

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

MEDIATIE EN MINNELIJKE SCHIKKING

**39ste WETENSCHAPPELIJK CONGRES GEORGANISEERD
DOOR DE VLAAMSE JURISTENVERENIGING
IN HET AUDITORIUM Z. VAN HEE TE LEUVEN
OP 17 NOVEMBER 2000**

Gezinsbemiddeling. Enkele bedenkingen bij het door de Kamer
van volksvertegenwoordigers goedgekeurd ontwerp van wet
Rapporteur: H. Casman 363

Minnelijke regeling van fiscale geschillen
Rapporteurs: R. Tournicourt en D. Jaques 371

Mediatie/minnelijke schikking en handelsrecht
Rapporteur: G. Straetmans 379

Schikken of beschikken? Pleidooi tegen de privatisering van
de bemiddeling
Rapporteur: J. Laenens 402

De bemiddeling in het publiekrecht
Rapporteur: B. Hubeau 410

De minnelijke schikking en de bemiddeling in strafzaken
Rapporteurs: B. de Ruyver en K. Van Impe 445

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931, verschijnt iedere week van september tot juni.

Hoofdredacteurs: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993), Camiel Caenepeel (1993-1998)

Redactie: A. Van Oevelen (hoofdredacteur), E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws, M. van Damme, A. Vandeplas

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Vaste medewerkers:

A. Alen, F. Aps, R. Boes, A. Carette, G. Debersaques, Gh. Dhaeyer, J. Erauw, M. Gelders, P. Humblet, W. Lambrechts, R. Leysen, J. Meeusen, H. Nys, I. Opdebeek, W. Pintens, P. Popelier, W. Rauws, D. Simoens, G. Suetens-Bourgeois, H. Vanhees, S. Van Overbeke, C. Van Schoubroeck, J. Wouters

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
(redactiesecretariaat bereikbaar van 9 tot 12 uur)
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Abonnementen, advertenties: N.V. INTERSENTIA, Churchilllaan 108, 2900 Schoten
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21
Abonnementsprijs: 4.950 f., Advocaten-stagiair: 4.650 f., Studenten: 2.950 f.

Richtlijnen voor de auteurs:

De teksten van hoofdartikelen en annotaties worden, samen met een diskette (WP of Word) toegezonden aan het redactiesecretariaat. Getypt op anderhalve interlinie bedraagt een hoofdartikel bij voorkeur niet meer dan 25 bladzijden, een annotatie niet meer dan 6 bladzijden. De redactie dankt bij voorbaat alle auteurs voor het in acht nemen van deze richtlijnen.

NOTARISSENKANTOOR TE IEPER

zoekt:

**dynamische, leergierige
medewerker (m/v)**

- notariële ervaring of jurist
- fulltime
- spoedige indiensttreding
- kennis tekstverwerking vereist

Sollicitatie met CV sturen naar:

Notaris Johanna De Witte, D'Hondstraat 21
(057/20.03.51)

of

Notaris Ann Allaer, Korte Torhoutstraat 4
(057/21.81.21)

VLAAMSE JURISTENVERENIGING

39ste Wetenschappelijk Congres

MEDIATIE EN MINNELIJKE SCHIKKING

17 november 2000

Auditorium Z. Van Hee te Leuven

Programma

- 12 u. 30 Lunch
- 14 u. Openingszitting
Verwelkoming door F. Vanistendael (decaan Rechtsfaculteit K.U.Leuven)
Inleiding: Mediatie, de derde weg door S. Parmentier (K.U.Leuven)
- 14 u. 40 Sectievergaderingen
- 15 u. 40 Koffie/theepauze
- 16 u. 10 Sectievergaderingen (vervolg)
- 17 u. 10 *Conclusies: Quo vadimus* door H. van Houtte (K.U.Leuven)
- 17 u. 25 *Slotrede* door J. Laenens (voorzitter Vlaamse Juristenvereniging)
- 17 u. 45 Receptie

SECTIEVERGADERINGEN

- Sectie A:** **Gezinsbemiddeling. Enkele bedenkingen bij het door de Kamer van volksvertegenwoordigers goedgekeurd ontwerp van wet**
Rapporteur: H. Casman (V.U.Brussel en U.L.Bruxelles)
Respondent: S. Brouwers (advocaat Antwerpen)
Voorzitter: P. Senaeve (K.U.Leuven)
- Sectie B:** **Minnelijke regeling van fiscale geschillen**
Rapporteurs: R. Tournicourt en D. Jaques (advocaten Brussel)
Respondent: L. Van Heeswyck (advocaat Brussel)
Voorzitter: A. Spruyt (V.U.Brussel)
- Sectie C:** **Mediatie/minnelijke schikking en handelsrecht**
Rapporteur: G. Straetmans (U.Leiden, U.Antwerpen en K.U.Leuven)
Respondent: P. Van Helmont (Rechtbank van Koophandel Hasselt)
Voorzitter: H. Swennen (U.Antwerpen)
- Sectie D:** **Schikken of beschikken? Pleidooi tegen de privatisering van de bemiddeling**
Rapporteur: J. Laenens (U.Antwerpen)
Respondent: P. Taelman (U.Gent)
Voorzitter: F. Evers (vrederechter Gent)
- Sectie E:** **De bemiddeling in het publiekrecht**
Rapporteur: B. Hubeau (ombudsman Vlaamse Gemeenschap)
Respondent: M. van Damme (V.U.Brussel)
Voorzitter: M. Boes (K.U.Leuven)
- Sectie F:** **De minnelijke schikking en de bemiddeling in strafzaken**
Rapporteurs: B. de Ruyver en K. Van Impe (U.Gent)
Respondent: I. Carmen (Procureur des Konings Leuven)
Voorzitter: A. De Nauw (V.U.Brussel)

GEZINSBEMIDDELING.

ENKELE BEDENKINGEN BIJ HET DOOR DE KAMER VAN VOLKSVERTEGENWOORDIGERS GOEDGEKEURD ONTWERP VAN WET

I. INLEIDING

Op 4 mei 2000 keurde de plenaire vergadering van de Kamer van volksvertegenwoordigers het wetsontwerp betreffende de gezinsbemiddeling¹ goed en zond het over naar de Senaat, waar het thans ter bespreking ligt.

Als inleiding op de sessie betreffende «mediatie/minnelijke schikking en familierecht» die op het komend congres van de Vlaamse Juristenvereniging zou uitmonden op praktische conclusies en voorstellen *de lege ferenda*, leek het mij nuttig dit wetsontwerp als leidraad te nemen voor enkele beschouwingen over het mij toevertrouwde ontwerp.

Het wetsontwerp beoogt de invoering van zes nieuwe artikelen in het Gerechtelijk Wetboek en de aanpassing van één bepaling uit het Wetboek van Registratierechten.

Deze nieuwe bepalingen zouden worden ingelast in deel IV, boek II, titel II van het Gerechtelijk Wetboek als een hoofdstuk *Ibis* met als titel «*Gezinsbemiddeling*» – dit is na hoofdstuk I «*Minnelijke Schikking*». Hierna zal ik eerst een algemeen overzicht geven van de regeling die hiermee zou worden ingevoerd en vervolgens ieder van de afzonderlijke nieuwe (ontworpen) bepalingen nader bespreken.

II. OVERZICHT

Het wetsontwerp voert de mogelijkheid voor de rechter in om, in bepaalde gezinsgeschillen, op verzoek van partijen of op eigen initiatief maar met instemming van de partijen, een *bemiddelaar* aan te wijzen.

Hiermee wordt de behandeling van het geschil zelf uitgesteld, voor een termijn die de rechter bepaalt. De bemiddelaar wordt vervolgens ingelicht over de beslissing, en moet zonder verwijl de rechter en de partijen in kennis stellen van zijn aanvaarding of van zijn weigering. De bemiddeling kan, na verloop van de door de rechter vastgestelde termijn, uitmonden in een volledige of een gedeeltelijke overeenkomst; de bemiddeling kan uiteraard ook mislukken en tot geen enkele overeenkomst leiden. Dit moeten de partijen ter kennis van de rechter brengen, en dan is het verder verloop als volgt geregeld.

Is er een overeenkomst bereikt, al of niet volledig, dan kijkt de rechter na of de belangen van de kinderen daarbij in acht werden genomen en vraagt hij eventueel advies aan de procureur des Konings. De rechter kan dan akte nemen van de overeenkomst in de zin van art. 1043 Ger.W.

Was de overeenkomst onvolledig, dan kunnen de partijen voor de overige geschilpunten ofwel om een nieuwe termijn verzoeken ofwel vragen om voortzetting van de procedure.

Is er geen overeenkomst bereikt, dan wordt de zaak opnieuw voor de rechter gebracht door een eenvoudig verzoek tot de griffie te richten, dan wel door het neerleggen van conclusies. De zaak wordt dan vastgesteld op een terechtzitting die plaatsvindt binnen vijftien dagen na de indiening van het verzoek.

Er is voorzien in de mogelijkheid om na de bemiddeling de ingeleide procedure van echtscheiding op grond van bepaalde feiten om te zetten in een procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming; hiervoor wordt dan een nieuw verzoekschrift ingediend, dat evenwel vrijgesteld is van rolrecht.

Het ontwerp bepaalt verder: wie als bemiddelaar kan worden aangewezen, op welke gronden de bemiddelaar kan worden gewraakt, en dat de rechter zal bepalen hoe de kosten van de bemiddeling tussen partijen worden omgeslagen. Een Koninklijk Besluit zou de wijze waarop de bemiddelaar zijn vergoeding berekent, nader bepalen.

Ten slotte wordt op de bemiddelaar art. 458 Sw. betreffende het beroepsgeheim van toepassing verklaard.

III. KRITISCHE ANALYSE

A. Gezinsbemiddeling

Het oorspronkelijke wetsvoorstel,² ingediend door de heren Vandeuren, Verherstraeten en Van Parijs beoogde de «in de praktijk reeds veelvuldig toegepaste echtscheidingsbemiddeling in te schrijven in het Gerechtelijk Wetboek», door «procedureel een link te leggen tussen de bemiddeling en de procedure voor de rechtbank».

Op dat ogenblik waren overigens reeds in het Vlaamse Parlement voorstellen van decreten ingediend, met het oog op de organisatie van scheidingsbemiddeling of scheidingsbegeleiding,³ waarin vooral sprake was van het voorbehouden van de bemiddeling (en eventueel de begeleiding) inzake echtscheiding aan daartoe erkende personen of organisaties.

Dergelijke initiatieven waren uiteraard ingegeven door de groeiende belangstelling voor echtscheidingsbemiddeling die de Raad van Europa⁴ zelf ook aanbeveelt, en die moet worden gesitueerd in het ruimer kader van de alternatieve geschillenregeling (*Alternative Dispute Resolution*).

Het verlangen om een andere dan een rechterlijke oplossing te vinden voor een gerezen geschil bestaat al lang, maar

² *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 50 0067/001.

³ Voorstel van decreet van G. SWENNEN, *Parl. St.*, VI. Parl., 1996-97, nr. 4491 van 17 oktober 1996; voorstel van decreet G. SWENNEN en S. BECQ, *Parl. St.*, VI. Parl., 1996-97, nr. 487/1 van 26 november 1996; Voorstel van decreet van P. CEYSSENS, *Parl. St.*, VI. Parl., 1997-98, nr. 953/1 van 25 februari 1998.

⁴ Aanbeveling DIR/JUR (98) 4 van 5 februari 1998.

¹ *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 50 0067/015.

heeft recent een enorme ontwikkeling gekend, waarbij overigens verscheidene vormen van alternatieve geschillenregeling⁵ aan bod komen, waarvan bemiddeling er slechts één is.

In de eerste plaats moeten worden vermeld de alternatieve regelingen waarbij de beslechtingbevoegdheid door partijen of minstens met hun instemming aan een derde is gedelegeerd, zoals dit gebeurt bij arbitrage of bindende derdebeslissing. Aan de scheidsrechter of derdebeslisser kan overigens opdracht worden gegeven in een eerste stadium na te gaan of hij partijen via bemiddeling kan verzoenen; dit gebeurt met name bij de Med-Arb of Mediation-Arbitration.

Van een «echte» bemiddeling in de zin van een alternatieve geschillenoplossing is er echter sprake wanneer wordt beoogd een oplossing te bereiken die de conflicterende partijen *zelf uitwerken*, met de bijstand van een derde, de bemiddelaar, die vaak als «onpartijdig en neutraal» wordt aangeduid, maar op deze kenmerken wordt hierna nader ingegaan. De bemiddelaar reikt de partijen de middelen aan om met elkaar te communiceren en helpt hen bij hun onderhandeling, zodat ze zelf kunnen komen tot een voor hen allen als «juiste» (in de zin van voor hen beiden «billijke») ervaren⁶ regeling, die hun niet wordt opgelegd. Een dergelijke benadering vertoont bovendien het voordeel dat het de partijen helpt om na de oplossing van het geschil contacten te onderhouden die niet meer door het conflict worden beheerst en waarin de communicatie hersteld is.

Het is dan ook evident dat een dergelijke benadering van conflicten met name in een familiaal verband een toenemend succes kent.⁷ In de eerste plaats is dit het geval inzake echtscheiding, zeker wanneer kinderen hierbij betrokken zijn. Het is evident dat het scheidend paar ook na oplossing van zijn actueel geschil met betrekking tot de omstandigheden en het gevolg van de scheiding, nog onderling contact zal moeten hebben met name betreffende de opvoeding van en de zorg voor de kinderen. Indien ze tot een regeling zijn gekomen via een geslaagde bemiddeling, dit wil zeggen waar ze zelf hun beider behoeften (en die van hun kinderen) in acht hebben genomen en het evenwicht daartussen door hen beiden is bereikt en aanvaard, zonder dat een van hen het gevoel heeft dat hij/zij is miskend of achteruit is gesteld, dan is de kans groot dat het bereikte akkoord beter zal worden nageleefd enerzijds en dat nieuwe geschillen in de toekomst minder agressief zullen worden aangepakt anderzijds.

⁵ Zie hierover L. DEMEYERE, «Hoe alternatief is alternatieve geschillenbeslechting (ADR-alternative dispute resolution)», R.W., 1996-97, 521 e.v.; Id., Conflictbeslechting:bemiddeling, in *Tendensen in het bedrijfsleven, de jurist in onderhandeling*, Kluwer Antwerpen 1998, 41 e.v.

⁶ H. VERSCHEVE en E. VINK, «La médiation familiale: privatisation du conflit familial?», R.T.D.F., 1994, 133.

⁷ Onder de vele recente publicaties die over dit onderwerp zijn verschenen, zie met name, buiten de bijdragen die in de overige voetnoten zijn vermeld, G. FRANSSEN en J. VAN HOUTTE, «De praktijk van scheidingsbemiddeling in België», *WelzijnsGids-Noden*, Ambulant Welzijnswerk, afl. 33 september 1999, p. 15-57; J.-L. RENCHON, «Le développement de la négociation, de la conciliation et de la médiation pour la résolution des litiges conjugaux», J. PROCÈS, 1998, nr. 163; M.-TH. MEULDERS-KLEIN, «Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale — analyse comparative», *Rev. dr. int. Comp.* 1997, 384-407; I. VAN KERCKHOVE, «Les enjeux actuels de la médiation familiale», J.T., 1999, 249 e.v.

Daarnaast speelt uiteraard in vele gevallen de overtuiging dat het bestaande conflict beter of sneller of op een minder pijnlijke manier zal worden opgelost indien het niet aan een rechter wordt voorgelegd, omdat van de rechter alleen kan worden verwacht dat hij recht spreekt en niet dat hij met emoties en affectieve behoeftes rekening houdt.

De wetgever had weliswaar reeds eerder aan de rechter de bevoegdheid toegekend om het conflict tussen gedingvoerende partijen op te lossen via verzoening of minnelijke schikking. Dit is het geval wanneer partijen erom vragen (art. 731 Ger.W.) of wanneer de wet het oplegt, zoals met name voor vorderingen tussen echtgenoten betreffende hun wederzijdse rechten en plichten en hun huwelijksvermogensstelsel (art. 1253*quater* Ger.W.).

Hoewel in vele gevallen wordt beweerd dat er geen essentieel onderscheid is tussen een verzoeningsprocedure en een bemiddelingsprocedure, meen ik een dergelijk onderscheid wel degelijk te kunnen vaststellen.⁸ Bij een verzoeningsprocedure verwacht men van degene die de verzoeningsopdracht vervult dat hij voorstellen aanbrengt of suggesties doet; hij gaat dan *gericht* iets *aanbevelen*. Dit is essentieel anders bij een bemiddeling, waar partijen zelf worden geacht oplossingen aan te brengen, waarvan ze zelf, maar met behulp van de bemiddelaar, moeten beoordelen of ze werkzaam zouden kunnen zijn, hoewel ook een bemiddelaar door middel van de vragen die hij stelt wel eens ertoe kan komen suggestief op te treden om het onderhandelingsproces gaande te houden, maar dat is dan een procesadvies, en geen inhoudelijk advies.⁹

Hoe dan ook blijft rechterlijke verzoening¹⁰ een moeilijke opdracht, omdat van dezelfde persoon zal worden gevraagd om te pogen te verzoenen en vervolgens om een oordeel te vellen.¹¹ Dit heeft geleid tot vele vragen die in uiteenlopende zin worden beantwoord. Het moge ter illustratie volstaan te verwijzen naar een arrest van het Hof van Cassatie waarbij een arrest van het Hof van Beroep van Bergen werd verboden, waarin dit Hof had geoordeeld dat de rechter moest worden gewraakt, omdat hij tijdens de verzoeningsperiode aan één partij «raad» had gegeven: het Hof van Cassatie¹² stelde vast dat de rechter alleen «informatie» had gegeven en dat het Hof van Beroep bijgevolg niet had kunnen beslissen dat die rechter buiten zijn verzoeningsopdracht was getreden en op grond van art. 828,8°, Ger.W. moest worden gewraakt.

⁸ In die zin ook de toelichting bij de bespreking in de Commissie voor de Justitie van de Kamer, zie Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Geert BOURGEOIS, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 50 0067/011, hierna aan te duiden als «Verslag Bourgeois», p. 16-17. Er werd tevens op gewezen dat de verzoeningsopdracht zoals die thans wordt opgevat wel degelijk bij de rechter moet blijven (zie Verslag BOURGEOIS, p. 22 en 48).

⁹ Zie hierover A. HANEKROOT, «Specifieke vaardigheden van de bemiddelaar», in *Mediation, De notaris als professioneel conflictbemiddelaar?*, *Ars Notariatus* LXXVII, Kluwer Deventer 1997, p. 69.

¹⁰ Zie hierover onder meer I. BRANDON, «L'office du juge dans la conciliation», J.T., 1995, 505 e.v.; J. VAN COMPERNOLLE, «Conciliation judiciaire et conflit familial», in *Droit comparé des personnes et de la famille, Liber amicorum M.-Th. Meulders*, Brussel, Bruylant, 1998, 601 e.v.; G. ROMMEL, De rechterlijke verzoening. Jurisdictionele aard en betekenis», T.P.R., 1999, 7 e.v.

¹¹ J. LEVY-MORELLE, «Opinion d'un juriste d'entreprise sur la médiation», J.T., 1999, 240.

¹² Cass., 24 juni 1993, R.W., 1993-94, 1337.

Toch blijft de vraag hoe vrij partijen zich voelen wanneer zij antwoorden op de vragen die de rechter in zijn verzoeningsopdracht stelt, wetende dat hun antwoorden mede in aanmerking zullen worden genomen indien de verzoeningspoging mislukt en de rechter beslissend zal optreden. Alles hangt af van de capaciteit van de rechter om beide taken goed onderscheiden te houden, en die van de partijen om dit onderscheid ook te begrijpen en te erkennen.

Bovendien zijn er verzoeningsopdrachten die een rechter niet kan vervullen, omdat ze veel verder reiken dan het nagaan of partijen tot een gemeenschappelijk standpunt kunnen worden gebracht. Dat is in familiale aangelegenheden met name het geval wanneer de rechter vaststelt dat er bij de partijen behoefte bestaat aan een regeling die ook de affectieve en emotionele aspecten van hun relatie in aanmerking neemt, en dat deze bezorgdheid voorrang krijgt op de vraag naar een rechterlijke uitspraak die het conflict misschien snijgend zal oplossen (*trancheren*).

Of de rechter voor wie het geding werd gebracht dan mag beslissen dat hij de partijen eerst naar een bemiddelaar verwijst, heeft ook het voorwerp uitgemaakt van uiteenlopende standpunten.¹³ De vraag rees of de rechter zich dan niet schuldig maakt aan rechtsweigering (art. 258 Sw.), minstens wederrechtelijk zijn rechtsmacht delegeert (art. 11 Ger.W.; zie ook art. 40 Grondwet). Er werd dan gewezen op de mogelijkheid om deskundig advies in te winnen, maar de bemiddelaar is géén deskundige aan wie een opdracht in de zin van de art. 962 e.v. Ger.W. kan worden toegekend, want hij hoort geen advies aan de rechter te geven,¹⁴ op grond waarvan dan een uitspraak zou volgen. De bemiddelaar hoort de partijen te helpen zélf een oplossing uit te werken, en ook dat is nog heel wat anders dan wat een deskundige doet indien hij conform art. 972 Ger.W. «partijen moet horen en hun verzoening bevorderen». Ter verantwoording van de mogelijkheid voor de rechter om naar een bemiddelaar te verwijzen werd er ook ingeroepen dat de verzoeningsopdracht van de rechter géén deel uitmaakt van zijn rechtsmacht en bijgevolg niet onder het delegatieverbod van art. 11 Ger.W. valt. En ten slotte staat het tweede lid van art. 19 Ger.W. toe dat de rechter «alvorens recht te doen (...) een voorafgaande maatregel (zou) bevelen om de vordering te onderzoeken of de toestand van de partijen voorlopig te regelen».

1^o Proceduregebonden gezinsbemiddeling

Toch bleef behoefte bestaan aan een wettelijke regeling inzake de rechterlijke verwijzing naar een bemiddelaar. Dit was de hoofdbekommernis van de Kamerleden die het wetsvoorstel betreffende de echtscheidingsbemiddeling hebben ingediend.¹⁵

Hiermee is ook gedeeltelijk uitgevoerd wat de Raad van Europa aanbeveelt,¹⁶ namelijk familiale bemiddeling invoeren of bevorderen of versterken, nadat werd vastgesteld

dat hiermee de communicatie tussen de leden van een gezin wordt bevorderd en de conflicten tussen hen worden verminderd; dat hierdoor minnelijke regelingen worden verkregen die de continuïteit in de persoonlijke contacten tussen ouders en kinderen verzekeren. Aanbevolen wordt familiale bemiddeling toe te passen in alle geschillen tussen de leden van een zelfde gezin, ongeacht of er tussen hen banden bestaan die zich baseren op bloedverwantschap, of op het huwelijk, dan wel enkel feitelijke gezinsbanden als gevolg van feitelijk samenwonen bijvoorbeeld.

Hieraan is door het wetsontwerp wel degelijk aandacht gegaan: de tekst voorziet in de mogelijkheid van verwijzing naar een bemiddelaar in verschillende conflicten binnen het huwelijk, tussen bloedverwanten, tussen wettelijke en feitelijke samenwoners. Men is verder gegaan dan de loutere scheidingsbemiddeling, en daarom ook werd het opschrift van de wet veranderd in «gezinsbemiddeling».¹⁷

Opmerkelijk blijft nochtans dat niet werd overwogen wat bijvoorbeeld in Québec werd ingevoerd, namelijk een verplicht voorafgaand contact met een bemiddelaar vooraleer men zich tot de rechter wendt.¹⁸ Gevreesd kan worden dat indien men reeds in de gerechtelijke fase van de conflictoplossing is terechtgekomen, de verwijzing naar een bemiddelaar voor sommigen te laat komt¹⁹; men staat misschien niet meer open voor alternatieve oplossingen en verlangt dat de rechter de knoop zou doorhakken. In het licht van de aanbeveling van de Raad van Europa zou de overheid ook maatregelen moeten nemen om informatie over wat bemiddeling is en wat daarmee kan worden bereikt, te verspreiden, zodat hiertoe gemakkelijker wordt overgegaan vooraleer het geschil begint te escaleren.

Voorts valt ook op dat de wetgever voor de proceduregebonden gezinsbemiddeling waarvoor hij heeft geopteerd, bovendien een keuze heeft gemaakt van conflicten waarvoor deze verwijzing mogelijk wordt²⁰, en dat de opsomming van vorderingen maar binnen ze is toegelaten, kennelijk beperkend is opgevat.²¹

¹⁷ Verslag BOURGEOIS, p. 48.

¹⁸ Loi du 19 juin 1997 instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions de ce code, in werking getreden op 1 september 1997. Art. 814.3 C.P.C. luidt als volgt: «Sauf les demandes visées à l'article 814.9 – toute ordonnance utile à la sauvegarde des droits des parties ou des enfants pour le temps de la médiation ou pour toute autre période qu'il estime appropriée – aucune demande mettant en jeu l'intérêt des parties et celui de leurs enfants ne peut être entendue par le tribunal, lorsqu'il existe entre les parties un différend relativement à la garde des enfants, aux aliments dus à une partie ou aux enfants ou au patrimoine familial et aux autres droits patrimoniaux résultant du mariage, à moins que les parties n'aient préalablement participé à une séance d'information sur la médiation et qu'une copie du rapport du médiateur n'ait été produit au moment de l'audience».

¹⁹ Zie nochtans de zeer positieve cijfers betreffende de reactie op de uitnodiging aan partijen om tot bemiddeling over te gaan in het project van Québec, toegelicht door S. ROY, «La médiation à la Cour supérieure du Québec», *J.T.*, 1999, 241 e.v.

²⁰ In Frankrijk daarentegen is bemiddeling een algemene grond tot opschorting van lopende procedures, zie art. 21-26 van de wet 95-125 van 8 februari 1995 en art. 131-1 tot 131-15 N.C.P.C.

²¹ Bij de parlementaire bespreking stelde de minister van Justitie voor om daarom de woorden «onder meer» in de tekst van de wet te schrappen; dit werd aanvaard (zie Verslag BOURGEOIS, p. 53).

¹³ Zie hierover F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, «Mode d'emploi de la médiation», *J.T.*, 1999, 234.

¹⁴ Een amendement waarin was bepaald dat de bemiddelaar verslag bij de rechter moest uitbrengen, werd om die reden uitdrukkelijk verworpen (Verslag BOURGEOIS, p. 51-54).

¹⁵ Verslag BOURGEOIS, p. 3.

¹⁶ Zie de reeds aangehaalde aanbeveling van 1998.

2^o Toepassingsgebied van deze proceduregebonden bemiddeling

Vernoemd worden:

1) de vorderingen die betrekking hebben op hoofdstuk V van boek I, titel V van het Burgerlijk Wetboek; hieronder vallen de onderhoudsvorderingen die uit het huwelijk of de afstamming ontstaan (art. 203 tot en met 211 B.W.), maar *niet* de vordering tot uitkering voor levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding ingesteld tegen degene die met de moeder gemeenschap heeft gehad ten behoeve van het kind wiens afstamming van vaderszijde niet vaststaat (art. 336 e.v. B.W.);

2) de vorderingen die betrekking hebben op de artikelen 221, 223 en 1479 B.W.; het gaat om de vordering die kan worden ingesteld tegen de echtgenoot die zijn bijdrage in de lasten van het huwelijk niet levert en om de dringende en voorlopige maatregelen die bij de vrederechter kunnen worden gevorderd bij grof plichtsverzuim van een echtgenoot of bij ernstige verstoring van de verstandhouding tussen de echtgenoten; ten slotte om de aan art. 223 B.W. analoge bepaling die in art. 1479 B.W. voorkomt voor wettelijk samenwonenden, eveneens voor het geval de verstandhouding tussen hen verstoord is. Bij de parlementaire voorbereiding²² werd opgemerkt dat de opdracht van de bemiddelaar hier fundamenteel anders zal zijn, omdat deze maatregelen niet erop gericht kunnen zijn de scheiding langdurig te organiseren; dit zal de rechter dan ook wellicht verduidelijken bij de omschrijving van de opdracht van de bemiddelaar;

3) worden niet vernoemd, de huwelijksvermogensrechtelijke vorderingen op grond van de artikelen 1420, 1421, 1426, 1442 en 1469 B.W., waarvoor art. 1253^{quater} Ger.W. nochtans de poging tot verzoening oplegt; het gaat om geschillen betreffende een vereiste toestemming voor een bestuursdaad met betrekking tot de gemeenschapsgoederen, een verbod tot handelen dat aan de vrederechter wordt gevraagd, de vraag tot vaststelling van de ongeschiktheid in het bestuur, de inkoop of verdeling tussen van goederen gescheiden echtgenoten;

4) de vorderingen die betrekking hebben op de artikelen 373, derde en vierde lid, 374, 375^{bis}, 376 en 387^{bis} van het B.W.; het gaat telkens om vorderingen met betrekking tot de uitoefening van het ouderlijk gezag ten aanzien van minderjarige kinderen: geschillen over het gezag op de persoon of het beheer over de goederen, tussen ouders die samen leven (art. 373 derde en vierde lid, en art. 387^{bis} B.W.), tussen ouders die niet samen leven (art. 374 en 376 B.W.), alle vragen betreffende het recht op persoonlijk contact met het kind, voor grootouders en ieder andere persoon die aantoont dat hij met het kind een bijzondere affectieve band heeft (art. 375^{bis} B.W.);

5) de vorderingen ingesteld overeenkomstig afdeling I van boek IV hoofdstuk XI van het vierde deel van het Gerechtelijk Wetboek; het gaat om de artikelen 1254 tot en met 1286^{bis} Ger.W. betreffende de echtscheidingsprocedure.

