deze Beleidsbrief ADR zijn er diverse projecten op het terrein van alternatieve geschilbeslechting ontwikkeld. Eén daarvan is het begin 2000 opgestarte project 'Mediation naast rechtspraak',⁴ dat als een belangrijke katalysator voor de introductie van mediation in de Nederlandse rechtspraktijk fungeert. Rechter verwijzen op dit moment, o.a. in zich daarvoor lenende civiele zaken, regelmatig naar mediation en ontwikkelen doorverwijzingsindicaties.⁵ Maar er zijn ook andere initiatieven, mede vanuit de markt zelf, die het toenemende gebruik van mediation als privaatrechtelijke geschiloplossingsmethode in Nederland illustreren. In de sfeer van handels- en commerciële geschillen kan daarbij bijvoorbeeld worden gedacht aan de oprichting in 1998 van de Stichting ADR voor het Bedrijfsleven (thans opererend onder de naam 'ACB conflictmanagement voor het Bedrijfsleven').

Het thema mediation in plaats van civiele geschilbeslechting door de rechter zal ik in deze bijdrage mede in het licht van deze praktijkontwikkelingen bespreken. Ik begin met kort uiteen te zetten wat het verschil is tussen het perspectief van een juridische geschilbeslechting en dat van een op onderhandeling gebaseerde geschiloplossing, zoals met name mediation die kent. Vervolgens zal worden verkend in welke gevallen mediation en in welke gevallen rechtspraak een geschikt kader voor de oplossing van een civiel geschil zou kunnen zijn. De mediation-procedure bespreek ik op hoofdlijnen. Aandachtspunten daarbij zijn: de sturing op het proces als hoofdkenmerk van deze geschiloplossingsmethode, de gehanteerde structuur en methodieken, en de rol van het recht bij mediation. Ik rond af met een blik naar de toekomst ten aanzien van het civiele geschilbeslechtingssysteem.

3. Vgl. Kamerstukken II, 1999-2000, 26 352, nr. 19.

4. Officiële naam: Landelijk project Mediation Rechterlijke Macht.

5. Zie uitgebreid: M. Pel, Doorverwijzing naar mediation in de civiele procedure: extra service of branche-vervaging, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2000, afl. 4, p. 78-86.

2. TWEE PERSPECTIEVEN

A. Een juridische geschilbeslechting

In een procedure voor de rechter zal een geschil over bijvoorbeeld een vastgelopen contractuele samenwerking of een aansprakelijkheidskwestie steeds juridisch worden vertaald. Partijen zetten hun oorspronkelijke eigen belangen om in vorderingen en verweren. Komt het tot een beslissing, dan zal de rechter het al dan niet toewijsbaar zijn van een vordering motiveren met een beroep op de juridische houdbaarheid en/of relevantie van de aangevoerde gronden en verweren. Vindt de vordering steun in het recht, dan ligt zij, eventueel na bewijsvoering, voor toewijzing gereed, tenzij één van de verweren opgaat.

Een puur juridische uitspraak kan de enig mogelijke of wenselijke oplossing voor een geschil zijn. Dat zal bijvoorbeeld zo zijn als partijen een rechtsvraag aan de rechter voorleggen en dat het enige is waar het om gaat. Met de juridische uitspraak is het geschil dan opgelost.⁶ Maar een bekend feit is dat het juridische geschil en het achterliggende conflict vaak niet gelijk zijn. Er spelen in een geschil dikwijls ook niet direct juridisch te vertalen achterliggende belangen, bijvoorbeeld op commercieel of emotioneel vlak, die bij een juridische beslissing niet of nauwelijks kunnen worden mee gewogen. Deze achterliggende belangen zijn echter vaak minstens zo belangrijk als de juridische aspecten van het geschil.

In civiele geschillen kan de rechter, na de inleidende stukken, ingevolge de artikelen 19 en 19a Rv. een comparitie van partijen gelasten en een schikking beproeven.⁷ Tijdens de mondelinge behandeling kunnen de achter het juridische debat schuil gaande belangen mogelijk meer aan bod komen. Om deze achterliggende belangen te kunnen achterhalen, zou de rechter in beginsel van bepaalde mediati- en onderhandelings technieken gebruik kunnen maken.⁸ Ervarin-

6. Zie Pel, a.w. (noot 5), p. 81, die hier spreekt van een 'pure procedure'.

7. In het nieuwe civiele procesrecht is een comparitie na antwoord zelfs regel, tenzij de rechter oordeelt dat de zaak daarvoor niet geschikt is, zie art. 2.4.7 Wetsvoorstel Herziening Procesrecht, kamerstukken 26 855.

8. Zie daarover o.a. J.M. Barendrecht & E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling: Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraak* die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 171-187.

gen in het project Mediation naast rechtspraak laten zien dat op die wijze voor partijen zeer bevredigende schikkingen kunnen worden bereikt.⁹ Kan de rechter bewerkstelligen dat partijen op die manier tot een schikking komen die voldoende tegemoet komt aan de wederzijdse belangen, dan verdient dat ook de voorkeur boven een doorverwijzing, op dat moment, naar mediation.¹⁰

Een volledig onderzoek naar de achterliggende belangen tijdens de comparatie is vaak echter niet haalbaar. Tijdgebrek speelt daarbij zeker een rol. Maar een veel belangrijkere rem op een intensief belangenonderzoek vormt vaak het feit dat daarmee de houdbaarheid van de juridische standpunten in het geding kan komen. Bovendien geldt voor alle verstrekte informatie dat zij van invloed kan zijn op de juridische beslissing van de rechter, als het op beslissen aankomt.¹¹

Dat heeft uiteraard gevolgen voor het verloop en de inhoud van de onderhandelingen onder leiding van de rechter. Deze worden in veel gevallen nog hoofdzakelijk gevoerd op basis van juridische standpunten en de inschatting van proceskansen en -lasten. Die aanpak zal in bepaalde situaties zeker tot bevredigende oplossingen kunnen leiden, maar er zullen ook genoeg situaties zijn waarin dat anders ligt.

B. Geschiloplossingsmethoden, waaronder mediation, die op onderhandeling zijn gebaseerd

Een groot voordeel van met name mediation, als onderhandelingsproces onder leiding van een neutrale derde, is dat het daarin vaak eenvoudiger is om op zoek te gaan naar een voor alle partijen zo aanvaardbaar mogelijke oplossing op basis van de werkelijke belangen – de behoeften, wensen en zorgen – in het geschil.¹² Het gaat daarbij in wezen om het waarom van de wederzijdse eisen en standpunten. De strikte vertrouwelijkheid van de mediation-procedure en het feit dat de mediator (anders dan bijvoorbeeld de rechter, arbiter of bindend adviseur) niet beslist noch tijdens de mediation op de inhoud

9. Pel, a.w. (noot 5), p. 83-85.

10. Alleen al omdat dit tijd- en kostenbeparend werkt. Dit is ook het uitgangspunt in het project Mediation naast rechtspraak.

11. Zie nader Pel, a.w. (noot 5), p. 83.

12. Een geschiloplossing op basis van belangen kent ook een inventarisatie van feiten. Het gaat daarbij echter niet alleen om rechtens relevante feiten (die meestal gaan over hetgeen in het verleden gebeurd is en vaak leiden tot een verharding van standpunten), maar vooral om feiten die de belangen nader bepalen.

stuurt,¹³ brengen mee dat het in deze procedure gemakkelijker is om de achterliggende belangen op tafel te leggen en op basis daarvan schikkingsvoorstellen te doen, zonder dat partijen daaraan gehouden kunnen worden als het niet tot een vergelijk komt. Het is vooral de mediation-methode die ervan uitgaat dat een geschil-oplossing die zoveel mogelijk is gebaseerd op de vereniging van de wederzijdse belangen vaak het meest effectief en succesvol is.¹⁴

Wat zijn nu deze wederzijdse belangen? Er kunnen verschillende soorten belangen spelen, zoals: inhoudelijke belangen (bijvoorbeeld economische, financiële of emotionele kwesties), procesbelangen (bijvoorbeeld het belang bij een bepaalde wijze van geschiloplossing), relationele belangen (het belang van een of beide partijen bij voortzetting van de relatie of het waardig afsluiten daarvan), en/of principiële belangen (wat is redelijk, wat is fair en zou er in de toekomst moeten gebeuren).¹⁵ Partijen hebben vaak meerdere belangen. Soms moet een partij in haar overwegingen ook belangen van anderen betrekken. Dit laat zich als volgt illustreren. In een geschil over een slecht verlopend automatiseringsproject speelt bij de opdrachtgever bijvoorbeeld het belang dat het systeem gaat werken, dat invoering snel plaatsvindt zodat werknemers niet gedemotiveerd raken en dat het nadeel wordt hersteld dat is ontstaan door het niet kunnen nakomen van contractuele verplichtingen jegens afnemers. De leverancier kan het op zijn beurt belangrijk vinden dat de mislukking niet in de markt bekend wordt, dat in de toekomst nog diensten worden afgenomen en dat zo min mogelijk schadevergoeding hoeft te worden betaald.¹⁶

Als alle achter de (juridische) standpunten liggende belangen eenmaal bekend zijn, kan op basis daarvan worden gezocht naar een geschiloplossing gebaseerd op wederzijds belang, een belangrijke doelstelling in mediation. Oplossingen die de winst voor partijen maximaliseren zijn het beste te bereiken door een kostenefficiënte

13. Wel kan de mediator partijen soms inzicht geven in de toepasselijke (rechts)regels of wijzen op de noodzaak inhoudelijk advies aan een derde te vragen. Dit is de evaluatieve mediationvorm.

14. W.L. Ury, J.M. Brett & S.B. Goldberg, *Getting Disputes Resolved, Designing Systems to Cut the Cost of Conflict*, Cambridge Mass.: Pon Books, Harvard Law School 1993, p. 3-19.

15. R.J. Lewicki, D.M. Saunders & J.W. Minton, *Negotiation*, Boston: Irwin McGraw-Hill 1999, p. 115-116.

16. Voorbeeld ontleend aan Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller, a.w. (noot 8), p. 22-23.

aanpak, het vaststellen van eventuele gemeenschappelijke belangen en/of verenigbare belangen van de conflictpartijen, en mede op basis daarvan naar een oplossing te zoeken. Bijna elk geschil kent namelijk niet alleen tegengestelde, maar ook gemeenschappelijke en/of verenigbare belangen.¹⁷ Op basis daarvan zijn vaak (deel)oplossingen te bedenken, die ook de onderhandelingen over de tegengestelde belangen kunnen vergemakkelijken. Gemeenschappelijke belangen kunnen bijvoorbeeld zijn het minimaliseren van de lasten van de geschiloplossing en het voorkomen van gezamenlijk verlies. En in het zojuist gegeven voorbeeld van een automatiseringsgeschil kunnen partijen bijvoorbeeld ook als gemeenschappelijk belang hebben dat de automatisering niet als mislukt wordt gezien bij de eigen werknemers en bij de eigen afnemers. Voorts kan de IT-leverancier groot belang hebben bij verdere samenwerking. Als daar met de opdrachtgever nog over kan worden gesproken, bijvoorbeeld omdat deze niet zomaar een andere leverancier kan vinden en de huidige leverancier de bestaande situatie het beste kent, is dat in dit geschil een verenigbaar belang. In dit verenigen van belangen komt met name het 'integratieve' deel van de onderhandelingen tot uitdrukking.¹⁸

Niet alleen in het hiervoor geschetste voorbeeld, maar ook in veel andere situaties zal de discussie over een te betalen bedrag, bijvoorbeeld in de vorm van schadevergoeding, zien op een tegengesteld belang. De ene partij zal een hoog mogelijk bedrag aan schadevergoeding willen ontvangen, terwijl de ander niets of zo min mogelijk zal willen betalen. Daarover zal vaak 'verdelend' moeten worden onderhandeld om het eens te worden. Ook voor deze verdelende onderhandelingen bestaan er echter richtlijnen, die de kans op het efficiënt bereiken van overeenstemming vergroten.¹⁹ Bovendien is het zo dat als er (deel)oplossingen liggen voor de gemeenschappelijke en/of verenigbare belangen, partijen eerder bereid zullen zijn ook voor de

17. Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller, a.w. (noot 8), p. 23; Pel, a.w. (noot 5), p. 80.

18. Zie daarover o.a. Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller, a.w. (noot 8), p. 25-26; R.H. Mnookin, S.R. Peppet & A.S. Tulumello, *Beyond Winning. Negotiating to create value in deals and disputes*, Cambridge Mass.: the Belknap Press of Harvard University Press 2000, p. 11-43.

19. Bijvoorbeeld door aansluiting te zoeken bij objectieve criteria en/of het volhouden van de probleemoplossende benadering, zie nader Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller, a.w. (noot 8), p. 26-28; Mnookin, Peppet & Tulumello, a.w. (noot 18), p. 40-43 en 44-68.

verdeelkwestie een oplossing te vinden. Het alternatief van het afbreken van de onderhandelingen is daardoor immers minder aantrekkelijk geworden. Hebben partijen bijvoorbeeld overeenstemming bereikt over een hernieuwde samenwerking en daarvoor samen plannen gemaakt, dan vergroot dat de kans op overeenstemming over een tussen hen ook spelende schadevergoedingskwestie. Is volledige overeenstemming over het resterende geschilpunt niet direct haalbaar, dan zouden zij in ieder geval kunnen proberen het eens te worden over de vraag welke derde (bijvoorbeeld mediator, arbiter of rechter) op dit punt objectieve normen kan aanreiken of voor hen kan beslissen.

De praktijk toont aan dat mediation vaak kan leiden tot een geschiloplossing die de werkelijke belangen van partijen goed en economisch efficiënt dient.²⁰ Zet men dit af tegen de kritiek die er ten aanzien van de overheidsprocedure bestaat – vaak te duur, te traag, inefficiënt en niet altijd het juiste kader voor de geschiloplossing biedend –,²¹ dan verklaart dit in belangrijke mate de toenemende populariteit van mediation als wijze van conflicthantering.