In dat verband moet erop worden gewezen dat art. 1258 Ger.W. reeds in de *bekrachtiging* door de rechter van de volledige of gedeeltelijke overeenstemming van de partijen

over de voorlopige maatregelen met betrekking tot hun persoon, hun onderhoud en hun goederen, alsmede die van hun kinderen, voorziet, ongeacht of hieraan een bemiddeling is voorafgegaan of niet, terwijl het nieuwe art. 734^{bis} Ger.W. het enkel heeft over het akte nemen van de overeenkomst die na bemiddeling wordt bereikt. In beide gevallen wordt hiervoor echter verwezen naar art. 1043 Ger.W.²³

Voorts dient er te worden opgemerkt dat de verwijzing naar de bemiddeling niet alleen betrekking hoeft te hebben op de voorlopige maatregelen, maar ook op de echtscheiding zelf kan slaan. De hoop van de wetgever was daarbij duidelijk dat de geslaagde bemiddeling er toe zou leiden dat de echtscheidingsvordering zou worden omgezet in een echtscheiding door onderlinge toestemming. Dit impliceert dat partijen ingevolge de bemiddeling het niet alleen eens zijn geworden over voorlopige maatregelen en over het principe zelf van de echtscheiding, maar tevens over het idee dat de echtscheiding een foutloze echtscheiding zal zijn én een waarvan alle gevolgen reeds vooraf zijn vastgelegd, omdat in dat geval een verzoekschrift conform art. 1288^{bis} Ger.W. moet worden voorgelegd (met de overeenkomsten waarvan sprake in art. 1287 en 1288 Ger.W. als bijlage). Dit wordt door het ontworpen art. 1259 Ger.W. uitdrukkelijk toegelaten, en hiervoor is bovendien in vrijstelling van het rolrecht voorzien, zodat dit geen tweede keer moet worden betaald (wijziging van art. 269¹ van het wetboek van registratie-, hypotheek- en griffierechten).

Ten slotte valt te betreuren dat de bemiddelingsmogelijkheid niet is uitgebreid naar de geschillen die bij de vereffening-verdeling van de door de echtscheiding ontbonden gemeenschap van goederen of van de onverdeeldheid die tussen de echtgenoten heeft bestaan, kunnen rijzen (art. 1207 e.v. Ger.W.), wat dan meteen tot gevolg kon hebben dat ook twistende erfgenamen bij de afhandeling van de nalatenschap met een andere dan een gerechtelijke procedure tot vereffening-verdeling van de boedel zouden kunnen komen. Uit mijn lange ervaring als boedelnotaris en mijn korte ervaring als opgeleide notaris-bemiddelaar heb ik nochtans vastgesteld dat ook hieraan een uitgesproken behoefte bestaat.

6) Wel vermeld zijn nochtans de o zo zelden toegepaste bepalingen inzake de scheiding van tafel en bed (art. 1305 e.v. Ger.W.), maar dan weer niet de vordering tot omzetting van de scheiding van tafel en bed in echtscheiding (art. 1309 e.v. Ger.W.).

7) De vorderingen voortvloeiend uit de feitelijke samenwoning: in de logische voortzetting van de gekozen lijn, volgens welke met dit wetsontwerp de bemiddeling lopende een geschilprocedure moest worden mogelijk gemaakt voor ieder gezinsconflict, ongeacht of het gezin op het huwelijk, op wettelijke samenwoning dan wel op feitelijke samenwoning stoelt, werden de «feitelijke samenwoners» uitdrukkelijk vermeld; hun problemen verdienen immers evenveel aandacht van de wetgever en de rechter als die van gehuwden of «wettelijke samenwoners».

²³ Over de gevolgen van een dergelijk akkoordvonnis, in tegenstelling tot het proces-verbaal waarin de rechter partijen enkel akte verleent van hun akkoord, zie F. LIGOT, «Le rôle conciliateur du juge», in *Familles et Justice*, o.c., 424 e.v.

²² Tussenkomen van de minister van Justitie bij de algemene bespreking van het wetsvoorstel (Verslag BOURGEOIS, p. 4).

3^o Geen regeling voor de niet-proceduregebonden gezinsbemiddeling

Zoals reeds vermeld, is er met dit wetsontwerp echter enkel aandacht geschonken aan de invoering van de mogelijkheid om via bemiddeling tot een oplossing van een gezinsgeschied te komen *nadat* hiertoe reeds een procedure voor de rechter aanhangig werd gemaakt. Dit valt te betreuen, minstens om twee redenen.

Enerzijds omdat hierdoor onvoldoende gevolg is gegeven aan de aanbeveling van de Raad van Europa die bevordering van familiale bemiddeling wenst, en dit zeker niet heeft beperkt tot proceduregebonden bemiddeling. Het komt mij voor dat meer aandacht had moeten gaan naar de gevolgen van een bemiddeling waaromtrent partijen zonder rechterlijke tussenkomst hebben gevraagd: mogen ze ook deze overeenkomst aan de rechter voorleggen en bekrachtiging ervan verkrijgen? Voor de echtscheiding zelf is het antwoord evident: men zal in dat geval immers een procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming starten waarbij de voorafgaande overeenkomsten aan de rechter moeten worden voorgelegd. Maar zoals vermeld beperkt dit wetsontwerp zich niet tot scheidingsbemiddeling; wat dan met de overige familiale conflicten?

Met name wanneer het gaat om de gevolgen van de feitelijke scheiding, of om onderhoudsverplichtingen. Waarom zouden de betrokken partijen die hieromtrent tot bemiddeling zijn overgegaan buiten iedere procedure om, hun overeenkomst niet aan de bevoegde rechter kunnen voorleggen om te vragen er akte van te nemen, zoals dit is bepaald voor het geval de bemiddelaar door de rechter is aangewezen? En dan is uiteraard de volgende vraag: is bemiddeling wel een voorwaarde om bekrachtiging van de overeenkomst te verkrijgen; kunnen partijen die daartoe zelfstandig zijn overgegaan, het bereikte akkoord ook niet voor bekrachtiging aan de rechter voorleggen?

Daarbij moet natuurlijk ook worden bepaald welke bevoegdheid tot onderzoek naar de inhoud van deze overeenkomst de rechter nog heeft. Wanneer minderjarige kinderen bij deze overeenkomst betrokken zijn, bepaalt de wet thans dat de rechter slechts bekrachtigt «als hij het geraden acht» (art. 1258, § 2, tweede lid, Ger.W.), en in het wetsontwerp wordt vermeld dat de rechter nagaat «of de belangen van de kinderen in acht werden genomen. In de gevallen bij de wet bepaald deelt hij de zaak mee aan de procureur des Konings, voor advies» (ontworpen art. 734bis, § 4, derde lid, Ger.W.). Het is evident, hoewel niet uitdrukkelijk in het ontwerp opgenomen, dat art. 931 Ger.W. (hoorrecht van minderjarige kinderen met het vereiste onderscheidingsvermogen) hierbij ook van toepassing is.

Indien er geen minderjarige kinderen bij betrokken zijn, dan nog kan de aangelegenheid de openbare orde raken (bijvoorbeeld bij een overeenkomst tot tijdelijke opschorting van de samenwoningsplicht tussen gehuwden of onderhoudsvorderingen tussen meerderjarige bloed- of aanverwanten). Dan geldt uiteraard dat partijen hierover niet vrij kunnen beschikken; ze kunnen hieromtrent geen dading sluiten waarbij ze van hun rechten afzien.²⁴ De vraag is dan of ze dan toch de rechter een overeenkomst kunnen voor-

leggen, die ze omtrent bepaalde gevolgen van de moeilijkheden die tussen hen rijzen,²⁵ of ter (tijdelijke) modellering van hun wederkerige verplichtingen, zelf, al of niet na (proceduregebonden) bemiddeling, hebben bereikt. In welke mate mag worden toegestaan dat partijen de rechter voorleggen hoe ze hun geschil geregeld willen zien, eerder dan de rechter te vragen voor hen een regeling uit te werken?

Concreet: in welke mate en onder welke voorwaarden zouden art. 733 Ger.W. (dat in zijn tweede zin bepaalt: «Indien een schikking totstandkomt, worden de bevoordelingen ervan opgetekend in het proces-verbaal, waarvan de uitgifte wordt voorzien van het formulier van tenuitvoerlegging») en het ontworpen art. 734bis, § 4, Ger.W. («In dat geval neemt de rechter akte van de gedeeltelijke overeenkomst») die van toepassing zijn respectievelijk in het raam van een procedure van minnelijke schikking en in het raam van een gezinsbemiddeling, ook van toepassing moeten zijn op overeenkomsten die tussen gezinsleden worden gesloten ter beëindiging van tussen hen bestaande geschillen die hiervoor aan de rechter worden voorgelegd, *ook als de partijen handelen buiten de perken van wat bij dading kan worden vastgelegd* (art. 731 Ger.W.), *en ook zonder dat er vooraf over deze overeenkomst (al of niet gerechtsgebonden) bemiddeld is*.

Hierop sluiten dan de twee volgende vragen aan. Enerzijds, of op deze overeenkomsten het gemene recht inzake geldigheidsvoorwaarden (met betrekking tot mogelijke wilsgebreken)²⁶ van toepassing zal zijn, of de bindende en uitvoerende kracht ervan die van een overeenkomst dan wel die van een vonnis zal zijn, en hoe deze overeenkomst nog kan worden gewijzigd (contractueel of enkel door rechterlijk toezicht?).²⁷ Anderzijds, in welke mate kan worden overwogen de bevoegdheid tot het vastleggen van dergelijke overeenkomsten ook aan het notariaat te verlenen (dit werd destijds bij de wijziging van de echtscheidingswetgeving reeds overwogen met betrekking tot de echtscheiding door onderlinge toestemming wanneer de scheidende echtgenoten geen minderjarige kinderen hebben: de ambtenaar van de burgerlijke stand en niet de rechter zou dan akte verlenen van de echtscheidingsovereenkomst die door een notaris is opgesteld: de suggestie²⁸ is toen niet verworpen, maar in beraad genomen en naar een subcommissie verwezen; ze zou nu opnieuw kunnen worden overwogen).

²⁵ Zie hierover H. CASMAN, *Notarieel Familierecht*, Gent, Mys&Breesch, 1991, en S. BROUWERS, «Actualia Familierecht. De feitelijke scheiding», in *Jaarboek CBR 1997-1998*, Antwerpen, Maklu, p. 58.

²⁶ Zie in dat verband inzake bedrog bij een overeenkomst voorafgaand aan een echtscheiding door onderlinge toestemming: Cass., 16 juni 2000, *R.W.*, 2000-2001, ..., met noot W. PINTENS.

²⁷ Zie over dit probleem m.b.t. een conventionele wijziging van de onderhoudsbijdrage voor minderjarige kinderen na een echtscheiding door onderlinge toestemming, J. GERLO, «Kan een door de rechter gehomologeerde overeenkomst gewijzigd worden zonder tussenkomst van de rechter». (noot onder Brussel, 1 december 1998), *E.J.*, 1999, 68-72.

²⁸ Kort besproken in mijn bijdrage *Wijzigingen in de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming, wet van 30 juni 1994*, Gent, Mys & Breesch, 2 en voetnoot 10.

²⁴ Zie wat onderhoudsgeld betreft, J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, nrs. 54-55.

B. De bemiddelaar

1^o Wie kan worden aangewezen?

Overeenkomstig het ontworpen art. 734^{quater} Ger.W. kunnen slechts als bemiddelaar worden aangewezen: (1) advocaten die daartoe een bijzondere opleiding hebben gevolgd, verstrekt door of in samenwerking met de in art. 488 bedoelde overheden; (2) notarissen die daartoe een bijzondere opleiding hebben gevolgd, verstrekt door de Nationale Kamer van Notarissen; (3) natuurlijke personen die daartoe zijn erkend door de bevoegde overheden. In dat verband passen enkele opmerkingen.

Er zijn in België talrijke degelijk opgeleide en bekwame bemiddelaars, die geen advocaten noch notarissen zijn, en die sedert vele jaren in die functie werkzaam zijn. Het zou niet gepast zijn mochten ze niet onmiddellijk bij de inwerkingtreding van de wet worden erkend en toegelaten om hun werk verder te zetten.

De ontworpen bepaling die verwijst naar een erkenning door een overheid zonder aan te geven welke overheid daartoe dan wel bevoegd is, moet worden verduidelijkt. Bovendien moet worden vermeden dat de problemen die bij de behandeling van Vlaamse decreten²⁹ inzake scheidingsbemiddeling zijn ontstaan opnieuw rijzen: is de bevoegde overheid om de erkenning te verlenen een federale dan wel een regionale overheid? Ten slotte moeten de criteria ter erkenning worden vastgelegd, met verwijzing zowel naar theoretische als naar praktische opleiding en ervaring.

Met betrekking tot advocaten en notarissen geldt zeker ook dat de criteria voor de opleiding moeten worden vastgelegd. Dit kan niet zonder meer door de tuchtorganen van elk van deze beroepsgroepen worden bepaald. Er moeten minimum eisen zijn waaraan alle opleidingen moeten voldoen. Er mogen geen verschillende ordes van bemiddelaars, die minder dan wel beter zijn opgeleid, worden erkend. Ik ben in dat opzicht niet zeker dat de opleiding die het notariaat en de balies thans verschaffen, voldoende uitgebreid en uitgediept is om het niveau te halen dat vele bemiddelaars uit de welzijnssector bereiken.

Ik ben een grote voorstander van de bemiddelingsopleiding van notarissen, en heb daarvoor hevig gepleit op het notarieel congres dat in september 1999 in Antwerpen plaatsvond.³⁰ Ik plaats de noodzaak van een dergelijke opleiding eerst in het licht van de noodzaak voor iedere praktijkjurist die geroepen is om op te treden voor mensen die in conflictssituaties kunnen geraken om theoretische en praktische kennis op te doen inzake *conflictbeheersing*. Voor notarissen in het bijzonder lijkt mij de beheersing van enkele elementaire begrippen van de bemiddelingsvaardigheden en -technieken een «must»: het beroep kan niet ten volle wor-

den uitgeoefend door een notaris die niet weet non-verbale communicatie te begrijpen, die het belang van herformuleren van vragen of eisen niet erkent, die niet ervaren heeft wat het verschil is tussen onderhandelen op basis van posities dan wel op basis van belangen.³¹ Dit betekent nog niet dat iedere notaris geroepen is om gezinsbemiddelaar te worden; hiervoor is een persoonlijke keuze ingegeven door persoonlijke motieven vereist, die niet kan worden verwacht van degenen die zich in de rol onprettig voelen dan wel ongeschikt achten.

Zowel advocaten als notarissen die een bemiddelaarsopleiding hebben gevolgd moeten zich er overigens van bewust zijn dat hun juridische kennis niet noodzakelijk een pluspunt betekent om als bemiddelaar op te treden.³² Het is zeker zo dat bemiddelaars informatie moeten kunnen geven aan de conflicterende partijen, maar ik denk niet dat dit in de eerste plaats om juridische informatie gaat. Bovendien beschikt zelfs de beste advocaat of de beste notaris niet over alle informatie die nodig is in een gezinsconflict: zelfs al is de advocaat of de notaris bijzonder goed geschoold, dan nog zijn er gegevens die hij evenmin als een andere bemiddelaar partijen kan verschaffen; ik denk aan specifieke informatie over sociale zekerheid, pensioen, (directe) belastingen, enz. Voor deze informatie zal hij dan toch naar een overheidsdienst of een meer gespecialiseerde jurist moeten verwijzen. Ten slotte moet eraan worden herinnerd dat de grens tussen het verschaffen van beschikbare juridische informatie en het verlenen van juridisch advies meestal heel snel wordt overschreden: iedere jurist heeft de neiging om zijn juridische kennis aan te wenden om het probleem dat hem wordt voorgelegd te helpen oplossen. Deze neiging moet de jurist-bemiddelaar nochtans onderdrukken.

Juridische kennis waarover men beschikt achterwege laten om als bemiddelaar partijen te helpen in hun communicatie- en onderhandelingsproces, is zeker noch voor een notaris noch voor een advocaat gemakkelijk. Toch moet dit gebeuren, wegens het risico om hiermee te beïnvloeden, mede gelet op wat de rechter misschien in een dergelijk geval zou beslissen – maar dat is het niet waarnaar wordt gezocht bij een bemiddeling.³³ Het gaat er enkel om die oplossing te laten ontwikkelen die de partijen zelf ervaren als voor hen juist en billijk.

Een van de eerste vuistregels die telkens weer wordt vermeld bij de omschrijving van of toelichting over de opdracht van de bemiddelaar, is een «onpartijdige, neutrale houding». Het wordt daarbij evenwel in de literatuur telkens weer beklemtoond dat deze termen onvoldoende aangeven wat de houding van de bemiddelaar essentieel moet zijn. De uitdrukking «meerzijdige partijdigheid» of «actieve wis-

²⁹ Zie hierover P. SENAËVE, «Naar een wetgevende regeling van de scheidingsbemiddeling», *E.J.*, 1999, 2 e.v.

³⁰ Zie de congresbundel *De notaris en de conflictbeheersing*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen 1999.

³¹ De interest-based negotiation werd ontwikkeld door R. FISHER en W. URY, en onder meer beschreven in hun handleiding «Getting to yes», Boston, Houghton Mifflin Company, 1981 en 1991 (Nederlandse versie); R. FISHER, W. URY en B. PATTON, *Excellent onderhandelen, een praktische gids voor het best mogelijke resultaat in iedere onderhandeling*, Contact 1997.

³² Zie ook L. DEMEYERE, «Conflictbeslechting: bemiddeling», *o.c.*, p. 54: «Zeer omstreven is de vraag of de bemiddelaar een deskundige moet zijn in de materie die het voorwerp van het geschil uitmaakt. Een bemiddelaar die een topeexpert is in een bepaalde materie zal eventueel moeilijk kunnen weerstaan aan de verleiding reeds zeer vroeg in de bemiddeling hetgeen hij als «de oplossing» aanziet aan partijen op te dringen, en aldus een aantal gevoeligheden over het hoofd te zien die voor een genoegdoeninggevende regeling tussen partijen evenzeer essentieel zijn. Niets belet trouwens dat de bemiddelaar, mits het akkoord van partijen, zich voor specifieke materies laat bijstaan of partijen uitnodigt zelf deskundig advies in te winnen».

³³ Aldus ook uitdrukkelijk bevestigd in het Verslag BOURGEOIS, p. 22.

selende betrokkenheid» geven veel beter aan hoezeer de bemiddelaar zich moet opstellen als degene die zijn aandacht afwisselend maar totaal verleent aan degene naar wie hij luistert, terwijl hij bovendien naar alle partijen even goed moet luisteren, en desnoods ook degene die minder taalvaardig is, economisch zwakker is of minder zelfverzekerd, maar tegelijk ook andere «wapens» gebruikt om aandacht of begrip te verkrijgen, te helpen, in de voortdurende bekommernis om een evenwicht tussen partijen tot stand te brengen en in stand te houden.

In dat verband schrijft Mia Renders³⁴ over het evenwicht in de bemiddelingscontext én in de scheidingscontext, waarvan de verwezenlijking alleen kan worden bereikt als de bemiddelaar zich ten opzichte van beide partijen evenveel engageert. Zij beklemtoont bovendien³⁵ dat wat bij een bemiddeling nodig is, niet de bescherming van de zwakste door de sterkste is, noch het beheersen van technieken om als goede onderhandelaar op te treden, waarbij wordt gepoogd de eigen cliënt te beschermen tegen zijn ondeskundigheid: er moet integendeel naar worden gestreefd de cliënt zelf deskundig te maken in de onderhandeling, waardoor hij zelf de oplossing van het conflict waarin hij verstrikt is geraakt, mét de andere partij kan uitwerken. Vandaar, zegt ze, dat advocaten³⁶ in hun opleiding bovendien een aantal gewoonten (advies geven,³⁷ overtuigen, bestrijden van de sterkste klant in het belang van de zwakste klant, enz.) moeten afleren, naast vaardigheden en kennis die ze moeten opdoen (zicht op de ethiek van de scheidingsbemiddeling, zicht op een psychologisch en onderhandelingsmodel, bewaken van evenwicht, werken met de relationele aspecten van de communicatie, enz.)

Notarissen hebben m.i. haast van nature uit,³⁸ veel minder de neiging om zich te laten verleiden tot conflictverhogende tussenkomsten. De opdracht tot onpartijdigheid in de raadgeving en adviesverlening is bovendien in de notariële functie zelf begrepen en door de wet uitdrukkelijk verwoord³⁹ (art. 9 van de Notariswet als gewijzigd door de wet van 4 mei 1999). Maar net zo goed moeten de notarissen via een degelijke bemiddelingsopleiding de kennis en vaardigheden verwerven die hen in staat zullen stellen als bemiddelaar op te treden. Luistervaardigheid en conflictverlagende tussenkomsten liggen hen misschien goed, maar dan nog hebben ze ontzettend veel te leren, zoals het ontwikkelen van luistertechnieken om impliciete betekenissen te achterhalen, zicht op het psychologisch model van het conflictverloop en van het onderhandelingsproces dat moet

worden aangemoedigd, maar door de partijen zelf moet worden opgezet, enz.

2° Welke zijn de regelen waarnaar hij zich dient te gedragen?

Behalve hetgeen hij via zijn opleiding heeft aangeleerd, gelden voor iedere bemiddelaar gedragsregels die m.i. moeten worden vastgelegd, uniform voor alle bemiddelaars, ongeacht hun basisopleiding of achtergrond.

Ik geloof niet dat voor advocaten en notarissen een verwijzing naar hun eigen deontologie volstaat,⁴⁰ en bovendien is dit m.i. niet gepast. De advocaat of notaris die als bemiddelaar optreedt, moet de partijen duidelijk aangeven dat hij zijn «advocatenpet» of zijn «notarispet» tijdens het bemiddelingsproces afzet. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd terecht aanbevolen dat de advocaat of notaris de partijen dan ook best ontvangt in een andere ruimte dan zijn gebruikelijke spreekkamer.⁴¹ Dit moet worden bevestigd door een gedrag dat aan eigen regelen beantwoordt.⁴²

De aanbeveling van de Raad van Europa bevat een aantal van deze regelen. Zo wordt naast de reeds vermelde en kritisch besproken «onpartijdigheid en neutraliteit» verwezen naar het feit dat de bemiddelaar de bevoegdheid niet heeft om partijen een oplossing op te dringen, dat hij de gelijkheid van de onderhandelingsposities van partijen moet bewaren, respect hebben voor ieders standpunt, bijzondere aandacht hebben voor de belangen van de kinderen, oordelen of de bemiddeling wel kan worden voortgezet indien blijkt dat de onderhandelingsposities worden ondermijnd door geweld tussen partijen gepleegd, enz.

Bijzondere aandacht dient ook te gaan naar de confidentialiteit. In het wetsontwerp is sprake van het beroepsgeheim: art. 458 Sw. wordt op de bemiddelaar van toepassing verklaard (ontworpen art. 734sexies Ger.W.). Ik denk niet dat dit volstaat. Er moet nader worden bepaald welke regelen van toepassing zijn tijdens de bemiddelingsopdracht (wat mag de bemiddelaar aan de andere partij mededelen van hetgeen de ene partij hem heeft toevertrouwd indien hij ze afzonderlijk heeft ontmoet)⁴³ en na beëindiging van de bemiddelingsopdracht (wat mag de bemiddelaar mededelen van hetgeen hem tijdens het bemiddelingsproces is toevertrouwd? Niets, tenzij datgene wat de openbare orde, bijvoorbeeld de veiligheid van minderjarige kinderen tegen wie geweld wordt gepleegd, betreft? Kunnen partijen toestemming verlenen tot bepaalde mededelingen of ligt dit buiten hun bevoegdheid?).⁴⁴

³⁴ M. RENDERS, *Scheidingsbemiddeling, een theoretisch en praktisch model*, Roeselare, Roularta Books, 1999, 156 e.v.

³⁵ M. RENDERS, *o.c.*, p. 262 e.v.

³⁶ Zie ook J.-P. SENEAL, «L'avocat médiateur: un nouveau champ d'exercice», *R.T.D.F.*, 1994, 33 e.v.

³⁷ Bij de bespreking in de Commissie voor de Justitie van de Kamer werd door de heer S. BROUWERS, die als deskundige werd geraadpleegd, ook aangestipt dat de advocaat geneigd is om te wijzen op wat juridisch of wettelijk mag of niet mag (zie Verslag BOURGEOIS, p. 26).

³⁸ Zie hierover mijn bijdrage over «Scheidingsbemiddeling door notarissen», *E.J.*, 1999, 9 e.v.

³⁹ Zie ook H. CASMAN, «Over recht, taal en notariaat», in *Liber amicorum J. Van den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, Rechtswetenschappen 1999, 847-856.

⁴⁰ Zie in die zin nochtans S. BROUWERS, «Het juridisch statuut van de advocaat-scheidingsbemiddelaar», *R.W.*, 1998-99, 625 e.v.

⁴¹ Verslag BOURGEOIS, p. 22.

⁴² Zie ook de *ethische principes* van het contrapunt-model, toegelicht door CHR. DE BRUYNE in «Scheidingsbemiddeling in het algemeen welzijnswerk», *E.J.*, 1999, 14 e.v., en door M. RENDERS, *o.c.*, 131 e.v.: de bemiddelaar moet bewaker zijn van andermans onderhandelingen (hij onderhandelt niet zelf), bewaker van het evenwicht (via wisselende betrokkenheid) en bewaker van de informatie (ter verwezenlijking van een *informed decision making*).

⁴³ In het raam van hetgeen in de V.S. een «caucus» wordt genoemd.

⁴⁴ Zie hierover onder meer P. VAN LEYNSEELE en F. VAN DE PUTTE, «Médiation: confidentialité et responsabilité», *J.T.*, 1999, 254 e.v. en de verwijzing naar talrijke bemiddelingsreglementen die specifieke bepalingen hiervoor bevatten.

3^o Hoe wordt hij gekozen?

In het wetsontwerp wordt de bemiddelaar door de rechter aangewezen. De tekst van de wet vermeldt weliswaar dat hij slechts kan worden aangewezen «op gezamenlijk verzoek van de partijen of op eigen initiatief maar met instemming van partijen», maar hoe kunnen de partijen instemmen met de aanwijzing van een bemiddelaar die ze niet kennen? Hun instemming kan dus hooguit slaan op de abstracte bemiddelingsopdracht, niet op de keuze van de bemiddelaar zelf.

Het wetsontwerp vermeldt verder wel dat de bemiddelaar door de griffier in kennis wordt gesteld van zijn aanwijzing, en dat de bemiddelaar dan de rechter en de partijen zonder verwijl in kennis stelt van zijn aanvaarding of van zijn met redenen omklede weigering. Partijen kunnen de bemiddelaar wraken overeenkomstig art. 966, 970 en 971 Ger.W. Dit laatste betekent dat wat de gronden van wraking betreft, wordt verwezen naar wat voor rechters geldt (art. 966 Ger.W. vermeldt dat de deskundigen kunnen worden gewraakt om dezelfde redenen als rechters), en voor de procedure naar die welke voor deskundigen geldt (wat betekent dat de wrakingsgronden bij verzoekschrift moeten worden medegedeeld!).

Gelet op de fundamentele vertrouwensrelatie die tussen de bemiddelaar en de partijen moet bestaan, komt het mij voor dat er voor partijen een absolute vrijheid zou moeten bestaan voor de keuze van de bemiddelaar, en dat zonder nadere verantwoording de aanwijzing door de rechter moet kunnen worden veranderd indien deze vertrouwensrelatie om welke subjectieve redenen ook niet aanwezig is of niet kan worden opgebouwd. Het is overigens in deze noodzakelijke vertrouwensrelatie dat de verantwoording ligt voor het bestaan van het strafrechtelijk beschermd beroepsgeheim van de bemiddelaar.

4^o Hoe wordt hij betaald?

De omvang van de vergoeding waarop de bemiddelaar aanspraak kan maken zal, aldus het wetsontwerp, bij Koninklijk Besluit worden vastgelegd. Hij heeft bovendien recht op een provisie, die principieel gelijk ten laste van de partijen wordt gelegd, tenzij de rechter anders beslist, aldus het ontworpen art. 734ter, § 2, Ger.W. Voor de verdeling van de totale rekening kunnen partijen in onderling overleg een regeling treffen; bij ontstentenis van akkoord zal de

omdeling bij gelijke delen tussen partijen gebeuren, tenzij de rechter daar anders over beslist, rekening houdend met onder meer de toestand van partijen.

Hier ook wens ik twee opmerkingen te formuleren.

Allereerst dat de bemiddeling dus enkel mogelijk is op kosten van partijen. Dit had anders kunnen zijn. In Quebec zijn de twee eerste contacten met de bemiddelaar gratis.⁴⁵

Voorts dat in de literatuur dikwijls wordt gewezen op de noodzaak iedere partij minstens een deel van de vergoeding van de bemiddelaar te laten dragen. Indien één enkele partij daartoe overgaat, hetzij op grond van een overeenkomst, hetzij op grond van een beslissing van de rechter in die zin, dan kan bij de andere partij de vrees ontstaan dat de bemiddelaar niet onafhankelijk staat en zich partijdig zou gaan opstellen ten voordele van degene die hem betaalt.

IV. CONCLUSIE

Het wetsontwerp betreffende de gezinsbemiddeling zet een stap in de goede richting, maar blijft te beperkt in zijn opzet. Met name de uitbreiding naar andere familiale bemiddeling dan die welke in een scheidingscontext is vereist, is bijzonder goed te keuren, hoewel het hierbij moeilijk te begrijpen is dat het toepassingsgebied limitatief is omschreven.

In dit wetsontwerp is bovendien enkel sprake van proceduregebonden gezinsbemiddeling en alleen binnen dat kader is in de mogelijkheid voorzien om de door partijen bereikte overeenkomst door de rechter te laten bekrachtigen. Dit is ontoereikend om de doelstellingen zoals opgenomen in de aanbeveling van de Raad van Europa, te bereiken, en met name om gezinsbemiddeling te bevorderen als alternatieve wijze ter beslechting van gezinsconflicten.

Ten slotte zijn er geen standaarden ingevoerd ter bewaking van de kwaliteit van bemiddeling en wordt te weinig aandacht besteed aan de bemiddelaars die geen advocaat of notaris zijn.

Hélène CASMAN

Hoogleraar V.U.B. en U.L.B.

Gewezen notaris

Plaatsvervangend raadsheer in het Hof van Beroep te Brussel

⁴⁵ Informatie verstrekt door het Ministerie van Justitie van Québec, in de brochure «La médiation familiale gratuite», derde trimester 1997.

MINNELIJKE REGELING VAN FISCALE GESCHILLEN

I. DIRECTE BELASTINGEN

A. Spontane correctie van de aangifte

In het Wetboek van Inkomstenbelastingen 1992 (hierna: W.I.B. '92) is er – in tegenstelling tot een aantal andere fiscale wetboeken (cf. *infra*) – geen enkele bepaling opgenomen die rechtstreeks verband houdt met de spontane correctie van de aangifte. Nochtans kan de fiscale administratie er geen enkel bezwaar tegen hebben dat een belastingplichtige zelf – d.w.z. zonder dat er sprake is van een controle – de administratie inlicht van het feit dat zijn aangifte foutieve gegevens bevat en/of dat bepaalde inkomsten niet werden aangegeven.