3. CIVIELE GESCHILLEN: WANNEER MEDIATION, WANNEER RECHTSPRAAK?

De vraag is dan in welke gevallen voor mediation, en in welke gevallen toch voor procederen zou moeten worden gekozen om een civiel geschil op te lossen. Het antwoord op deze vraag blijkt niet in de eerste plaats te moeten worden gezocht in het soort zaken. Ik zal dit illustreren door eerst enkele buitenlandse ervaringen op dit punt te schetsen.

Deze ervaringen laten zien dat mediation geschikt kan zijn voor vele typen civiele en commerciële zaken, niet alleen in de sfeer van bijvoorbeeld het contracten- of aansprakelijkheidsrecht, maar ook voor meer specifieke terreinen als o.a. bouw-, vervoer- en ICT-

20. Geschiloplossing via mediation is relatief snel en goedkoop. Een gerechtelijke procedure vraagt maanden en soms jaren, en leidt daarmee tot aanzienlijke lasten. Een mediation kan vaak snel starten, duurt gemiddeld tussen de 6 à 10 uur en is meestal binnen een tijdsbestek van enkele weken afgerond, hetgeen een gunstige uitwerking heeft op het kostenaspect.

21. Deze kritiek bestaat al lang en komt in vele landen voor, zie voor een rechtsvergelijkend overzicht A.A.S. Zuckerman (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford University Press 1999.

kwesties.²² Vooral de Engelse ervaringen zijn voor ons interessant. In Engeland bleken de ruime mogelijkheden van mediation als civiel-rechtelijke conflicthanteringswijze al enkele jaren geleden uit o.a. court-annexed mediation-experimenten,²³ waaronder het in 1998 geëvalueerde experiment bij het Central London County Court.²⁴ Maar bijvoorbeeld ook het Commercial Court promoot reeds langere tijd met succes het gebruik van ADR. Voorts biedt de private sector in Engeland al geruime tijd diensten aan in civiele en commerciële mediation op breed terrein, en voldoet daarmee aan een marktvraag.²⁵ Inmiddels is in Engeland, met ingang van 26 april 1999, op basis van voorstellen van de commissie Woolf een geheel gemoderniseerd civiel procesrecht in werking getreden. Het bevat elementen die ook voor Nederland van belang kunnen zijn.²⁶ Ook ADR heeft daarin een belangrijke plaats gekregen: voor civiele zaken behoort het bevorderen en faciliteren van het gebruik daarvan nu uitdrukkelijk tot de taken van de rechter.²⁷

In Nederland wordt sinds begin 2000 in het kader van het project Mediation naast rechtspraak onderzocht of een structurele voorziening voor doorverwijzing naar mediation tijdens een gerechtelijke procedure bestaansrecht heeft. Pas na afloop van dit project (begin 2003) en

22. Voor meer complexe zaken wordt soms ook gekozen voor hybride ADR-vormen als bijvoorbeeld med-arb en minitrial. Zie daarover o.a. Brown & Marriott, a.w. (noot 1), p. 147-149 (nrs. 7-106 t/m 7-117) resp. p. 362-364 (nrs. 16-038 t/m 16-050).

23. Brown & Marriott, a.w. (noot 1), p. 32-42.

24. Zie H. Genn, The Central London County Court Pilot Mediation Scheme. Evaluation Report, The Lord Chancellor's Department Research Programme Research Series No. 5/98, July 1998.

25. Vgl. Brown & Marriott, a.w. (noot 1), p. 189-191. Ook op het Europese continent neemt het belang van ADR als (privaatrechtelijke) geschiloplossingsmethode overigens in snel tempo toe. Voor meer informatie over de verdere Europese ADR-ontwikkelingen wil ik hier volstaan met een verwijzing naar twee grondig gedocumenteerde sites, in Duitsland: www.WennZweiSichStreiten.de, in Frankrijk: www.juripole.u-fancy.fr:80/braudio/arbmed/droit-interne/fr-adr.html.

26. Vgl. ook J.B.M. Vranken, De radicale vernieuwing van het civiele procesrecht in Engeland en Wales, NJB 1999, p. 1879 e.v.

27. Zie o.a. Rule 1.4 (2) sub e new Civil Procedure Rules, dat de rechter verplicht tot 'encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure'. Van verschillende kanten wordt benadrukt dat als het nieuwe civiele stelsel goed wil kunnen functioneren, ADR daarin een belangrijke rol moet kunnen spelen, zie o.a. Brown & Marriott, a.w. (noot 1), p. 29-32.

de evaluatie daarvan, zal er op dit punt worden beslist. Er vallen inmiddels wel al bepaalde conclusies uit het project te trekken. Eén daarvan geeft antwoord op de hier besproken vraag en sluit aan bij de geschetste buitenlandse ervaringen. Ook uit het project Mediation naast rechtspraak blijkt namelijk dat in principe niet het soort civiele zaken bepalend is voor de slagingskans van mediation. De civiele zaken die tijdens de procedure, met instemming van partijen,²⁸ worden doorverwezen zijn rijk geschakeerd, en omvatten mede commerciële en handelsgeschillen en financiële familiegeschillen. Bij de doorverwijzing ging het tot nu toe vooral om: ontbinding van maatschappen, verdelingen, medische aansprakelijkheid, wanprestatie, arbeidsgeschillen, financiële gevolgen van echtscheiding, conflicten in familiebedrijven, burencollicten en huurzaken.²⁹

Overigens vindt de groeipotentie van mediation als privaatrechtelijke geschiloplossingsmethode ook in Nederland bevestiging in de private sector. Ook daar ziet men een groeiend aantal activiteiten op het terrein van civiele en commerciële mediation, met velerlei onderwerpen van geschil.³⁰ Commerciële partijen hanteren bovendien in toenemende mate geschillenclausules, met onderhandeling en mediation als eerste optie. Die tendens zal alleen maar toenemen, nu organisaties als het eerdergenoemde ACB en andere branche-organisaties in het bedrijfsleven het gebruik van mediationclausules sterk promoten. Een groot voordeel van deze aanpak is dat mediation wordt aangewend op een moment waarop het doorgaans het meest effectief werkt, namelijk zo spoedig mogelijk na het ontstaan van het geschil.³¹ Omdat de standpunten nog niet zijn verhard, kan mediation dan vaak snel tot een oplossing leiden. Maar ook later, bijvoorbeeld tijdens een procedure kan mediation nog succesvol werken. Ook dat is in Nederland inmiddels via het project Mediation naast rechtspraak gebleken.

28. Die instemming is nodig, omdat er anders strijd met art. 17 Gw. en art. 6 EVRM kan ontstaan.

29. Pel, a.w. (noot 5), p. 83-85.

30. Zie daarover o.a. R.W. Jagtenberg & A.J. de Roo, Mediation in het bedrijfsleven. Belang, effectiviteit en vooruitzichten, in *Justitiële Verkenningen*, a.w. (noot 2), p. 54-69.

31. Interessant in dit verband is ook het eind 1999 genomen initiatief van de Engelse overheid om een ADR 'discussion paper' aan ongeveer 3000 personen en instanties te verzenden, teneinde reacties te polsen over hoe een zo efficiënt mogelijk gebruik van ADR in civiele zaken verder kan worden bevorderd, zie voor deze paper en antwoorden: www.open.gov.uk/lcd.

De vraag is wat dan wél bepalend moet zijn voor de keuze mediation of rechtspraak. Een definitief antwoord op deze vraag is nog moeilijk te geven. Wel laat de praktijk zien dat voor de slagingskans van mediation de onderhandelingsbereidheid van partijen bepalend is.³² Zij moeten een einde aan hun conflict willen maken. Niet alleen moeten zij daarover met elkaar in gesprek kunnen komen, maar zij moeten daarbij ook oog kunnen hebben voor de wederzijdse belangen.³³ Als aan deze basisvoorwaarden niet is voldaan, kunnen andere indicaties buiten beschouwing blijven. Zo kan bijvoorbeeld een burengeschil, gezien het relationele aspect, op het eerste gezicht geschikt lijken voor mediation, maar als de situatie zo is dat partijen liever nog hun huis verkopen om langdurige procedures te kunnen betalen dan dat zij met elkaar praten, heeft mediation weinig zin. Verdere indicaties pro en contra mediation staan opgenomen in onderstaand overzicht. Dat overzicht is sterk geïnspireerd op een tabel van Pel, welke een globale weergave bevat van in het project Mediation naast rechtspraak inmiddels ontwikkelde (doorverwijzings)indicaties.³⁴ Deze indicaties vindt men ook terug in de literatuur.³⁵

Indicaties pro mediation: andere uitkomst wenselijk dan via rechterlijke uitspraak mogelijk; belangen vallen buiten een juridisch kader; snelle oplossing gewenst; procesmoeheid; duurzame relatie (familie, buren, zakenrelatie, maatschap, langlopend contract, etc.); gemeenschappelijk toekomstig belang; meerdere procedures of meer conflicten; belang bij vertrouwelijke behandeling, met mogelijkheid van afzonderlijke gesprekken; meer partijen bij conflict betrokken dan procespartijen zelf; duurzaamheid oplossing noodzaak.

32. Pel, a.w. (noot 5), p. 85.

33. Eventueel ingeschakelde advocaten kunnen hen daarbij coachen en adviseren, zie daarover P.A. Wackie Eysten & M. Pel, Mediation: tips voor advocaten, Advocatenblad 2001, nr. 10, p. 376-380.

34. Deze tabel is opgenomen in de bijdrage: Mediation naast rechtspraak. Uitvoering landelijk project Mediation Rechterlijke Macht, in Justitiële Verkenningen, a.w. (noot 2), p. 25-40. Nadere ervaringen kunnen nog tot bijstelling van de criteria leiden.

35. Zie o.a. K. Mackie, D. Miles & W. Marsh, Commercial Dispute Resolution. An ADR Practice Guide, London: Butterworth 1995, p. 65-72; Brown & Marriott, a.w. (noot 1), p. 390-395.

Indicaties contra mediation: eerder mislukte mediation; partijen getrouwd met hun conflict (te ver op de escalatieladder); precedent of openbare uitspraak gewenst; (te) grote machtsongelijkheid; partijen met culturele achtergrond waarbinnen mediation niet past; er is sprake van een ‘pure procedure’,³⁶ waarin uitsluitend een bovenpartijdige beslissing de oplossing kan brengen.

In deze criteria liggen in ieder geval al veel aanknopingspunten die de keuze voor mediation of rechtspraak kunnen vergemakkelijken. De keuze blijft echter afhankelijk van diverse factoren, waaronder het soort partijen, het stadium van het conflict, en de mate van relationele en emotionele aspecten in een geschil. Een belangrijke wegingsfactor is ook de mate van rechtens relevante belangen en geschilpunten. Er zal steeds per geval moeten worden geanalyseerd wat de beste en meest kostenefficiënte geschiloplossingsmethode is.

Het is overigens geenszins uitgesloten dat mediation en rechtspraak in de toekomst meer kunnen samengaan. Ik maakte al melding van de in het project Mediation naast rechtspraak opgedane ervaring dat het gebruik van bepaalde mediation- en onderhandelings technieken tot voor partijen zeer bevredigende schikkingen kan leiden. Maar ook kan zich de situatie voordoen dat partijen eerst hebben geopteerd voor mediation, zij het in de mediation vrijwel geheel eens zijn kunnen worden en slechts op één punt een bindende uitspraak willen. In die situatie zou de opvolgende procedure tot deze ene vraag kunnen worden beperkt. Mediation en rechterlijke (of arbitrale) beslissing kunnen dan harmonieus op elkaar aansluiten.³⁷

36. Vgl. noot 6.

37. Vgl. Brown & Marriott, a.w. (noot 1), p. 535; Pel, a.w. (noot 5), p. 85. Op eenzelfde gedachte is de eventuele inbouw van een ‘mediationvenster’ in de arbitrale procedure gebaseerd, zie daarover E.J.M. van Beukering-Rosmuller, Invlechting van moderne inzichten over geschiloplossing in de arbitrale procedure, Tijdschrift voor Mediation 2000, afl. 1, p. 7 e.v.

4. DE MEDIATION-PROCEDURE; HOOFDLIJNEN³⁸

A. De kern van de aanpak: sturing op het proces

In het mediationproces helpt een mediator, als onafhankelijke en onpartijdige derde, partijen bij het vrijwillig op basis van onderhandeling zelf vinden van een oplossing, die is gebaseerd op wederzijds belang. Een mediator beslist, als reeds vermeld, niet. Hij stuurt voor- namelijk op het proces. Soms bevat de mediation ook een evaluatieve component. Dan heeft de mediator ook een zekere rol ten aanzien van de inhoud.³⁹

Een eerste hoofdkenmerk van mediation is dat de mediator veel aandacht moet besteden aan herstel van de verstoorde communicatie tussen partijen. Voor zover emotionele barrières, relatiestoornissen of andere beletselen aan een oplossing in de weg staan, zullen zij moeten worden weggenomen. Pas als de communicatie tussen partijen effectief is gemaakt, kunnen zij namelijk weer met elkaar onderhandelen en samen op zoek gaan naar een oplossing gebaseerd op wederzijds belang.⁴⁰

De mediator kan partijen daarbij op verschillende manieren behulpzaam zijn. Zo ondersteunt de mediator partijen bijvoorbeeld bij het op tafel krijgen van de werkelijke belangen in het geschil, met name via de Harvard-techniek van het stellen van 'schilvragen'. Deze vragen zijn erop gericht om tot de kern van de zaak te kunnen doordringen.⁴¹ Ook het daarop volgende onderhandelingsproces vindt plaats volgens de Harvard-methode, welke zich dus richt op onderhandeling op basis van belangen en niet op basis van gelijk/ongelijk.⁴²

38. Zie voor meer informatie o.a. Brown & Marriott, a.w. (noot 1), p. 154-188; M. Schreuder-Tromp, *Bemiddelingsvaardigheden. Mediation in de praktijk*, in: J. van Bruggen (red.), *Praktisch opgelost. Mediation als methode voor conflictantering*, Den Haag: SDU uitgevers 1997, p. 147-175.