De mogelijke gevolgen van een dergelijke spontane correctie van de aangifte zijn dan ook niet met absolute zekerheid op voorhand in te schatten. Het is weliswaar duidelijk dat de belasting die ingevolge de correctie van de foutieve gegevens en/of het toevoegen van niet-aangegeven inkomsten, zal moeten worden betaald door de belastingplichtige, maar de vraag blijft of de administratie nog sancties kan opleggen aan een belastingplichtige die spontaan overgaat tot de correctie van zijn aangifte. Aangezien de ingediende aangifte niet correct was, zou zowel een belastingverhoging kunnen worden opgelegd met toepassing van art. 444 W.I.B.'92, als een administratieve boete met toepassing van art. 445 W.I.B.'92. Beide sancties kunnen trouwens cumulatief worden opgelegd.¹

Wat de belastingverhoging betreft, bepalen de schalen in art. 225 e.v. K.B. W.I.B.'92 dat slechts in een beperkt aantal gevallen de belastingverhoging wordt teruggebracht tot nihil. Dit is enkel het geval wanneer de onjuiste aangifte te wijten is aan omstandigheden onafhankelijk van de wil van de belastingplichtige (zie schalen, sub A) of wanneer er sprake is van een eerste overtreding m.b.t. de aangifte inzake de roerende voorheffing of de bedrijfsvoorheffing. In alle overige gevallen zou in principe een belastingverhoging kunnen worden opgelegd, variërend van 10% tot 200%.

M.i. zou de belastingplichtige zich in een dergelijk geval kunnen beroepen op het tweede lid van het art. 444 W.I.B.'92. Deze bepaling stipuleert dat kan worden afgezien van het minimum van 10% belastingverhoging bij ontstentenis van kwade trouw. Zoals de tekst echter aangeeft, zou deze bepaling enkel kunnen worden toegepast indien volgens de schalen opgenomen in art. 225 e.v. K.B. W.I.B.'92 slechts de minimumbelastingverhoging van 10% van toepassing is.

Wat de administratieve boete betreft die krachtens art. 445 W.I.B.'92 kan worden opgelegd, is er minder duidelijkheid aangaande de hoogte van de boete. De tekst van het artikel bepaalt enkel dat de door de gewestelijke directeur gemachtigde ambtenaar een boete kan opleggen van 2.000 tot 50.000 frank. Het K.B. W.I.B.'92 bevat geen schalen die de boetes vastleggen naar gelang van de ernst van de overtreding en/of van het aantal overtredingen die in het verleden werden betoeld.

Voor de belastingplichtige die kwijtschelding van de administratieve boete wenste te verkrijgen, bepaalde het derde lid van art. 445 W.I.B.'92 dat een verzoekschrift moest worden ingediend bij de minister van Financiën of zijn gemachtigde. Dit lid werd echter opgeheven door art. 46, 2°, van de wet van 15 maart 1999.² Ingevolge het Regentsbesluit van 18 maart 1831 zou de bevoegdheid van de minister van Financiën echter niet zijn afgeschaffd. Het Regentsbesluit bepaalt immers in de meest algemene zin dat de minister van Financiën beslist over bezwaarschriften die de kwijtschelding van boeten en belastingverhogingen beogen.

In Nederland is de spontane regularisatie van de aangifte wel uitdrukkelijk geregeld in de wet, meer bepaald in art. 67n van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (hierna: AWR). Deze zgn. «inkeerbepaling» stipuleert dat geen «vergrijpboete» kan worden opgelegd aan de belastingplichtige die alsnog een juiste en volledige aangifte doet, dan wel de juiste en volledige inlichtingen, gegevens of aanwijzingen verstrekt voordat hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de inspecteur met de onjuistheid of onvolledigheid bekend is of bekend zal worden.³ Vrijwillige verbetering geldt alleen voor een vergrijpboete.⁴ Bij vrijwillige inkeer kan in beginsel dus wel een verzuimboete worden opgelegd, bijvoorbeeld in verband met het niet tijdig hebben gedaan van de aangifte.⁵

Daarnaast bepaalt art. 69, derde lid, AWR dat zelfs de strafvervolgning komt te vervallen wanneer de schuldige alsnog een juiste en volledige aangifte doet, dan wel de juiste en volledige inlichtingen, gegevens of aanwijzingen verstrekt voordat hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de onjuistheid of onvolledigheid bekend is of bekend zal worden. Deze bepaling heeft enkel betrekking op fiscale misdrijven en sluit niet uit dat de schuldige alsnog wordt vervolgd voor gemeenrechtelijke misdrijven.⁶

Ook in Duitsland zijn soortgelijke bepalingen opgenomen in de wet. Art. 378 III *Abgabenordnung* (hierna: AO) bepaalt dat er geen boete kan worden opgelegd indien de belastingplichtige aan de administratie kenbaar maakt dat zijn aangifte onjuist of onvolledig is of een aanvullende aangifte indient, vooraleer hij op de hoogte is dat de procedure voor het opleggen van een boete of een strafrechtelijke straf werd ingeleid. Deze «*Straffreiheit bei Selbstanzeige*» geldt enkel voor lichte belastingovertredingen («*leichtfertige Steuerverkürzung*»). Het verval van de strafvordering, de «*Strafbefreiung durch Selbstanzeige*», is opgenomen in art. 370 AO.

² B.S., 27 maart 1999.

³ In de praktijk is bij vrijwillige inkeer vooral discussie over de vraag of de belastingplichtige ten tijde van de vrijwillige inkeer redelijkerwijs al moest vermoeden dat de inspecteur bekend is of zou worden met de onjuistheid/onvolledigheid.

⁴ De «vergrijpboete» in Nederland is vergelijkbaar met de belastingverhoging in België, maar is beperkt tot maximum 100% van de verschuldigde belasting.

⁵ De «verzuimboete» in Nederland is vergelijkbaar met de administratieve boete in België. Deze bedraagt maximum 10.000 Nederlandse gulden.

⁶ B.v. gebruik van valse stukken, misbruik van vertrouwen, ...

¹ Brussel, 30 juni 1994, *Bull. Bel.*, 1996, 1287.

B. Procedure van wijziging: afsluiten van fiscale akkoorden*1^o Inleiding*

Een correctie van de aangifte gebeurt echter meestal niet spontaan door de belastingplichtige. Meestal gebeurt dit pas nadat de administratie een controle heeft doorgevoerd. Deze controles kunnen thans worden uitgevoerd door de «gewone» controlediensten, de diensten van de A.O.I.F. (Algemene Ondernemings- en Inkomstenfiscaleit – geïntegreerde controles van directe belastingen en B.T.W.) en de B.B.I. (Bijzondere Belastinginspectie).

Hierna zal worden nagegaan welke de mogelijkheden zijn om in dit stadium van de procedure een akkoord te sluiten met de administratie. Deze akkoorden zijn te onderscheiden van de akkoorden die tussen de administratie en de belastingplichtige kunnen worden gesloten met toepassing van art. 50, § 1, W.I.B.'92 (akkoord omtrent het bedrag van beroepskosten waarvan het bedrag niet is verantwoord) of art. 345 W.I.B.'92 (de «ruling»). Op deze akkoorden wordt hier niet verder ingegaan. De tekst beperkt zich tot een bespreking van de akkoorden die worden gesloten om een einde te maken aan een geschil tussen een belastingplichtige en de fiscale administratie (hierna: fiscaal akkoord). Hoewel deze bespreking is opgenomen onder het hoofdstuk inzake «directe belastingen», geldt deze bespreking in beginsel ook voor de andere domeinen van het fiscaal recht waarin een akkoord met de fiscale administratie kan worden gesloten.

2^o Algemene principes

De algemene principes van het overeenkomstenrecht, te vinden in de artikelen 1101 e.v. B.W. zijn eveneens van toepassing op het sluiten van een fiscaal akkoord. Een fiscaal akkoord is immers in de eerste plaats een overeenkomst tussen partijen, zijnde de fiscale administratie en een belastingplichtige.

De algemene principes m.b.t. het overeenkomstenrecht hebben betrekking op zowel de totstandkoming, de geldigheid, de bindende kracht, als de inhoud van het akkoord, zoals hierna zal blijken.

3^o Geldigheid

Art. 1108 B.W. bepaalt vier voorwaarden voor de geldigheid van een overeenkomst: de geldige toestemming, de bekwaamheid, het bepaald voorwerp en de geoorloofde oorzaak. De toestemming en de bekwaamheid worden hierna besproken onder 4^o (totstandkoming), terwijl het voorwerp en de oorzaak ter sprake komen onder 5^o (inhoud).

4^o Totstandkoming

Evenals elke andere overeenkomst, kan een akkoord met de fiscale administratie op verschillende manieren totstandkomen. Essentieel is dat er een wilsovereenstemming wordt bereikt tussen de fiscale administratie en de belastingplichtige (d.w.z. toestemming van beide partijen met de inhoud van het fiscaal akkoord). Dit betekent niet noodzakelijk dat het akkoord wordt opgesteld in de klassieke vorm van een schriftelijk stuk dat wordt ondertekend door beide partijen.

Volgens het Hof van Beroep te Antwerpen is het zelfs een vaststaande regel dat akkoorden die worden gesloten tussen de administratie en de belastingplichtige enkel door deze laatste worden ondertekend. Het ontbreken van de handtekening van een ambtenaar is geen element om het bestaan van een akkoord te ontkrachten.⁷ Het bestaan van een akkoord kan worden aangetoond aan de hand van de feitelijke gegevens en vereist niet het bestaan van een geschreven stuk.⁸

Maar niet elk stuk dat uitgaat van de administratie en ondertekend wordt door de belastingplichtige, geldt als een akkoord. Uit het stuk moet duidelijk blijken dat de belastingplichtige met de ondertekening zijn akkoord heeft gegeven met de gegevens die in het stuk zijn opgenomen. Wanneer dit niet afdoende blijkt, kan de handtekening van de belastingplichtige niet anders worden uitgelegd dan als de bevestiging van zijn aanwezigheid bij de fiscale controle.⁹

Wanneer een akkoord wordt gesloten met een echtbaar, dan dienen in beginsel beide echtgenoten dit akkoord te ondertekenen.¹⁰ Dit is logisch, aangezien ook de aangifte door beide echtgenoten dient te worden ondertekend. Nochtans hebben bepaalde hoven in het verleden aangenomen dat er sprake was van een stilzwijgend bijzonder mandaat tussen echtgenoten om een fiscaal akkoord te sluiten.¹¹ Indien het akkoord betrekking heeft op een vennootschap, dient het akkoord te worden ondertekend door een persoon die gemachtigd is om verbintenissen aan te gaan namens de vennootschap (zaakvoerder, bestuurder of gedelegeerd bestuurder).

Het akkoord moet niet noodzakelijkerwijze worden gesloten door de belastingplichtige zelf. Hij kan hiervoor een lasthebber aanduiden (b.v. boekhouder, accountant, advocaat, ...). Lastgeving is een consensueel contract dat in principe totstandkomt door de loutere wilsovereenstemming van de partijen, *in casu* de belastingplichtige en zijn lasthebber. Een lastgeving kan dus zowel schriftelijk, maar evengoed mondeling worden verleend. De aanvaarding van de lastgeving kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend zijn en kan b.v. blijken uit de uitvoering.

De bodemrechter beschikt over een soevereine bevoegdheid om het bestaan en de draagwijdte van het mandaat te beoordelen.¹² De rechtspraak is dan ook verdeeld bij de beoordeling van de draagwijdte van de mandaten die door belastingplichtigen werden toegekend. Hoewel in het alge-

⁷ Parl. Vraag nr. 140, 9 november 1999, *Vr. en Antw., Senaat*, 1999-2000, nr. 2-8, 311.

⁸ Antwerpen, 7 september 1999, *F.J.F.*, 99/281; Antwerpen, 19 januari 1999, *F.J.F.*, 99/140, *Fisc. Koer.*, 99/244.

⁹ Bergen, 5 november 1998, *F.J.F.*, 99/82, *Fisc. Act.*, 1999, 2/5; *in casu* had een belastingplichtige die geen aangifte had ingediend, een berekeningsnota ondertekend die was opgemaakt ter gelegenheid van een controle.

¹⁰ Bergen, 7 februari 1997, *J.L.M.B.*, 1998, 117; X., «Akkoord aangaan door echtgenoot. Geen stilzwijgend mandaat als men niet over alle vereiste documenten beschikt», *Fisc. Act.*, 1996, afl. 18, 1-2.

¹¹ Brussel, 24 april 1990, *Bull. Bel.*, 1992, 877; Brussel, 9 juni 1987, *F.J.F.*, 88/166. In beide gevallen werd het bestaan van het stilzwijgend mandaat uit het geheel van de omstandigheden afgeleid. Telkens had de echtgenote die het akkoord had ondertekend, de fiscale controle bijgewoond en had zij als gesprekspartner van de administratie gefungeerd.

¹² Cass., 12 december 1974, *Pas.*, 1975, I, 403.

meen wordt aangenomen dat de lasthebber over een bijzonder mandaat moet beschikken om een akkoord te sluiten met de fiscale administratie, werd in een aantal gevallen een algemene volmacht om een belastingplichtige «te vertegenwoordigen» tijdens het fiscaal onderzoek voldoende geacht om vast te stellen dat de gevolmachtigde een akkoord kon sluiten met de administratie.¹³

In een aantal andere gevallen stelden de hoven van beroep zich strenger op tegenover de administratie. Zo besliste het Hof te Antwerpen dat de administratie die zich beroept op een akkoord dat werd ondertekend door een lasthebber van een belastingplichtige, het bewijs dient te leveren dat die lasthebber gerechtigd was om in naam van de belastingplichtige een akkoord te sluiten. Indien dit bewijs niet wordt geleverd, kan niet worden aangenomen dat de belastingplichtige heeft ingestemd met het akkoord.¹⁴ Een mandaat waarbij de bevoegdheid wordt verleend om een persoon te vertegenwoordigen bij de verschillende ministeries werd niet geacht de bevoegdheid in te houden om een akkoord te sluiten met de belastingadministratie,¹⁵ evenmin als een mandaat om de aangiften in te dienen,¹⁶ of zelfs een volmacht om «alle documenten wat betreft directe en indirecte belastingen» te ondertekenen.¹⁷

Indien een geldige volmacht werd gegeven, kan enkel de gevolmachtigde persoon optreden. Zo oordeelde het Hof te Antwerpen dat een akkoord dat werd ondertekend door een medewerker van een boekhoudkantoor niet geldig was, omdat de volmacht werd verleend aan de zaakvoerder van het boekhoudkantoor. Het Hof oordeelde dat de volmacht een *intuitu personae*-karakter had en niet kon worden overgedragen op een medewerker van de gevolmachtigde.¹⁸

Gelet op de uiteenlopende rechtspraak, verdient het in ieder geval aanbeveling om de nodige zorg te besteden aan de libellering van de volmachten die worden verleend. Het is eveneens raadzaam dat stukken uitgaande van de administratie goed worden nagelezen vooraleer deze worden ondertekend.

5^o Inhoud

Ingevolge art. 6 B.W. mogen fiscale akkoorden – evenmin als enige andere overeenkomst – geen afbreuk doen aan de openbare orde. Aangezien de belastingwetten van openbare orde zijn, kan hiervan middels een overeenkomst niet worden afgeweken. Er is m.a.w. geen individueel akkoord mogelijk tussen de administratie en een belastingplichtige omtrent de toepassing van de belastingwet.¹⁹

Het is de administratie overigens zelfs niet toegestaan om bij wijze van algemene richtlijn (b.v. een circulaire of een

omzendbrief) af te wijken van de belastingwet. De toepassing van een dergelijke algemene richtlijnen werd door de hoven van beroep meermaals geweigerd wegens de strijdigheid met de belastingwetten.²⁰ Een recente tendens in de rechtspraak erkent echter dat een akkoord dat strijdig is met de wettelijke bepalingen door de administratie moet worden gehonoreerd, omdat anders het vertrouwensbeginsel zou worden geschonden.²¹

Er kan in ieder geval een geldig akkoord worden gesloten over de feitelijke gegevens die de belastbare grondslag bepalen. In de rechtspraak werden onder meer volgende fiscale akkoorden geldig verklaard: raming van het bedrag van een voordeel van alle aard;²² aftrek van een forfaitaire percentage van het totale beroepsinkomen als beroepskost;²³ opdeling tussen het privé- en het beroeps gedeelte van bepaalde kosten;²⁴ bepaling van de afschrijvingsannuïteiten.²⁵

Indien de administratie een belastingverhoging wil opleggen, dan moet dit eveneens in het akkoord worden vermeld.²⁶

6^o Gevolgen van het akkoord

Art. 1134, eerste lid, B.W. bepaalt dat overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, de partijen tot wet strekken. Deze regel geldt eveneens voor fiscale akkoorden, die dus in principe bindend zijn voor zowel de belastingplichtige als de administratie.

Een akkoordverklaring van de belastingplichtige (of diens mandataris) met het door de administratie gewijzigde bedrag van de aangegeven inkomsten, heeft dezelfde bewijskracht als de aangifte. De akkoordverklaring heeft tot gevolg dat de administratie wordt vrijgesteld van het leveren van het bewijs van de feitelijke elementen waarop de aanslag wordt gevestigd. De belastingplichtige behoudt dus steeds het recht om op het akkoord terug te komen, indien hij aantoonst dat hij een dwaling in feite of in rechte heeft begaan of indien hij een ander wilsgebrek kan aantonen.²⁷

Een akkoord dat werd gegeven onder druk van bedreigingen van de controlerende ambtenaar, is aangetast door geweld (art. 1111-1112 B.W.).²⁸ Zo werd een akkoord vernietigd dat door een belastingplichtige onder dwang was ondertekend, omdat de B.B.I. had bedreigd om een straf-

¹³ Antwerpen, 11 mei 1992, *Bull. Bel.*, 1993, 1271; Brussel, 24 maart 1987, *J.D.F.*, 1987, 357.

¹⁴ Antwerpen, 23 juni 1998, *F.J.F.*, 99/12.

¹⁵ Brussel, 31 januari 1989, *F.J.F.*, 89/87.

¹⁶ Gent, 12 april 1988, *Bull. Bel.*, 1992, 2689; Brussel, 8 mei 1990, *F.J.F.*, 91/11.

¹⁷ Cass., 20 januari 2000, *Fisc. Act.*, 2000, 10/9.

¹⁸ Antwerpen, 5 oktober 2000, *Fisc. Act.*, 2000, 10/1.

¹⁹ Luik, 13 januari 1999, *Act. Fisc.*, 1999, afl. 12, 2; Bergen, 15 januari 1999, *F.J.F.*, 99/71; Gent, 1 september 1998, *F.J.F.*, 98/268.

²⁰ Zie o.a. Antwerpen, 29 juni 1999, *F.J.F.*, 99/241; Antwerpen, 22 december 1998, *F.J.F.*, 99/91; Gent, 10 december 1998, *F.J.F.*, 99/61; Brussel, 30 oktober 1997, *F.J.F.*, 98/1.

²¹ Zie o.a. Antwerpen, 29 juni 1999, *Fisc. Koer.*, 99/602, *T.F.R.*, 2000, 17, met noot F. VANBIERVLIET, «Het vertrouwensbeginsel vs. het legaliteitsbeginsel», *contra* eerdere rechtspraak: Antwerpen, 3 maart 1998, *Fisc. Act.*, 1998, 17/3.

²² Bergen, 4 april 1997, *F.J.F.*, 97/192; *Fisc. Koer.*, 97/409, waartegen de voorziening tot cassatie werd verworpen door Cass., 11 mei 1998, *F.J.F.*, 98/211, *Fisc. Koer.*, 98/369.

²³ Luik, 14 november 1997, *F.J.F.*, 98/13; *contra*: Gent, 18 april 1996, *Fisc. Koer.*, 96/417.

²⁴ Antwerpen, 19 oktober 1993, *F.J.F.*, 94/127.

²⁵ Luik, 26 februari 1999, *F.J.F.*, 99/275.

²⁶ Antwerpen, 30 oktober 1995, *F.J.F.*, 96, 57; Antwerpen, 28 maart 2000, *Fisc. Koer.*, 2000/316.

²⁷ Antwerpen, 3 februari 1998, *F.J.F.*, 98/227.

²⁸ Brussel, 15 juni 1995, *F.J.F.*, 96/15; *contra*: Antwerpen, 27 april 1993, *F.J.F.*, 1994, 390.

klacht neer te leggen indien geen akkoord zou worden ondertekend.²⁹ Een akkoord dat wordt gesloten onder de toezegging dat er nadien geen strafrechtelijke vervolgingen zullen plaatsvinden, is een onwettig akkoord, omdat hiermee de rechten van verdediging en het zwijgrecht van de verdachte-belastingplichtige worden geschonden.³⁰

Ook de administratie kan een geldig akkoord niet zomaar naast zich neerleggen. Wanneer de belastbare basis in onderling akkoord tussen de administratie en de belastingplichtige is vastgesteld, is de administratie hierdoor gebonden, tenzij kan worden aangetoond dat het akkoord is aangetast door een dwaling in rechte of in feite.³¹ Reeds hierboven werd vermeld dat een recente tendens in de rechtspraak oordeelt dat de administratie zelfs een akkoord dat strijdig is met de wettelijke bepalingen moet erkennen, omdat anders het vertrouwensbeginsel zou worden geschonden.³²

Een akkoord dat door de controleambtenaar en de belastingplichtige wordt gesloten naar aanleiding van een controle, kan eventueel eveneens gevolgen hebben voor de aanslagjaren die volgen op dat waarop de controle betrekking heeft, meer bepaald wanneer het akkoord betrekking heeft op fiscale feitenkwesies die jaarlijks terugkeren. Het vertrouwensbeginsel vereist ook hier dat de administratie het bij de belastingplichtige gewekte vertrouwen respecteert.³³ Dergelijke akkoorden kunnen slechts worden opgezegd voor de toekomst.³⁴

C. Bezwaarprocedure (nieuwe wetgeving)

1^o Rol van de gewestelijke directeur

Terwijl de gewestelijke directeur vóór de wijziging van de fiscale procedure nog werd geacht een jurisdictionele handeling te stellen bij het nemen van een uitspraak over een bezwaarschrift,³⁵ beslist hij thans in zijn hoedanigheid van administratieve overheid (zie art. 375, § 1 W.I.B.'92, als gewijzigd door art. 23 van de wet van 15 maart 1999 betreffende de beslechting van fiscale geschillen en art. 98 van de wet van 15 maart 1999).

Deze wijziging was noodzakelijk ingevolge de rechtspraak van het Arbitragehof, die geoordeeld had dat het gelijkheidsbeginsel zou worden geschonden indien de gewestelijke directeur zou worden beschouwd als jurisdictionele overheid, omdat in een dergelijk geval de waarborgen voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid niet zouden kunnen worden gewaarborgd.³⁶

²⁹ Antwerpen, 14 mei 1996, *Fisc. Koer.*, 96/427.

³⁰ Cass., 13 mei 1986, *Pas.*, 1986, I, 1107.

³¹ Cass., 11 mei 1998, *F.J.F.*, 98/211; Cass., 14 september 1990, *Pas.*, 1991, I, 48; Luik, 15 oktober 1997, *F.J.F.*, 98/52.

³² Zie o.a. Antwerpen, 29 juni 1999, *Fisc. Koer.*, 99/602, *T.F.R.*, 2000, 17, met noot F. VANBIERVLIET, «Het vertrouwensbeginsel vs. het legaliteitsbeginsel».

³³ Zie b.v. Bergen, 17 december 1999, *Tips & Advies*, 2000, nr. 14.

³⁴ Bergen, 17 april 1998, *F.J.F.*, 98/254; Bergen, 3 januari 1997, *F.J.F.*, 98/134.

³⁵ Cf. Cass., 21 november 1996, *F.J.F.*, 99/31.

³⁶ Arbitragehof, 10 juni 1998, *R.W.*, 1998-99, 1173, met noot N. PLETS; *F.J.F.*, 99/58.

2^o Akkoorden

Ongeacht of de bevoegdheid van de gewestelijke directeur wordt beschouwd als een jurisdictionele dan wel een administratieve bevoegdheid, is de gewestelijke directeur die uitspraak doet over een bezwaarschrift, gebonden door een akkoord dat vóór de bezwaarprocedure werd gesloten tussen de administratie en de belastingplichtige. De gewestelijke directeur is eveneens gebonden door het akkoord dat door de inspecteur der geschillen wordt gesloten met de belastingplichtige in het stadium van het bezwaar. De belastingplichtige moet immers kunnen vertrouwen op de afspraken die hij met de administratie maakt.³⁷

Een akkoord dat na het indienen van een bezwaarschrift wordt gesloten met de inspecteur der geschillen (of met de gewestelijke directeur zelf), heeft in principe uitsluitend als doel om een einde te maken aan de betwisting die is ontstaan tussen de belastingplichtige en de administratie. Een dergelijk akkoord heeft bijgevolg enkel betrekking op de aanslagjaren waarvoor een bezwaarschrift is ingediend en kan niet worden aangewend door de belastingplichtige om een bepaalde gedragslijn van de administratie aan te tonen.³⁸

II. B.T.W.

A. Spontane correctie van de aangifte

In tegenstelling tot het Wetboek van Inkomstenbelastingen, bevat het B.T.W.-Wetboek wél een bepaling die betrekking heeft op de spontane correctie van de aangifte. Art. 3 van het K.B. nr. 41 bepaalt dat volledige kwijtschelding van de geldboeten wordt verleend wanneer een schuldenaar zijn toestand spontaan rechtzet vóór enige tussenkomst van een fiscale administratie. Deze bepaling geeft de belastingplichtige dus zekerheid omtrent de gevolgen van zijn spontaan initiatief tot regularisatie.

B. Minnelijke procedure inzake B.T.W. (art. 84 W.B.T.W.)

Art. 84, eerste lid, B.T.W.-Wetboek bepaalt dat moeilijkheden inzake de heffing van de belasting die vóór het inleiden van een rechtsgeding ontstaan, worden opgelost door de minister van Financiën. Het tweede lid van art. 84 W.B.T.W. bepaalt dat de minister van Financiën dadingen kan treffen met de belastingschuldigen voor zover deze niet leiden tot vrijstelling of vermindering van belasting. Er worden dus ruime bevoegdheden toegekend aan de Minister om geschillen inzake B.T.W. te regelen buiten de rechtbanken om. Een belastingplichtige die een correctie-opgave of een proces-verbaal ontvangt en het (geheel of gedeeltelijk) niet eens is met de inhoud hiervan, kan spontaan naar de administratie stappen om te onderhandelen over een oplossing voor het gerezen geschil.

Volgens de tekst van dit artikel geldt de bevoegdheid van de Minister niet langer wanneer effectief een rechtsgeding is ontstaan, d.w.z. wanneer een belastingplichtige verzet heeft aangetekend tegen een dwangbevel of zelf is overgegaan tot dagvaarding van de B.T.W.-administratie.

³⁷ Luik, 12 januari 1996, *F.J.F.*, 96/111, *Fisc. Koer.*, 96/272.

³⁸ Antwerpen, 26 mei 1998, *F.J.F.*, 98/190.

Volgens het Hof van Beroep te Gent is de minnelijke procedure dan ook facultatief en kan de administratie steeds een einde maken aan de onderhandelingen met de belastingplichtige door het betekenen van een dwangbevel.³⁹ Het Hof ging hiermee in tegen een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk dat had geoordeeld dat de minnelijke procedure verplicht was en dat de belastingplichtige hierop recht had. De administratie zou in die hypothese enkel een proces-verbaal kunnen opstellen en een dwangbevel betekenen wanneer geen akkoord kan worden bereikt.⁴⁰

M.i. verhinderen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dat de administratie zonder enige nadere toelichting elk voorstel tot onderhandelen van de belastingplichtige naast zich neerlegt. De vraag is echter of een schending van de beginselen van behoorlijk bestuur zwaar genoeg weegt om een juridisch correcte taxatie te laten vernietigen.⁴¹

C. Administratieve geldboetes

Net zoals inzake inkomstenbelastingen, werd ook de bevoegdheid van de minister van Financiën om te oordelen over verzoekschriften tot kwijtschelding van administratieve geldboeten in het B.T.W.-Wetboek geschrapt (art. 57 van de wet van 15 maart 1999). Ook hier kan worden geargumenteerd dat de Minister deze bevoegdheid nog steeds zou kunnen uitoefenen op grond van het Regentbesluit van 18 maart 1831, dat in de meest algemene zin bepaalt dat de minister van Financiën beslist over bezwaarschriften die de kwijtschelding van boeten en belastingverhogingen beogen.

D. Kwijtschelding van interesten⁴²

De gewestelijke directeur werd de bevoegdheid toegekend om geheel of gedeeltelijk vrijstelling te verlenen van nalatigheidsinteresten (art. 84bis W.B.T.W.). Volgens de tekst van de wet kan een dergelijke vrijstelling slechts worden verleend in bijzondere gevallen en kunnen aan de gunstmaatregel bepaalde voorwaarden worden verbonden. Volgens de minister van Financiën kan in principe slechts van de vordering van interest worden afgezien ingeval de belastingplichtige in een moeilijke financiële toestand verkeert die aan een oorzaak buiten zijn wil is te wijten of wanneer zijn financiële toestand zo is dat hij voor afzienbare tijd niet in staat zal zijn om afbetalingen te doen die nauwelijks toereikend zijn om de reeds verlopen nalatigheidsinterest te betalen.⁴³

Een bijzonder geval waarin een gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van de nalatigheidsinteresten aan de orde zou kunnen komen, is b.v. wanneer het bedrag van de nalatigheidsinteresten (thans nog steeds 0,8% per maand – art. 91

W.B.T.W.) door het aanslepen van de procedure dermate hoog is geworden dat het het bedrag van de verschuldigde B.T.W. overtreft. Ook elementen als de goede trouw van de belastingplichtige of eventuele betalingsmoeilijkheden zouden een kwijtschelding van nalatigheidsinteresten kunnen rechtvaardigen.

Wat de voorwaarden betreft die aan de gunstmaatregel kunnen worden gekoppeld, kan worden gedacht aan het stipt in acht nemen van een afbetalingsplan (cf. *infra*) of het stipt naleven van de verplichtingen inzake B.T.W. (o.a. indienen van aangiften, betalen van B.T.W., meewerken aan controle, ...).

III. REGISTRATIE- EN SUCCESSIERECHTEN

A. Registratierechten

1^o Spontane rechtzetting

Ook in het Wetboek registratie-, hypotheek- en griffierechten is een bepaling opgenomen die de kwijtschelding van geldboetes regelt in geval van een spontane regularisatie. Art. 205 W. Reg. staat de kwijtschelding van registratierechten toe ten voordele van een overtreder die, vóór enige reclamatie van het bestuur, zijn overtreding spontaan bekendmaakt. Dezelfde kwijtschelding is bepaald ten voordele van de erfgenamen van een overleden overtreder.