39. Zie noot 13.

40. Zie voor dit belangrijke Harvard-principe D. Stone, B. Patton & S. Heen, *Difficult Conversations*, London: Penguin Books 2000.

41. Schreuder-Tromp, a.w. (noot 38), p. 165-167. Denk hierbij aan vragen als: *Waarom? Met welk doel? Waar heeft U rekening mee te houden? Wat moet er opgelost zijn om het conflict te kunnen vergeten?*, etc. Zie voor meer voorbeelden ook Wackie Eysten & Pel, a.w. (noot 33).

42. De beste inleidende tekst op het Harvard-onderhandelingsmodel blijft die van R. Fisher, W. Ury & B. Patton, *Getting to Yes* (Nederlandse vertaling: *Excellent*

Deze gebruikte onderhandelingsmethode is het tweede hoofdkenmerk van de mediation-aanpak. Bij het onderhandelen stimuleert de mediator partijen meerdere oplossingsrichtingen te bedenken. Pas daarna vindt de besluitvorming plaats. Ook dan kan de mediator behulpzaam zijn, met name door het onderhandelingsproces op gang te brengen, partijen te stimuleren over elkaars wensen na te denken en door vragen te stellen die richting evenredige concessies kunnen werken.⁴³ De uiteindelijke geschiloplossing hoeft niet juridisch van aard te zijn, zij het dat mediation in civiele geschillen wel vaak plaatsvindt 'in the shadow of the law'.⁴⁴

Een creatieve oplossing voor het in het geschetste automatiseringsgeschil spelende probleem van het laten werken van het systeem, zou bijvoorbeeld kunnen zijn gelegen in het aanpassen van het programma door de oorspronkelijke leverancier, te verrichten tegen een bepaald percentage van de kostprijs onder de norm dat er geen winst meer behoort te worden behaald ten laste van de opdrachtgever. Dat percentage zou dan een weergave kunnen zijn van ieders bijdrage aan de mislukte automatisering, als daarover overeenstemming kan worden verkregen.⁴⁵ In een burengeschil over geluidsoverlast zou een rechterlijke beslissing kunnen inhouden een verbod van overlast gedurende bepaalde uren. Het is de vraag of de verstandhouding tussen de burens met die uitspraak verbetert. In een mediation zou dit geschil bijvoorbeeld als volgt kunnen worden opgelost: er worden tijden afgesproken waarop een zekere overlast zal worden getolereerd, terwijl er tegelijkertijd technische maatregelen worden genomen om die overlast zoveel mogelijk te beperken. Men spreekt bovendien af de persoonlijke relatie te herstellen.⁴⁶ De kracht van mediation ligt met name in de mogelijkheid dit soort oplossingen te realiseren, die recht doen aan de wederzijdse belangen. De bereikte oplossing kan vervolgens worden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Deze

onderhandelen, Amsterdam: Business Contact 2001).

43. Schreuder-Tromp, a.w. (noot 38), p. 167.

44. Zie hierna, paragraaf 4 sub c.

45. Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller, a.w. (noot 8), p. 27.

46. Zie voor meer voorbeelden van mediation-oplossingen (in resp. een zakelijk conflict, arbeidsconflict, probleem rond uitkering, burenruzie, verdeling na echtscheiding, en inzake een schending van een concurrentiebeding) de bij het project Mediation naast rechtspraak behorende projectfolder.

vaststelling is alleen dan niet geldig als zij in strijd komt met de openbare orde of goede zeden (art. 7:902 BW).

B. Structuur en methodieken

De mediation-procedure, die vaak meerdere bijeenkomsten kent, heeft als structuur een opbouw in fasen. Globaal genomen kent het proces de volgende vier fasen.⁴⁷

1. *Startfase*: het fundament voor de bemiddeling wordt gelegd. De startfase vindt soms plaats in een aparte intake-bijeenkomst. Wil de mediation doorgang vinden, dan moeten partijen zich committeren aan het mediationproces en de daarbij behorende spelregels als vertrouwelijkheid en vrijwilligheid. Een mediation-overeenkomst wordt gesloten.⁴⁸

2. *Exploratiefase*: uitgezocht wordt wat partijen verdeeld houdt en waar het hen wèrkelijk om gaat. Het accent ligt voorts op het effectief maken van de communicatie van partijen. Pas dan kunnen zij de onderhandelingsfase ingaan.

3. *Onderhandelingsfase*: nadat de belangen zijn geïnventariseerd, volgt er een brainstorm over mogelijke opties. De mediator begeleidt partijen bij de besluitvorming over een oplossing gebaseerd op wederzijds belang.

4. *Afronding*: als partijen erin slagen tot overeenstemming te komen, wordt nagegaan of de overeenkomst wenselijk en uitvoerbaar is en niet in strijd komt met regels van openbare orde of goede zeden. Tevens kan ter sprake komen hoe partijen in de toekomst met elkaar en eventuele geschillen om zullen gaan. Ook dit kan worden opgenomen in een vaststellingsovereenkomst.

In elke fase past de mediator bepaalde technieken en vaardigheden toe, waarvan ik een aantal reeds de revue liet passeren. Het gaat buiten het bestek van dit artikel om, om daar uitvoerig op in te gaan. Ik volsta met een verwijzing naar informatie hierover.⁴⁹ In de kern komt het erop neer dat alle door de mediator te hanteren methodieken erop

47. Zie ook Pel, a.w. (noot 5), p. 140; Schreuder-Tromp, a.w. (noot 38).

48. Vaak gebeurt dat in de vorm van een standaardcontract (bijvoorbeeld het NMI-mediationcontract), waarin de verplichtingen tussen de partijen onderling en partijen en de mediator zijn neergelegd. Het contract wordt soms ook voorafgaand aan de mediation afgesloten.

49. Schreuder-Tromp, a.w. (noot 38).

gericht moeten zijn partijen zichtbare stappen te laten zetten in de richting van een oplossing gebaseerd op wederzijds belang.

Kenmerkend voor mediation is bovendien dat de mediator ook gesprekken met partijen apart kan voeren via de zgn. caucus.⁵⁰ Deze techniek wordt o.a. gebruikt om de kernbelangen optimaal op tafel te kunnen krijgen, om een vastgelopen geschiloplossingsproces weer los te trekken, of om af te tasten hoeveel onderhandelingsruimte er nog is en op basis daarvan mee te helpen aan een win-win situatie voor partijen.

C. De rol van het recht bij mediation

Bij civiele en commerciële mediation oefent het recht op verschillende manieren invloed uit. In ieder geval bij de finale toets, daar de vaststelling niet in strijd mag zijn met regels van openbare orde of goede zeden.

Mediation in civiele geschillen vindt verder, als gezegd, vaak plaats 'in the shadow of the law'. Vooral bij de verdelende onderhandelingen over tegengestelde belangen, zoals bijvoorbeeld over de hoogte van een schadevergoeding, zullen partijen vaak behoefte hebben aan objectieve criteria met het recht als bron. Een derde, bijvoorbeeld de mediator (die dan ook inhoudelijk evalueert), zou hen op dit punt informatie kunnen verschaffen.⁵¹

Als objectieve criteria voor juridische geschillen komen vooral rechtsregels die zijn neergelegd in de wet of in de jurisprudentie in aanmerking. Vooral normen die een rechtvaardige verdeling mogelijk maken zijn voor deze onderhandelingsfase geschikt. In civiele geschillen zijn dat bijvoorbeeld normen die aangeven hoeveel eigen schuld in bepaalde situaties zal gelden of normen die informatie geven over de omvang van schadevergoedingen.⁵² Denk in dit verband bijvoorbeeld aan de gebundelde uitspraken over de hoogte van smartengeld, die in de praktijk als belangrijke richtlijnen voor de schadeafwikkeling gelden. Ook andere normen die tussenoplossingen

50. Een caucus is binnen het traditionele civiele geschilbeslechtingsstelsel, gezien het beginsel van hoor en wederhoor, moeilijk denkbaar.

51. Zie ook paragraaf 2 sub b.

52. Vgl. J.M. Barendrecht, Rechtsvorming naar behoefte. Welke normen hebben partijen in civielrechtelijke geschillen nodig?, NJB 2000, p. 690-698, met jurisprudentie-voorbeelden.

mogelijk maken kunnen voor deze fase in de onderhandeling geschikt zijn. Met name de alimentatienormen en de kantonrechtersformule in het arbeidsrecht hebben in dit verband hun sporen al verdiend.

Een belangrijk uitgangspunt van mediation is voorts dat partijen zich steeds moeten realiseren wat hun eigen alternatieven zijn.⁵³ In juridische geschillen zal dat alternatief vaak een rechterlijke beslissing zijn. In het alternatief spelen rechtsregels, als indicatie van de uitkomst van die beslissing, uiteraard een belangrijke rol, naast de lasten van de procedure. Is het zo dat één partij denkt gelijk te krijgen bij de rechter en zijn de mogelijkheden van het behalen van gemeenschappelijke winst via mediation gering, dan staat het die partij geheel vrij om de mediation op elk moment te doen eindigen en, als zij dat wil, de rechter (al dan niet opnieuw) te adieren.⁵⁴

5. AFRONDING

Het besef groeit dat een modern civiel geschilbeslechtingssysteem partijen maatwerk moet bieden. De gedachte dat civiele geschillen alleen maar, of voornamelijk, via een gerechtelijke procedure kunnen worden opgelost is achterhaald. Natuurlijk blijft de gerechtelijke procedure een belangrijke optie, vooral als deze zich moderniseert en men belangrijke knelpunten daarin weet op te heffen. Maar voor partijen moeten er ook andere mogelijkheden zijn om een derde bij hun geschil te betrekken. Zij moeten steeds op het juiste moment voor het meest geschikte geschiloplossingskader kunnen kiezen. Voor civiele geschillen komen daarvoor niet alleen klassieke ADR-vormen als bijvoorbeeld arbitrage en bindend advies in aanmerking, maar zeker ook mediation.

Mediation kan, als geschetst, immers een geschikte geschiloplossingsmethode zijn voor vele soorten civiele geschillen. De sterke opkomst van civiele en commerciële mediation geeft meteen het toenemend maatschappelijk belang daarvan aan. Dat mediation ook binnen een gerechtelijke procedure nog succesvol kan werken, is niet alleen in het buitenland maar sinds kort ook in ons land gebleken.

53. 'Know your BATNA (Best Alternative To a Negotiated Agreement)!', zie Fisher, Ury & Patton, a.w. (nt. 42), p. 105 e.v.

54. De vrijwilligheid als basisprincipe impliceert immers ook de vrijheid om het mediationproces te verlaten als men denkt daar geen voordeel mee te behalen.

Procedures moeten bovendien harmonieus op elkaar kunnen aansluiten, want ook daar vraagt de praktijk om.

De zich in Nederland inmiddels ontwikkelde ADR-praktijken bieden veel kostbare informatie voor de inrichting van een nieuw privaatrechtelijk geschilbeslechtingsstelsel. Met name ook voor de fundamentele heroverweging van ons civiele procesrecht moet hier een belangrijke inspiratiebron liggen.

Feiten zijn feiten?

RELEVANTIE VAN FEITEN IN MEDIATION EN IN DE CIVIELE PROCEDURE

*M. Pel**

1. INTRODUCTIE

Wie eenzelfde gebeurtenis door verschillende waarnemers hoort beschrijven hoort zoveel verhalen als er vertellers zijn. De verhalen zijn vrijwel altijd gekleurd door de interpretatie van de verteller, waarbij levenservaring, kennis, belangstelling en eigen belang de kleuren bepalen. Wat daarvan bij de luisteraar overkomt, hangt af van dezelfde factoren.

Dit verschil in waarneming en interpretatie is in conflictsituaties meestal nog veel pregnanter. In conflictsituaties verschillen de verhalen van de ‘dramatis personae’ in het conflict zonder uitzondering aanmerkelijk. Zij vertellen een ander verhaal over wat er is gebeurd, wiens schuld het was en wat de ander eigenlijk aan (slechte) bedoelingen had.¹ Soms zijn de versies zo verschillend dat het lijkt of de partijen elkaar nog nooit hebben ontmoet en of zij het over een heel andere conflictsituatie hebben. Afhankelijk van de gekozen vorm van conflictoplossing kan het verhaal in de loop van de tijd een eigen leven gaan leiden, versterkt worden ofwel volledig veranderen.

In civiele procedures zijn feiten belangrijk. Een civiele vordering heeft alleen kans van slagen als de daartoe relevante feiten worden aangevoerd en hetzelfde geldt voor een verweer. Heel veel civiele procedures draaien uitsluitend om de feiten: niet zozeer het recht staat daar tussen partijen ter discussie, als wel de feiten; zodra deze vaststaan of zodra vaststaat dat zij niet kunnen worden bewezen, is het lot van de vordering beslist. Ook in mediation zijn feiten belangrijk, en ook hier zijn de partijen het in de aanvang vrijwel nooit eens over de feiten, hun verhalen verschillen meestal grotendeels.

* Machteld Pel is vice-president van het gerechtshof te Arnhem, Projectleider van het landelijk Project Mediation in de Rechterlijke Macht en N.M.I.-mediator.

1. Boeiend omschreven in: Stone, Patton and Heen, ‘Difficult Conversations’, Harvard Negotiating Project, Penguin books, 2000.

In deze bijdrage verken ik de rol van het verhaal van partijen en de door henzelf en anderen belangrijk gevonden feiten enerzijds in de civiele procedure en anderzijds in mediation.

2. VERSCHILLEN TUSSEN PROCEDEREN EN MEDIATION

Conflicten ontstaan als wederzijds afhankelijke partijen er tegelijkertijd tegenstrijdige belangen, opvattingen, doelen en/of rollen op na houden, of lijken te houden. In ieder conflict is er sprake van een of meerdere communicatiestoornissen tussen partijen die op de een of andere manier korter of langer een (zakelijke en/of persoonlijke) relatie² met elkaar hebben. Behalve een inhoudelijk meningsverschil is er meestal ook sprake van een communicatieprobleem³ en van min of meer heftige emoties. Een conflict geheel zonder communicatiestoornis of emotie bestaat niet, want in dat geval is er geen conflict maar een verschil van mening waar de partijen heel goed zelf uit kunnen komen.

In het algemeen kunnen conflicten op drie verschillende manieren worden opgelost: op basis van macht, op basis van rechtsregels of op basis van belangen.

De kernverschillen tussen de civiele procedure en mediation zijn:⁴

2. Soms een zelfgekozen en langdurige (zakenrelatie, huwelijk), soms een opgedrongen en korte (o.d. in verkeer of anderszins).
3. En soms: relatieprobleem; dit geldt niet alleen in familiezaken maar ook bij conflicten tussen zakenpartners!
4. Zie voor een diepgaander bespreking en het verschil tussen schikken en mediation: M. Pel, Doorverwijzing naar mediation in de civiele procedure: Extra service of branchevervaging? Tijdschrift voor civiele rechtspleging, 2000, pp 78 e.v. en P.A. Wackie Eijsten en M. Pel, Mediationtips voor de advocaat, Advocatenblad 2001, 376-380.

<i>Civiele procedure</i>	<i>Mediation</i>
de rechter beslist	partijen beslissen zelf
op basis van juridische standpunten vertaald in vordering en verweer, ondersteund door de rechtens relevante feiten	op basis van hun belangen en de feiten die zijzelf belangrijk vinden
binnen een juridische context en op grond van juridische maatstaven	binnen de maatschappelijke en eventueel juridische context, zonodig op basis van objectieve maatstaven, met inbegrip van juridische maatstaven

De taak van de rechter is met name beslissen, de taak van de mediators is met name de partijen onderhandelbaar te maken, waarna zijzelf kunnen onderhandelen en beslissen. De mediator bewaakt steeds het proces, gericht op het bereiken van overeenstemming en blijft af van de inhoud. De rechter bewaakt ook met rechtsvordering in de hand het proces, voor beide partijen gericht op een overwinning van henzelf en het verlies van de ander, maar focust vooral op inhoud. Ik vergeet niet dat de rechter ook als taak opgedragen heeft gekregen te onderzoeken of de zaak geschikt kan worden, maar ik kom daar pas later op terug. Bij de eerste verkenning bepaal ik me tot de verschillen tussen enerzijds beslissen door de rechter en anderzijds onderhandelen onder leiding van de mediator.

Voor het onderwerp van deze bijdrage: welke feiten spelen in de civiele procedure respectievelijk de mediation een rol, is in de eerste plaats de basis van de gezochte oplossing relevant: voor de civiele procedure zijn dat de rechtsregels en voor de mediaiton zijn dat de (achterliggende) belangen van partijen. Om dit verschil praktisch te illustreren neem ik de volgende casus als uitgangspunt.

*De zakelijke burenruzie*⁵

Twee bedrijven zijn naast elkaar gevestigd op een bedrijventerrein. De bedrijfsgebouwen staan naast elkaar met een strook grond ertussen.

5. Dit is een fictieve casus, gebaseerd op de werkelijkheid van verschillende procedures en mediations.

Op de helft van die strook staat een stenen muurtje als afscheiding. De directeuren zijn het onderling informeel eens geworden over een vrij eenvoudig te bouwen gezamenlijke loods en opslagruimte aan de achterzijde van de gebouwen. De gebouwen worden ter plekke door de aan te bouwen loods aan elkaar verbonden, met een gemeenschappelijke toegangsdeur aan de voorzijde, te bereiken via een looppad op de strook grond (waarbij het muurtje zal worden afgebroken) en grote toegangsdeuren aan de achterzijde, te bereiken met vrachtauto's via een gemeenschappelijke oprit. De bedrijven doen ook zaken met elkaar: Bouw B.V. is een groothandel in bouwmaterialen en Keuken B.V. verkoopt keukens aan particulieren en heeft een showroom. Zij verwijzen over en weer klanten naar elkaar en zij verkopen elkaar ook materialen.

Op de dag dat de aanbouw feitelijk zou starten gestart is er one-nigheid ontstaan. De directeur van Bouw B.V. had op de afgesproken dag de bouwmaterialen klaar staan en had ook personeel vrijgemaakt om bij de bouw te helpen. De directeur van Keuken B.V. had echter de door hem ingeschakelde aannemer afgezegd omdat hem twee dagen tevoren was gebleken dat de bouwvergunning niet in orde bleek te zijn. De directeur van Keuken B.V. was een man van regel is regel, en wilde niet bouwen zonder juiste vergunning. De directeur van Bouw B.V. zag dit niet zo zwaar in en tilde er juist zwaar aan dat de gemaakte afspraak niet werd nagekomen: afspraak is afspraak. Hierdoor ontstond een hooglopend conflict tussen de directeuren, waarbij ieder met tevergeefs gemaakte kosten bleef zitten. Zij praatten niet meer met elkaar en de handelsrelatie is doodgebloed. Bouw B.V. heeft alsnog de goede vergunning gekregen en wil alsnog de aanbouw starten, desnoods alleen het eigen deel tot op de helft van de strook grond. Keuken B.V. heeft daar bezwaar tegen en wil de bouw tegenhouden, gebaseerd op het feit dat niet tot en met het muurtje gebouwd mag worden, dat is immers een gemene muur. Als Bouw B.V. zonder haar gaat bouwen wordt zij daardoor in haar eigen latere bouwmogelijkheid beperkt, zo vreest Keuken B.V. Bouw B.V. raadpleegt een advocaat. Deze bekijkt de kadastrale inschrijving, waaruit blijkt dat ook aan de (voor Bouw) andere kant van het muurtje nog een strook grond van een meter aan Bouw in eigendom toebehoort. Voor een aanbouw waar Keuken B.V. niet aan mee wil doen is dat precies nodig. Bouw B.V. meent dus dat niets haar aanbouw in de weg staat.

Hoe nu verder? Ik schets twee scenario's.

Het vervolg I: een civiele procedure

Keuken B.V. raadpleegt een advocaat, en vraagt of de advocaat een middel weet om de bouw tegen te houden. De advocaat vraagt de directeur van Keuken B.V. uit naar feiten die een juridische actie met het gewenste resultaat mogelijk maken. Hij onderbreekt het verhaal van de directeur telkens als deze de neiging om de wederpartij in zwarte termen af te schilderen niet kan weerstaan. Voor de beoordeling van de procesmogelijkheden is niet het hele verhaal van de cliënt belangrijk. De advocaat sorteert uit het ongeordende verhaal de rechtens mogelijk relevante feiten en giet deze door de trechter van het recht. Uiteindelijk adviseert de advocaat om te gaan procederen. Gevorderd zal worden dat de rechtbank voor recht zal verklaren dat Keuken B.V. de litigieuze strook grond door verjaring in eigendom heeft verkregen, althans dat Keuken B.V. de grond in eigendom heeft verkregen door verjaring van de rechtsvordering van Bouw B.V. strekkende tot beëindiging van het bezit.

Bouw B.V. verweert zich en stelt dat Keuken B.V. de strook grond niet feitelijk in bezit heeft genomen, dat voor zover dat wel zo is Keuken B.V. niet als bezitter te goeder trouw kan worden aangemerkt en dat het bezit niet ononderbroken is geweest.

In deze procedure staat de kwestie van de verjaring centraal. De door de rechter te beantwoorden rechtsvragen zijn hiervoor genoemd.

De rechtens relevante feiten zijn:

- de kadastrale inschrijving;
- wanneer en hoe Keuken B.V. de strook grond feitelijk in bezit heeft genomen;
- tijdsduur en onafgebrokenheid van dit bezit;
- feiten en omstandigheden waaruit kan volgen dat Keuken B.V. (al dan niet) bezitter te goeder trouw is geweest;
- de datum waarop aan Bouw B.V. duidelijk is geworden dat de inschrijving anders was dan de ‘uiterlijke schijn’.

Vragen die de rechter, om een beslissing te kunnen nemen, beantwoord wil zien zijn:

- hoe luidt precies de kadastrale inschrijving?
- wie heeft wanneer welk perceel in eigendom verkregen?
- welke bezitsdaden zijn verricht, wanneer voor het eerst en voor het laatst en door wie?

- hoe stond dat met de eventuele rechtsvoorgangers?
- heeft iemand van Keuken B.V. de kadastrale inschrijving gezien en zo ja wanneer?
- vanaf welk moment wist Bouw B.V. dat de kadastrale inschrijving niet klopte met de uiterlijke schijn?

Het vervolg II: een mediation

Keuken B.V. raadpleegt een advocaat, en vraagt of de advocaat een middel weet om de bouw tegen te houden. Hij vraagt aan de directeur van Keuken B.V. wat maakt dat hij de bouw van Bouw B.V. wil tegenhouden en wat in dat verband diens zorgen, wensen en belangen zijn. Dan komt het hele verhaal: In de eerste plaats wil de directeur de bouw tegenhouden omdat hij zelf niet kan bouwen, dan ook de ander niet. Bovendien voelt hij zich gepakt door de directeur van Bouw B.V. die geen enkel begrip heeft getoond voor het feit dat hij de bouw heeft willen uitstellen omdat de bouwvergunning niet in orde was. Hij wilde nota bene de regels naleven en nu wordt hij beticht van alles wat slecht is en hij wordt ook tegenover afnemers in de branche afgeschilderd als iemand die zijn afspraken niet nakomt. Hij lijdt daardoor een reuze strop, want de stroom klanten die door Bouw B.V. werd aangebracht is volledig gestopt. Ook is het aan elkaar uitlenen van personeel gestopt. Terwijl er vroeger tussen directie en personeel over en weer een goede verhouding was slaat de slechte sfeer al over op het personeel. Er vinden onderlinge pesterijtjes plaats met fout geparkeerde auto's en meer. Op basis van dit geheel komt hij tot de conclusie dat hij het liefst een leefbare status quo zou willen bereiken waar weer zaken kunnen worden gedaan en waar de bouw alsnog gezamenlijk kan plaatsvinden. Als het zo doorgaat vreest hij zelfs te moeten verhuizen, en dat zou financieel zeer onaantrekkelijk zijn.

De aldus gedestilleerde belangen van Keuken B.V. zijn:

- continuïteit van het bedrijf op dezelfde plek
- voortzetten/hervatten van de handelsrelatie
- de gewenste aanbouw realiseren
- een goed nabuurschap
- een snelle oplossing
- zo weinig mogelijk kosten maken voor de conflictoplossing
- vergoeding voor de kosten die gemaakt zijn ten gevolge van het niet doorgaan van de aanbouw

- goed maken van verlies aan omzet door het verbreken van de handelscontacten.

Op basis van dit ene verhaal is nog niet meteen duidelijk welke vragen de mediator zal stellen. Duidelijk is dat het verhaal van de ander heel anders zal zijn. Wat de mediator gaat doen is beide verhalen laten vertellen en dan vervolgens doorvragen naar de achterliggende belangen, de emoties, de communicatiestoornissen. Mogelijkerwijs ontstaat er dan in de loop van de mediation één verhaal, waar beider perspectieven en belangen in zijn verwerkt. Pas als de lucht is opgeklaard en de partijen weer in staat zijn met elkaar te praten zullen de dan gevonden wederzijdse belangen onderwerp van onderhandelingen worden. Daarbij zal ook de rubricering van de belangen gaan plaatsvinden in: gemeenschappelijke, verschillend maar verenigbare en tegenstrijdige belangen. Kijkend naar de hiervoor genoemde lijst van belangen van Keuken B.V. lijkt het niet onwaarschijnlijk dat (zoals dikwijls het geval is) de meeste belangen uiteindelijk ofwel gemeenschappelijk ofwel verenigbaar zullen blijken te zijn.

Vragen die de mediator in de beginfase waarschijnlijk onder meer zal stellen:

- wat maakt dat u dit conflict niet zelf kon oplossen?
- wat was de druppel die de emmer deed overlopen?
- hoe nam u in het verleden gezamenlijke beslissingen?
- hoe lang heeft u zaken met elkaar gedaan?
- stel dat de bouw voor de een kan doorgaan en voor de ander niet, wat betekent dat over en weer?
- stel het hele conflict wordt opgelost wat levert u dat op?
- stel dat u moet gaan verhuizen, wat kost u dat en wat levert u dat op?
- hoe denkt u dat de wederpartij deze vragen zal beantwoorden?
- stel U komt er onderling niet uit, wat is dan uw alternatief (etc. etc.)?

Al deze vragen zijn gericht op het op gang brengen van de communicatie tussen de strijdende partijen en het zoeken en vinden van de belangen. Pas als dat is gelukt zullen de partijen zelf gaan beslissen welke feiten zij relevant vinden voor het zoeken van oplossingen.