Respectievelijk de artikelen 267 en 287 W. Reg. maken de bepalingen betreffende de vervolgingen en gedingen en moratoire interesten van toepassing op de hypotheek- en de griffierechten.

2^o Procedure minnelijke regeling

De wettelijke bepaling m.b.t. de procedure van minnelijke regeling inzake registratierechten, is identiek aan die inzake B.T.W. (art. 219 W.Reg.). De minister van Financiën beschikt inzake registratierechten dus over de bevoegdheid om moeilijkheden op te lossen vóór het inleiden van een rechtsgeding en om dadingen aan te gaan.

Door de wet van 15 maart 1999 werd de bevoegdheid van de minister van Financiën om uitspraak te doen over verzoekschriften tot kwijtschelding van boeten eveneens geschrapt (art. 66 van de wet van 15 maart 1999).

3^o Kwijtschelding van interesten

Hoewel de regeling van de minnelijke procedure inzake registratierechten nagenoeg gelijklopend is met die inzake B.T.W., is in het Wetboek Registratierechten geen bepaling opgenomen die het de gewestelijke directeur mogelijk maakt om geheel of gedeeltelijk kwijtschelding van nalatigheidsinteresten te verlenen.

4^o Controleschatting

Wanneer de ontvanger der registratierechten meent dat de uitgedrukte prijs of de aangegeven waarde in een overeenkomst betreffende de overdracht van eigendom of vruchtgebruik van in België gelegen onroerende goederen, ontoereikend is, heeft hij de bevoegdheid om een schatting te

³⁹ Gent, 15 september 1999, *Fisc. Koer.*, 99/623.

⁴⁰ Kortrijk, 8 juni 1989, *Fisc. Koer.*, 90/377, met noot H. VANDEBERGH.

⁴¹ Zie hieromtrent: S. VAN CROMBRUGGE, «De vernietiging of vermindering van een aanslag wegens schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het fiscaal recht», in *Gentse geschriften over fiscaal recht en fiscaliteit*, S. VAN CROMBRUGGE en P. BEGHIN (ed.), Kalmthout, Biblo, nrs. 8-18.

⁴² Zie ook *infra*, V: Invordering.

⁴³ Parl. Vr., 14 juli 1987, *Vr. en Antw.*, Kamer, 1986-87, 3451.

vorderen van de goederen die het voorwerp uitmaken van deze overeenkomst. Deze schatting gebeurt door een of drie deskundigen. De deskundigen kunnen door een gemeenschappelijk akkoord tussen de ontvanger en de betrokken partij worden aangeduid. Bij gebreke aan een akkoord, dient de vrederechter de deskundigen aan te stellen.

Het gemeenschappelijk akkoord slaat enkel op de aanduiding van de deskundigen en niet op de waardering van de goederen die het voorwerp uitmaken van de overeenkomst die aan de registratie is onderworpen. De bevoegdheid om dadingen aan te geven, behoort immers toe aan de minister van Financiën (zie 2°).

Terzijde wordt hier opgemerkt dat het Arbitragehof heeft geoordeeld dat art. 197 en 199 W. Reg. strijdig zijn met het gelijkheidsbeginsel.⁴⁴ De controleschatting door de deskundige, bepaald in het Wetboek Registratierechten kan niet ter discussie worden gesteld door de rechter en de rechter kan de waardebepaling van de deskundige niet herzien,⁴⁵ terwijl dit wel het geval is bij het deskundigen-onderzoek in het gemeene recht.⁴⁶

B. Successierechten

1° Spontane rechtzetting

Inzake successierechten is geen bepaling opgenomen die de kwijtschelding van boetes mogelijk maakt ingeval de erfgenamen spontaan de aangifte in de nalatenschap rechtzetten of corrigeren. Erfgenamen die een vrijstelling van de boetes wensen te verkrijgen, dienen aan te tonen dat zij geen fout hebben begaan bij het indienen van de aangifte (art. 131 W. Succ.). De beoordeling hiervan behoort toe aan de rechterlijke macht.⁴⁷ Er is slechts afwezigheid van fout wanneer de erfgenamen bewijzen dat ze alles hebben gedaan wat in hun macht lag om de bepalingen van het wetboek na te leven of wanneer ze bewijzen dat een verzuim van aangifte te wijten is aan overmacht of aan een onoverkomelijke dwaling.⁴⁸ Het begrip «fout» staat dus los van de goede trouw van de betrokkenen, omdat men ook te goeder trouw fouten kan begaan.⁴⁹

2° Procedure minnelijke regeling

De inhoud van art. 141 W.Succ., dat de minnelijke procedure inzake successierechten regelt, is identiek aan de regeling inzake B.T.W. en inzake registratierechten (cf. *supra*). De minister van Financiën beschikt inzake successierechten

⁴⁴ Arbitragehof, 7 december 1999, *R.W.*, 1999-2000, 1265; *Fiscoloog*, 1999, afl. 734, 3. *J.L.M.B.*, 2000, 48, noot A. DEMOULIN; *Fisc. Act.*, 1999, afl. 44, 3.

⁴⁵ Zie art. 199 W. Reg.: «De beslissing der deskundigen is voor geen beroep vatbaar».

⁴⁶ Zie art. 986 Ger.W.: «De rechters zijn niet verplicht het advies van de deskundigen te volgen, indien het strijdig is met hun overtuiging.»

⁴⁷ Cass., 13 oktober 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 832, *Pas.*, 1994, I, 815, *R.W.*, 1994-95, 1204, *R. Cass.*, 1995, 71, met noot J. DEFOORT.

⁴⁸ DEFOORT, J., «Onvolledige aangifte van nalatenschap: geen fout, geen boete», (noot onder Cass., 13 oktober 1994), *R. Cass.*, 1995, 71-73, en de daar aangehaalde rechtsleer en rechtspraak.

⁴⁹ DECUYPER, *Fisc. Doc. Vandewinckele*, Deel XII, 15.2/48.2.

over de bevoegdheid om moeilijkheden op te lossen vóór het inleiden van een rechtsgeding en om dadingen aan te gaan.

Door de wet van 15 maart 1999 werd de bevoegdheid van de minister van Financiën om uitspraak te doen over verzoekschriften tot kwijtschelding van boeten eveneens geschrapt (art. 73 van de wet van 15 maart 1999).

3° Kwijtschelding interesten: art. 141bis W. Succ.⁵⁰

Gelijklopend met de regeling inzake B.T.W., bepaalt het Wetboek Successierechten – in tegenstelling tot het Wetboek Registratierechten – wél dat de gewestelijke directeur nalatighedsinteressen geheel of gedeeltelijk kan kwijtschelden. De tekst van art. 141bis W.Succ. is identiek aan die van art. 84bis W.B.T.W. (cf. *supra*).

4° Controleschatting

Ook inzake successierechten kan de ontvanger een controle-schatting vorderen indien hij meent dat de aangegeven verkoopwaarde in de successie-aangifte te laag werd ingeschat door de erfgenamen (art. 111 W.Succ.). Ten aanzien van lichamelijke roerende goederen wordt het recht van schatting echter enkel toegepast op zeeschepen en boten.

Net zoals inzake registratierechten, is de mogelijkheid van een akkoord beperkt tot de aanduiding van de personen die de schatting moeten uitvoeren (art. 113 W.Succ.).

IV. DOUANE EN ACCIJNZEN

A. Procedure van invordering

De procedures inzake douane en accijnzen wijken sterk af van die in de andere fiscale wetboeken. De bijzondere aard van de materie (zeer technisch, grensoverschrijdend en fraudegevoelig) inspireerde de wetgever in het verleden hiertoe. De wetgever kende de administratie inzake douane en accijnzen ruimere bevoegdheden toe dan de andere fiscale administraties. Wezenlijk is dat de strafvordering – die in andere fiscale materies wordt uitgeoefend door het openbaar ministerie, zoals in gemeenrechtelijke misdrijven – wordt uitgeoefend door de administratie zelf, en dat bovendien de loutere overtreding van de wet volstaat voor de kwalificatie van een overtreding als een misdrijf.

Concreet betekent dit dat de invordering van douanerechten en accijnzen *de facto* voor de strafrechter wordt gebracht, waar de administratie een dubbele vordering instelt (art. 281 e.v. A.W.D.A.). Enerzijds wordt een vordering voor de betaling van de verschuldigde rechten ingeleid, en anderzijds kunnen ook nog strafsancities (geldboeten, gevangenisstraf of verbeurdverklaring) worden gevorderd.

De bijzondere aard van deze procedure maakt het mogelijk om met de administratie een transactie aan te gaan, zelfs indien het geding reeds aanhangig is gemaakt voor de strafrechter. Indien een transactie wordt gesloten omtrent de te betalen rechten en boeten, komt ook het geding voor de strafrechter te vervallen. Inzake douane en accijnzen kan de belastingplichtige m.a.w. een strafrechtelijke veroordeling vermijden door het sluiten van een transactie met de ad-

⁵⁰ Zie ook *infra*, V: Invordering.

ministratie. Het openbaar ministerie kan immers geen afzonderlijke vordering uitbrengen.

B. Arrest van het Arbitragehof van 6 april 2000⁵¹

De procedure inzake douane en accijnzen werd in het verleden herhaaldelijk bekritiseerd. De belastingplichtige die wordt geconfronteerd met een navordering, staat immers voor een moeilijke keuze: ofwel betwist hij de navordering en zal hij zich dienen te verantwoorden voor de strafrechter, met alle mogelijke gevolgen vandie, ofwel vermijdt hij een vervolging voor de strafrechter door een transactie te sluiten met de administratie. Bovendien krijgt hij voor de strafrechter niet te maken met een onafhankelijke vervolgende instantie (in andere strafprocedures het openbaar ministerie), maar met de benadeelde partij zelf.

In het raam van een aantal geschillen werd dan ook een reeks prejudiciële vragen gesteld aan het Arbitragehof omtrent de verenigbaarheid van de procedure inzake douane en accijnzen met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. De test werd echter doorstaan: het verschil in behandeling van een belastingplichtige in het raam van een overtreding van de A.W.D.A. is volgens het Arbitragehof verantwoord door de bijzondere aard van de materie. Het gelijkheidsbeginsel werd dan ook niet geschonden geacht.

C. Wetsontwerp tot wijziging van de procedure

Op 18 mei 2000 werd in de Kamer een wetsontwerp goedgekeurd waarbij een aantal wijzigingen worden aangebracht in de procedure inzake douane en accijnzen.⁵² Dit wetsontwerp heeft tot doel om – in overeenstemming met de gewone bezwaarprocedure inzake directe belastingen – een administratief beroep in te stellen.

Het ontwerp bepaalt dat een administratief beroep kan worden ingesteld tegen de beslissingen van de gewestelijke directeur van douane en accijnzen (of een ambtenaar met een soortgelijke graad, aangesteld door de Minister) die voor een of meer personen rechtsgevolgen heeft. Het administratief beroep moet worden ingesteld bij de directeur-generaal van de administratie van douane en accijnzen, binnen een termijn van drie maanden vanaf de datum van verzending van de aangevochten beslissing. Ook andere elementen uit de gewone bezwaarprocedure (verplichte ontvangstmelding van het bezwaar, de mogelijkheid voor de verzoeker om te vragen om te worden gehoord en de mogelijkheid om bijkomende bezwaren te kunnen formuleren zolang geen definitieve beslissing werd genomen) werden overgenomen. De beslissing van de directeur-generaal over het administratief beroep zal eveneens vatbaar zijn voor een voorziening bij de rechtbank van eerste aanleg, zoals bepaald in art. 1385*decies* en 1385*undecies* Ger.W.

V. INVORDERING

A. Afbetalingsplan

Een belastingplichtige die wordt geconfronteerd met een taxatie die hij niet onmiddellijk kan betalen, kan zich steeds wenden tot de bevoegde ontvanger en hem verzoeken de verschuldigde bedragen aan te zuiveren met inachtneming van een afbetalingsplan. De ontvangers beschikken over een discretionaire bevoegdheid om al dan niet een afbetalingplan toe te staan.

Hoewel een verzoek tot afbetaling in de regel weinig wordt geweigerd, zal de ontvanger wel steeds enige omzichtigheid aan de dag leggen. De ontvanger is immers aansprakelijk voor de goede uitvoering van zijn ambt. Indien het afbetalingsplan betrekking heeft op grote bedragen, zal veelal een zekerheid worden gevraagd (voor zover deze nog niet vooraf, b.v. na het indienen van een bezwaarschrift, was genomen).

B. Bevoegdheid van de directeur

1^o Beperkte invordering t.a.v. feitelijk gescheiden echtgenoten

Door de wet van 28 juli 1992 werd art. 394*bis* ingevoegd in het Wetboek van Inkomstenbelastingen. Deze bepaling biedt aan de feitelijk gescheiden echtgenoot de mogelijkheid om de invordering van de belasting op de inkomsten van de andere echtgenoot te beperken tot wat deze verschuldigd zou zijn indien hij alle rechten van bezwaar en ontheffing van ambtswege zou hebben uitgeoefend.

De feitelijk gescheiden echtgenoot moet hiertoe een gemotiveerd verzoekschrift indienen bij de gewestelijke directeur in wiens ambtsgebied de aanslag is gevestigd, en dit binnen een termijn van zes maanden nadat de ontvanger een aanmaning tot betalen heeft gestuurd. De termijn van zes maanden is een vervaltermijn. In afwachting van een beslissing omtrent het verzoekschrift kan de invordering worden uitgesteld.

Het Hof van Beroep te Luik oordeelde dat het onbevoegd was om kennis te nemen van een voorziening tegen een beslissing van de gewestelijke directeur omtrent een verzoekschrift dat was ingediend op grond van art. 394*bis* W.I.B.'92.⁵³ Volgens het Hof bepaalde art. 377 W.I.B.'92 enkel dat een voorziening kon worden ingediend tegen beslissingen die de gewestelijke directeur had genomen krachtens de artikelen 366, 367 en 376.

O.i. zou thans een dergelijk beroep wél mogelijk moeten kunnen zijn. Art. 377 W.I.B.'92 werd immers gewijzigd en de bevoegdheid van de rechtbanken is in algemene bewoordingen vastgesteld op «geschillen betreffende de toepassing van een belastingwet» (art. 569, eerste lid, 32^o, Ger.W.). Deze libellering moet het mogelijk maken om ook een beslissing van de gewestelijke directeur omtrent een verzoekschrift tot beperkte invordering op grond van art. 394*bis* W.I.B.'92 voor de leggen aan de rechter.

⁵¹ B.S., 11 mei 2000, 2e ed., 14.972.

⁵² Wetsontwerp van 18 mei 2000 tot wijziging van de algemene wet inzake douane en accijnzen en van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992, *Parl. St., Kamer*, 1999-2000, nr. 0438/005, 1247.

⁵³ Luik, 4 juni 1997, *F.J.F.*, 97/229.

2^o Kwijtschelding nalatigheidsinteressen

Hierboven werd reeds toegelicht dat aan de gewestelijke directeur de bevoegdheid werd toegekend om in bijzondere gevallen nalatigheidsinteressen geheel of gedeeltelijk kwijt te schelden. Deze bevoegdheid is bepaald inzake inkomstenbelastingen (art. 417 W.I.B.'92), inzake B.T.W. (art. 84*bis* W.B.T.W.) en inzake successierechten (art. 141*bis* W.Succ.).

De gewestelijke directeur beschikt m.b.t. de «bijzondere gevallen» over een zeer ruime beoordelingsbevoegdheid. Hij moet op grond van de feitelijke omstandigheden eigen aan de belastingplichtige en op basis van diens werkelijke financiële toestand nagaan of de belastingplichtige zich in een bijzonder geval bevindt.⁵⁴ Hoe ruim ook de beoordelingsbevoegdheid van de gewestelijke directeur is, zijn beslissing mag niet willekeurig of onredelijk zijn, maar moet baseerd zijn op exacte, pertinente en in rechte toelaatbare motieven.⁵⁵

Hierboven werd reeds vermeld dat volgens de minister van Financiën in principe slechts kan worden afgezien van de vordering tot betaling van interest ingeval de belastingplichtige in een moeilijke financiële toestand verkeert die aan een oorzaak buiten zijn wil is te wijten of wanneer zijn financiële toestand zo is dat hij voor afzienbare tijd niet in staat zal zijn om afbetalingen te doen die nauwelijks toereikend zijn om de reeds verlopen nalatigheidsinterest te betalen.⁵⁶

Een beslissing van de gewestelijke directeur m.b.t. een verzoek tot vrijstelling van nalatigheidsinteressen werd steeds geacht geen jurisdictioneel karakter te hebben.⁵⁷ In de rechtspraak werd dan ook traditioneel aangenomen dat tegen dergelijke beslissingen geen voorziening kon worden ingediend bij het Hof van Beroep,⁵⁸ maar dat de beslissing enkel kon worden aangevochten voor de Raad van State, waar de belastingplichtige o.m. de motivering van de beslissing van de gewestelijke directeur kon betwisten.⁵⁹ Ook hier kan thans de vraag worden gesteld of de libellering van art. 569, eerste lid, 32^o, Ger.W., dat in algemene bewoordingen bepaalt dat alle «geschillen betreffende de toepassing van een belastingwet» behoren tot de bevoegdheid van de rechtbanken, het mogelijk maakt om een voorziening in te dienen tegen een beslissing van de gewestelijke directeur omtrent een verzoekschrift tot kwijtschelding van nalatigheidsinteressen.

C. Collectieve schuldenregeling

Door de wet van 5 juli 1998 (B.S., 31 juli 1998) werd met ingang van 1 januari 1998 een procedure van «collectieve schuldenregeling» ingevoerd. Deze procedure, opgenomen

⁵⁴ R.v.St., 27 mei 1997, *F.J.F.*, 98/124; R.v.St., 24 oktober 1990, *F.J.F.*, 91/186.

⁵⁵ R.v.St., 29 juni 1995, *F.J.F.*, 95/248.

⁵⁶ Parl. Vr., 14 juli 1987, *Vr. en Antw.*, Kamer, 1986-87, 3451.

⁵⁷ R.v.St., 11 februari 1982, *Bull. Bel.*, 1983, 3117.

⁵⁸ Cass., 27 februari 1987, *F.J.F.*, 88/120; Bergen, 19 januari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 929; Luik, 17 juni 1987, *F.J.F.*, 88/58; Antwerpen, 16 juni 1987, *F.J.F.*, 88/168; Gent, 25 november 1986, *F.J.F.*, 88/2; Brussel, 6 mei 1986, *Bull. Bel.*, 1987, 93.

⁵⁹ R.v.St., 24 oktober 1990, *F.J.F.*, 91/186; R.v.St., 20 september 1989, *F.J.F.*, 90/18; ; R.v.St., 29 mei 1985, *F.J.F.*, 85/207.

in de artikelen 1675/2 tot en met 1675/19 Ger.W., heeft tot doel om enerzijds de overmatige schuldenlast van particulieren op te lossen en anderzijds de gehele of gedeeltelijke betaling van de schuldeisers mogelijk te maken. Het initiatief voor het starten van de procedure ligt bij de schuldenaar. Deze kan een verzoekschrift neerleggen bij de beslagrechter op voorwaarde dat hij: een natuurlijke persoon is met woonplaats in België; geen koopman is in de zin van art. 1 W.Kh.; niet in staat is om op duurzame wijze zijn opeisbare of nog te vervallen schulden te betalen; niet kennelijk zijn onvermogen heeft bewerkstelligd.

Er worden geen bijzondere voorwaarden gesteld ten aanzien van de aard van de schulden die de verzoeker niet kan betalen, zodat de procedure eveneens openstaat voor de belastingplichtige die zijn fiscale schulden niet kan betalen.

In een recent arrest oordeelde het Hof van Cassatie dat de collectieve schuldenregeling zelfs kon worden aangevraagd indien de verzoeker slechts één schuld heeft en deze schuld een fiscale schuld is.⁶⁰ In *casu* had een belastingplichtige een fiscale schuld van bijna vijf miljoen frank, die niet kon worden afbetaald met het bescheiden inkomen van de belastingplichtige. Het verzoekschrift werd geweigerd door het Hof van Beroep te Gent omdat geen sprake kon zijn van een «collectieve» schuldenregeling, aangezien er slechts één schuld was. Volgens het Hof van Cassatie was het echter voldoende dat de belastingplichtige kampte met duurzame en structurele betalingsproblemen om in aanmerking te komen voor de procedure.

De belastingplichtige kan, met behulp van de aangestelde schuldbemiddelaar een minnelijk voorstel tot aanzuivering van zijn schulden doen (art. 1675/3 en 1675/10, § 2, Ger.W.). Deze minnelijke aanzuiveringsregeling moet betrekking hebben op alle schulden die de verzoeker op dat ogenblik heeft. De regeling kan betrekking hebben op volgende punten: uitstel van betaling; herschikking van schulden *c.q.* gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van de schulden; aanpassing van de rentevoet; gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van moratoire interesten, vergoedingen en kosten.

De minnelijke regeling moet worden goedgekeurd door alle belanghebbende partijen (art. 1675/10, § 4, Ger.W.). Indien geen akkoord wordt bereikt, kan de rechter een gerechtelijke aanzuiveringsregeling opleggen. In een dergelijk geval is het de beslagrechter die, met inachtneming van de gelijkheid van de schuldeisers, de op te leggen maatregelen bepaalt. Deze regeling kan dwingend worden opgelegd aan de schuldeisers.

De procedure van collectieve schuldenregeling biedt bijgevolg een uitweg voor belastingplichtigen die aanzienlijke fiscale schulden meeslepen uit het verleden. Een minnelijke aanzuivering is echter niet mogelijk zonder het akkoord van de bevoegde ontvanger (zie art. 1675/10, § 4, Ger.W.). Een gedwongen aanzuivering, met gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van de fiscale schulden, behoort dan nog wel tot de mogelijkheden, maar impliceert de verkoop van alle voor beslag vatbare goederen van de schuldenaar.

R. TOURNICOURT en D. JAECQUES
Advocaten

⁶⁰ Cass., 16 maart 2000, *R.W.*, 1999-2000, 1297; *Fiskoloog*, nr. 751, 3-4

MEDIATIE/MINNELIJKE SCHIKKING EN HANDELSRECHT¹

I. INLEIDING

Met de themata mediatie en minnelijke schikking kozen de organisatoren van dit congres voor een actueel, maar voor het handelsrecht breed uitwaaiend onderwerp. Een inperking van het onderwerp is noodzaak en houdt, toegegeven, iets arbitrairs in, wat op zijn beurt weer gerechtvaardigd wordt door de aanzet tot verdere discussie die van onderhavige bijdrage wordt verwacht.

Zoals bekend, viseert het handelsrecht handelaars en hun juridische relaties.² Daarin kan men de relatie tussen handelaars onderling afsplitsen van de relatie tussen handelaars en consumenten. Eerstgenoemde juridische verhouding brengt ons al gauw op het domein van internationale geschillenbeslechting, arbitrage en dies meer. De studie daarvan vormt doorgaans het voorwerp van gespecialiseerde bijdragen. Overlapping met het referaat over mediatie en minnelijke schikking in het procesrecht is daarbij niet denkbeeldig. Hierna wordt er dientengevolge voor geselecteerd om de internationale arbitragepraktijk (o.m. geschillenprocedures in het raam van de W.T.O.) alsmede zuiver procesrechtelijke bespiegelingen buiten beschouwing te laten. De lezer vindt zijn gading in de bijdrage van het procesrechtelijke preadvies aan dit congres. Om een optimaal aanvullend karakter op laatstgenoemd preadvies te waarborgen, wordt in onderhavige bijdrage de focus voornamelijk gericht op de juridische verhouding tussen de handelaar³ en de consument en de plaats van mediatie en minnelijke schikking daarin. De Belgische rechtspraktijk leent precies op dit punt een aantal actuele illustraties.

Om de vooropgestelde consumentrechtelijke invalshoek goed te vatten, wordt eerst kort ingegaan op de juridische verhouding tussen handelaars en consumenten. Daarnaast geldt het maatgevende onderscheid uit de titel, namelijk mediatie of minnelijke schikking. De vraag rijst evenwel of beide partikels los van elkaar dan wel conjunctief moeten worden gelezen. Een bijkomende opdeling tussen gerechtelijke en buitengerechtelijke geschillenbeslechting is verhelderend, in zoverre minnelijke schikking (o.m. als dading) tot de eerste vorm behoort, terwijl mediatie (hierna: bemiddeling) veeleer als vorm van buitengerechtelijke geschillenbeslechting wordt geanalyseerd. Men moet zich ervoor hoeden beide types van geschillenbeslechting al te strikt

te scheiden. Recente Belgische wetsevolutie toont aan dat bemiddeling in bepaalde sectoren, o.m. terzake van collectieve schuldenregelingen, als een autonome en voorafgaande procedurele fase wordt ingesteld, zij het niet vrij van de traditionele gerechtelijke inkadering.

Wie daarbuiten bemiddeling vermeldt, refereert al gauw aan Alternative Dispute Resolution (ADR of alternatieve geschillenoplossing).⁴ Deze verzamelterm dekt veel ladingen, waaronder allerlei vormen van (buitengerechtelijke) bemiddeling en arbitrage, en verwijst in beginsel naar alle procedures tot oplossing van een geschil die zich niet voor de reguliere (overheids)rechter afspelen. Het spreekt voor zich dat nationale en bovenal Europese ontwikkelingen in genoemd domein hierna, waar nodig, aan bod zullen komen. In dit verband werd recentelijk in de rechtsliteratuur nog de vraag opgeworpen of België zich terzake van alternatieve geschillenoplossingen op het Nederlandse pad zou begeven.⁵ Een parallel met de Nederlandse rechtspraktijk vult dan ook de analyse aan.

Tot slot lenen voormelde themata zich m.i. ook voor een «law & economics»-onderzoek.⁶ Deze ongetwijfeld verrijkende invalshoek, net als die vanuit andere hulpwetenschappen, gaat evenwel aan de opzet van dit congres en van deze bijdrage voorbij.

II. OVER DE INVALSHOEK EN WIJZE VAN BEHANDELING

De keuze om bemiddelingsconcepten te analyseren vanuit het perspectief van de consument ligt in wezen voor de hand. De roep om bemiddeling naast reguliere rechtsprocedures is veelal ingegeven om geschillen van beperktere omvang, *c.q.* met een vrij lage geldelijke inzet, efficiënt af te handelen. Geschillen van een dergelijke aard zijn vaak de zogenaamde consumentengeschillen. Het zoeken naar alternatieve vormen van geschiloplossing wordt gevoerd door ontevredenheid over bestaande procedures. De meer kapitaalkrachtige marktpartijen, o.m. grote ondernemingen, kunnen hun ontevredenheid voor de reguliere procedures uiten door geschillen systematisch voor te leggen aan (internationale) arbitrale colleges. Deze keuze heeft de minder kapitaalkrachtige consument niet. Voor de consument kunnen alternatieve procedures dientengevolge een bijzondere be-

¹ Met bijzondere dank aan H. DE CONINCK, Test-Aankoop en Voorzitter Geschillencommissie Reizen, voor zijn immer bereidwillige vrijgave van stuk voor stuk waardevolle documenten.

² Het betreft het geheel van rechtsregels met betrekking tot de verplichtingen die voor handelaars uit hoofde van hun beroep ontstaan (zie G.L. BALLON, K. GEENS en J. STUYCK, *Handels- en Vennootschapsrecht*, Kluwer rechtswetenschappen, 1997, 15).

³ In beginsel is het «verkopersbegrip» uit de WHPC voor deze verhouding maatgevend. Zie hierover J. STUYCK, «Algemene inleiding en toepassingsgebied», in *De nieuwe wet handelspraktijken*, J. STUYCK en P. WYTINCK (red.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1992, 19-33 en P. WYTINCK, «Wet op de handelspraktijken: art.1», in *Artikelsgewijze commentaar handels- en economisch recht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, losbl., 2000.

⁴ Het betreft in wezen alle procedures die zich niet voor de overheidsrechter afspelen, hoewel sommige auteurs de arbitrage er niet toe rekenen (zie o.m. G. KEUTGEN, «Médiation et conciliation en matière économique», *J.T.*, 1999, 245 en Cl. VERBRAEKEN en F. VINCKE, «Les méthodes alternatives de règlement des litiges», *J.T.*, 1996, 165, met talrijke literatuurverwijzingen).

⁵ Zie E.H. HONDIUS, «Alternatieve geschillenoplossing (kro-niek)», in *Jaarboek Consumentenrecht 1999*, E.H. HONDIUS en G.J. RUKEN (red.), Deventer, Kluwer, Consument en recht, nr. 19, 1999, 292.

⁶ Zie o.m. B.C.J. VAN VELTHOVEN, «Conflict and conflict resolution: economic perspectives», in *Models of conflict resolution*, H.I. SAGEL-GRANDE en M.V. POLAK (reds), Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1999, 95 en B.C.J. VAN VELTHOVEN en P.W. Van Wijck, *Recht en efficiency*, Deventer, Kluwer, 1997, 27 e.v.

hoefte lenigen, terwijl ze voor grotere ondernemingen veelal beantwoorden aan een persoonlijke voorkeur. Ook de Europese wetgever onderschrijft die invalshoek, door in actieprogramma's inzake consumentenbeleid de nadruk te leggen op het stimuleren van alternatieve geschillenoplossing voor consumentengeschillen.⁷

Hiermee wordt niet beoogd de traditionele «consumentistische» paradigma's van het zogenaamde «consumentenrecht» te verheerlijken. Volgens die leer wordt de consument immers al te vaak axiomatisch geschetst als een zwakke partij⁸ die door optassen van regelgeving moet worden beschermd.⁹ Integendeel moet vanuit een marktconforme visie worden bekeken hoe alternatieve vormen van geschillenoplossing de consument kunnen helpen om zijn rol als actieve deelnemer op de markt waar te maken. De perceptie op de consument is derhalve bepalend voor de invulling van bepaalde vormen van geschillenoplossing. De klaarstelling van het centrale begrip «consument» is een heikele taak. Naast een objectieve en een subjectieve definitie reikt de rechtsliteratuur een kwantitatief, een bestemmings- en een transactiecriterium aan om de consument te typeren. Dit is niet de plaats om al deze zienswijzen met hun nuancerings op hun merites te evalueren. Kort gezegd, is er zowel op nationaal als op Europees niveau een groeiende consensus waarneembaar om de consument te omschrijven als een (natuurlijke) persoon die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf.¹⁰ Deze definitie laat evenwel de handelaar die voor eigen gebruik contracteert en in een met de consument vergelijkbare positie verkeert buiten de bescherming.¹¹

⁷ Zie o.m. Action Plan on Consumer Access to Justice and the Settlement of Disputes in the Internal Market, 14 februari 1996, COM(96)13/final. Mededeling van de Commissie betreffende de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, COM(98)198/def. en Mededeling van de Commissie betreffende het Actieplan voor een consumentenbeleid 1999-2001, 20-21 en bijlage I, 6, waarin acties ter verbetering van «small claims»-procedures en de benoeming van een Europese ombudsman voor consumenten wordt overwogen. Over deze ontwikkelingen worden adviezen van representatieve consumentenorganisaties ingewonnen via het consumentencomité (zie Besluit van de Commissie van 4 mei 2000 tot oprichting van een consumentencomité, *Pb.*, 2000, L 111/30). Zie ten slotte: *Consumentengeschillen: De draad van Ariadne*, EC DGXXIV, 1999, ISBN 92-828-6023-X, p.31.

⁸ De handelaar heeft meer kennis van zijn product, meer ervaring in het contracteren en een grotere economische spankracht. Zie ook de aanbeveling 98/257/EG van de Commissie van 30 maart 1998 betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, *Pb.*, 1998, L 115/33, die spreekt van de consument als economisch zwakkere en juridisch minder ervaren contractpartij.

⁹ Zie voor België bij uitstek Th. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Brussel, Story-Scientia, CDC n° 16, 1988 en voor een kritiek daarop, G. STRAETMANS, *Consument en markt*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1998.

¹⁰ Voor een aantal respectievelijk Belgische en Europese voorbeelden, zie G. STRAETMANS, *o.c.*, 98-107 en 285-288.

¹¹ Om dit euvel te verhelpen stelt Jacobs een drievoudig criterium voor. Uitgangspunt is dat (1) alle overeenkomsten die raken aan de uitoefening van het beroep of bedrijf van de contractant, niet als consument worden gesloten. Daarop wordt een correctie toegepast voor (2) kleine ondernemers, d.z. ondernemers die een beperkte omzet halen, op voorwaarde (3) dat die als laatste in de verkoop-

De beknopte uitweiding over het consumentenbegrip toont aan dat een geschillenprocedure die openstaat voor consumenten in enge of zelfs ruime zin (d.i. met inbegrip van bepaalde rechtspersonen) andere waarborgen dient te stellen dan een geschillenprocedure waarvan de toegang aan gelijke partijen zoals ondernemingen is voorbehouden.

Toch vertonen beroepsverenigingen en consumentenverenigingen een duidelijk gelijklopend belang bij het starten van alternatieve geschillenprocedures op maat van de consument. Voor beide organisaties levert de fidelisering die er een uitvloeisel van kan zijn, een concurrentievoordeel op. De mate waarin dit economische voordeel middels geschillenprocedures kan worden gerealiseerd, is bepalend voor het succes.¹² Zolang er voldoende wederzijds vertrouwen tussen partijen blijft bestaan, is bemiddeling vanuit economisch oogpunt wellicht het beste middel om toekomstige handelsrelaties veilig te stellen.

Dat fidelisering ook voor consumentenorganisaties een gevoelig punt is, volgt uit de evaluatie die Test-Aankoop, de grootste Belgische consumentenvereniging, op de bestaande Belgische geschillencommissies doorvoerde. Daarin hekelde Test-Aankoop de voor haar leden omgekeerde effecten¹³ bij de werkzaamheden van o.m. de Geschillencommissie Reizen, die de beoogde fidelisering doorkruisen.

De groeiende aandacht die men thans voor alternatieve procedures van geschillenoplossing kan vaststellen, wordt ook gevoed door een aantal tekorten van de gerechtelijke procedures. Hoewel de gerechtelijke procedures heel wat waarborgen voor hebben op de alternatieve procedures,¹⁴ worden ze door heel wat nadelen gekenmerkt. Tot die nadelen worden in de literatuur¹⁵ *grosso modo* het formele

keten contracteren op een terrein waarover hun expertise niet reikt (W.A. JACOBS, *ADR en Consument*, Deventer, Kluwer, 1998, 13-15). Mij lijkt een kwantitatief criterium zoals omzet van handelaars niet maatgevend. Bekwaamheid bij transacties loopt vaak niet samen met financiële slagkracht, maar wel met kennis. Op grond van kennis kan er initieel geen onderscheid tussen natuurlijke- of rechtspersonen aannemelijk worden gemaakt. De invulling van een kenniscriterium is bron van tegenstrijdige opvattingen. M.i. moet het de beschermenswaardige belangen van de consument concretiseren, namelijk hem de mogelijkheid bieden om een weloverwogen en vrije keuze als actieve marktdeelnemer te maken. De op het consumentenbelang betrokken kennis is derhalve doorslaggevend. Voor een voorstel in die zin op Belgische maat en Europeesrechtelijk aannemelijk, zie G. STRAETMANS, *o.c.*, 144-196.

¹² «La combinaison des impératifs de compétitivité et des objectifs de focalisation sur le client que l'entreprise fixe à son personnel expliquent dès lors très bien le regain d'intérêt pour la médiation sous toutes ses formes en ce compris sous celle de la désignation d'un «ombudsman» dans les entreprises dont la clientèle est constituée par le grand public» (J. LEVY-MORELLE, «Opinion d'un juriste d'entreprise sur la médiation», *J.T.*, 1999, 239-240).

¹³ Zie hierover H. DE CONINCK, *L'avenir des commissions de litiges*, Partie I: Rapport, Budget & Recht, maart 1998, 56, die o.m. wijst op het eenvormige klachtgeld voor leden en niet-leden van Test-Aankoop en op de onwil ten aanzien van bemiddeling door de ledendienst van TA wanneer in de sector een geschillencommissie werd opgericht.

¹⁴ Men denke aan de inbedding in beginselen van behoorlijke rechtspleging (hoor/wederhoor, openbaarheid, onpartijdigheid enz.), de verplichtingen uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, en het feit dat een rechterlijke beslissing een uitvoerbare titel is die ook in internationaal verband wordt erkend en ten uitvoer kan worden gelegd.

karakter, de kosten, de duurtijd,¹⁶ de openbaarheid en het polariserende karakter van de gerechtelijke procedures gerekend.¹⁷ Vormvereisten en kosten werpen vaak een toegangsdrempel tot een procedure op, waardoor geschillen die in een pril stadium nog makkelijk oplosbaar zijn, het risico lopen pas als diep geworteld conflict aan de overheidsrechter te worden voorgelegd. De lange duurtijd van gerechtelijke procedures behoeft geen nadere uitleg. Daarnaast kan de waarborg van een openbare procedure belemmerend werken. Geldt dit wellicht vooral voor de ondernemer, dan speelt zulks bij privacy-gevoelige geschillen ongetwijfeld ook voor de consument.¹⁸ De zienswijze dat een gerechtelijke procedure een rechtsstrijd is waarbij een geschil op tegenspraak wordt beslecht, kan ook nadelig werken. De gerechtelijke procedure dwingt partijen de rol van tegenstanders op te nemen, wat een verabsoluterende, extreme standpuntbepaling in de hand werkt, die makkelijke oplossingen vaak in de weg staat.¹⁹ Dit werkt vanzelfsprekend voornamelijk als nadeel wanneer partijen ook nog in de toekomst op elkaar aangewezen zijn. Bij een eenmalig geschil van een consument met een handelaar zal het polariserende karakter niet echt nadelig zijn. Polarisatie bij conflicten tussen ondernemers zal veelal als erg nadelig worden gepercipieerd.

Alternatieve geschillenoplossing biedt daartegenover voordelen waaraan gerechtelijke procedures nagenoeg niet

kunnen voldoen.²⁰ Anders dan de gerechtelijke procedures geldt als uitgangspunt bij ADR dat (1) zo efficiënt als mogelijk het exclusieve doel, (2) de oplossing van het geschil²¹ moet worden bereikt. Naast de duurtijd en bijzondere doelstelling is (3) de niet-openbaarheid een aanzienlijke troef voor ondernemingen en in bepaalde gevallen ook voor consumenten. ADR-procedures hebben voorts een (4) lage kost, o.m. door persoonlijke vertegenwoordiging, en maken (5) partijen tot de meester van de procedure. Laatstgenoemd voordeel houdt idealiter in dat partijen de macht over de beslissing van het geschil hebben, terwijl de gerechtelijke procedure door advocaat en rechter wordt bepaald. Critici stellen evenwel dat dit niet steeds het geval is en partijen in wezen ook bij ADR de macht uit handen geven aan een derde, die zich over het geschil buigt.²²

De flexibiliteit van alternatieve procedures heeft ook negatieve kanten.²³ Afhankelijk van de actieve rol die de onafhankelijke derde in de procedure opneemt, blijft de informatie omtrent het geschil beperkt tot wat partijen daarover vrijwillig openbaren, en houdt de vrijheid van procedure het gevaar in dat ongelijkheden tussen partijen²⁴ (o.m. bij de verdediging van de eigen belangen) worden bestendigd. Het gebrek aan openbaarheid bemoeilijkt voorts de controle op ADR-uitspraken, waarvan gebeurlijke inconsistenties bij gebrek aan precedentwerking rechtsongelijkheid kunnen creëren. De vrije organisatie van de procedure en de consensuele basis maken dat een onwillige partij niet tot medewerking kan worden gedwongen. Komt er ten slotte toch een uitspraak, dan rijst de vraag of deze uiteindelijk afdwingbaar zal zijn, aangezien dergelijke uitspraken anders dan vonnissen geen uitvoerbare titel zijn. Een onwillige partij heeft alsdan een veto en verplicht de andere partij alsnog een gerechtelijke procedure te starten.

Met deze beknopte weergave van voor- en nadelen van alternatieve procedures, kan de analyse van de bestaansvormen worden aangevat. Hierna wordt nog van start gegaan met een korte typering van de dading, en de gerechtelijke en wettelijke bemiddeling. Nadien worden de buitengerechtelijke procedures geanalyseerd.

¹⁵ Voor een uitgebreid relaas over al de nadelen, zie W.A. JACOBS, *o.c.*, 161-178 en zie ook Cl. VERBRAEKEN en F. VINCKE, *o.c.*, J.T., 1996, 165 e.v. Onderzoek van H. VERBIST en J. ERAUW, «Résultats de l'enquête concernant les entreprises et les juristes d'entreprise en Belgique face à l'arbitrage commercial et la conciliation», *T.B.H.*, 2000, 350-352, wijst uit dat ondernemingen de snelheid, vertrouwelijkheid, de betere kwaliteit en de soepelheid als voornaamste troeven van *arbitrage* zien. Nochtans stelden de onderzoekers eveneens vast dat geen van die troeven beslissend was voor de graad van tevredenheid over arbitrage als middel om een geschil op te lossen. Het aantal «gewonnen» arbitrages leek daartoe bepalend te zijn. Bemiddeling wordt weinig ter oplossing van een geschil aangewend, hoewel bemiddeling in bepaalde gevallen arbitrage kan voorafgaan. Voor een onderzoek vanuit «consumeristisch» perspectief van deze nadelen, F. DOMONT-NAERT en M. VAN NUFFEL, «Le règlement des litiges de consommation: extension des acquis au citoyen», Brussel, Federale dienst voor wetenschappelijke, technische en culturele aangelegenheden, Brussel, 1997, 3-9, 18-19 en 90 e.v.

¹⁶ Onder meer te wijten aan de paradox dat overconsumptie van gerecht de achterstand nog doet oplopen (zie J. LAENENS en M. HENQUIN, *De Verzoening*, Rapport in opdracht van de minister van Justitie, 1999, 148).

¹⁷ Zie ook J. LEVY-MORELLE, *o.c.*, J.T., 1999, 240, die vooral de interne en externe kost voor de onderneming als nadeel van de gerechtelijke procedure aanstipt, alsook het risico op verlies van cliënteel: «un mauvais accommodement vaut mieux qu'un bon procès». Daartegenover staat wel dat H. VERBIST en J. ERAUW, *o.c.*, *T.B.H.*, 2000, 351, melden dat «presque tous les participants estiment que l'arbitrage est plus cher que les procédures devant les tribunaux ordinaires».

¹⁸ Men denke aan geschillen in de familiale sfeer of geschillen verbonden aan kredietverlening, overmatige schuldenlast enz.

¹⁹ F. EISEMANN, «Le phénomène de l'arbitrage, son utilité, ses avantages et son rôle», *Rev.dr.int.comp.*, 1976, 112, wijst op een voor arbitrage kenmerkende «atmosphère favorisant la détente, un climat de confiance qui ne se limite pas aux rapports entre les parties et l'arbitre; toute la procédure, de par son essence et sa finalité, est baignée dans ce climat favorable aux rapprochement des parties».

²⁰ Zie hierover uitgebreid: E.E. MINKJAN, «Het kan ook anders: ADR», *Advocatenblad*, 1993, 470-475, L. DE MEYERE, «Conflict-beslechting: Bemiddeling», in *Tendenzen in het bedrijfsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 48-49, en zie W.A. JACOBS, *o.c.*, 183-187. Het spreekt voor zich dat voormelde tekortkomingen naargelang het geschil variëren in intensiteit.

²¹ Anders dan in de gerechtelijke procedure waarin het recht een winnaar en verliezer aanduidt, beoogt ADR in beginsel win-win operaties, waarin het bereiken van een akkoord dat in beginsel partijen tot tevredenheid strekt, centraal staat.

²² Zie H. BROWN en A. MARRIOTT, *ADR principles and practice*, London, Sweet & Maxwell, 1993, 12.

²³ Zie hierover uitgebreid: W.A. JACOBS, *o.c.*, 187-197.

²⁴ W.A. JACOBS, *o.c.*, 197, bepleit daarom een marginale toetsing van uitspraken in consumentenzaken. Het gemis aan voormelde waarborgen van gerechtelijke procedures maakt dat bestaande ongelijkheden (zoals volgens Jacobs tussen handelaar en consument) worden bestendigd, tenzij de derde/bemiddelaar een actieve rol in die zin opneemt.

III. DADING EN MINNELIJKE SCHIKKING, GERECHTELIJKE EN WETTELIJKE BEMIDDELING

A. Dading en minnelijke schikking

De regelen inzake dading geven partijen vooraleer een procedure wordt ingeleid of tijdens een procedure de mogelijkheid om tot een minnelijke schikking te komen.²⁵ De dading is een bijzondere vaststellingsovereenkomst, die wordt gekenmerkt door het bestaan van een gerezen of een toekomstig geschil,²⁶ de gemeenschappelijke bedoeling van partijen om dat geschil te beëindigen en wederzijdse toegevingen als middel daartoe.²⁷ In een vaststellingsovereenkomst, waarvan de dading een bepaald type is, leggen partijen hun rechtsverhouding definitief vast, zodat zij in de toekomst geen betwistingen of excepties meer mogen opwerpen aangaande die rechtsverhouding.²⁸ Ingevolge de wilsautonomie zijn partijen vrij hun onderlinge rechtsverhoudingen naar goeddunken te regelen,²⁹ zodat vaststellingsovereenkomsten geldig³⁰ zijn.

In tegenstelling tot bepaalde vaststellingsovereenkomsten, die onder het gemene verbintenissenrecht ressorteren, wordt de dading wettelijk geregeld. Onder de bijzondere vaststellingsovereenkomsten zoals de partijbeslissing, het bindend advies of de bindende derdenbeslissing,³¹ het compromis of de arbitrage, de minnelijke schikking en aanvullende vormen van alternatieve geschillenoplossing, zijn ook arbitrage en minnelijke schikking wettelijk geregeld.

Op het onderscheid tussen de dadingsovereenkomst en de andere types van vaststellingsovereenkomsten, waarin partijen de bevoegdheid aan een derde verlenen om een onzeker punt van hun rechtsverhouding op definitief bindende wijze vast te stellen, wordt nog kort ingegaan. Kenmerkend voor

de dading is dat partijen die bevoegdheid zelf uitoefenen. Een bindend advies verschilt voorts van de dading doordat ze geen betwisting vereist, maar slechts een (objectieve)³² onzekerheid over een gegeven in de rechtsverhouding tussen partijen, en evenmin wederzijdse toegevingen. Anders dan de dading is de bindende derdenbeslissing geen eindbeslissing, zodat ze steeds voor de overheidsrechter kan worden aangevochten, zij het dat deze *de inhoud* van het bindend advies slechts marginaal mag toetsen.³³ Arbitrage onderscheidt zich op dezelfde wijze van de dading als de bindende derdenbeslissing,³⁴ maar verschilt van laatstgenoemde doordat arbitrage een juridische betwisting vereist, terwijl een bindende derdenbeslissing geldig kan worden gevraagd over feitelijke betwistingen of objectieve onzekerheden, los van elk geschil. De arbitrageprocedure is bovendien wettelijk geregeld, terwijl de bindende derdenbeslissing vormvrij is. Ook qua rechtsgevolgen verschilt de arbitrage aanzienlijk van de bindende derdenbeslissing.³⁵ De dading verschilt op haar beurt weer van arbitrage doordat het weliswaar evenzeer een betwisting onderstelt, maar deze kan ook op een feitenkwestie betrekking hebben.³⁶ Een dading vormt daarnaast een definitieve eindbeslissing, terwijl arbitrage vatbaar is voor vernietiging op grond van de redenen uit art. 1704 Ger.W. Arbitrage levert dan weer na exequatur een uitvoerbare titel op terwijl de dading slechts een uitvoerbare titel vormt wanneer ze is opgenomen in een proces-verbaal van minnelijke schikking of in een akkoordvonnis. Partijen kunnen wel ter beëindiging van het geschil een dading totstandbrengen voor het arbitraal college en deze door het arbitraal college laten vaststellen in een akte die wordt ondertekend door beide partijen en de arbiters.³⁷ Elke belanghebbende partij kan dan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg verzoeken de akte van dading uitvoerbaar te verklaren.

De privaatrechtelijke rechtsfiguur van facultatieve³⁸ minnelijke schikking laat partijen die bekwaam zijn om een dading aan te gaan, de mogelijkheid om elke zaak die voor dading vatbaar is, op verzoek van een partij of op beider verzoek, vooraf ter minnelijke schikking voor te leggen aan de rechter die in eerste aanleg bevoegd is er kennis van te nemen.³⁹ Het proces-verbaal van verschijning tot minnelijke

²⁵ Art. 2044, eerste lid, B.W. bepaalt dat dading een contract is, waarbij partijen een gerezen geschil beëindigen of een toekomstig geschil voorkomen.

²⁶ Het betreft meer concreet een subjectieve onzekerheid over de bestaande rechtsverhouding, die van die aard is dat partijen over de rechtsverhouding een betwisting hebben of dreigen te hebben.

²⁷ Zie over al deze aspecten uitgebreid, B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *Dading, A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 2000, 4-40.

²⁸ Zie E. DIRIX, «De kwijting voor saldo van rekening», *R.W.*, 1981-1982, 192. Zie ook over het «geschiltenietdoend» effect, B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *o.c.*, 421-439.

²⁹ Het spreekt voor zich dat zulks niet geldt voor aangelegenheden die raken aan de openbare orde of de goede zeden (zie art. 6 B.W.). Zie inzonderheid over rechten die aan de openbare orde raken, B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *o.c.*, 260-265.

³⁰ Een tegenbewijs kan steeds worden gebaseerd op de geldigheidsgebreken van art. 1108 B.W.

³¹ Belgische benaming van het Nederlandse bindend advies, op voorstel van M. STORME, «De bindende derdenbeslissing of het bindend advies ter voorkoming van gedingen», *T.P.R.*, 1984, 1243. De door de rechter aangestelde expert of het gerechtelijke deskundigenonderzoek verschilt van het bindende advies, doordat het slechts advies over technische of materiële vaststellingen inhoudt als voorlichting en niet op bindende wijze voor partijen of rechter. Zie nog M.L. STORME en M.E. STORME, «De bindende derdenbeslissing als ernstig alternatief voor overheidsrechtspraak», *R.W.*, 1993-94, 337.

³² Dus los van elke betwisting.

³³ B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *o.c.*, 13.

³⁴ Zie over de grensgevallen tussen beide vaststellingsovereenkomsten: B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *o.c.*, 17.

³⁵ Zie hierover verder in IV, B, 1^o en 2^o. Bijvoorbeeld: na exequatur levert de arbitrage een uitvoerbare titel op.

³⁶ Daarnaast schakelt art. 1676 Ger.W. dading *ratione materiae* gelijk met de bindende derdenbeslissing, zodat alleen geschillen waarover een dading kan worden aangegaan, bij overeenkomst aan arbitrage kunnen worden onderworpen.

³⁷ Zie artt. 1715 en 1716 Ger.W. en uitgebreid daarover, alsmede over een akkoordvonnis: B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *o.c.*, 399-403.

³⁸ Een voorafgaande poging tot minnelijke schikking wordt soms door afzonderlijke wetten en voor bepaalde procedures door het Gerechtelijk Wetboek opgelegd.

³⁹ Art. 731, eerste lid, Ger.W. en hierover uitgebreid, J. VAN COMPERNOLLE, «Le juge et la conciliation judiciaire», in *Het interdisciplinair geschil*, Brussel, Bruylant, 1996, 44-55 en P. HEURTERRE, «De minnelijke schikking», *T.P.R.*, 1980, 215-221.

schikking, waarin de schikking tussen partijen wordt vastgelegd, is niet noodzakelijk een dading. Zo veronderstelt een minnelijke schikking geen wederzijdse toegevingen van partijen. Dit proces-verbaal van minnelijke schikking is een authentieke en uitvoerbare titel en zo ze een dading inhoudt, gelden de daaraan verbonden rechtsgevolgen.⁴⁰

Op dezelfde wijze als een bindende derdenbeslissing verschillen de alternatieve geschillenregelingen van de dading, met dien verstande dat de partijen bij een dading in beginsel zelf de onderhandelingen voeren, terwijl dit bij alternatieve geschillenoplossing precies de bijzondere taak van de neutrale derde is, die op actieve wijze bemiddelt en partijen adviseert, tenzij ze overeenkwamen dat de uitspraak partijen bindt.⁴¹

Ondanks het feit dat de dading, als consensuele, wederkerige overeenkomst onder bezwarende titel, door de loutere wilsovereenstemming van partijen totstandkomt,⁴² doet het vereiste van een gerezen of toekomstig geschil (in de betekenis van betwisting tussen partijen), van wederzijdse toegevingen⁴³ alsook de «*animus transactionis*»⁴⁴ afbreuk aan haar preventieve slagkracht bij consumentengeschillen.⁴⁵ «Een loutere objectieve onzekerheid over een punt van de rechtsverhouding tussen partijen, zonder dat daarover een betwisting of een verschil van mening tussen partijen bestaat, lijkt nog steeds onvoldoende om een overeenkomst te kunnen kwalificeren als een dading».⁴⁶ De declaratieve aard⁴⁷ van de dading met haar verschillende rechtsgevolgen naarmate de dading betrekking heeft op zakelijke dan wel persoonlijke rechten, beperkt bovendien de slagkracht en soepelheid van de rechtsfiguur.

⁴⁰ Zie hierover, R. HAEX, «Minnelijke schikking», in *Artikels-gewijze commentaar gerechtelijk recht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, losbladig, 29-30.

⁴¹ Zie over dit onderscheid: L. DE MEYERE, «Hoe alternatief is alternatieve geschillenbeslechting (ADR – alternative dispute resolution)», *R.W.*, 1996-97, 521-530.

⁴² Ze kan dus mondeling, schriftelijk, stilzwijgend of uitdrukkelijk totstandkomen (zie hierover B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *o.c.*, 21, die erop wijzen dat het vereiste uit art. 2044 B.W. dat de dading schriftelijk moet worden opgemaakt, enkel de bewijsvoering en niet haar geldig bestaan betreft). De vraag of de soepele bewijsregeling uit het W.K.h. geldt voor een dading met handelsrechtelijk karakter, is betwist (zie dezelfden, *o.c.*, 384-386, die de rechter de discretionaire appreciatiebevoegdheid lijken te geven of *in concreto* het bewijs via vermoedens of getuigen wordt toegelaten). Wanneer bij een dading van gemengde aard een handelaar bewijst tegen een niet-handelaar/consumant, gelden de burgerrechtelijke bewijsregels.

⁴³ Zie hierover inzonderheid B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *o.c.*, 33-40.

⁴⁴ Het betreft de gemeenschappelijke bedoeling van partijen om een bestaand geschil op onherroepelijke wijze te beëindigen of een toekomstig geschil te voorkomen.

⁴⁵ Om tijd en kosten te besparen, kunnen partijen wel een dading sluiten met de uitsluitende bedoeling een proces te vermijden voor de overheidsrechter.

⁴⁶ B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *o.c.*, 26, met verdere literatuurverwijzingen.

⁴⁷ Zie over de rechtstvist met de strekking dat dading een translatieve aard heeft: B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *o.c.*, 440-459.

B. Bemiddeling

Eigen aan bemiddeling is dat bemiddelaar en partijen ze, meer dan bij dading, vrij kunnen organiseren. In algemene bewoordingen komt de rol van de bemiddelaar erop neer partijen als neutrale persoon bij te staan in de dialoog ter oplossing van een geschil.⁴⁸ In beginsel beslecht hij het geschil niet, spreekt hij zich ook niet uit over juridische of feitenkwesties, geeft hij partijen geen advies, maar bewerkstelligt hij, als een soort katalysator, de omstandigheden waarin partijen zelf tot een oplossing kunnen komen. Hij beschikt daartoe over geen enkele dwangmaatregel of sanctie, maar over het vertrouwen dat partijen hem schenken wegens zijn strikte neutraliteit en zijn moreel gezag. Partijen beschikken overigens over de vrijheid om de bemiddeling op elk ogenblik stop te zetten. De onderhandelingen worden doorgaans onder begeleiding van een bemiddelaar afgewend van de rechten en toegespitst op de belangen van partijen. Eenmaal dat de belangen van partijen en hun onderlinge prioriteit duidelijk zijn afgelijnd, kan een oplossing worden gevonden waarbij elke partij haar voordeel doet.⁴⁹

Sommige rechtsleer leidt uit de praktijk een stappenplan af, dat eigen is aan elke vorm van bemiddeling. *Grosso modo* onderscheidt men achtereenvolgens de voorafgaande contacten die leiden tot de bemiddelingsovereenkomst, waarin het voorwerp en de regelen van de bemiddeling worden opgetekend, de bemiddelingsfase zelf,⁵⁰ die, zo ze uitloopt op een oplossing waaraan partijen hun toestemming verbinden, door de rechter kan worden bekrachtigd.⁵¹

Bemiddeling kan niet alleen op initiatief van partijen (hierna IV, A), maar ook door een magistraat (hierna I^o) of verplicht opgelegd door de wet (hierna 2^o) totstandkomen. Vanzelfsprekend kunnen ook advocaten in naam van hun cliënt bemiddelen of hun cliënt bijstaan bij de hier besproken bemiddeling. Bij handelsgeschillen is het overigens gebruikelijk dat de advocaat zijn cliënt tijdens de bemiddelingsprocedure bijstaat.⁵² Daarnaast kan de advocaat waken

⁴⁸ Zie over de rol van de bemiddelaar: F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, «Mode d'emploi de la médiation», *J.T.*, 1999, 234.

⁴⁹ G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.*, 1999, 247, typeert de rol van de bemiddelaar als van een jurist die afstand weet te nemen van zijn juridische invalshoek en meer als psycholoog optreedt: «on ne peut en effet perdre de vue que le conciliateur/médiateur est davantage appelé à trancher des intérêts que des droits et que ce faisant son rôle comporte une part non négligeable de négociation».

⁵⁰ Waarin achtereenvolgens de goedkeuring van het bemiddelingskader, het onderzoek naar de feiten, de voorstelling van opties, het nemen van een beslissing, het optekenen van de overeenstemming en de revisie en bekrachtiging worden onderscheiden.

⁵¹ Zie hierover meer uitgebreid: L. DE MEYERE, *o.c.*, in *Tendenzen in het bedrijfsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 50-60 en F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, *o.c.*, *J.T.*, 1999, 236-239.

⁵² De literatuur reikt de advocaat in dat geval drie vuistregels aan: (a) laat de bemiddelaar het verloop van de bemiddeling bepalen, (b) laat de cliënt centraal staan in de procedure en (c) tracht niet een aspect van het geschil tegen elke prijs te winnen, maar streef naar een totale oplossing; (zie F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, *o.c.*, *J.T.*, 1999, 238 en H. VAN HOUTTE, «Mediatie: is het gras groener aan de andere kant van den heuvel?», in *Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1999, 240-245).

over de conformiteit met het recht van de aangedragen oplossingen, en in die rol zowel zijn cliënt als de bemiddelaar bijstaan.

1^o Gerechtelijke bemiddeling

Aangezien het Belgisch recht terzake geen procedurele bepalingen kent, moet gerechtelijke bemiddeling worden begrepen als de bemiddeling die wordt bewerkstelligd door toedoen van de rechter naar aanleiding van een geschil dat bij hem aanhangig is. Deze bemiddeling verschilt van de wettelijk geregelde verzoening of minnelijke schikking (art. 731-733 Ger.W.) en dading (art. 2044 B.W.).⁵³ Met gerechtelijke bemiddeling wordt geen bevoegdheidsdelegatie van de rechterlijke macht bedoeld, noch dat een rechter in weerwil van art. 11 Ger.W. zelf partijen bij elkaar brengt, maar de delegatie door een rechter aan een derde/bemiddelaar, van de bevoegdheid om partijen te verzoenen.

Hoewel het Gerechtelijk Wetboek, zoals vermeld, een doorverwijzing aan een derde-bemiddelaar niet regelt, zou de rechter, volgens bepaalde rechtsleer, een geldig beroep op artikel 972 Ger.W. inzake deskundigenonderzoek kunnen doen.⁵⁴ Op grond daarvan zou een rechter ambtshalve of op verzoek van partijen en na akkoord van elk van de partijen de zaak kunnen doorverwijzen naar een bemiddelaar. Art. 19, tweede lid, Ger.W. zou in die visie als wettelijke basis voor de doorverwijzing naar bemiddeling kunnen fungeren, zodat de rechter zich, alvorens recht te doen, kan vergewissen of partijen een daadwerkelijke poging tot minnelijke schikking hebben ondernomen.⁵⁵ Indien partijen aldus tot een akkoord komen, kan de rechter het bekrachtigen op grond van art. 1043 Ger.W. en bij afwezigheid daarvan eenvoudigweg de gerechtelijke procedure verderzetten.