3. FEITEN IN DE PROCEDURE

De civiele procedure draait, als gezegd, om gelijk krijgen op basis van rechtsregels. Daartoe moet elke partij met behulp van een juridisch geschoold raadsman of –vrouw het conflict juridisch vertalen met omzetting van het eigen oorspronkelijk eigen belang in vordering of verweer. Een vordering in rechte bevat daarom één of meer bepaalde, niet flexibele en zelf bedachte, oplossingen voor het conflict, uitsluitend gebaseerd op het eigenbelang. Daarbij moeten ook nog alle ‘rechtens relevante’ feiten worden aangevoerd. Zodra de vordering is geformuleerd kan worden bedacht welke feiten vervolgens relevant zullen zijn. Of andersom: de vordering wordt aangepast aan de bekende feiten. Gevolg hiervan is dat de partijen in het verleden moeten graven, en daarbij in hun ‘rechtsstrijd’ voor de rechterlijke beslissing relevante argumenten en feiten moeten aanvoeren die tot verdere verharding van de standpunten leiden, maar die voor hun eigenlijke geschil helemaal niet van belang waren. In het gegeven voorbeeld is dit helder: op zichzelf zijn de directeuren helemaal niet geïnteresseerd in kadastrale inschrijvingen of het tijdstip waarop bezitsdaden werden verricht. Maar nu dit opeens belangrijk wordt voor de juridische vordering gaan deze feiten een eigen leven leiden. De partij vraagt aan de advocaat wat bezitsdaden zijn en gaat vervolgens bijvoorbeeld stellen dat de strook grond elke week werd aangeveegd door de schoonmaker. Omdat deze feiten pas kunnen meewegen als ze vaststaan, krijgen de partijen er belang bij om feiten aan te dikken, te ‘verzinnen’, of juist te verzwijgen en om soms te vergeten wat eigenlijk wel wordt geweten.⁶ Bij getuigenverhoren heb ik niet zelden het gevoel gehad dat ik zat te vragen naar de voor beide partijen bekende weg. De enigen die de weg niet kenden waren dan de advocaten en de rechter(s). Overigens werken anderzijds de advocaten en rechters ook anderszins mee aan de vervreemding van de partijen van hun conflict: soms gaan wij veronderstellenderwijze uit van de juistheid van bepaalde feiten, om dan een oordeel te geven. Dit is zeker voor de beoefenaren van het rechtsbedrijf zeer efficiënt maar het vindt niet in de ogen van iedereen genade.⁷ In De Hoge Raad van Onderen worden hier saillante verhalen over verteld. Niet zelden zorgt de

6. Zie W.D.H. Asser, Da mihi facta-zorg voor feiten in het civiele proces, NJB 1999, 1251-1256.

7. Zie Asser, noot 7 en: Freek Bruinsma e.a., De Hoge Raad van onderen, 2^e druk, Tjeenk Willink Deventer, 1999.

feitenverzameling door een partij nog voor verdere escalatie. Ik herinner me een zaak waarin de ene partij op verzoek van diens advocaat een foto was gaan maken van het bedrijf van de andere partij. Dit leidde bij die andere partij tot grote woede en tot verdenking van bedrijfsspionage. Nadat ik had nagevraagd waarom die foto nodig was bleek dit te zijn als bewijs dat het bedrijf op de genoemde datum al verhuisd was. Dit feit werd helemaal niet betwist in de procedure en deze bewijsvergaring diende achteraf gezien dus geen doel en had juist de wederpartij ertoe aangezet de hakken verder in het zand te graven op andere punten. Onbedoeld dus een volkomen averechts effect.

Kort samengevat: het verhaal van de partijen gaat eerst door de trechter van de advocaat en dan nog eens door de trechter van de rechter. Emoties worden weggezeefd. De rechter bepaalt binnen het kader van vordering en verweer welke feiten relevant zijn. Omdat de procedure structureel is ingericht om uiteindelijk een winnaar en een verliezer te kunnen aanwijzen en partijen ieder hun eigenbelang nastreven, gaan de partijen strategisch handelen. Feiten die cruciaal zijn voor de beslissing worden soms uit strategisch oogpunt betwist of achtergehouden. Voor de partijen zelf is het soms onbegrijpelijk waarom sommige zaken wel en andere niet belangrijk zijn. De relevante feiten liggen in het verleden en moeten bij betwisting worden bewezen. De feitenverzameling zelf leidt soms tot verdere escalatie.

4. FEITEN IN DE MEDIATION

Mediation is een specifieke vorm van conflictbemiddeling. Deze vorm van bemiddeling heeft – zoals al globaal aangegeven – twee hoofdkenmerken. De eerste daarvan is dat veel aandacht wordt gegeven aan het herstel van de verstoorde communicatie tussen partijen en daarmee aan de achterliggende emoties en verstoorde relaties, telkens voor zover die emoties en verstoorde relaties een oplossing in de weg staan.⁸ Conflicten oplossen zonder de daaraan ten grondslag liggende gevoelens als deel van het conflict te beschouwen zien de grondleggers van de mediationmethode als ‘het uitvoeren van een opera

8. Mediation is geen therapie en het wegwerken van emoties en het verbeteren van relaties is geen doel op zichzelf maar staat uitsluitend in dienst van het vinden van een wederzijds bevredigende oplossing voor het conflict.

zonder muziek'.⁹ Ook wordt gebruik gemaakt van het besef dat herstelwerkzaamheden op het relationele vlak niet kunnen worden verricht door over inhoud te praten.¹⁰ De mediator is daarom getraind in specifieke vaardigheden die dat mogelijk maken. Het andere hoofdkenmerk van mediation is de daarin gebruikte onderhandelingsmethode: de Harvard-methode, welke met name inhoudt dat er op basis van belangen en niet op basis van gelijk/ongelijk wordt onderhandeld. Anders dan in de civiele procedure kan niet op voorhand worden gezien welke feiten relevant zullen zijn. Het verhaal van beide partijen mag volledig verteld worden. Emoties van de een zijn feiten voor de ander. Al doende wordt er tijdens de mediation een nieuw – gezamenlijk – verhaal gemaakt, waar partijen zelf de relevantie van feiten bepalen. Het verleden zal in het begin zeker een rol spelen, maar snel zal de focus verlegd worden naar feiten die van belang zijn om de toekomst in te richten. Soms kunnen partijen het in de mediation ook niet eens worden over zaken die zich in het verleden hebben afgespeeld. Als de partijen weer kunnen communiceren leidt dat er dikwijls toe dat ze die feiten laten rusten en ondanks het verschil van inzicht toch afspraken gaan maken voor de toekomst.

Kort samengevat: Het verhaal van de partijen mag helemaal verteld worden, er is geen externe trechter. Door herformuleringen van de mediator worden beide verhalen omgesmeed tot een gemeenschappelijk verhaal met waarschijnlijk wel verschillend gekleurde facetten. De partijen bepalen zelf welke belangen worden gedestilleerd en welke feiten voor de toekomstgerichte oplossing van belang zijn. Niet alle feiten behoeven vast te staan. Emoties zijn ook feiten.

9. Stone, Patton and Heen. *Difficult Conversations*, Harvard Negotiating Project, Penguin books, 2000, blz 13.

10. Hierover zeer verhelderend: F. Schulz von Thun, "Hoe bedoelt u?", een psychologische analyse van menselijke communicatie, Wolters Noordhoff, 1999.

Schematisch

<i>Procederen</i>	<i>Mediation</i>
relevantie feiten bepaald door vordering en verweer binnen de relevante rechtsregels: rechter bepaalt trechter	relevantie feiten bepaald door partijen
partijen streven eigenbelang na	partijen streven ook eigenbelang na, maar zij stemmen van tevoren in met het zoeken naar een oplossing in wederzijds belang
rechtens relevante feiten liggen in het verleden	voor de oplossing relevante feiten liggen grotendeels in heden of toekomst
	feiten zijn soms nodig voor het opheffen van misverstanden en herstel van de communicatie
relevante feiten moeten vaststaan en bij betwisting bewezen worden	feiten kunnen in het midden blijven

5. FEITEN ZIJN FEITEN?

De voorbeeldcasus is zo gekozen dat de relevante feiten in de procedure volledig verschillen van de in de mediation waarschijnlijk relevante feiten. Dit is uiteraard lang niet altijd het geval. Meestal zullen de feiten die in de mediation of de procedure relevant zouden blijken te zijn elkaar overlappen. Onveranderlijk is het echter zo dat het verhaal van de partijen zeer gefilterd bij de rechter aankomt.

De verschillende methodiek van procederen en mediation brengt dat mee. In de procedure is het doel om te winnen en het rechtsstrijd-model brengt mee dat de partijen niet snel de over en weer gestelde feiten erkennen zodat er in de civiele procedure veel tijd wordt besteed aan het vaststellen van feiten door middel van getuigenverhoren of andere bewijsmiddelen. Zoals ik al aangaf komt dat vaak neer op het vragen naar de aan partijen bekende weg. In mediation staat het verhaal van beide partijen centraal en vanaf het begin wordt aanvaard dat de partijen met een verschillende bril naar de werkelijkheid en het geschil kijken. Ook hier begint het verhaal van iedere partij met de implicatie dat hijzelf goed zit en de ander fout. Bij de verdere ontwikkeling in de mediation wordt het verhaal ingekleurd door beider

perspectief. Uiteindelijk blijkt de kern voor de oplossing meestal te zitten in de erkenning van wat voor de ander belangrijk is. Uit het voorbeeld: het perspectief van Keuken B.V. was: regel is regel. Het perspectief van Bouw B.V. was: afspraak is afspraak. Vanuit dat perspectief gezien zat de een goed en de ander fout. Omdat bij het ontstaan van het conflict niet de tijd was genomen om elkaars perspectief te bezien, noch om eens echt goed naar elkaars belangen te kijken, is het conflict geëscaleerd. Zodra de directeurs kunnen zien dat de ander eigenlijk ook vanuit een te respecteren motief handelt is de weg open naar de onderhandeling over een oplossing op basis van wederzijdse belangen. Dit klinkt simpel maar het recept is beproefd en behoeft wat mij betreft geen nader bewijs. Met de kanttekening dat de escalatiegraad van het conflict en de bereidheid van de partijen een oplossing te zoeken doorslaggevend is voor de mogelijkheid van een geslaagde mediation. Als echter de angel zo uit het conflict gehaald kan worden blijken tevoren belangrijk gevonden feiten ieder belang te verliezen.

6. SCHIKKEN EN MEDIATION

Zoals beloofd kom ik terug op de schikkingsmogelijkheden van de civiele rechter. Schikken bij de rechter kan verschillende vormen aannemen.¹¹ In de eerste plaats kan er een compromis worden gesloten, waarbij het verschil tussen vraag en aanbod wordt gedeeld. Daarnaast kunnen partijen gaan schikken op basis van de vermoedelijke uitkomst van de procedure of op basis van de nog verwachte kosten of tijdsduur van de procedure. In deze gevallen zijn de rechtens relevante feiten respectievelijk irrelevant of juist heel relevant. Anders wordt het als de rechter probeert om een schikking op basis van belangen te bewerkstelligen. Dan zal het volledige verhaal van partijen met de bijbehorende emoties op tafel moeten kunnen komen terwijl bovendien andere feiten een rol kunnen gaan spelen en zelfs kan blijken dat de partijen en passant aangeven dat zij bepaalde betwiste feiten in wezen erkennen of dat het belang van een bepaalde procesuele standpunt uitsluitend *pour besoin de la cause* wordt aangenomen. Op dat moment wordt het riskant. Immers, de behandelend rechter zal, als de partijen het niet eens worden, vervolgens gaan beslissen. Stel

11. Zie hierover meer uitgebreid TCR, noot 5.

dat tijdens de schikkings-onderhandelingen de houdbaarheid van de juridische standpunten wordt bedorven? Mag de andere partij daar gebruik van maken door niet akkoord te gaan met een schikkingsvoorstel en vervolgens aan de rechter vragen daar rekening mee te houden? En wat doet de rechter als de schikking mislukt en er tijdens de besprekingen zaken zijn gepasseerd die het belang van de eiser of verweerder bij een bepaalde vordering of verweer ondermijnen? Ik heb al eerder verdedigd dat de rechter die een zaak op basis van onderliggende belangen wil schikken vervolgens – als de zaak niet wordt geschikt – de zaak aan een ander zou moeten overdragen. Daarnaast zou het van service getuigen als de rechter aan het begin van de comparitie aangeeft welke vorm van schikking hij gaat bezigen zodat de partijen daar al of niet mee kunnen instemmen.¹² Als doorverwijzing naar mediation een structureel onderdeel van de rechterlijke mogelijkheden zou worden dan zou het wellicht de voorkeur hebben die vorm van “schikken” aan mediators over te laten, zoals nu al bij de aan het project Mediation naast Rechtspraak deelnemende gerechten gebeurt.¹³

7. CONCLUSIES EN NIEUWE VRAGEN

De huidige regeling van de civiele procedure houdt noodzakelijkerwijs de vertrechtering van feiten in, de vervreemding van de procespartij van zijn eigen conflict is min of meer ingebakken. Dit zal na de invoering van de nieuwe rechtsvorderingsregels alleen maar versterken, waar de substantiëringsplicht nog stringenter wordt ingevoerd. De juridische standpunten moeten voortaan nog steviger en voorzien van alle rechtens relevante feiten worden ingenomen. Zou dat niet anders kunnen? Wat zou er gebeuren als de partijen zouden kunnen

12. Conform de door F. van Schaik uitgesproken wens in: De moderne schikkingscomparitie en regel 13 van de Gedragsregels voor advocaten, Tremas 2001, blz 162-165.

13. Informatie over het project kan worden opgevraagd bij het landelijk bureau Mediation R.M., 026-3592805, mediation@hetnet.nl; Zie daarover ook: ‘Ervaringen, valkuilen en leerpunten in het project Mediation naast rechtspraak’, M. Pel.In: Tijdschrift voor Arbitrage 2001, nr 2, p 41-49; ‘La Médiation judiciaire in Frankrijk. De wettelijke regeling in Frankrijk vergeleken met de projectmatige aanpak in Nederland’. M. Pel In: TMD (Tijdschrift voor Mediation) 2001, blz 28-31; ‘Mediation naast rechtspraak. Uitvoering van het landelijk project mediation Rechterlijke Macht’, M. Pel, Justitiële verkenningen, december 2000, p 25 e.v.

volstaan met een feitenrelaas volgens hun eigen visie met vervolgens de probleemstelling, zonder daarbij de eigen gekozen oplossing aan te geven. Dan zou vervolgens een schikkingsbijeenkomst kunnen plaatsvinden waar de partijen zonder gezichtsverlies kunnen regelen, want zij hebben zich nog niet aan winnen of verliezen gecommitteerd en zij hebben nog niet de enig juiste oplossing aangedragen. Pas als een dergelijke bijeenkomst geen resultaat heeft zouden de partijen kunnen kiezen voor ofwel mediation ofwel alsnog procederen.