De rechtsleer deelt die visie niet unaniem. In de literatuur werd dan ook gesuggereerd om naar Frans voorbeeld de rechter de mogelijkheid te bieden om, zo hij het nuttig oordeelt, de procedure op te schorten en het geschil voor een beperkte tijd aan een externe bemiddelaar voor te leggen, die vanzelfsprekend onder beroepsgeheim handelt.⁵⁶ Invoering in België zou een aanpassing van de artikelen 731-733 Ger.W. vereisen. Een wetsvoorstel tot aanpassing van het Gerechtelijk Wetboek in die zin werd ingediend. Het wetsvoorstel⁵⁷ beoogt voormelde juridische twist over de bevoegdheid van de rechter om vooraf of tijdens de procedure een derde/bemiddelaar aan te duiden,⁵⁸ weg te nemen. Op grond van het nieuwe art. 733bis Ger.W. kan de rechter op

verzoek van partijen of op eigen initiatief met instemming van partijen, een derde⁵⁹ aanstellen om partijen door bemiddeling tot een minnelijke schikking te brengen.⁶⁰ Komt er aldus een minnelijke schikking tot stand, dan wordt die verwoord in een proces-verbaal, dat een sanctie bepaalt ingeval de verbintenis niet wordt nagekomen en waarvan de uitgifte wordt voorzien van het formulier van tenuitvoerlegging. Derwijze ondervangt het nieuwe art. 733 Ger.W. problemen van tenuitvoerlegging van processen-verbaal van minnelijke schikking. Wordt geen schikking bereikt,⁶¹ dan kan de rechter de opdracht van de bemiddelaar hernieuwen of het ontbreken van een schikking aantekenen en de rechtspleging over het geschil verderzetten.⁶² Aangezien art. 733sexies Ger.W. bepaalt dat de bemiddelingsbeslissing in geen geval tot gevolg heeft dat de zaak aan de rechter wordt onttrokken, behoudt hij steeds de bevoegdheid om de maatregelen te nemen die hij noodzakelijk acht, met inbegrip van het voortijdig beëindigen van de bemiddelingspoging. In de praktijk stellen verschillende auteurs vast dat magistraten, ondanks de wetslacune, thans reeds partijen voorstellen om vrijwillig, zonder enige verplichting, een bemiddelingspoging te ondergaan.⁶³

De mogelijkheid scheppen voor de rechter om zelf de bemiddelingsrol op zich te nemen, wordt niet kansrijk geacht. Partijen zullen een dergelijke bemiddeling erg terughoudend aanvaarden wanneer bij gebrek aan een akkoord, dezelfde rechter het geval zal beoordelen. In Engeland blijkt de zogenaamde «small claims»-procedure daarentegen wel effectief. Deze bijzondere gerechtelijke procedure voor kleine klachten⁶⁴ stelt de rechter in staat om actief op te treden⁶⁵ en wordt gekenmerkt door een informele aanpak, waarbij partijen zelf in rechte kunnen optreden om zo tot een goedkope en snelle oplossing van het conflict te komen. De rechter doet aansluitend op de zitting uitspraak, en deze

⁵⁹ De rechter kan uitsluitend advocaten aanstellen met tien jaar baliepraktijk voor zover ze door de Raad van de Orde als bemiddelaar zijn aangewezen. Een bemiddelaar moet onpartijdig en onafhankelijk zijn, kan worden gewraakt en is tot geheimhouding verplicht.

⁶⁰ Ingevolge art. 733ter Ger.W. zou de rechter dit in elke stand van de rechtspleging kunnen doen, dus ook in een kortgedingprocedure.

⁶¹ De uiterste termijn daartoe is drie maanden.

⁶² Art. 733octies, Ger.W.

⁶³ F. LIGOT, o.c., *Ann.Dr.*, 1996, 103 en F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, o.c., *J.T.*, 1999, 235, met verwijzingen naar rechtspraak. De rechter zou dit overigens steeds als voorlopige maatregel kunnen voorstellen (zie G. DE LEVAL, «Réflexions sur la médiation civile», in *Liber Amicorum Y. Hammequart en R. Raisir*, Diegem, Kluwer, 1997, 33. In Nederland verwijzen bepaalde rechters reeds door naar een bemiddelaar. Het (Pilot)Project Mediation Rechterlijke Macht (2000-2003) biedt rechtbanken te Amsterdam, Arnhem, Assen, Utrecht en Zwolle daartoe de mogelijkheid. Bij doorverwijzing neemt het Nederlandse Ministerie van Justitie de kost van de bemiddeling voor zijn rekening. Zie hierover: N.J.H. HULS, *Conflictbemiddeling: eindrapport van het platform ADR, PADR*, Den Haag, 1998, 14 en «Utrechtse rechter gaat doorverwijzen naar mediator», *N.J.B.*, 2000, 1366.

⁶⁴ De procedure ziet op geschillen ten belope van maximum 3000 £ (circa 200.000 fr. of 4958 euro), waarbij het kunstmatig opdrijven van de vordering om de procedure te ontlopen, als misbruik van procesrecht wordt aangemerkt.

⁶⁵ Hij is niet gebonden door lijdelijkheid of partijautonomie.

⁵³ Zie hierover specifiek, F. LIGOT, «Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords», *Ann.Dr.*, 1996, 113.

⁵⁴ F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, o.c., *J.T.*, 1999, 235.

⁵⁵ Zie over de precieze voorwaarden, *ibidem*.

⁵⁶ J. LEVY-MORELLE, o.c., *J.T.*, 1999, 239-240.

⁵⁷ Zie wetsvoorstel van 1 april 1999 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de minnelijke schikking en de gerechtelijke bemiddeling, *Parl.St.*, Kamer, 1998-1999, nr.2119/1.

⁵⁸ Zie hierover o.m. V. D'HUART, «La médiation au coeur du barreau», *J.L.M.B.*, 1998, 693-697 en G. DE LEVAL, «Le juge peut-il ordonner des mesures d'instruction non prévues par la loi ?», *Ann.Dr.Liège*, 1990, 417-420.

levert een uitvoerbare titel op.⁶⁶ Het succes van de procedure wordt in niet geringe mate bewerkstelligd door de «no costs»-rule, op grond waarvan de verliezer niet automatisch wordt veroordeeld tot de proceskosten. De Engelse praktijk wees evenwel uit dat de procedure geen overweldigend succes kent bij de consument. Dit bracht Lord Woolf, die een algemeen rapport schreef over de toegankelijkheid van het Britse gerecht, ertoe aanpassingen aan de «small claims-procedure» voor te stellen, zoals een verhoogd vorderingsbedrag (tot circa 650.000 fr. of 16.129 euro, voor eenvoudige zaken) en specifieke training voor rechters.⁶⁷

Over de rol van de rechter bij een oproeping tot minnelijke schikking bestaat er heel wat controverse. De hem opgelegde onpartijdigheid vormt daarbij het grootste struikelblok.⁶⁸ Voormeld wetsvoorstel breidt art. 731 Ger.W. alvast uit, zodat partijen buiten elke rechtspleging om een minnelijke schikking of dading aan de rechter kunnen voorleggen. Toch blijft een rechter die partijen tijdens een procedure tot een schikking brengt, voornamelijk optreden als rechter en niet als bemiddelaar.⁶⁹ Illustratief op dit punt is de wet betreffende de collectieve schuldenregeling die de rechter ruime bevoegdheden toekent om in samenspraak met schuldeiser(s) en schuldenaar een gerechtelijke aanzuiveringsregeling uit te werken die kan uitmonden in kwijtschelding van schulden.⁷⁰

2° Wettelijke bemiddeling

Een voorafgaande poging tot minnelijke schikking is in de financiële sector niet ongebruikelijk en wordt meermaals

door de wetgever verplicht gesteld.⁷¹ De wet betreffende de collectieve schuldenregeling⁷² levert het interessantste voorbeeld op van een door de wet verplichte voorafgaande bemiddeling door een derde, neutrale persoon.⁷³ De omvattende wettelijke regeling was mede ingegeven door democratisering van de rechtshulp, zoals dat door het Belgische Armoederapport werd vooropgesteld.⁷⁴ De collectieve schuldenregeling die de wet invoerde, wou vanuit dat perspectief niet alleen vermijden dat de consument in dure en ondoeltreffende procedures zou verzeild geraken, waardoor zijn financiële positie nog meer uitzichtloos zou worden, maar bovenal een bescherming uitwerken op maat van de consument.

Dientengevolge verwierf de bemiddelaar een voorname rol bij de afwikkeling van de collectieve schuldenregeling. Mijn overtuiging is nog steeds dat de wettelijke regeling, inzonderheid de keuze om naast juristen ook sociale werkers uit OCMW's of instellingen voor algemeen welzijnswerk te laten bemiddelen,⁷⁵ geslaagd is vanuit consumentenrechtelijk oogpunt,⁷⁶ al oogste de wetgever heel wat kritiek.⁷⁷ Hier zij nog slechts het belang van een laagdrempelige, vertrouwelijke, maar ook deskundige bijstand van de consument bij de ontwikkeling van alternatieve procedures beklemtoond.

⁷³ Art. 1675/10 Ger.W. bepaalt dat de debiteur in overleg met zijn schuldeisers een minnelijke aanzuiveringsregeling moet doorlopen alvorens eventueel via een gerechtelijke aanzuiveringsregeling zicht te hebben op kwijtschelding van schulden. De voorafgaande minnelijke aanzuiveringsregeling moet binnen vier maanden tot een akkoord leiden, zoniet start de gerechtelijke aanzuiveringsregeling.

⁷⁴ Zie hierover uitgebreid: M. LAMBRECHTS, «Overmatige schuldenlast en kansarmoede: overmatig recht of arm recht. Beschouwingen over schuld bemiddeling en schuldsanering», in *Arm recht? Kansarmoede en recht*, Antwerpen, Maklu, 1997, 113-186 en G. STRAETMANS, «Consumentenrechtelijke aspecten», in *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, E. DIRIX en P. Taelman (red.), Antwerpen, Intersentia, 1999, 170-174.

⁷⁵ Op die wijze wees de wetgever de reeds in het raam van de wet op het consumentenkrediet op basis van decretale kwaliteitsver-eisten erkende schuldbemiddelaars aan voor de minnelijke collectieve schuldenbemiddeling. Het feit dat de bemiddelaar bij consumentenkrediet voor de consument optrad en bij collectieve schuldenregeling voor beide partijen en zulks op diens onpartijdigheid en onafhankelijkheid zou wegen, vormde geen beletsel. Daarnaast werd een modelovereenkomst bij schuldbemiddeling verplicht gesteld. Zie over al deze aspecten: G. STRAETMANS, «Consumentenrechtelijke aspecten», in *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, 218-220. Uit de door het Overleg Schuldoverlast en Observatoire du crédit et de l'endettement doorgevoerde evaluatie van de Wet Collectieve Schuldenregeling volgt dat de keuze van de bemiddelaar door de consument merendeels wordt gevolgd, tenzij deze niet onafhankelijk of onpartijdig blijkt (waarover de magistraten van mening verschillen) of tenzij de rechter per definitie weigert andere personen dan advocaten als bemiddelaars aan te stellen. (zie *L'évaluation de la loi relative au règlement collectif de dettes*, O.S. en O.C.E., februari 2000, 43 en 85).

⁷⁶ Zie o.m. L. THABERT, «De rol van de beslagrechter», in *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, 251-257. Maar zie ook A.-F. FAUVILLE en C. PANIER, «Le juge et le médiateur dans la nouvelle procédure du règlement collectif de dettes», *J.T.*, 1999, 217-227.

⁷⁷ Zie hierover uitgebreid: G. STRAETMANS, «Consumentenrechtelijke aspecten», in *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, 170-174.

⁶⁶ Zie hierover C. ERVINE, «The importance of small claims courts in resolution of consumer disputes in the United Kingdom», *C.L.J.*, 1995, 24-28.

⁶⁷ Zie hierover uitgebreid, A. CAMPBELL en S. MOLONEY, «The Woolf report and the consumer: Will it mean greater access to justice in consumer disputes?», *C.L.J.*, 1996, 30-36. In België voerde CEPINA een soepel arbitragereglement in voor kleine klachten (zie hierover: H. VERBIST en K. DHONDT, «CEPINA (Belgisch Centrum voor Arbitrage en Mediatie) wijzigt zijn reglementen», *T.B.H.*, 2000, 359 en verder onder IV, B. 1°).

⁶⁸ Zie R. HAEX, «Minnelijke schikking», in *Artikelsgewijze commentaar gerechtelijk recht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, losbladig, 28-29.

⁶⁹ Zie hierover uitgebreid: N.J.H. HULS, o.c., 27-32. Zie ook D. VERWEIJ en C.W.M. DULLAERT, «Aristoteles en de rechter-bemiddelaar», *Trema*, 1999, 316-319.

⁷⁰ B.S., 31 juli 1998, 24613. Zie over deze wet: *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, E. DIRIX en P. Taelman (red.), Antwerpen, Intersentia, Antwerpen, 1999 en voornamelijk over de aanzuiveringsregeling: E. DIRIX en A. DE WILDE, «Materieelrechtelijke aspecten van de collectieve schuldenregeling», in *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, 17-72.

⁷¹ Zie o.m. art. 59 § 1, eerste lid Wet op het Hypothecair krediet, waarin de beslagrechter die bemiddelende rol krijgt toebedeeld, en daarover met talrijke literatuurverwijzingen: P. Taelman, «De consument ten aanzien van de overdreven schuldenlast», in *Consumentenrecht*, Y. MERCHERS (red.), Brugge, Die Keure, 1998, 279-282 en M. DAMBRE, «De bescherming van de consument in de kredietsector», in *Consumentenrecht*, Y. MERCHERS (red.), Brugge, Die Keure, 1998, 189.

⁷² B.S., 31 juli 1998. Zie in het algemeen over deze wet: *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, E. DIRIX en P. Taelman (red.), Antwerpen, Intersentia, 1999.

IV. BUITENGERECHTELIJKE BEMIDDELING EN ARBITRAGE

Zoals hierboven vermeld, zijn vele vormen van alternatieve geschillenoplossing denkbaar. Analyse van deze verschijningsvormen⁷⁸ vergt een opdeling die, geïnspireerd door het proefschrift⁷⁹ van Jacobs, het best gebeurt aan de hand van de rol van de derde/bemiddelaar. Naarmate diens rol beperkt blijft tot het in kaart brengen van de feitelijke en juridische aspecten van het geschil en vervolgens bemiddelen, spreekt men van procedures waarbij de stem van de derde niet doorslaggevend is (zie hierna onder A). In procedures waarin de derde uiteindelijk wel uitspraak doet over het geschil, wordt de zuivere bemiddelingsrol overgenomen (zie hierna, punt IV, B). Deze tweedeling vat niet de procedures die uit beide ruiven eten. Dit zijn procedures waarbij de derde in een eerste bemiddelende fase niet beslist, maar in een tweede arbitrale fase nadrukkelijk wel. Deze gemengde procedures worden hierna apart behandeld (punt C). De uitspraak van de derde kan tot slot nog bindend of niet bindend zijn naargelang partijen daarvoor bij de aanvang van de procedure opteerden.

A. Bemiddeling

In de literatuur wordt doorgaans een bijkomend onderscheid gemaakt tussen «mediation» en «conciliation»,⁸⁰ waarbij andermaal de rol van de bemiddelaar het verschil maakt. Deze zou bij «conciliation» minder actief optreden dan bij «mediation». Een «mediator» spoort actief de oorzaken van het geschil op en doet autonoom voorstellen tot oplossing daarvan. Hij kan het standpunt van partijen bijstellen en hen leiden naar een aannemelijke oplossing. De actieve rol die een bemiddelaar in dergelijke procedures kan opnemen, maakt ze ook geschikt om geschillen tussen ongelijke partijen tot een goed einde te brengen.⁸¹ Bij gebrek aan een sluitende definitie van bemiddeling en verzoening, en gelet op de gelijklopende doelstelling worden beide vormen van geschillenoplossing hierna op dezelfde lijn geplaatst en aangestipt als «bemiddeling».⁸²

⁷⁸ De invloed van bestaande alternatieve procedures op het vorderingsgedrag van partijen is moeilijk te becijferen, aangezien uitspraken niet worden gepubliceerd, er geen precedentwerking is en de procedures niet openbaar zijn. Statistisch materiaal terzake blijft om die redenen bijzonder ontoereikend.

⁷⁹ W.A. JACOBS, *o.c.*, 198-201, die daarbij refereert aan P.A. WACKIE EYSTEN, «De opmars van ADR. Alternatieve geschillenbeslechting», *N.J.B.*, 1994, 1161-1166 en M. BERENDS, *Geschillenbeslechting. De advocatuur door een andere bril bekeken*, Groningen, Wolters Noordhof, 1993, 193-254.

⁸⁰ Volgens F. DOMONT-NAERT en M. VAN NUFFEL, «Le règlement des litiges de consommation: extension des acquis au citoyen», Federale dienst voor wetenschappelijke, technische en culturele aangelegenheden, Brussel, 1997, 95, schuilt het verschil in het feit dat verzoening niet steeds de tussenkomst van een derde onderstelt.

⁸¹ Zie hierover met betrekking tot de consument: R. VIITANEN, «Consumer Redress», *C.L.J.*, 1995, 6-7.

⁸² In die zin stelt G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.*, 1999, 245, dat «tant le conciliateur que le médiateur peuvent jouer un rôle actif ou au contraire se limiter à être l'interprète fidèle des parties»; zie ook L. DEMEYERE, «Conflictbeslechting: bemiddeling», in *Tendenzen in het bedrijfsrecht*, Kluwer, Antwerpen, 1998, 61.

Kenmerkend voor bemiddelingsprocedures is dat partijen de derde op volledig vrije wijze kiezen,⁸³ dat voor partijen een geheimhoudingsplicht geldt, dat de procedure vormvrij en niet openbaar is, maar aan een tijdslimiet kan gekoppeld zijn en doorgaans (bij tijdsinperking) een relatief beperkte kost meebrengt.⁸⁴

Op tal van punten vertoont de bemiddeling overeenkomsten met arbitrage.⁸⁵ Zo vormt een akkoord tussen partijen het startpunt voor beide procedures, wordt er een beroep gedaan op een derde om een oplossing te vinden bij wederzijds akkoord van partijen en kunnen beide procedures onder toezicht van een organisatie of «ad hoc», vrij door partijen worden gevoerd. Toch zijn er vele belangrijke verschillen,⁸⁶ niet in het minst omdat de contractuele basis verschillende rechtsgevolgen sorteert. Een geldig arbitraal beding⁸⁷ zal derhalve voldoende zijn als basis om een arbitrageprocedure te starten, ook al geeft een partij geen uitdrukkelijke toestemming meer aan de arbiter. Een bemiddelingsbeding zal daarentegen niet volstaan om de bemiddelingsprocedure te starten. Daartoe zal de bemiddelaar het uitdrukkelijke akkoord van beide partijen moeten verkrijgen.⁸⁸ Een arbitrale uitspraak heeft gezag van gewijsde en kan bij niet-uitvoering tussen partijen worden afgedwongen,⁸⁹ terwijl een bemiddelingsakkoord een overeenkomst is tussen partijen die ingevolge art.1134, derde lid, B.W. te goeder trouw moet worden uitgevoerd. Blijft een partij in gebreke, dan kan de gebrekkige of niet-uitvoering van de bemiddelingsovereenkomst recht geven op schadevergoeding. Arbitrage kan ten slotte slechts worden beëindigd door een bijzonder akkoord van alle partijen, terwijl bemiddeling een blijvend akkoord van alle partijen onderstelt. Bij gebrek aan deze consensus loopt de bemiddeling noodzakelijkerwijze af.

Terwijl arbitrage er steeds op gericht is het geschil op te lossen, kan de bemiddeling die doelstelling hebben, naast een zuiver preventieve, waarin de verantwoordelijkheden van partijen naast elkaar worden geplaatst. De arbitrageprocedure is voorts ingebed in een aantal minimale proce-

⁸³ Zij kunnen dit doen buiten elke overeenkomst om of op grond van een bemiddelingsclausule, waarbij een geschil voorafgaand aan een proces aan een bemiddelaar wordt voorgelegd. Zie over beide modaliteiten: F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, *o.c.*, *J.T.*, 1999, 235-236, die aanraden uitdrukkelijk in het contract vast te leggen, «le rôle du médiateur, les règles, les conditions applicables ainsi que la confidentialité du processus de médiation». In België is slechts de wettelijke schuld bemiddeling voorlopig aan kwalitatieve vereisten onderworpen. Voorts beschikken een aantal instituten over lijsten van professionele bemiddelaars van wie de beroepsernst geen twijfel laat.

⁸⁴ Zie over het uurtarief van de bemiddelaar en desgevallend de behandelingskost door een bemiddelingscentrum: F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, *o.c.*, *J.T.*, 1999, 238-239.

⁸⁵ Zie voor een evaluatie onder bedrijfsjuristen van de merites van handelsarbitrage versus bemiddeling: H. VERBIST en J. ERAUW, *o.c.*, *T.B.H.*, 2000, 341-356.

⁸⁶ Zie in dit verband, G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.*, 1999, 246.

⁸⁷ Partijen moeten er wettelijk door gebonden zijn.

⁸⁸ Behoudens in geval van verplichte bemiddeling, bijvoorbeeld op aangeven van de rechter of op grond van de wet (zie hierover *supra*, punten III, B, 1^o en III, B, 2^o).

⁸⁹ Zie art. 1710 Ger.W. en zie verder onder punt IV, B, 1^o.

durele regelen,⁹⁰ terwijl de bemiddelingsprocedure in beginsel⁹¹ vormvrij is. Aan het einde van een bemiddelingsprocedure kunnen partijen eventueel een dading in de zin van art. 2044 B.W. sluiten, waarmee niet wil gezegd zijn dat het akkoord tussen partijen waarin het eindresultaat vervat ligt, automatisch een dading uitmaakt. Dit akkoord kan, maar hoeft geenszins wederzijdse toegevingen te bevatten.⁹²

In België maar ook internationaal⁹³ werden procedurele regelen opgesteld waaraan bemiddeling moet beantwoorden indien partijen ernaar verwijzen in de bemiddelingsovereenkomst. Hierna wordt het Belgische bemiddelingsreglement van CEPINA,⁹⁴ het Belgisch Centrum voor Arbitrage en Mediatie, kort aangestipt.⁹⁵ De start van een bemiddelingsprocedure bij CEPINA vereist een ondubbelzinnig akkoord van partijen.⁹⁶ De bemiddelaar, die CEPINA vervolgens aanduidt, organiseert de bemiddeling op vrije wijze, al wordt hij geleid door beginselen van onpartijdigheid, gelijkheid en rechtvaardigheid.⁹⁷ Dit betekent o.m. dat van wat er gedaan, gezegd of geschreven is in een mislukte bemiddelingsprocedure geen gewag mag worden gemaakt tijdens een arbitrale of gerechtelijke procedure.⁹⁸ Indien de bemiddelaar partijen tot een akkoord leidt, wordt dit vastgesteld bij geschrift.⁹⁹

Een typische uit de Amerikaanse praktijk overgewaaid vorm van bemiddeling is de zogenaamde «*fact finding*»-procedure, waarbij een onafhankelijke, gespecialiseerde derde alle aspecten van een geschil onderzoekt en daarover verslag uitbrengt, met eventueel een schikkingsaanbeveling.¹⁰⁰ Daarnaast zijn nog vele andere varianten denkbaar, zoals het zogenaamde conflict-management, waarbij voornamelijk bij langetermijncontracten reeds in een vroeg stadium bemiddeling wordt aangewend; de *high-low arbitration* waarbij de bemiddelaar een compromis voorstelt tussen de

geëiste som en de som die de verweerder bereid is te betalen; en *final-offer arbitration*, waarbij de bemiddelaar uit de definitieve voorstellen van partijen een schikking destilleert door de belangen van partijen af te wegen.

Vormen van bemiddeling worden in verschillende EU-landen opgenomen door consumentenorganisaties, als een dienst aan de leden. In België treedt o.m. Test-Aankoop bemiddelend op bij klachten van leden over bepaalde diensten of producten. De Nederlandse tegenhanger is de Consumentenbond, die over zijn bemiddelingsactiviteiten regelmatig verslag uitbrengt in de Consumentengids en in bijzondere jaarverslagen.

Ook individuele ondernemingen bedienen zich van bemiddeling wanneer ze via hun klantendienst klachten in der minne trachten op te lossen. Deze individuele initiatieven groeien soms uit tot zelfreguleringscodes waarin een branche zichzelf een voorafgaande bemiddelingspoging tot oplossing van een geschil oplegt.¹⁰¹

De overheid zelf doet in bepaalde EU-lidstaten eveneens een duit in het zakje, door bemiddelingsprocedures voor consumentenklachten te organiseren. Frankrijk is op dit punt het meest vooruitstrevend door de «*conciliateurs de consommation*» die, mits ze vijf jaar ervaring in consumentenzaken hebben per departement door de voorzitters van het hof van beroep als bemiddelaars kunnen worden benoemd.¹⁰² De door de «*conciliateur*» bereikte oplossing kan worden vastgesteld in een «*constat d'accord*».¹⁰³ Verschillende pogingen om ook in België een soepelere, maar

⁹⁰ Zie hierover verder onder punt IV, B, 1°.

⁹¹ Tenzij natuurlijk partijen het anders bepalen.

⁹² Zie over de dading punt III, A. De opname van het akkoord in een notariële akte (uitvoerbare titel) is ingevolge art. 19 van de Wet van 16 maart 1803 op het notarisambt steeds mogelijk.

⁹³ Zie o.m. het reglement van de Internationale Kamer van Koophandel, en daarover verder onder punt IV, B, 1°.

⁹⁴ Op tal van punten, o.m. de vertrouwelijkheid en de elementen waarmee de bemiddelaar kan rekening houden, wordt het CEPINA-reglement aangevuld door het bemiddelingsreglement (conciliation) van 4 december 1980 van de United Nations Commission on International Trade (Uncitral).

⁹⁵ Voor het arbitragereglement zij verwezen naar punt IV, B, 1°. Aangezien CEPINA onstond uit het VBO en het Belgisch Nationaal Comité van de IKK, zijn beide reglementen nagenoeg analoog. Zie ook H. VERBIST en K. DHONDT, *o.c.*, *T.B.H.*, 2000, 357-365. Ook de Brusselse Kamer van Handel en Nijverheid richtte in samenwerking met de Nederlandse en Franse Orde van Advocaten het Brussels Business Mediation Center op.

⁹⁶ Art. 2, CEPINA-reglement.

⁹⁷ Art. 2 en 5 CEPINA-reglement.

⁹⁸ Art. 5, § 2 en 3, CEPINA-reglement. Een bemiddelaar mag bovendien op geen enkele wijze meer tussenkomen in een arbitrale of gerechtelijke procedure over het geschil.

⁹⁹ Art. 3, § 3, CEPINA-reglement.

¹⁰⁰ Zie hierover E.D. GREEN: «Neutral experts – remodeling adversarial justice», in S.B. GOLDBERG, E.D. GREEN and F.E.A. SANDER (red.), *Dispute Resolution*, Boston-Toronto, Little Brown and Co., 1985, 296.

¹⁰¹ Zo werd o.m. op initiatief van de financiële sector een ombudsmanprocedure ingericht in respectievelijk de bank-, beurs- en verzekeringssector. Voor de cliënten van spaarbanken werd in de schoot van de Belgische Spaarbankenvereniging een Regelings- en Overlegcommissie (ROC) opgericht. De procedure is in beginsel schriftelijk en kosteloos, en sluit af met een niet-bindende uitspraak. De ombudsman van de beurzen van Antwerpen en Brussel ageert grosso modo volgens dezelfde procedure, maar geeft een aanbeveling. De verzekeringsombudsman kan, in tegenstelling tot voormelde procedures, zonder voorafgaande minnelijke poging van de consument, kennisnemen van een klacht, die ook kon uitgaan van een rechtspersoon. De ombudsman zoekt naar een pragmatische oplossing, die wordt vastgelegd in een niet-bindend advies of besluit. Daarnaast kan hij voor de betrokken sector algemene aanbevelingen uitbrengen. Zie meer uitgebreid over de ombudsman van banken: P. CAEYERS, «De consument en alternatieve geschillenbeslechting: de ombudsman voor cliënten van banken», in *Consumentenrecht*, Y. MERCHIERS (red.), Brugge, Die Keure, 1998, 328-337 en zie algemeen over dergelijke ondernemingsgebonden verzoeningscommissies en ombudsdiensten, F. DOMONT-NAERT en M. VAN NUFFEL, «Le règlement des litiges de consommation: extension des acquis au citoyen», Federale dienst voor wetenschappelijke, technische en culturele aangelegenheden, Brussel, 1997, 9-14 en onder punt 4.3.

¹⁰² Zie hierover het Décret no. 93-254 van 25 februari 1993 en hierover uitgebreid, J. CALAIS-AULOY, *Droit de la Consommation*, Paris, Sirey Dalloz, 1992, 357. Zie over aanvullende initiatieven van de Franse overheid op dit terrein, G. CAS en R. BOUT, *Concurrence, Distribution, Consommation*, Paris, Lamy Droit Economique, 1997, nrs. 4159-4162.

¹⁰³ In Nederland kan het resultaat van een bemiddeling op vergelijkbare wijze worden vastgelegd in een zogenaamde vaststellingsovereenkomst die partijen bindt en hen derhalve verplicht zich aan de bemiddeling te houden. Wordt alsnog een rechter aangezocht om het geschil te beoordelen, dan zal deze de vaststellingsovereenkomst moeten meenemen in zijn overweging. Zie over de vaststellingsovereenkomst in Nederland o.m., M. VAN ZIJST, «De vaststellingsovereenkomst», *N.J.B.*, 1993, 1051-1052.

gerechtelijke consumentenklachtprocedure¹⁰⁴ in te voeren, werden in de literatuur op heel wat kritiek onthaald.¹⁰⁵

De reglementering van de vertrouwelijkheid van de procedure¹⁰⁶ en de eventuele aansprakelijkheid van de bemiddelaar is voor bemiddelingsprocedures maatgevend voor hun welslagen. Kortweg komt vertrouwelijkheid neer op een verbod voor de partijen en de bemiddelaar om datgene wat gedaan, gezegd of geschreven werd tijdens de procedure, nadien kenbaar te maken of te gebruiken in een arbitrale of gerechtelijke procedure. Daarnaast is de bemiddelaar er ook toe gehouden informatie die hem door een partij tijdens een caucus ten vertrouwelijke titel werd meegedeeld, niet mee te delen aan tegenpartij.

In België rijst het probleem van de vertrouwelijkheid van de procedure op bijzondere wijze, omdat nagenoeg geen wettelijke regelen dienaangaande werden ingevoerd.¹⁰⁷ In de praktijk rees de vraag of de regelen inzake beroepsgeheim, vervat in art. 458 S.W., toepassing kunnen vinden. In de literatuur wordt daarop meer dan eens bevestigend geantwoord, en ook bepaalde rechtspraak, merendeels in de sector van familierecht, lijkt zich daarbij aan te sluiten.¹⁰⁸ Voornaamste reden daartoe lijkt de sociale rol van algemeen belang te zijn die de bemiddeling vervult als bijzonder middel om de maatschappelijke orde te beschermen.¹⁰⁹

Correlatief aan de vertrouwelijkheid komt de aansprakelijkheid van de bemiddelaar voor het voetlicht. Hoewel de vertrouwelijkheid soms wordt verabsoluteerd, gaat men ervan uit dat de bemiddelaar voor de bemiddelingsactiviteit uitsluitend zijn goede diensten verleent, wat in beginsel op een inspanningsverbintenis neerkomt. Hij kan dus niet aansprakelijk worden gesteld voor het mislukken van de bemiddeling,¹¹⁰ maar eventueel wel wanneer hij tekortschiet

in zijn zorgvuldigheidsplicht, neutraliteit, onpartijdigheid of verplichting de vertrouwelijkheid van de procedure te verzekeren.¹¹¹ Zo kan in bepaalde omstandigheden toch een resultaatsverbintenis op hem rusten, die dan aansprakelijkheid meebrengt. Het meest voor de hand liggende voorbeeld is dat de bemiddelaar de vertrouwelijkheid van de procedure schendt door ondanks uitdrukkelijk verbod van een partij, bv. tijdens een caucus, geheime informatie aan de wederpartij prijs te geven.¹¹²

Hoewel de voordelen qua tijdsduur en kosten voor de hand liggen, blijft het vertrouwen in de bemiddelaar van wezenlijk belang voor het welslagen. Een bestaande ongelijkheid tussen partijen, bv. tussen handelaar en consument, kan slechts door de keuze en de expertise van de derde worden geneutraliseerd.¹¹³ Ook het kostenvoordeel zal slechts ten volle spelen wanneer de inzet van het consumentengeschil vrij hoog is. Daarom wordt in bepaalde literatuur gesteld dat deze vorm van bemiddeling pas zinvol is voor de consument, op voorwaarde dat een kostenregeling en een vaste lijst van experts worden uitgewerkt door een onafhankelijk instituut.¹¹⁴

B. Arbitrage en bindend advies

Het kopje ziet in de eerste plaats op procedures waarin een derde over een geschil uitspraak doet die partijen steeds bindt. Het informele karakter en de autonomie van partijen maakt evenwel dat kan worden overeengekomen dat de uitspraak van de derde geen bindend effect heeft. Dit is het geval bij adviserende arbitrage, waarbij het arbitrale vonnis partijen kan helpen bij het oplossen van hun geschil, maar hen geenszins bindt. Kunnen partijen zich verzoenen met de oplossing die het arbitrale vonnis aandraagt, dan kunnen ze verzoeken het arbitrale vonnis tot een bindende arbitrage om te zetten in een zogenaamde «*concilio-arbitration*».¹¹⁵

Hierna komen enkel nog de procedures met bindende uitspraken van een derde aan bod. Daarin wordt nog een onderscheid gemaakt tussen uitspraken die ten uitvoer kunnen worden gelegd, zoals bindende arbitrage en uitspraken die geen uitvoerbare titel vormen, zoals het bindende advies.

¹⁰⁴ Reeds in 1986 hield B. DEMEULENAERE een pleidooi voor een gerechtelijke consumentenklachtprocedure (zie B. DEMEULENAERE, *De beslechting van consumentengeschillen naar Belgisch recht*, Kluwer, Antwerpen, 1986). Dit idee werd verder uitgewerkt in het voorstel voor een algemene wet inzake bescherming van de consument, in *Verslag van de Studiecommissie tot hervorming van het consumentenrecht*, Th. BOURGOIGNIE (red.), Ministerie van Economische Zaken, 1995, 295-358 en Th. BOURGOIGNIE, «Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs en Belgique», 1997, *J.T.*, 37-43.

¹⁰⁵ Zie voornamelijk, J. LAENENS, «De effectivering van de rechten van de consument», in *Consumentenrecht in beweging*, CDC nr. 36, Louvain-la-Neuve, 1998, 193-214.

¹⁰⁶ In overeenkomst, wet, rechtspraak of deontologische code.

¹⁰⁷ Een van de weinige uitzonderingen hierop is het decreet van 7 juli 1998 houdende de instelling van de Vlaamse Ombudsdienst en de wet inzake collectieve schuldenregeling.

¹⁰⁸ Zie hierover uitgebreid met verwijzingen naar literatuur en rechtspraak, P. VAN LEYNSEELE en F. VAN DE PUTTE, «Médiation: confidentialité et responsabilité», *J.T.*, 1999, 255.

¹⁰⁹ *Ibidem*; «Reconnaître que la médiation implique la protection du secret professionnel qui s'y rattache, c'est reconnaître que la médiation remplit une fonction utile à la protection de l'ordre social».

¹¹⁰ Volgens Amerikaanse theorieën kan de bemiddelaar wel voor de inhoud van een bemiddelingsakkoord aansprakelijk worden gesteld, bijvoorbeeld wanneer het voor een partij onevenredig of onrechtvaardig uitvalt. Deze visie wordt in Europa en o.m. door in vorige voetnoot vermelde auteurs niet gevolgd, aangezien aldus het onderscheid met de rechter zou vervagen indien de bemiddelaar de overeenkomst inhoudelijk zou moeten beoordelen.

¹¹¹ Zie over de plichten van de bemiddelaar als onpartijdige en onafhankelijke derde: F. DOMONT-NAERT en M. VAN NUFFEL, «Le règlement des litiges de consommation: extension des acquis au citoyen», Federale dienst voor wetenschappelijke, technische en culturele aangelegenheden, Brussel, 1997, 106-110.

¹¹² Zie voor andere illustraties, P. VAN LEYNSEELE en F. VAN DE PUTTE, *o.c.*, *J.T.*, 1999, 257.

¹¹³ Wanneer de bemiddelaar bijvoorbeeld wordt geconfronteerd met een partij die geen prioritaire belangen kan aanwijzen, is de bemiddelingspoging vrijwel onmogelijk.

¹¹⁴ Zie W.A. JACOBS, *o.c.*, 202. Als voorbeelden van dergelijke reglementen meldt zij, de Uncitral Conciliation Rules, opgenomen in *VIIth International Arbitration Congress 1982*, ICCA Congress series no. 1, P. SANDERS (red.), Kluwer, Deventer, 1983, 166 en de Rules of Optional Conciliation van de Internationale Kamer van Koophandel.

¹¹⁵ Zie H. BROWN en A. MARRIOTT, *ADR principles and practice*, London, Sweet & Maxwell, 1993, 37.

1^o Bindende arbitrage

Arbitrage is de meest formele vorm van alternatieve geschillenoplossing, maar blijft toch van gerechtelijke procedures verschillen, omdat zij de consensus van partijen als uitgangspunt neemt. Arbitragebedingen zijn legio in (internationale) handelscontracten¹¹⁶ en komen steeds vaker voor in consumentenovereenkomsten. Laatstgenoemde praktijk wordt doorgaans door de wetgever gekanaliseerd.¹¹⁷

Art. 1676-1723 Ger.W. kapselen voorts de vrijheid van partijen met procedurele waarborgen in. Indien partijen oprechtsgeldige wijze, d.i. in overeenstemming met het nationale recht,¹¹⁸ voor arbitrage kiezen, blijft de overheidsrechter buiten spel.¹¹⁹ Het arbitrale vonnis, voorzien van een exequatur met toepassing van art. 1710 en 1719 Ger.W., zal na betekening een uitvoerbare titel opleveren.¹²⁰ Tegen de uitspraak van een arbitraal college staan in beginsel geen rechtsmiddelen open, tenzij de beperkte vernietigingsmogelijkheden van de arbitrale beslissing uit art. 1704, tweede lid, Ger.W., waarvan partijen niet gedwongen kunnen afzien.¹²¹ Wanneer partijen zo overeenkomen, kan wel een arbitraal hoger beroep worden ingesteld.

Om de arbitrage aantrekkelijker te maken, voerde de wetgever met de wet van 19 mei 1998 belangrijke wijzigingen door.¹²² Om overlapping met de bijdrage over procesrecht voor dit congres te voorkomen, wordt de toelichting hierna

beperkt tot enkele kanttekeningen vanuit het gezichtspunt van de consument.

Aan te stippen is de versoepelde regeling van de wraking van arbiters, die thans via een open norm geschiedt.¹²³ De Belgische wetgever komt zo tegemoet aan het ruime vereiste van onpartijdigheid en onafhankelijkheid uit art. 6 E.V.R.M.¹²⁴ Twijfel aan de onpartijdigheid van de arbiter is gewettigd indien de arbiter tot een of beide partijen in een verhouding staat die als afhankelijk kan worden gekwalificeerd, met name een familierelatie, zakelijke of andere binding.¹²⁵ De onafhankelijkheid van arbiters vloeit voort uit het voor de consument belangrijke beginsel van (wapen)gelijkheid van partijen. Ook de mogelijkheid tot «*amiable compositeur*»-schap, namelijk het oordelen als goede mannen naar billijkheid, wordt in de nieuwe regeling versoepeld en uitgebreid, om de procedure in het algemeen meer kansen te bieden.¹²⁶ Kan de arbiter wettelijke regelen niet zonder meer terzijde schuiven,¹²⁷ het geeft hem toch de mogelijkheid om, gelet op de concrete omstandigheden van het geval, onredelijke en onaanvaardbare gevolgen van het gebruik van wettelijke regelen te milderen, door o.m. met bestaande (handels)gebruiken rekening te houden. Partijen kunnen weliswaar rechtsgeldig afstand doen van bepalingen van dwingend recht, o.m. bepalingen ter bescherming van de consument, maar slechts na het ontstaan van het geschil.¹²⁸ Vanzelfsprekend moeten de beginselen van behoorlijke procesvoering ingevolge art. 1694, eerste lid Ger.W. worden nageleefd, met name de rechten van verdediging, het verbod om *ultra* of *extra petita* te oordelen, het beginsel uitspraak te doen binnen de vastgestelde termijn¹²⁹ en de verplichting die op een volledige, precieze en adequate wijze te motiveren.¹³⁰

De nieuwe wet versoepelt eveneens de bewijsvoering aanzienlijk. Art. 1696, tweede lid Ger.W. laat de vrijheid terzake aan partijen en arbiters: «tenzij de partijen anders overeengekomen zijn, oordeelt het scheidsrecht vrij over de toe-

¹²³ «Indien er omstandigheden zijn die gerechtvaardigde twijfel doen ontstaan over zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid», staat wraking ingevolge art. 1690, eerste lid, Ger.W. open.

¹²⁴ Zie E.H.R.M., 28 september 1995, *Jaarboek Mensenrechten*, 1995-1996, 269. Volgens het Europese Hof voor de Rechten van de Mens vereist onpartijdigheid dat «de arbiter onbevooroordeeld tegenover de partijen en hun geschil staat en het geding leidt en beslecht, zonder vooringenomenheid en niet beïnvloed door druk van welke zijde ook of buiten het geding om verkregen informatie».

¹²⁵ P. Taelman, o.c., 1732, die onafhankelijkheid typeert als voorwaarde voor onpartijdigheid en er voorts op wijst dat de CEPINA-regel dat een arbiter die vermoedt dat hij zou kunnen worden gewraakt, dit terstond meedeelt aan degene die hem aanzocht, niet werd overgenomen.

¹²⁶ Het onderzoek van H. Verbist en J. Erauw, o.c., *T.B.H.*, 2000, 349, wijst evenwel uit dat weinig ondernemingen de bevoegdheid van «*amiable compositeur*»-schap aan een arbiter toevertrouwen.

¹²⁷ In het Eco Swiss t/ Benetton-arrest oordeelde het Hof van Justitie dat de rechter waar nodig *ex officio* het EG-kartelrecht moet toepassen wanneer dit tijdens de arbitrale procedure niet is gebeurd (zie H.v.J., 1 juni 1999, zaak C-126/97, *nog niet gepubliceerd*).

¹²⁸ Zie over al deze aspecten: P. Taelman, o.c., 1735.

¹²⁹ Zie art. 1698 Ger.W.

¹³⁰ Art. 1701, zesde lid, Ger.W. en zulks op straffe van nietigheid (art. 1704, tweede lid, I, Ger.W.).

¹¹⁶ De bekendste arbitragereglementen zijn de in 1976 door de United Nations Commission on International Trade (Uncitral) en de door de International Chamber of Commerce (ICC) uitgewerkte exemplaren. Zie ook het Verdrag van New York van 1958 over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechtelijke uitspraken en hierover o.m. A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer, Deventer, 1981.

¹¹⁷ Zie *infra* over kennelijk onevenwichtige bedingen in WHPC en bijzondere wetgeving. In Nederland figureert een arbitraal beding niet op de zwarte lijst van onredelijk bezwarende bedingen (zie art. 6:236 B.W.), maar kan een dergelijk beding in uitzonderlijke omstandigheden onredelijk bezwarend en dus nietig zijn (zie art. 6:233 B.W.).

¹¹⁸ Krachtens art. 1677 Ger.W. moet een overeenkomst tot arbitrage vervat zijn in een door partijen ondertekend geschrift, of in een ander hen bindend stuk, waarin zij blij hebben gegeven van hun wil om het geschil aan arbitrage te onderwerpen.

¹¹⁹ Indien een der partijen alsnog een gerechtelijke procedure inleidt, moet de rechter zich, gelet op de arbitrage-overeenkomst, onbevoegd verklaren (art. 1679, eerste lid, Ger.W.).

¹²⁰ Hiertoe is een eenzijdig verzoekschrift strekkende tot het verkrijgen van deze uitvoerbaarverklaring vereist, dat bovendien de handtekening van een advocaat moet dragen, wat de kosten voor de consument aanzienlijk opdrijft. Een arbiter is geen overheidsrechter, zodat geen tenuitvoerlegging van rechtswege plaats vindt.

¹²¹ Art. 1703 Ger.W.

¹²² Zie de wet van 19 mei 1998 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende arbitrage, *B.S.*, 7 augustus 1998. Deze wet trad op 17 augustus 1998 in werking. Zie voor een uitgebreide en kritische doorlichting van deze wet: P. Taelman, «De arbiters en hun bevoegdheden», *T.P.R.*, 1999, 1709 e.v., en voor een beknopte weergave, zie H. de Coninck, «De wet van 19 mei 1998: geschillenregeling door arbitrage», *D.C.C.R.*, 1998, 360-361, L. Demeijere, «De wet van 19 mei 1998 betreffende de arbitrage», *R.W.*, 1998-99, 865 en G. Keutgen, «La nouvelle loi sur l'arbitrage», *J.T.*, 1998, 761.

laikbaarheid van de bewijsmiddelen en hun bewijskracht».¹³¹ Partijen kunnen de appreciatiebevoegdheid van een arbiter door een bewijsovereenkomst inperken. In de verhouding met consumenten verbiedt art. 32, 18°, van de Wet op de Handelspraktijken de bewijsmiddelen die de consument ter beschikking staan, contractueel in te perken. Een dergelijk beding wordt als een kennelijk onevenwichtig beding gekwalificeerd en is nietig. Bij consumentenovereenkomsten zal de arbiter derhalve steeds rekening moeten houden met de bewijsmiddelen die de consument wettelijk ter beschikking heeft. Zowel Dirix als Taelman oordelen dat de Wet op de Handelspraktijken geen contractuele regelingen omtrent de bewijslastverdeling verbiedt en er evenmin aan in de weg staat dat de «partijen regelingen treffen nopens de bewijswaarde van bepaalde documenten of informatiedragers, in de mate dat de mogelijkheid van het tegenbewijs door de consument gaaf blijft».¹³² De nieuwe wet voert ten slotte een bijkomende waarborg voor de nakoming van de arbitrale uitspraak in. Art. 1709bis Ger.W. laat arbiters thans toe, op vordering van een van de partijen,¹³³ een partij te veroordelen tot het betalen van een dwangsom.

In bepaalde bedrijfstakken bestaan in België geschillencommissies, die anders dan branchegeschillencommissies uit andere landen, zoals in Nederland,¹³⁴ uitspraak doen middels arbitrage,¹³⁵ en dus ten volle voordeel halen uit de versoepelde regelgeving.¹³⁶ België kent aldus drie arbitragecol-

¹³¹ Zie hierbij de opmerkingen van P. Taelman, *o.c.*, 1739, over het onderscheid tussen «bewijskracht» en het wellicht door de wetgever bedoelde «bewijswaarde», namelijk «het vertrouwen, het krediet, de ernst die de rechter in geweten aan een bewijsstuk kan hechten».

¹³² E. Dirix, «De bezwarende bedingen», in *De nieuwe wet handelspraktijken*, J. Stuyck en P. Wytinck (red.), Kluwer, rechtswetenschappen, 1992, 312 en P. Taelman, *o.c.*, 1740.

¹³³ Art. 1385bis-octies Ger.W. zijn van overeenkomstige toepassing. Op grond van art. 1385quinquies Ger.W. kunnen de arbiters ook de dwangsom opheffen, verminderen of opschorten.

¹³⁴ Zie hierna onder 2°.

¹³⁵ Zie o.m. Legibel voor de verzekeringssector.

¹³⁶ Mede door de wetwijziging zag CEPINA zich genoodzaakt zijn arbitragereglement aan te passen. Zie hierover uitgebreid, H. Verbist en K. Dhondt, *o.c.*, *T.B.H.*, 2000, 358-365.

¹³⁷ Zie over de gemeenschappelijke kenmerken van deze arbitragecommissies: H. De Coninck, *o.c.*, die ook melding maakt van een geschillencommissie voor de in België gesloten overeenkomsten van deeltijds gebruik van een onroerend goed (timesharing), die evenwel nog niet werkzaam is (zie p.38-39). Ook de Europese wetgever overweegt regels uit te brengen voor geschillencommissies in de reissector en voor time-sharing (zie *Agence Europe*, 2000, nr.7698, 9).

¹³⁸ De enkele gepubliceerde «sententies» vindt men in *D.C.C.R.*, 1989, 120, met noot B. Demeulenaere, 170-180, met noot J. Libouton, 233-237, met noot J. Libouton; 1996, 218-225; 1997, 362 en 389, met noot J. Laffineur; 1999, 197-214, met noot F. Van Bellinghen.

¹³⁹ De enkele gepubliceerde «sententies» vindt men in *D.C.C.R.*, 1989, 119, met noot B. Demeulenaere en 1996, 215. Zie meer algemeen over de werking van deze geschillencommissie, H. De Coninck, *o.c.*, 1-7.

¹⁴⁰ Zie hierover, H. De Coninck, *o.c.*, 7-11 en B. Demeulenaere, «Arbitrale beslissing van de Geschillencommissie Meubelen te Brussel, 6 januari 1983», *D.C.C.R.*, 1989, 119-129.

leges¹³⁷ namelijk de Geschillencommissie Reizen (1982),¹³⁸ de Geschillencommissie Meubelen (1980)¹³⁹ en de Vertrouwenscommissie Verbruikers Textielreinigers (1971).¹⁴⁰ Enkel bepaalde aspecten van de werkzaamheden van de Geschillencommissie Reizen worden hierna toegelicht, omdat ze als enige van de commissies sinds 1993 een officiële erkenning kreeg van de minister van Economische Zaken, met bijpassende hernieuwbare (nagenoeg structurele) subsidie.¹⁴¹ De subsidie werd gerechtvaardigd op grond van de overweging dat de dienstverlening vergelijkbaar was met die van een openbare dienst en de overbelaste rechterlijke macht van een taak verlichtte. De Geschillencommissie Reizen vervult aldus onmiskenbaar een taak van algemeen belang.

De Geschillencommissie Reizen¹⁴² in vernieuwde vorm bestaat uit een secretariaat, een arbitraal college en de bestuursorganen van de V.Z.W.¹⁴³ De (officieel erkende) beroepsverenigingen uit de reissector alsook de respresentatieve (vertegenwoordigd in de Raad voor het Verbruik) consumentenverenigingen zijn paritair vertegenwoordigd in de bestuursorganen en leden van de V.Z.W.

Het arbitraal college bestaat uit drie of vijf gespecialiseerde arbiters en wordt eveneens paritair samengesteld.¹⁴⁴ De voorzitter van een arbitraal college moet steeds een onafhankelijke jurist zijn, die door de Raad van de V.Z.W. bij algemeen akkoord van de vertegenwoordigers van de beroeps- en consumentenverenigingen wordt gekozen. De arbiters treden als onafhankelijke experts op.

De procedurele bepalingen liggen vervat in de algemene voorwaarden van de modelreisovereenkomst die door de Geschillencommissie Reizen aan haar leden wordt opgelegd.¹⁴⁵ Een gedetailleerde beschrijving van de procedure valt ruimschoots buiten het bestek van deze bijdrage. Kortweg probeert de procedure rechtszekerheid en het recht op verdediging te verzoenen met soepelheid¹⁴⁶ en eenvoud.¹⁴⁷ Het secretariaat van de V.Z.W. fungeert daarbij als

¹⁴¹ Zie de Conventie tot erkenning in de *Parl.St.*, Senaat, 1992-1993, nr. 48/2 p. 141-143.

¹⁴² Zie over de genese en de ruime doelstelling van deze V.Z.W.: H. De Coninck, «La Commission de Litiges Voyages: renouvelée et officialisée», *D.C.C.R.*, 1994, 26 e.v. en D. De Meulemeester, *De arbitrage door de Geschillencommissie Reizen VZW*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1998, 5-8.

¹⁴³ Zie hierover uitgebreid, H. De Coninck, *o.c.*, *D.C.C.R.*, 1994, 26-43.

¹⁴⁴ Ingevolge art. 5 van het Geschillenreglement worden de arbiters door de Geschillencommissie Reizen en niet door partijen aangeduid (zie hierover D. De Meulemeester, *o.c.*, 9).

¹⁴⁵ Zie uitgebreid over de toelatings- en ontvankelijkheidsvoorwaarden: D. De Meulemeester, *o.c.*, 22-48.

¹⁴⁶ Het klachtgeld bedraagt 10% van het bedrag dat men als schadevergoeding eist (zie art. 27 van het Geschillenreglement). De kostprijs van de procedure schommelt tussen minimum 4.000 fr. en maximum 25.000 fr. De bewijsvoering door partijen is in beginsel vrij, terwijl het arbitraal college geval per geval vrij oordeelt over de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen en de bewijskracht ervan (zie D. De Meulemeester, *o.c.*, 80-83. Voor wat niet uitdrukkelijk in het geschillenreglement is bepaald, verloopt de procedure volgens de bepalingen uit het Gerechtelijk Wetboek inzake arbitrage (art. 17, § 3).

¹⁴⁷ Zie uitgebreid over de zogenaamde «tien stappen»-procedure: D. De Meulemeester, *o.c.*, 30-42. Zie over de actieve rol van de arbiter: H. De Coninck, *o.c.*, *D.C.C.R.*, 1994, 34 en dezelfde, *o.c.*, 4-19.

spil. Ingevolge art. 17 bestaat er een reisgeschil indien een klacht¹⁴⁸ niet in der minne kan worden opgelost of indien gedurende vier maanden nadat de reis eindigde of na de vertrekdatum respectievelijk een klacht niet werd opgelost of de reis niet werd uitgevoerd. Gedurende deze vier maanden moeten partijen een poging tot minnelijke schikking ondernemen.¹⁴⁹ Pas na een mislukte poging tot minnelijke schikking, behandelt de Geschillencommissie Reizen exclusief de klacht.¹⁵⁰

Het arbitrale beding uit het modelcontract dat die exclusieve bevoegdheid instelt, was in België voorwerp van rechtstwist, aangezien aldus nagenoeg de gehele reissector op de Geschillencommissie Reizen is aangewezen. Hoewel algemeen wordt aanvaard dat een arbitraal beding, opgenomen in algemene standaardvoorwaarden, een geldige uitdrukking kan zijn van de vrije wil van partijen om een geschil aan een arbitraal college voor te leggen,¹⁵¹ moet voor een geldig beroep op een dergelijk beding rekening worden gehouden met grondwettelijke bepalingen en bijzondere wetgeving ter bescherming van de consument.

De Belgische Grondwet schrijft allereerst, net als de Nederlandse¹⁵² overigens, voor dat «niemand tegen zijn wil (kan) worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent».¹⁵³ Deze bepaling levert geen probleem op zolang

partijen vrijwillig afstand doen van het recht op een procedure voor de overheidsrechter.¹⁵⁴ Bovendien zou de wetgever de burger de toegang tot de rechter die de wet hem toekent, op formele wijze kunnen ontzeggen.¹⁵⁵

Problematischer is richtlijn 93/13/EG inzake oneerlijke bedingen en de omzetting daarvan in de Wet op de Handelspraktijken. Als bijlage bevat Richtlijn 93/13/EG een indicatieve lijst van bedingen die onredelijk bezwarend kunnen zijn voor de consument. Onder art. 1, punt q in die lijst werd het beding opgenomen dat de consument belet of belemmert om een rechtsvordering in te stellen alsmede bedingen die de consument verplichten om ter oplossing van geschillen exclusief voor een procedure te kiezen die niet wettelijk is geregeld.¹⁵⁶ Volgens bepaalde rechtsleer voldoet het Reglement van de Geschillencommissie Reizen niet aan dit vereiste, ook al maakt art. 17 § 3, uitdrukkelijk toepassing van de arbitrageregels uit het Gerechtelijk Wetboek. Deze regeling zou immers te algemeen zijn en niet specifiek georganiseerd op maat van de consument, wat art. 1, punt q uit de lijst van de Richtlijn zou verlangen.¹⁵⁷

In dezelfde lijn stelde de Studiecommissie voor de hervorming van het consumentenrecht voor de lijst van onrechtmatige bedingen uit te breiden met bedingen die tot doel of voor gevolg hebben dat de consument een vorderingsrecht wordt ontzegd; bedingen die de consument verplichten om voorafgaand een poging tot minnelijke schikking te ondernemen en bedingen die de consument verplichten om elk geschil met de betrokken onderneming aan een arbiter voor te leggen.¹⁵⁸ Vanzelfsprekend werd de al te verregaande

¹⁴⁸ Deze moet natuurlijk ontstaan uit de reisovereenkomst met een reiziger.

¹⁴⁹ Zie hierover D. DE MEULEMEESTER, *o.c.*, 21-22.

¹⁵⁰ Zie art. 17.2 van de algemene voorwaarden van het modelcontract dat door de Geschillencommissie Reizen wordt opgelegd. De Commissie doet geen uitspraak over vorderingen betreffende lichamelijke schade.

¹⁵¹ Daadwerkelijke (of redelijke mogelijkheid tot) kennisname van en toestemming met de algemene contractvoorwaarden is daartoe vereist (zie hierover met verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer: A. THILLY, «Clause d'arbitrage et contrats de voyage», *D.C.C.R.*, 1996, 311-313, J. LINSMEAU, «L'arbitrage sectoriel et les principes généraux du droit», in *Les modes non judiciaires de règlement de conflits*, Bruylant, Brussel, 1995, 43 e.v. en I. GEERS, «De consument en alternatieve geschillenbeslechting: de arbitrage inzake reisgeschillen», in *Consumentenrecht*, Y. MERCHERS (red.), Brugge, Die Keure, 1998, 350-351. Zie over een nieuw onrechtmatig beding terzake, dat verbiedt om op onweerlegbare wijze de instemming van de consument vast te stellen met bedingen waarvan hij niet daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen voor het sluiten van de overeenkomst, en kritiek daarop: S. STJNS, «Onrechtmatige bedingen», in *Recente wetwijzigingen inzake handelspraktijken*, J. STUYCK, G. STRAETMANS en P. WYTINCK (red.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 2000, 222-223. Zie ten slotte D. DE MEULEMEESTER, *o.c.*, 11, die verwijst naar een vonnis van de Gentse Vrederechter waarin het arbitraal beding uit de reisvoorwaarden als geldig werd beschouwd, omdat de voorwaarden duidelijk waren bedongen en er geen twijfel kon bestaan over de wil van partijen om deze als een integrerend deel van het contract te beschouwen (Vred. Gent (kanton 7), 9 maart 1998, A.R. 558/98, niet gepubliceerd).

¹⁵² Zie art. 17 G.W. en over de bijzondere problemen die ADR constitutioneel in Nederland stelt: W.A. JACOBS, *o.c.*, 180-183 en P. SANDERS, «De opmars van ADR in rechtsvergelijkend perspectief», *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1995, 45-49.

¹⁵³ Art. 13 G.W.

¹⁵⁴ Ook ingevolge art. 6, § 1, EVRM heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie die bij wet is ingesteld. Onder verwijzing naar de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens,

toont Jacobs aan dat een afwijking van art. 6 E.V.R.M. is toegestaan, indien er een hogere instantie bestaat die het geschil volledig kan behandelen en beantwoordt aan de vereisten van art. 6 EVRM (zie W.A. JACOBS, *o.c.*, 360-362). T.A.W. STERK, «Algemene beginselen en alternatieve geschillenbeslechting», in *Geschillenbeslechting naar behoren*, M.V. POLAK (red.), Meijersreeks-Leiden nr. 3, Deventer, Kluwer, 1998, 26 lijkt deze visie te onderschrijven: «de beperking van de toegang tot de rechter gaat niet verder dan een eventuele gehoudenheid aan ADR medewerking te verlenen alvorens zich tot de rechter te wenden». Hoewel ook J. LAENENS en M. HENQUIN, *De Verzoening*, Rapport in opdracht van de Minister van Justitie, 1999, 150, onderschrijven dat deze bepaling niet absoluut is en ruimte biedt voor beperkingen (zie E.H.R.M., 21 februari 1975, Golder t/ UK, *Publ.Cour Eur.Dr.H.*, Série A, nr. 18), waarschuwen ze toch dat een rechtszoekende van zijn rechter wordt gehouden door een voorstel van minnelijke schikking, indien dit in feite een drukkingsmiddel is om de rechtszoekende van toegang tot de rechter te doen afzien (zie E.H.R.M., 27 februari 1980, Deweer t/ België, *Publ.Cour Eur.Dr.H.*, Série A, nr. 35 en commentaar hierop van o.m. M. STORME, «Privatisering van het geding?», in *Les modes non-judiciaires de règlement des conflits*, Bruylant, Brussel, 1995, 34 e.v.).

¹⁵⁵ W.A. JACOBS, *o.c.*, 361.

¹⁵⁶ *Ph.*, 1993, L 95/29.

¹⁵⁷ Zie in die zin E. HONDIUS, «The reception of the Directive on unfair terms in consumer contracts by member states», *European Review of Private Law*, 1995, 241; A. THILLY, «Clause d'arbitrage et contrats de voyage», *D.C.C.R.*, 1996, 318 en I. GEERS, *o.c.*, Y. MERCHERS (red.), 352.