Ten slotte: mediation heeft niet het 'alleenrecht' op belangen. Ook in het burgerlijk recht spelen zij een grote rol. Het lijkt er echter op alsof de schrijvers het erover eens zijn dat op die basis rechtvaardige oplossingen te bedenken zijn, maar ook dat de civiele procedure daarvoor niet het juiste forum is,¹⁴ althans dat deze daarvoor minstens verbouwd moet worden.¹⁵ Ik ben het daarmee eens, zoals uit het voorgaande mag blijken. Anderzijds zou nader onderzoek naar het in het burgerlijk recht gebruikt begrip 'belang' aan het licht kunnen brengen of daarmee telkens hetzelfde wordt bedoeld als het in mediation gebruikt begrip belang. Ook zou bezien kunnen worden of de civiele procedure ook ruimte zou bieden voor procederen in wederzijds belang in plaats van alleen in het eigenbelang. Een nader onderzoek naar het belang van belangen in het burgerlijk (proces)recht lijkt mij in ieders belang.

14. M.W. de Hoon, Opzegging in overleg, NJB2001, 891-895, zij meent dat het een goede zaak zou zijn als het recht concreter zou aansturen op een proces waar partijen zelf rond de tafel gaan zitten om te proberen de samenwerking onder gewijzigde omstandigheden voort te zetten of op een voor de partijen minst schadelijke wijze af te wikkelen, waarbij de eenzijdige beeldvorming van de belangen van de ander zoveel mogelijk gereduceerd moet worden.

15. Zie J.M. Barendrecht en E.J.M. van Beukering-Rosmuller, Recht rond onderhandeling: Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraak die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2000, p 171-187.

Klachtencommissies in de gezondheidszorg

*L.E. Kalkman-Bogerd**

1. INLEIDING

Op 1 augustus 1995 is de Wet klachtrecht cliënten zorgsector in werking getreden (WKCZ).¹ De wet kent een lange voorgeschiedenis. Reeds in de jaren tachtig was er een wetsvoorstel ingediend, waarin een regeling van het klachtrecht was opgenomen: het wetsvoorstel Democratisch Functioneren Zorginstellingen. Uiteindelijk zijn de in dit wetsvoorstel opgenomen onderwerpen in twee afzonderlijke wetten geregeld. De medezeggenschap in de wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen² en het klachtrecht in de WKCZ. Met de wet wordt één uniforme regeling van klachtbehandeling binnen de gezondheidszorg (en enkele aanverwante terreinen) beoogd, die wordt gekenmerkt door laagdrempeligheid en snelle afdoening.³ Recht doen aan de individuele patiënt is de primaire doelstelling van het in de WKCZ geregelde klachtrecht. Handhaving van een hoog kwaliteitsniveau van de beroepsuitoefening (de primaire doelstelling in het tuchtrecht voor de gezondheidszorg) is één van de secundaire doelstellingen, naast herstel van de hulpverleningsrelatie, handhaving van recht, verminderen van machtsongelijkheid en het bevorderen van democratisering. Met het klachtrecht wordt de keuze van de ontevreden patiënt om actie te ondernemen, verruimd. Behalve het indienen van een tuchtklacht bij het tuchtcollege voor de gezondheidszorg, het doen van aangifte bij het openbaar ministerie en het instellen van een civiele schadevergoedingsactie, kan hij nu ook de weg van het klachtrecht volgen. De verschillende procedures kunnen na elkaar of tegelijkertijd plaatsvinden.

* Mw. mr. L.E. Kalkman-Bogerd is als universitair docent gezondheidsrecht verbonden aan de Universiteit Leiden.

1. Stb. 1995, 308.

2. Stb. 1996, 204.

3. Wel geldt voor onvrijwillig opgenomen patiënten (op grond van de Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, de Wet BOPZ) een bijzondere regeling voor klachtenbehandeling in artikel 41 Wet BOPZ. Zie par. 2.

De rol van de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) met betrekking tot klachtbehandeling is na de inwerkingtreding van de WKCZ ingrijpend gewijzigd. De Inspectie zal in beginsel niet meer als behandelaar van klachten optreden en zal ook niet als hogere beroepsinstantie (van uitspraken van klachtencommissies) gaan functioneren. Wel bestaat de mogelijkheid om misstanden te melden aan de Inspectie. Daarvoor is de Leidraad Onderzoek door de Inspectie voor de Gezondheidszorg naar aanleiding van meldingen opgesteld.⁴ De melding wordt onderzocht als de zaak van structurele betekenis is voor de kwaliteit van de gezondheidszorg. Wanneer het een eenmalige gebeurtenis betreft, zonder structurele betekenis voor de kwaliteit van de gezondheidszorg, blijft een onderzoek achterwege.⁵

2. DE WKCZ OP HOOFDLIJNEN

2.1 Reikwijdte (art. 1 WKCZ)

De reikwijdte van de wet is ruim. Een ieder (zowel een rechtspersoon, bijvoorbeeld een ziekenhuis, als een natuurlijk persoon die zelfstandig werkzaam is, bijvoorbeeld de individuele huisarts of de op basis van een toelatingscontract in een ziekenhuis werkzame specialist) die zorg verleent, zoals omschreven bij of krachtens de Ziekenfondswet (ZFW) en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) en de Overgangswet verzorgingshuizen, valt onder de reikwijdte van de wet. Tevens is de wet van toepassing op degene die zorg verleent op het terrein van de maatschappelijke dienstverlening (o.a. algemeen maatschappelijk werk en kinderopvang) en de verslavingszorg, alsmede op de werkzaamheden van de gemeentelijke gezondheidsdienst.

Voor de gezondheidszorg is de bepaling van de zorg, zoals omschreven in de ZFW en de AWBZ het meest van belang. Uit de formulering van deze bepaling volgt dat de WKCZ van toepassing is in alle gevallen waarin zorg wordt verleend, zoals omschreven in de

4. Stcrt 1996, 236. De Leidraad klachtenonderzoek Staatstoezicht op de Volksgezondheid (Stcrt 1988, 10) is na de inwerkingtreding van de WKCZ ingetrokken.

5. Artikelen 4 en 5 van de Leidraad Meldingen IGZ.

ZFW en de AWBZ, onafhankelijk van de wijze van financiering.⁶ Dit betekent dat de wet ook van toepassing is, als de zorg wordt verleend aan personen die een particuliere ziektekostenverzekering hebben gesloten. De WKCZ is niet van toepassing als zorg wordt verleend die niet is omschreven in de ZFW en de AWBZ, bijvoorbeeld bepaalde alternatieve geneeswijzen.

Artikel 1 lid 4 WKCZ beperkt de reikwijdte van de wet. De wet is niet van toepassing op klachten van onvrijwillig in een inrichting opgenomen cliënten, voor zover deze overeenkomstig een bijzondere wettelijke regeling door een klachtencommissie behandeld kunnen worden. De belangrijkste is de klachtenregeling van artikel 41 van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet BOPZ). Deze regeling heeft betrekking op klachten over een beperkt aantal onderwerpen (vaststelling wilsonbekwaamheid, toepassing van dwangbehandeling, dwangmiddelen, vrijheidsbeperkende maatregelen en het niet toepassen van het overeengekomen behandelingsplan) en leidt tot een bindende beslissing van de klachtencommissie, waartegen in het algemeen beroep op de rechter mogelijk is. Voor klachten over andere dan de in artikel 41 BOPZ genoemde onderwerpen, staat voor de onvrijwillig opgenomen patiënt het klachtrecht van de WKCZ open. Voor vrijwillig in een psychiatrisch ziekenhuis opgenomen patiënten geldt alleen de WKCZ.

2.2 De klacht

Waarover kan de klager klagen? De WKCZ heeft het begrip klacht als zodanig niet gedefinieerd maar geeft een omschrijving van het begrip ‘gedraging’: enig handelen of nalaten alsmede het nemen van een besluit dat gevolgen heeft voor een cliënt. Over iedere gedraging kan worden geklaagd. Er zijn geen beperkingen opgenomen. Het kan gaan om gedragingen in de relationele sfeer (bejegening van de patiënt), gedragingen van medisch-technische aard (verkeerde behandeling, gemiste diagnose e.d.), gedragingen betreffende de informatieverstrekking, gedragingen die de organisatie betreffen (lange wachttijden, slechte bereikbaarheid e.d) en gedragingen met een financieel karakter (hoogte van de rekening).

6. Ook op grond van de ZFW of AWBZ gesubsidiëerde voorzieningen (bijvoorbeeld in vitro fertilisatie) vallen onder de zorg zoals omschreven bij of krachtens de ZFW en AWBZ, B. Sluijters, (Tekst en Commentaar Gezondheidsrecht), art.1 Wet klachtrecht cliënten zorgsector, aant. 3.

2.3 De zorgaanbieder

De zorgaanbieder, dat wil zeggen de instelling of de zelfstandige beroepsbeoefenaar, is op grond van de WKCZ verplicht om een regeling te treffen voor de behandeling van klachten over een gedraging van hem of van voor hem werkzame personen jegens een cliënt (art. 2 lid 1). De zorgaanbieder moet de regeling bekend maken aan cliënten, bijvoorbeeld in de patiëntenfolder die bij ziekenhuisopname wordt verstrekt, of door het ophangen van een mededeling in de wachtkamer. Aan de inhoud van de regeling stelt de wet enige summiere eisen, die hierna besproken zullen worden. Andere verplichtingen van de zorgaanbieder zijn: erop toezien dat de klachtencommissie haar werkzaamheden verricht volgens een door de commissie op te stellen reglement,⁷ reageren op het oordeel van de klachtencommissie; in deze reactie aan de klager en de klachtencommissie moet meegedeeld worden of naar aanleiding van het oordeel maatregelen genomen zullen worden en zo ja welke⁸ en het opstellen van een openbaar jaarverslag, waarin het aantal en de aard van de door de klachtencommissie behandelde klachten moet worden aangegeven en dat aan de Inspectie voor de Gezondheidszorg moet worden toegezonden.

2.4 Het instellen van de klachtencommissie en de klachtbehandeling

Samenstelling klachtencommissie.

De zorgaanbieder moet een klachtencommissie instellen die bestaat uit ten minste drie leden, waaronder een voorzitter die niet werkzaam is voor of bij de zorgaanbieder. Deze voorwaarde met betrekking tot

7. De verhouding tussen dit klachtenreglement en de klachtenregeling is niet geheel duidelijk. In de praktijk wordt veelal gebruik gemaakt van één document, waarin alle regels die betrekking hebben op het klachtrecht van de WKCZ zijn opgenomen. Zie bijvoorbeeld de Modelregeling klachtenbehandeling gezondheidszorg, opgesteld door de KNMG, MC 1998, nr. 17, p. 592-594 met een toelichting van R. M. S. Doppegieter in datzelfde nummer, p. 590-591.
8. De WKCZ bepaalt niet dat de zorgaanbieder de reactie ook moet sturen aan degene over wie is geklaagd (wanneer dat een ander is dan de zorgaanbieder). Een goede werkverhouding brengt mee dat de zorgaanbieder dat wel doet. Zie B. Sluijters, a.w., art. 2 WKCZ, aant. 17 en een uitspraak van de Landelijke Klachtencommissie Thuiszorg (LKT) in: Uitspraken Klachtrecht cliënten zorgsector, 1999, nr. 3-4, p. 24-25.

de voorzitter is opgenomen om de onafhankelijkheid van de klachtencommissie te waarborgen. Vaak is de voorzitter een jurist maar verplicht is dat niet. Verder bestaat er grote vrijheid ten aanzien van de samenstelling, zowel wat betreft de omvang als wat betreft de te benoemen personen. Soms bestaat de commissie met uitzondering van de voorzitter geheel uit personen die voor de zorgaanbieder werkzaam zijn, terwijl andere commissies geheel uit buitenstaanders zijn samengesteld. Vaak wordt in een klachtencommissie een vertegenwoordiger van een patiëntenorganisatie opgenomen. Voor een instelling is het nuttig dat representanten van de verschillende daar werkzame beroepen in de klachtencommissie zitting hebben. Aan de behandeling van een klacht mag niet worden deelgenomen door een persoon op wiens gedraging de klacht rechtstreeks betrekking heeft (art. 2 lid 2 onder b).

Meestal worden de leden van de klachtencommissie door de zorgaanbieder benoemd, al dan niet op voordracht voor bepaalde plaatsen door bijvoorbeeld de medische staf of de ondernemingsraad. Als aan de instelling een cliëntenraad is verbonden, heeft deze een zogenaamde zware adviesbevoegdheid met betrekking tot het benoemen door de zorgaanbieder van leden van de klachtencommissie (art. 3 lid 1 onder k en art. 4 lid 2 Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen). Het instellen van een klachtencommissie kan in rechte worden afgedwongen (art. 3 WKCZ).⁹

Het indienen van de klacht.

Door of namens de cliënt kan bij de klachtencommissie een klacht tegen een zorgaanbieder worden ingediend over een gedraging van hem of van voor hem werkzame personen jegens een cliënt (art. 2 lid 4). De cliënt kan zelf de klacht indienen of een vertegenwoordiger aanwijzen die namens hem de klacht indient. Wel moet vaststaan dat van vertegenwoordiging sprake is, bijvoorbeeld door een aan de klachtbrief gehechte machtiging van de cliënt of een mede door cliënt ondertekende klachtbrief. Indien in een voorkomend geval onduidelijk is of er sprake is van vertegenwoordiging kan de secretaris van de klachtencommissie navraag doen. Anderen dan cliënten en hun vertegenwoordigers hebben geen zelfstandig klachtrecht. Anders dan

9. Kantonrechter Eindhoven, 3 maart 1998, TvGR 1999/26: huisarts bevolen om klachtenregeling in het leven te roepen.

in het tuchtrecht, heeft de Inspectie voor de Gezondheidszorg geen klachtrecht, evenmin als personen die anders dan als cliënt, bijvoorbeeld als bezoeker, met de zorgaanbieder in aanraking komen. In een uitspraak van de kantonrechter te Groningen wordt overwogen dat verzoeker (een zoon van cliënt) niet kan klagen over de wijze waarop het verzorgingshuis zich jegens hem heeft gedragen. Dat valt buiten de reikwijdte van de WKCZ.¹⁰ Voor vertegenwoordiging van de cliënt als deze wilsonbekwaam is (niet in staat tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake), is in de WKCZ geen regeling opgenomen. De parlementaire geschiedenis noemt als vertegenwoordigers: de door de cliënt zelf aangewezen vertegenwoordiger, wettelijk vertegenwoordiger en de zaakwaarnemer.¹¹ Een redelijke grond voor waarneming zal er alleen zijn, wanneer een andere vorm van vertegenwoordiging ontbreekt (art. 6: 198 BW).¹² Het is opvallend dat in de WKCZ de kring van vertegenwoordigers, zoals geregeld in artikel 7:465 BW (WGBO), niet is overgenomen. Een reden voor deze afwijking van de WGBO is niet gegeven. Een gelijke regeling voor vertegenwoordiging verschaft mijns inziens meer duidelijkheid. Bij aanpassing van de WKCZ naar aanleiding van de wetsevaluatie zou alsnog de vertegenwoordigingsregeling van de WGBO van toepassing verklaard kunnen worden.

Tenslotte bestaat nog de mogelijkheid een klacht in te dienen over een gedraging jegens een inmiddels overleden cliënt (art. 2 lid 6). De klacht kan worden ingediend door nabestaanden in de ruimste zin van het woord.

Aan het indienen van de klacht worden geen vereisten gesteld. In de reglementen van de klachtencommissies is veelal als voorwaarde opgenomen dat de klacht schriftelijk wordt ingediend (eventueel met hulp van een klachtenfunctionaris).

Hoor en wederhoor

Na indiening van de klacht volgt een procedure van hoor en wederhoor (art. 2 lid 2 onder e). Klager en degene over wie is geklaagd (de zorgaanbieder of een voor hem werkzame persoon) worden door de klachtencommissie in de gelegenheid gesteld mondeling of schriftelijk

10. Kantonrechter Groningen 23 september 1999, TvGR 1999/77.

11. MvA, TK 23040, nr. 5, p. 24 en NEV, TK 23040, nr. 7, p. 6-7.

12. B. Sluijters, a.w. art. 2 WKCZ, aant. 15.

een toelichting te geven op de gedraging waarover is geklaagd. Als de klacht zich niet tegen een gedraging van de zorgaanbieder zelf richt, maar tegen een gedraging van een voor hem werkzame persoon, staat de zorgaanbieder bij het hoor en wederhoor buiten spel. Terecht geeft Sluijters aan dat hier iets niet klopt. Temeer omdat het wel de zorgaanbieder is die op het oordeel van de klachtencommissie moet reageren (art.2 lid 5). Het euvel zou te verhelpen zijn door in de klachtenregeling te bepalen dat steeds ook de zorgaanbieder zelf de gelegenheid krijgt schriftelijk of mondeling een toelichting te geven.¹³ Soms vindt het horen alleen schriftelijk plaats, meestal wordt na een schriftelijke ronde betrokkenen de mogelijkheid geboden een mondelinge toelichting te geven; bij voorkeur in elkaars tegenwoordigheid. Klager en degene over wie is geklaagd kunnen zich bij de behandeling van de klacht laten bijstaan (art. 2 lid 2 onder f).

*Oordeel klachtencommissie*¹⁴

Binnen een bepaalde (in de klachtenregeling vastgelegde) termijn moet de klachtencommissie tot een oordeel komen over de gegrondheid van de klacht. Dit oordeel moet schriftelijk zijn en gemotiveerd en eventueel vergezeld van aanbevelingen.¹⁵ De klager, degene over wie is geklaagd en, indien dit niet dezelfde persoon is, de zorgaanbieder worden van dit oordeel in kennis gesteld (art. 2 lid 2 onder c). Afwijking van de termijn moet aan betrokkenen worden meegedeeld met motivering en vermelding van de termijn waarbinnen de klachtencommissie haar oordeel over de klacht zal uitbrengen (art. 2 lid 2 onder d). De commissie moet steeds tot een gemotiveerd oordeel komen over de klacht, ongeacht de zwaarte van de klacht of de ingewikkeldheid.¹⁶ Wel blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de klachtenregeling primair bedoeld is voor een snelle summiere afhandeling van

13. B. Sluijters, a.w., art. 2 WKCZ, aant. 12.

14. In de uitgave: Uitspraken Klachtrecht cliënten zorgsector (Bohn Stafleu Van Loghum, Houten) worden interessante uitspraken van klachtencommissies gepubliceerd. Voor een model uitspraak van een klachtencommissie zie: Uitspraken Klachtrecht cliënten zorgsector, 1999, nr. 3-4, p. 26-31.

15. Bijvoorbeeld: meer aandacht voor het bijhouden van het medisch dossier, wenselijkheid van een training in communicatie voor artsen, opstellen van een protocol voor pijnbestrijding bij terminale patiënten, e.d..

16. MvT, TK 23040, nr. 3, p. 18-22.

eenvoudige klachten.¹⁷ Bovendien is niet voorzien in een aparte financiering voor klachtenbehandeling.¹⁸ Van het inschakelen van deskundigen of het horen van getuigen moet daarom spaarzaam gebruik gemaakt worden. In een aantal gevallen zal de commissie tot niet meer dan een globaal oordeel kunnen komen of, gezien de beperkingen van het onderzoek, in het geheel niet in staat zijn om de kwestie te beoordelen. In dat laatste geval moet worden beslist dat het onderzoek niet tot de gegrondheid van de klacht kan doen besluiten. Wel kan de commissie in dit soort gevallen aan klager de vraag voorleggen of de klachtencommissie wel de juiste instantie is om de klacht te behandelen. Als klager behandeling door de klachtencommissie wil, moet de commissie de klachtenprocedure voortzetten. Ook als klager met betrekking tot de klacht andere procedures heeft lopen, bijvoorbeeld een tuchtklacht of een schadeclaim, moet de commissie de klacht in behandeling nemen. De klachtencommissie kan weliswaar een schadeclaim niet beoordelen maar zij kan wel een oordeel geven over de gedraging die aan de schadeclaim ten grondslag wordt gelegd.¹⁹ Het oordeel van de klachtencommissie heeft geen bindende kracht. De zorgaanbieder hoeft het oordeel en de eventuele aanbevelingen van de klachtencommissie niet op te volgen en in een eventueel volgende civiele-, straf- of tuchtprocedure heeft de uitspraak van de klachtencommissie geen precedentwerking.²⁰ Wel is de zorgaanbieder verplicht op het oordeel te reageren (zie par. 2.3). Tegen een uitspraak van de klachtencommissie kan geen beroep worden ingesteld. Een klager die ontevreden is over de uitspraak, kan in dat geval zijn heil nog elders zoeken, bijvoorbeeld door het indienen van een tuchtklacht. De zorgaanbieder en/of degene over wie is geklaagd, heeft deze mogelijkheid niet.

17. MvT, TK 23040, nr. 3, p. 2-3; MvA, TK 23040, nr. 5, p. 10.

18. MvA, TK 23040, nr. 5, p. 40.

19. Rb Rotterdam, 8 oktober 1997, TvGR 1997/12: een klacht over een gedraging die tevens aanleiding was voor aansprakelijkheidsstelling moest door de klachtencommissie in behandeling worden genomen. Beperking van het klachtrecht tot klachten die geen betrekking hebben op aansprakelijkheidsstelling en/of schadevergoeding is niet in overeenstemming met de WKCZ.

20. In de praktijk wordt door de tuchtrechter wel acht geslagen op een oordeel van de klachtencommissie over hetzelfde geval en aansprakelijkheidsverzekeraars willen met betrekking tot ingediende claims geïnformeerd worden over een eventueel oordeel van de klachtencommissie dat betrekking heeft op de gedraging die aanleiding was voor het indienen van de claim.

Geheimhouding (art. 4 WKCZ)

Een ieder die betrokken is bij de klachtenregeling, de klachtencommissie, de zorgaanbieder, eventueel ingeschakelde deskundigen, en daarbij kennis krijgt van vertrouwelijke gegevens, is verplicht tot geheimhouding daarvan. De geheimhoudingsplicht geldt niet, wanneer een wettelijk voorschrift tot bekendmaking verplicht (bijvoorbeeld art. 2 lid 2 onder c WKCZ: bekendmaking van het oordeel aan de zorgaanbieder, ook als deze niet op de klacht is gehoord). Evenmin geldt de geheimhoudingsplicht wanneer uit de taak bij de uitvoering van de WKCZ de noodzaak tot bekendmaking voortvloeit. Hierbij kan gedacht worden aan de informatie over de klacht door de commissie aan degene over wie wordt geklaagd en de informatie door de commissie aan personen van wie zij het noodzakelijk vindt dat zij bij het onderzoek worden ingeschakeld. Artikel 4 behandelt niet de vraag of degene over wie wordt geklaagd en anderen die over cliëntgegevens beschikken deze in het kader van de klachtenprocedure aan de klachtencommissie mogen verstrekken. Uit artikel 7: 457 BW vloeit als hoofdregel voort dat verstrekking aan derden (in dit geval de klachtencommissie) alleen met toestemming van de cliënt geoorloofd is. Expliciete toestemming wordt niet als voorwaarde gesteld. Veelal wordt aangenomen dat de cliënt door indiening van de klacht toestemming geeft voor de verschaffing van patiëntengegevens in het kader van de klachtenprocedure (impliciete of veronderstelde toestemming).²¹ Daarnaast dient genoemd te worden de wet bescherming persoonsregistraties (WBP)²² die in de regel op patiënten/cliënten gegevens van toepassing zal zijn.²³ Ook in deze wet is een geheimhoudingsplicht opgenomen (art. 21 lid 2 WBP). Als uitzon-

21. In het tuchtrecht voor de gezondheidszorg, geregeld in de Wet BIG, wordt aangenomen dat beide partijen (klager en aangeklaagde) geen belemmeringen dienen te ondervinden ten aanzien van het naar voren brengen van relevante informatie. Ten aanzien van de aangeklaagde wordt gesteld dat het uit een oogpunt van 'fair trial' niet te aanvaarden is dat hij zou worden belemmerd in zijn verdediging doordat de patiënt-klager geen toestemming aan hem zou geven informatie te verstrekken aan het tuchtcollege. Dit betekent dat hij ook zonder toestemming van klager weergave kan doen van de aan de orde zijnde feiten en omstandigheden (wetsvoorstel Wet BIG, MvA, TK 19522, nr. 7, p. 82).

22. Stb. 2001, 180 en Stb. 2001, 250. De wet is op 1 september 2001 in werking getreden.

23. Zie art. 2 WBP (reikwijdte bepaling).

deringen op deze plicht worden onder andere genoemd: de wettelijke plicht, de taak die mededeling aan derden noodzakelijk maakt, voor zover deze derden die gegevens zelf ook mogen gebruiken op grond van artikel 21 lid 1 WBP, de uitdrukkelijke toestemming van betrokkene en de noodzaak voor de vaststelling, de uitoefening of de verdediging van een recht in rechte (art. 21 lid 2 en art. 23 lid 1 onder a en onder c WBP). Nu bij de klachtenprocedure -in tegenstelling tot de tucht- civiele- en strafprocedure- geen sprake is van de vaststelling, de uitoefening of de verdediging van een recht in rechte, is gegevensverstrekking door degene over wie is geklaagd aan de klachtencommissie mijns inziens alleen mogelijk met uitdrukkelijke toestemming van de klager. Op grond van de WBP is het niet toegestaan om van veronderstelde toestemming uit te gaan. Uitdrukkelijke toestemming, bijvoorbeeld door middel van een machtiging, is noodzakelijk.

2.5 Naleving (art. 3 WKCZ)

De cliënt of een aanwezige cliëntenraad kan de kantonrechter schriftelijk verzoeken de zorgaanbieder te bevelen artikel 2 WKCZ na te leven. Dit verzoekschrift kan pas worden ingediend, wanneer een verzoek aan de zorgaanbieder om de regeling na te leven, heeft gefaald. Ook dit verzoek moet schriftelijk worden gedaan en de zorgaanbieder moet een redelijke termijn worden gegeven om aan de regeling te voldoen. Is aan deze voorwaarde niet voldaan, dan wordt de verzoeker door de kantonrechter niet ontvankelijk verklaard. Van de procedure is inmiddels verschillende keren gebruik gemaakt. Als cliënt is overleden, kan naar analogie van artikel 2 lid 6, een nabestaande het verzoek indienen.²⁴ De wet bevat geen strafrechtelijke sancties. Wel zijn op grond van andere wetten sancties mogelijk. Hierbij valt te denken aan artikel 87a Wet BIG en artikel 7 Kwaliteitswet Zorginstellingen. Bij zorgverlening beneden een bepaald kwaliteitsniveau, kan door de overheid, met name door de Inspectie, worden ingegrepen (door het geven van een bevel of een aanwijzing). Volgens de parlementaire geschiedenis van de WKCZ vormt een goede klachtenprocedure onderdeel van verantwoorde zorgverlening. Als een klachtenprocedure ontbreekt, gebreken ver-

24. In artikel 3 worden nabestaanden weliswaar niet genoemd, maar omdat aan hen wel een klachtrecht wordt toegekend, wordt door de kantonrechter aangenomen dat zij zich ook tot de kantonrechter kunnen wenden met het verzoek een nalevingsbevel uit te vaardigen, Kantonrechter Groningen, 23 september 1999, TvGR 1999/77.

toont, of niet wordt nageleefd, zou ingrijpen op grond van deze wetten mogelijk zijn.²⁵ Voor zover mij bekend, heeft een dergelijk ingrijpen tot nu toe niet plaatsgevonden.

3. ENKELE KANTTEKENINGEN

Veel zorgaanbieders hebben naast de door de WKCZ voorgeschreven klachtenprocedure een klachtenfunctionaris die is belast met klachtenbemiddeling. De bemiddelaar geeft geen oordeel over de klacht maar probeert samen met betrokkenen tot een oplossing van het probleem te komen. In de WKCZ ontbreekt een regeling voor bemiddeling terwijl in de praktijk veel meer klachten worden bemiddeld dan behandeld door een klachtencommissie. Een groot voordeel van bemiddeling is de kans op herstel van de hulpverleningsrelatie, omdat bij bemiddeling de klacht minder escaleert, een oordeel over de gegrondheid van de klacht kan immers achterwege blijven. Veel klachten lenen zich goed voor bemiddeling. Informatie aan klager over deze vorm van klachtenopvang is van groot belang. Overigens mag klachtenbemiddeling niet als voorwaarde worden gesteld om een klacht bij de klachtencommissie in te kunnen dienen. In de praktijk blijkt dat de meeste klachten door bemiddeling worden opgelost en dat maar een klein aantal voor een oordeel aan de klachtencommissie wordt voorgelegd.²⁶ Een aanpassing van de WKCZ met daarin een regeling voor de klachtenbemiddeling wordt door de minister (naar aanleiding van het evaluatierapport over de WKCZ) echter niet overwogen.²⁷

Met de invoering van het in de WKCZ geregelde klachtrecht zijn de mogelijkheden om te klagen verruimd. Als het WKCZ-klachtrecht de klager tot tevredenheid stemt, zou dit een afname van andere procedures (met name tuchtrechtelijke) tot gevolg kunnen hebben. Uit de evaluatie van de WKCZ blijkt inmiddels dat het merendeel van de klagers niet tevreden is over de klachtenprocedure²⁸ en voor een

25. Zie NEV, TK 23040, nr. 7, p. 9.

26. Idem, p. 90.

27. TK 1999-2000, 26800 XVI (Begroting VWS), standpunt van de minister van VWS inzake het rapport Evaluatie Wet klachtrecht cliënten zorgsector, p. 7.

28. ZorgOnderzoek Nederland, Evaluatie Wet klachtrecht cliënten zorgsector, R. D. Friele, C. de Ruiter, F. van Wijnen, J. Legemaate, Den Haag 1999, p. 114. Bijna tweederde van de klagers heeft na afloop van de klachtenprocedure niet het gevoel

afname van het aantal tuchtklachten zijn geen aanwijzingen te vinden. Wel komt het geregeld voor dat klager na het oordeel van de klachtencommissie over hetzelfde voorval een tuchtklacht indient of betrokkene civielrechtelijk aansprakelijk stelt.²⁹ De primaire doelstelling van het klachtrecht, ‘het recht doen aan de patiënt’ is derhalve niet bereikt. Veel onvrede vloeit voort uit de verwachtingen die de klager van de klachtenprocedure heeft, bijvoorbeeld dat de klachtencommissie zonder meer het standpunt van klager zal volgen of dat de klachtencommissie afdwingbare maatregelen aan de zorgaanbieder kan opleggen. Als dan vervolgens de klachtencommissie de klacht niet of niet geheel gegrond verklaart of, in geval van gegrondverklaring, de zorgaanbieder geen aanleiding ziet om maatregelen te treffen, zal de tevredenheid bij klager niet groot zijn. Het is daarom van groot belang om bij klager na te gaan wat hij met zijn klacht wil bereiken en om goed aan te geven wat de mogelijkheden en onmogelijkheden van de procedure voor de klachtencommissie zijn. Op die wijze kan een heleboel onvrede worden voorkomen.

De zorgaanbieders en voor hen werkzame personen worden op hun beurt geconfronteerd met een extra dreiging aangesproken te worden door een cliënt die om wat voor reden dan ook ontevreden is over een gedraging van de hulpverlener. Er worden immers geen beperkingen gesteld aan het indienen van een klacht: het is een laagdrempelige goed toegankelijke procedure die als primaire doel het recht doen aan de patiënt heeft. Ook klachten van zeer lastige patiënten of in de ogen van de hulpverlener onbenullige klachten (bijvoorbeeld: de dokter heeft me geen hand gegeven) dienen door de klachtencommissie in behandeling genomen te worden en te worden

dat hem of haar recht is gedaan en bijna de helft is ontevreden over de gang van zaken tijdens de klachtenbehandeling.

29. Ook is het voorgekomen dat klagers die ontevreden zijn over de behandeling van hun klacht door een klachtencommissie, een klacht over elk individueel commissielid hebben voorgelegd aan een tuchtcollege. De poging om via het tuchtcollege het functioneren van de klachtencommissie aan de orde te stellen, mislukt echter. Voor zover de leden van de klachtencommissie niet onder het wettelijk tuchtrecht vallen, verklaart het tuchtcollege zich onbevoegd. Voor zover de leden van de klachtencommissie wel aan het wettelijk tuchtrecht onderworpen zijn, verklaart zij de klacht niet ontvankelijk, omdat de werkzaamheden van de klachtencommissie niet vallen onder de noemer ‘handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg’, zoals omschreven in art. 47 lid 1 Wet BIG, Uitspraken Klachtrecht cliënten zorgsector, 2001, nr 3, p. 2-5.

beoordeeld. Daarnaast is de klachtencommissie bevoegd en tevens verplicht klachten te beoordelen die zeer gecompliceerd zijn of een medisch-technisch aspect betreffen, die bijzondere deskundigheid vereisen die binnen de klachtencommissie ontbreekt. Door artsen wordt in zo'n geval wel getwijfeld aan het vermogen van de commissie om de klacht goed te beoordelen.³⁰ Het ontbreken van een beroepsmogelijkheid wordt meer door klagers dan door aangeklaagden als een gebrek gezien.³¹

De klachtencommissie tenslotte is belast met een zeer lastige taak. Zij moet met de beperkte mogelijkheden die zij heeft, een oordeel geven over klachten van zeer uiteenlopende aard. Zij moet bij de behandeling van de klacht recht doen aan de patiënt maar moet tevens tot een onafhankelijk oordeel komen zonder vooringenomen standpunt over de klacht. Tevens moet aan betrokkenen duidelijk zijn wat er met de klachtenprocedure kan worden bereikt. Er komt een niet afdwingbaar oordeel over de klacht met eventuele -evenmin afdwingbare- aanbevelingen. Wordt op het oordeel door de zorgaanbieder niet gereageerd, dan staat de klachtencommissie met lege handen. Alleen de cliënt of de cliëntenraad kan in zo'n geval de rechter inschakelen (art. 3 WKCZ); de klachtencommissie heeft die bevoegdheid niet. Evenmin kan zij, wanneer de WKCZ niet behoorlijk wordt nageleefd, de Inspectie voor de Gezondheidszorg inschakelen, in verband met de op haar rustende geheimhoudingsplicht (art. 4 WKCZ), tenzij wellicht in een situatie die zo nijpend is dat van overmacht gesproken zou kunnen worden. Tijdens de evaluatie is de rol van de Inspectie bij klachten aan de orde geweest.³² In haar reactie overweegt de minister de volgende stappen, die enerzijds het uitgangspunt van de WKCZ

30. Dit blijkt uit een door de KNMG onder haar leden gehouden enquête. Zie MC 1999, nr. 14, p. 519. Artsen twijfelen nogal eens aan de deskundigheid van de leden van de klachtencommissie. Soms deed de commissie een aanbeveling die niet kon worden gerealiseerd, omdat dit in strijd zou zijn met de standaard binnen de eigen beroepsgroep of praktisch onwerkbaar was. Ook ontbrak het nogal eens aan een zorgvuldige weergave van de visies van partijen.

In het onderzoek uitgevoerd door ZON, a.w., p. 114, komt evenwel naar voren dat een ruime meerderheid van de aangeklaagden tevreden is over de klachtenbehandeling.

31. Zie het onderzoek, uitgevoerd door ZON, a.w., p. 115. In het door de KNMG onder haar leden uitgevoerde onderzoek, komt de wens van artsen naar een beroepsmogelijkheid wel uitdrukkelijk naar voren, MC 1999, nr. 14, p. 519.

32. Zie het onderzoek, uitgevoerd door ZON, a.w., p. 43.

(verantwoordelijkheid voor de klachtenbehandeling bij de zorgaanbieder) onverlet laten maar anderzijds de Inspectie meer betrokkenheid geven bij de klachtenbehandeling. Ten aanzien van de klachtencommissie wordt overwogen in de Klachtwet de geheimhoudingsplicht tegenover de Inspectie op te heffen. Hierdoor kan de klachtencommissie, indien zij meent dat daartoe termen aanwezig zijn, zich zelfstandig tot de Inspectie wenden. Verder zal het toezicht op de uitvoering van de Klachtwet uitdrukkelijk aan de Inspectie worden opgedragen. Ook wordt overwogen om voor de zorgaanbieder een verplichting in te voeren om ernstige en/of structurele problemen aan de Inspectie te melden. Het aan de Inspectie toe te zenden jaarverslag inzake de klachtenbehandeling moet meer informatie gaan bevatten. Zo moet duidelijkheid worden gegeven over het functioneren van de klachtencommissie, over de aantallen en de aard van de klachten plus over de acties die de zorgaanbieder naar aanleiding van de uitspraken van de commissie heeft genomen. Ook dit zal een wijziging van de Klachtwet met zich mee brengen.³³

Een ander probleem waarmee de klachtencommissie kan worden geconfronteerd is de onafhankelijkheid ten opzichte van de zorgaanbieder. Het komt voor dat de zorgaanbieder tracht de beoordeling van de klachtencommissie te beïnvloeden bijvoorbeeld door aan te dringen op aanpassing van een door de commissie gegeven oordeel, omdat hij zich in dat oordeel niet kan vinden. De vraag of de commissie wel goed functioneert wordt daarbij impliciet of expliciet aan de orde gesteld.³⁴ Een dergelijke handelwijze ondermijnt mijns inziens de onafhankelijkheid en de geloofwaardigheid van de klachtencommissie en kan een klachtencommissie danig in de verlegenheid brengen. Een zorgaanbieder dient de onafhankelijkheid van de klachtencommissie te respecteren evenals de door de commissie gedane uitspraken. Dit laat onverlet de mogelijkheid voor de zorgaanbieder om het met een oordeel van de klachtencommissie (of een onderdeel

33. TK 1999-2000, 26800 XVI (Begroting VWS), standpunt van de minister van VWS inzake het rapport Evaluatie Wet klachtrecht cliënten zorgsector, p. 7.

34. Argumenten die daarbij naar voren worden gebracht zijn: de commissie is niet voldoende deskundig, een uitspraak die op praktische problemen stuit, is per definitie ondeugdelijk evenals een oordeel dat indruist tegen door de zorgaanbieder gemaakte afspraken.

daarvan) niet eens te zijn. In zijn reactie aan de klager kan hij dat gemotiveerd aangeven.

4. KLACHTENCOMMISSIES: EEN AANWINST?

In de voorgaande paragrafen is de WKCZ besproken en van een aantal kanttekeningen voorzien. Uit de kanttekeningen bleek dat het klachtrecht nog niet in alle opzichten een succes is. Dat is jammer, omdat het uitgangspunt, een goede laagdrempelige klachtenregeling voor de gezondheidszorg, wel breed wordt onderschreven. Een aanpassing van de wet die de Inspectie meer betrokkenheid geeft en de positie van de klachtencommissie verduidelijkt (onafhankelijk van de zorgaanbieder en inschakeling Inspectie mogelijk) wordt overwogen. Tevens zou kunnen worden overwogen om de klachtencommissie en de Inspectie het recht te geven op grond van artikel 3 WKCZ de rechter in te schakelen, wanneer de zorgaanbieder de in artikel 2 WKCZ gestelde voorwaarden niet naleeft.

Echter ook los van eventuele aanpassing van de WKCZ kan de kwaliteit van de klachtenbehandeling en daarmee de tevredenheid over deze nieuwe vorm van klagen worden verbeterd. Zo is het voor alle betrokkenen bij de klachtenprocedure van groot belang op de hoogte te zijn van de voor de procedure geldende regels. Ook moet duidelijk zijn wat er van de klachtencommissie kan worden verwacht (een niet bindend oordeel met mogelijk aanbevelingen). De mogelijkheid van bemiddeling (als die er is) moet ter sprake zijn gebracht. Voor de klachtencommissie is goede informatievervalschafting door zowel klager als aangeklaagde een absolute noodzaak om tot een afgewogen oordeel over de klacht te komen. Deze informatie zal in eerste instantie schriftelijk worden gegeven en in tweede instantie mondeling tijdens de mondelinge hoor. Een mondelinge hoor is in de meeste gevallen heel nuttig en een waardevolle aanvulling op de schriftelijke informatie. Op een uitspraak van de klachtencommissie dient gereageerd te worden. De wijze waarop is weer van belang voor de tevredenheid van klager. Ook als de zorgaanbieder het niet eens met (een onderdeel van) de uitspraak, kan een woord van medeleven en het tonen van betrokkenheid voor de klager veel uitmaken. Het belangrijkste is natuurlijk om zoveel mogelijk klachten te voorkomen. Zeker waar het klachten over bejegening en communicatie betreft, is

vermindering van het aantal klachten mogelijk als de hulpverlener in zijn houding meer betrokkenheid toont en zich bewust is van de afhankelijkheid van zijn patiënt.

Mijn eindconclusie is, dat klachtencommissies een positieve bijdrage kunnen leveren aan het wegnemen van onvrede bij de klager en aan het verbeteren van de kwaliteit van de zorgverlening. Alleen door inzet van alle betrokkenen (zorgaanbieder, klager, aangeklaagde, klachtencommissie) is het mogelijk van het WKCZ-klachtrecht een succes te maken.