¹⁵⁸ Zie respectievelijk de art. 92.26°, 92.27°, 92.28° en 92.29° van het voorstel voor een algemene wet inzake bescherming van de consument, in *Verslag van de Studiecommissie tot hervorming van het consumentenrecht*, Th. BOURGOIGNIE (red.), Ministerie van Economische Zaken, 1995, 169-171 en Th. BOURGOIGNIE, *o.c.*, *J.T.*, 1997, 37-43.

zienswijze van de Studiecommissie¹⁵⁹ niet gevolgd door de Belgische wetgever. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de lijst van bedingen uit de Richtlijn indicatief is en dus niet verplicht moet worden omgezet.¹⁶⁰ Met de recentste wetswijzigingen op dit punt¹⁶¹ aan de Wet op de Handelspraktijken kwam er dan ook geen verscherping ten aanzien van arbitrage. Een eigenrichtingclausule was reeds met de wijzigingen aan de Wet op de Handelspraktijken in 1991 verboden. Zo verbiedt art. 32, 19^o, bedingen waarbij de consument in geval van betwisting afstand doet van ieder verhaal op de verkoper. Elk beding dat het recht van toegang tot de rechter beperkt, is nietig aangezien het «*jus agendi*» de openbare orde raakt.¹⁶² Ook art. 32, 20^o, Wet Handelspraktijken dat bepaalde bevoegdheidsovereenkomsten verbiedt, kan niet worden gelezen als een verbod op arbitrale bedingen.¹⁶³ De verplichte arbitrage uit het modelcontract van de Geschillencommissie Reizen conflicteert derhalve niet met de regeling inzake onrechtmatige bedingen uit de Wet op de Handelspraktijken.¹⁶⁴ Het gebeurlijke conflict met de Richtlijn kan worden ondervangen door hetzij de consument te allen tijde de keuze tussen arbiter en overheidsrechter te laten, hetzij een wettelijke regeling uit te werken voor de Geschillencommissie Reizen.¹⁶⁵

In laatstgenoemd geval moet nog rekening worden gehouden met art. 144 en 146 G.W. op grond waarvan geschillen over burgerlijke rechten exclusief behoren tot de bevoegdheid van rechtbanken. Art. 38 van de wet van 16 februari 1994 betreffende de reisovereenkomst verleent de Koning de mogelijkheid om, naast de private Geschillencommissie Reizen, een geschillencommissie op te richten waarvan hij de organisatie, de samenstelling en de werkwijze bepaalt. Zo de Koning daartoe zou overgaan, kan een conflict met art. 146 G.W. rijzen naar luid waarvan «geen rechtbank, geen met eigenlijke rechtspraak belast

orgaan kan worden ingesteld dan krachtens een wet. Geen buitengewone rechtbanken of commissies kunnen, onder welke benaming ook, in het leven worden geroepen». Indien voornoemd art. 38 wordt gelezen in samenhang met de bevoegdheid van de Koning om een modelovereenkomst op te leggen, dan zou de op te richten geschillencommissie een verplicht en zelfs exclusief karakter kunnen hebben.¹⁶⁶ De partijautonomie, eigen aan arbitrage, komt dan in het gedrang.¹⁶⁷ In elk geval verbiedt de wetgever zelf in bepaalde sectoren dat partijen het keuzerecht¹⁶⁸ van de consument tussen rechter en arbiter inperken.¹⁶⁹

Voor België is naast deze geschillencommissies de met ingang van 1 januari 1997 vernieuwde CEPINA-arbitrageprocedure voor kleine klachten te melden.¹⁷⁰ CEPINA wil aldus arbitrage, die traditioneel voor grote geschillen wordt gereserveerd, open stellen voor kleine geschillen waarvan de hoofdvordering en tegenvordering afzonderlijk maximum 12.500 euro (ongeveer 500.000 fr.) bedragen. Voor dergelijke geschillen werd de arbitrageprocedure verschoept, door o.m. een arbiter het geschil te laten beoordelen, én versneld, door ingekorte termijnen en een schriftelijk verloop. Minder consumentvriendelijk is de provisie die van partijen wordt gevraagd en tussen 625 euro en 1.250 euro (ongeveer 25.000 fr. en 50.000 fr.) ligt.

2^o Bindend advies

Met bindend advies wordt de uitspraak van een of meer derden ter oplossing van een geschil bedoeld, waaraan partijen zich vooraf hebben verklaard te onderwerpen.¹⁷¹

¹⁶⁶ Naar luid van art. 112 Nederlandse G.W. kan een probleem ontstaan indien de rechter bij wet zou worden opgedragen bepaalde geschillen niet zelf af te handelen. De verplichte doorverwijzing naar arbitrage strookt niet met het constitutionele vereiste van exclusieve behandeling door de «rechterlijke macht», d.z. de door G.W. aangewezen colleges. Zie in die zin: W.A. JACOBS, o.c., 362.

¹⁶⁷ Zie over deze aspecten andermaal: A. THILLY, o.c., D.C.C.R., 1996, 322.

¹⁶⁸ Volgens E. BALATE: o.c., *Geactualiseerde referaten en aanvullende bijlagen bij de studiedag van 28 april 1994*, 95, moet dit keuzerecht van de consument daadwerkelijk worden beschermd. H. DE CONINCK, o.c., 22-23 en 48, sluit zich bij deze wens aan. Zie ook in die zin F. DOMONT-NAERT en M. VAN NUFFEL, «Le règlement des litiges de consommation: extension des acquis au citoyen», Federale dienst voor wetenschappelijke, technische en culturele aangelegenheden, Brussel, 1997, 135.

¹⁶⁹ Zie b.v. artikel 36 van de wet van 25 juni 1992 op de landsverzekeringsovereenkomst; § 1 van dit artikel verklaart het beding «waarbij partijen bij een verzekeringsovereenkomst zich vóór het ontstaan van het geschil verbinden om geschillen die rijzen uit het contract voor te leggen aan een arbiter», voor niet geschreven. Weliswaar kan bij K.B. worden aangeduid voor welke verzekeringsrisico's wel vooraf een arbitrageclausule mag worden gesloten.

¹⁷⁰ Zie hierover: H. VERBIST en K. DHONDT, o.c., T.B.H., 2000, 359. In hun rapport stelden F. DOMONT-NAERT en M. VAN NUFFEL, «Le règlement des litiges de consommation: extension des acquis au citoyen», Federale dienst voor wetenschappelijke, technische en culturele aangelegenheden, Brussel, 1997, 89-154 een vereenvoudigde procedure voor kleine geschillen voor, waarbij een voorafgaande bemiddeling in de gerechtelijke procedure werd geïntegreerd.

¹⁷¹ Zie ook J.M. POLAK, «Bindend advies en conflictbemiddeling», N.J.B., 1995, 1355-1358.

¹⁵⁹ Zie voor een kritiek op de voorstellen van de Studiecommissie: G. STRAETMANS, o.c., 85 en 129-132.

¹⁶⁰ In het Océano-arrest (H.v.J., 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240 en 244/98, *nog niet gepubliceerd*) droeg het Hof de rechter op *ambtshalve* een forumbeding te toetsen aan richtlijn 93/13/EG inzake oneerlijke bedingen, ook al was die richtlijn nadat de omzettingstermijn was verstreken, nog niet omgezet in de betrokken lidstaat. Het door de richtlijn uitgewerkte beschermingsstelsel berust immers «op de gedachte, dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt» (rechtsoverweging 25). De consument stemt in met standaardvoorwaarden zonder er invloed op te kunnen uitoefenen.

¹⁶¹ Men leze hierover uitgebreid, met talrijke verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer, S. STIJNS, o.c., *Recente wetswijzigingen inzake handelspraktijken*, 188-246.

¹⁶² E. DIRIX, o.c., *De nieuwe wet handelspraktijken*, 312. Overeenkomstig het hierboven besproken art. 13 G.W. kan de burger immers niet worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent.

¹⁶³ Zie in die zin: E. DIRIX, o.c., *De nieuwe wet handelspraktijken*, 314; A. THILLY, «Clause d'arbitrage et contrats de voyage», D.C.C.R., 1996, 315 en I. GEERS, o.c., *Consumentenrecht*, 351-352. Maar zie ook *contra*: E. BALATE, «Le traitement des litiges et le Fonds de garantie», in *Geactualiseerde referaten en aanvullende bijlagen bij de studiedag van 28 april 1994*, H. DE CONINCK, G. STRAETMANS en J. STUYCK (red.), Brussel, 1994, 92-93.

¹⁶⁴ A. THILLY, o.c., D.C.C.R., 1996, 317.

¹⁶⁵ Zie in die zin: I. GEERS, o.c., *Consumentenrecht*, 352.

Deze vorm van alternatieve geschillenoplossing is in Nederland erg in trek. De Nederlandse rechtspraak erkent deze als een van arbitrage afwijkende bemiddeling. De in een bindend advies vervatte oplossing maakt diensgevolge deel uit van de overeenkomst van partijen, zodat anders dan bij arbitrage, geen uitvoerbare titel voorligt.¹⁷²

Vaak wordt aldus door de algemene voorwaarden van een ondernemer bepaald dat geschillen worden onderworpen aan een bindend advies van een geschillencommissie.¹⁷³ Anders dan een arbitragebeding kan het «bindend advies»-beding in algemene voorwaarden als onredelijk bezwarend worden aangemerkt en derhalve vernietigd.¹⁷⁴ Ingevolge artikel 6:236n Nederlands B.W. moet een dergelijk «bindend advies»-beding de consument dan ook een maand laten om, nadat de ondernemer zich schriftelijk op het beding beriep, het geschil alsnog voor de rechter te brengen.¹⁷⁵ Is er een rechtsgeldig totstandgekomen bindend advies, dan kan de rechter dit nog slechts marginaal toetsen,¹⁷⁶ b.v. om er een uitvoerbare titel aan te verlenen indien een partij zich niet houdt aan wat werd overeengekomen. Daarnaast is een beroep tegen een bindend advies uitgesloten.

De Nederlandse geschillencommissies functioneren geenszins op grond van een wettelijke procedure-regeling, maar er bestaat wel een belangrijk wettelijk kader. Centraal

daarin staat de ministeriële Erkenningsregeling Geschillencommissie Consumentenkachten. Private geschillencommissies kunnen op vrijwillige basis een erkenning aanvragen. De erkenning door de Minister van Justitie is een voorwaarde om als geschillencommissie lid te worden van de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (hierna: SGC).¹⁷⁷ De SGC is een koepelorgaan dat met de steun van de overheid werd ingesteld om geschillen ten gevolge van klachten van consumenten over gekochte goederen en diensten in overleg met de betrokken ondernemingen op te lossen. Intussen werden een zevenentwintigtal geschillencommissies lid van de SGC.¹⁷⁸ Zij functioneren zoals hun Belgische pendanten. Na een verplichte minnelijke poging kan de betrokken branche-geschillencommissie per gewone brief worden aangezocht. De consument ontvangt dan een formulier dat hij ingevuld en ondertekend verzendt aan de commissie, die de betrokken onderneming daarop de kans geeft haar visie schriftelijk mee te delen. Na deze fase volgt de mondelinge behandeling tijdens de hoorzitting, waarop elk van de partijen haar standpunt kan toelichten. De procedurekost varieert tussen vastgestelde tarieven van 45 tot 250 gulden (maximaal 5.000 fr.) naargelang de hoogte van de eis, waarin de gebeurlijke aanstelling van een deskundige is begrepen.

De door de SGC verplicht gestelde nakomingsgarantie en depotstorting van de consument, zwakken het gebrek (of de behoefte) aan een uitvoerbare titel af. De nakomingsgarantie voorkomt immers een nieuwe rechtsgang voor de overheidsrechter, wanneer de consument in het gelijk werd gesteld en de ondernemer het bindend advies niet nakomt. De aangesloten brancheleden dragen er immers via de nakomingsgarantie collectief zorg voor dat bindende adviezen worden nageleefd. Omgekeerd zal een geschil waarbij de consument in beginsel iets verschuldigd is aan de ondernemer, worden nagekomen door de depotstorting. De SGC verplicht de consument bij een dergelijk geschil immers een depotstorting bij haar te doen. Na een bindend advies waarbij de ondernemer in het gelijk wordt gesteld, zal de depotstorting voor de betaling worden aangewend en de naleving van het advies meteen worden gegarandeerd. Daarbij moet men evenwel voor ogen houden dat de regeling pas in werking treedt indien onomstootbaar vaststaat dat de in het ongelijk gestelde partij het bindend advies niet aan de marginale toetsing van de rechter voorlegt. Ten slotte kunnen ook geschillencommissies buiten de SGC om worden erkend of actief zijn. Dit betekent dat voor de nakoming van de bindende adviezen van de niet bij de SGC aangesloten geschillencommissies toch nog naar de rechter moet worden gegaan.

België kent ook een verzoeningscommissie die de techniek van het bindend advies hanteert, namelijk de in 1995 opgerichte Verzoeningscommissie tweedehandswagens.¹⁷⁹ Het bindend advies wordt uitgesproken door een onafhankelijke expert, waardoor de formele regelen van het Gerechtelijk Wetboek niet moeten worden nageleefd. De procedure is

¹⁷² Zie uitgebreid over de techniek van het bindend advies in het Nederlandse recht: W.A. JACOBS, *o.c.*, 211-217. Sinds 1993 kan de onderwerping aan een bindend advies via een vaststellingsovereenkomst geschieden. Titel 7.15 B.W. regelt immers dat partijen kunnen overeenkomen dat ze zich ter beëindiging of voorkoming van een onzekerheid of een geschil jegens elkaar binden aan een vaststelling van hetgeen rechtens tussen hen geldt. De hierboven onder punt III besproken «dading» ressorteert daar ook onder. Het verschil met arbitrage blijft dat de regeling uit het B.W. geen procedurele waarborgen inhoudt, zodat de procedure van dergelijke overeenkomsten door partijen vrij wordt georganiseerd.

¹⁷³ Dit betekent dat een geschillencommissie niet bevoegd is om kennis te nemen van een geschil met een ondernemer die niet is aangesloten bij een branche-organisatie.

¹⁷⁴ Op dezelfde wijze kan dit in België op grond van art. 31 (en eventueel art. 32,23° en 32,27°) W.H.P.C. geschieden; zie daarover in het algemeen: S. STIJNS, *o.c.*, *Recente wetwijzigingen inzake handelspraktijken*, 188-246.

¹⁷⁵ In Nederland wordt een arbitragebeding niet geacht onder art. 6:236n B.W. te ressorteren.

¹⁷⁶ De vraag daartoe moet binnen twee maanden na ontvangst van het advies plaatsvinden. Zie art. 7:904, eerste lid, en art. 7:902 B.W., waarin een naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare totstandkoming (geen toepassing van hoor en wederhoor) of inhoudelijke uitkomst, alsmede een met de openbare orde en goede zeden strijdige inhoud, nietigheidsgronden uitmaken. Op grond van art. 7:902, tweede lid, B.W. kan de rechter bij nietigheid van het bindend advies zelf een beslissing in de plaats stellen, behoudens wanneer partijen anders overeenkwamen. Zie hierover ook: T.A.W. STERK, *o.c.*, *Geschillenbeslechting naar behoren*, 25.

¹⁷⁷ Om te worden erkend, moeten een aantal voorwaarden inzake inrichting en procedure worden nageleefd om onpartijdigheid te waarborgen, alsook het vereiste van een schriftelijke procedure met hoor en wederhoor en een wrakingsregeling. Daarnaast stelt de SGC sinds 1993 bij de instelling van nieuwe geschillencommissies onder meer de eis dat de algemene voorwaarden die door de leden van de betrokken branche-organisatie worden gehanteerd, evenwichtig zijn. Zie hierover W.A. JACOBS, «Alternatieve geschillenbeslechting: kroniek», in *Jaarboek Konsumentenrecht 1994*, M. VAN DELFT-BAAS en E.H. HONDIUS (red.), Deventer, Kluwer, 1994, 232.

¹⁷⁸ Hieronder geschillencommissies in de sectoren auto's, droogreiniging, tuinaanleg, verwarmingsinstallaties, openbaar vervoer, opticiens, elektrische apparaten, post, relatiebureaus, reizen, telecommunicatie, textiel, verhuizingen, watersport, begrafenisdiensten, binnenhuisinrichting, ziekenhuizen enz.

¹⁷⁹ Zie hierover, H. DE CONINCK, *o.c.*, 16-18.

bijzonder informeel, snel en kosteloos, op het honorarium van de expert na, indien die door het paritair samengesteld arbitragecollege werd aangesteld. De technische aard van de klachten zal een dergelijke aanstelling doorgaans noodzakelijk maken, wat kost en duurtijd opdrijft. De procedure komt dan op een gedetailleerd verslag van een expert neer. De commissie is evenwel niet erg representatief en werd tot medio 1998 slechts voor drie klachten aangezocht. In dezelfde lijn organiseert CEPINA een procedure van deskundigenonderzoek, waarin de organisatie een deskundige benoemt die partijen een technische evaluatie ter beschikking stelt om tot een minnelijke schikking te komen of waaraan partijen onweerlegbare bewijzen kunnen ontleen in gerechtelijke of arbitrale procedures.¹⁸⁰ Daarnaast heeft CEPINA ook een procedure tot aanpassing van ingewikkelde en langdurige overeenkomsten aan gewijzigde oorspronkelijke omstandigheden. CEPINA stelt daarbij een onafhankelijke derde aan die een overeenkomst vervolledigt of aanpast bij aanbeveling of bindend advies, naargelang partijen overeenkwamen.¹⁸¹

Met de twee laatstgenoemde vormen van bindend advies rijst de vraag of partijen ingevolge art. 1134, eerste lid, B.W. een geschil uit een overeenkomst waarover ze kunnen beschikken, kunnen oplossen door het, los van een rechter of arbiter,¹⁸² aan een bindende derdenbeslissing te onderwerpen? Uit het bestaan van het bindende deskundigenadvies¹⁸³ leidde een auteur alvast die mogelijkheid af,¹⁸⁴ terwijl de heersende rechtspraak en rechtsleer een dergelijke bindende derdenbeslissing niet ziet als een oplossing van een geschil, maar als een bindende uitspraak over feiten in het geding buiten elk juridisch geschil om.¹⁸⁵ Een veralgemeende mogelijkheid om vanuit de intentie van partijen¹⁸⁶ een geschil dat vatbaar is voor arbitrage, op grond van art. 1134 B.W. aan een bindende derdenbeslissing te

onderwerpen, zou, gelet op de contractuele basis, procedurele troeven meebrengen.¹⁸⁷

C. Gemengde procedures

Een aantal procedures is niet zonder meer onder bemiddeling of arbitrage/bindend advies te brengen, aangezien ze diverse aspecten bevatten. Zo werden o.m. voor geschillen met de overheid¹⁸⁸ en de autonome overheidsbedrijven ombudsdiensten ingericht. De voornaamste Belgische ombudsdiensten in autonome overheidsbedrijven zijn die van De Post, van de Telecommunicatiebedrijven en van de N.M.B.S. Het ligt ver buiten het bestek van deze bijdrage deze procedures te beschrijven. Aan te stippen is dat de wetgever de ombudsdienst in de autonome overheidsbedrijven heeft georganiseerd en naast een zuivere bemiddelingstaak aan de ombudsdienst, die «paritair» uit een persoon van elke taalgemeenschap is samengesteld, ook een arbitragebevoegdheid opdraagt. In een dergelijk geval doet het tweekoppige ombudscollege uitspraak op bindende wijze. De procedure is kosteloos, behoudens wanneer arbitrage bij een geschil in de telecommunicatiesector wordt gevraagd.¹⁸⁹

Volgens het Nederlandse systeem kunnen ook ombudsmanprocedures worden erkend door de Ministeriële Erkenningregeling. Een geschillencommissie kan dus uit een ombudsman bestaan. Daartoe moet deze wel uitspraken doen in de vorm van een bindend advies of arbitraal vonnis. Ombudsmannen nemen doorgaans slechts een zuiver bemiddelende rol op.

Uit de zogenaamde «*Harvard method of dispute resolution*»,¹⁹⁰ ontwikkelde E.D. Green een gestructureerde onderhandelingsstechniek die de naam «*mini-trial*» (soms ook met een Canadees neologisme: «*mini-trage*») kreeg.¹⁹¹ De procedure start met de schriftelijke uitwisseling van de standpunten, waarna partijen een beslissingsbevoegde persoon in het mini-trial-panel benoemen, die in de betrokken ondernemingen een hogere positie inneemt dan het niveau waarop het geschil zich afspeelt. Partijen duiden voorts een derde panellid aan, onder wiens leiding de eigenlijke be-

¹⁸⁰ Zie hierover, H. VERBIST en K. DHONDT, o.c., *T.B.H.*, 2000, 358. Het advies van de deskundige bindt partijen zoals een overeenkomst, tenzij partijen natuurlijk anders overeenkwamen.

¹⁸¹ Zie hierover andermaal, H. VERBIST en K. DHONDT, o.c., *T.B.H.*, 2000, 358.

¹⁸² Een arbiter zou ook de mogelijkheid hebben om een overeenkomst aan te passen aan gewijzigde omstandigheden, al blijft deze mogelijkheid erg betwist, aangezien zulks niet overeenstemt met de rol van de arbiter. Zie evenwel voor tegenargumenten: O. CAPRASSE, «De la tierce décision obligatoire», *J.T.*, 1999, 571-572.

¹⁸³ Zie voor een verplicht deskundigenadvies op aanwijzing van de rechter, art. 962 e.v. Ger. W.

¹⁸⁴ Zie voor een uitgebreide argumentatie in die zin: O. CAPRASSE, o.c., *J.T.*, 1999, 572-576. De auteur ziet de bindende tussenkomst van een derde op grond van art. 1592 en 1854 B.W. niet als om een geschil op te lossen.

¹⁸⁵ Zie in die zin o.m.: M. STORME, «La tierce décision obligatoire: ni expertise, ni arbitrage», in *J.L.-J.L.M.B. Centenaire*, Brussel, Story Scientia, 1988, 345, G. KEUTGEN en M. HUYS, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, 27; J. LINSMEAU, «L'arbitrage volontaire en droit privé belge», in *R.P.D.B.*, 1990, 13 en H. VAN HOUTTE, «L'arbitrage: son territoire et ses frontières», *Rev.dr.int et dr. comp.*, 1976, 141. Derwijze blijft arbitrage strikt gescheiden van de bindende derdenbeslissing.

¹⁸⁶ Uitsluitend de intentie van partijen c.q. hun opdracht aan een derde, bepaalt of arbitrage dan wel een «contractuele arbitrage» of bindende derdenbeslissing voorligt.

¹⁸⁷ Voor een uitgebreid pleidooi in die zin zie O. CAPRASSE, o.c., *J.T.*, 1999, 573-576.

¹⁸⁸ De respectieve overheden hebben een federale ombudsdienst opgericht, naast een Waalse en een Vlaamse. Voorts vervolledigen de «délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant» en de gemeentelijke ombudsmannen van o.m. La Louvière, Seraing, Leuven, Mechelen, Antwerpen, Brugge en Puurs de waaier aan bemiddelingsorganen.

¹⁸⁹ In dat geval wordt de kost vastgesteld op 10% van de eis met een minimum van 750 fr. en een maximum van 10.000 fr. De kost valt toe aan de verliezende partij.

¹⁹⁰ De methode neemt «negotiations in the shadow of the law» als uitgangspunt: «The basic elements of «negotiations in the shadow of the law» are to separate problems and persons to focus on the interests and not on (GS: legal) positions to develop options and alternatives and not to ground a decision on objective criteria» (zie hierover A.F.M. BRENNINKMEIJER, «The conference viewed in retrospect», in *Models of conflict resolution*, H.I. SAGEL-GRANDE en M.V. POLAK (red.), Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1999, 169).

¹⁹¹ Zie hierover o.m. E.D. GREEN, o.c., *Dispute Resolution*, 271 en L. EDELMAN en F. CARR, «The mini-trial: an alternative dispute resolution procedure», *The Arbitration Journal*, 1987, 9.

middeling, na een voorafgaande informatieronde, kan starten. In België ontwikkelde alleen het Belgisch Centrum voor Arbitrage en Mediatie (CEPINA) een mini-trial-reglement dat *grosso modo* overeenstemt met zijn Amerikaanse tegenhanger.¹⁹² Mini-trial onderstelt een akkoord tussen partijen¹⁹³ als blijvende *conditio sine qua non* voor de hele procedure.¹⁹⁴ Partijen verklaren wel bij aanvang dat ze tijdens de looptijd van de mini-trial geen arbitrale of gerechtelijke procedure zullen opstarten.¹⁹⁵

Een andere mengvorm stamt eveneens uit de Verenigde Staten, de zogenaamde «Med-arb (mediation – arbitration)-procedure, waarin een onafhankelijke derde centraal staat.¹⁹⁶ Hij treedt in een eerste fase als bemiddelaar tussen partijen op tot een voor beide partijen aanvaardbare oplossing voor het geschil is gevonden. Bereiken partijen uit deze bemiddelingsfase geen akkoord, dan start de arbitragefase. De neutrale bemiddelaar wordt thans arbiter en kan partijen dwingen zich neer te leggen bij zijn eindbeslissing.

Ten slotte zijn gemengde procedures als «summary jury trial, early neutral evaluation, private judging en court annexed arbitration»¹⁹⁷ vermeldenswaard. De «summary jury trial» is een «mini-trial»-variant, waarbij de zaak niet alleen voor het panel maar eveneens voor een jury wordt toegelicht, die aansluitend een oordeel velt over het geschil. De overige drie vormen slaan op (Amerikaanse) procedures waarbij de rechter bepaalde geschillen doorverwijst naar een derde, die het geschil (en de toekomstige afwikkeling ervan)¹⁹⁸ evalueert, maar partijen ook mag trachten te verzoenen (*early neutral evaluation*), partijen doorverwijst naar een door hen gekozen geschillenoplosser, die een bindende beslissing uitbrengt over het geschil of bepaalde aspecten daarvan (*private judging*) of nog partijen naar een door het gerecht erkende arbiter verwijst (*court annexed arbitration*). «Court annexed arbitration» kan over om het even welk geschil indien partijen instemmen met arbitrage. Doen partijen dat niet, dan kan de arbitrage slechts voor geschillen waarvan de financiële inzet beperkt is. In de Verenigde Staten is deze procedure op het niveau van bepaalde rechtbanken ingevoerd. Dit maakt dat het honorarium van de arbiter uit de begroting van de betrokken rechtbank wordt betaald. De beslissing van de ar-

biter is niet bindend. Zo een van de partijen niet akkoord gaat met de uitkomst, dan staat hem een korte termijn open om het geschil alsnog opnieuw te laten berechten via een gerechtelijke procedure. In deze nieuwe procedure mag geen rekening worden gehouden met de arbitrale uitspraak. Draait ze voor de initiërende partij op een slechter resultaat uit, dan riskeert deze er een boete bovenop te krijgen, o.m. de betaling van de procedurekosten. Wordt de termijn van «beroep» overschreden, dan verkrijgt de arbitrale uitspraak de rechtskracht van een gerechtelijk vonnis.

D. Evaluatie

De algemene voor- en nadelen van alternatieve procedures werden reeds onder punt II weergegeven. Hierna wordt nog punctueel bij bepaalde buitengerechtelijke procedures op tekortkomingen gewezen. Vooraf zij nog beklemtoond dat met de ontwikkeling van alternatieve procedures van geschillenoplossing geenszins de opheffing van gerechtelijke procedures wordt beoogd. Zij vormen veeleer een aanvulling daarop en kunnen ertoe bijdragen dat de toegangsdrempel voor de consument om tot zijn «recht» te komen, wordt verlaagd.¹⁹⁹

Bemiddeling wordt kansrijk geacht wanneer het geschil onderhandelingsruimte laat en partijen in een duurzame relatie met elkaar staan, met de wil om aan bemiddeling deel te nemen. Daarnaast is van belang dat partijen gelijkwaardig zijn en vertrouwen hebben in de bemiddelaar. Wanneer een van deze elementen ontbreekt of een rechtzoekende een juridisch precedent wil scheppen, is de kans erg klein dat bemiddeling tot een oplossing leidt.²⁰⁰ Precies de gelijkwaardigheid van partijen is voor de consument van belang. In de literatuur wordt ervoor gewaarschuwd dat de economisch sterkere partij vaak in de verleiding zal komen om tijdens de bemiddeling gebruik of misbruik te maken van zijn overwicht om de economisch zwakkere (de consument) een regeling op te dringen.²⁰¹ Zo bemiddeling als een ernstig alternatief zou worden gestimuleerd, verhoogt de verantwoordelijkheid van de overheid om zorg te dragen voor de kwaliteit van de bemiddelaar, die actief aan ongelijkheidscompensatie kan doen. Een wettelijke omkadering met kwaliteitsnormen zal dan onontbeerlijk zijn,²⁰² ook om o.m. de vertrouwelijkheid die bij bemiddeling slechts contractueel geregeld is, in te bedden.²⁰³ Over de rechter als bemiddelaar wordt niet optimistisch gedacht. «Mediatie is een alternatief voor de rechtbank, minnelijke schikking een alternatief voor de rechter».²⁰⁴ Een rechter dient om recht te spreken en kan

¹⁹² Zie hierover meer uitgebreid: H. VERBIST en K. DHONDT, *o.c.*, T.B.H., 2000, 358 en G. KEUTGEN, *o.c.*, J.T., 1999, 248-249.

¹⁹³ Dit kan worden verkregen nadat het geschil rees of het gevolg zijn van een «mini-trial»-beding in de overeenkomst tussen partijen.

¹⁹⁴ Zie art. 1 en 2 van het CEPINA-reglement. Ingevolge art. 14 betekent een schriftelijke kennisgeving door een partij aan de bemiddelaar om de procedure stop te zetten, het einde van de procedure.

¹⁹⁵ Art. 15, § 1, van het CEPINA-reglement maakt aldus toepassing van het «*una via electa*»-beginsel, wat evenwel niet wegneemt dat partijen bij arbiter of rechter bewarende en voorlopige maatregelen kunnen verkrijgen.

¹⁹⁶ Zie hierover: L. FULLER, «Collective bargaining and the arbitrator», in S.B. GOLDBERG, E.D. GREEN and F.E.A. SANDER (red.), *Dispute Resolution*, Boston-Toronto, Little Brown and Co., 1985, 248 en E.E. MINKJAN, «ADR: Alternatieve conflictbeslechting», *Advocatenblad*, 1989, 537.

¹⁹⁷ Men leze over elk van deze ADR-vormen: H. BROWN en A. MARRIOTT, *ADR principles and practice*, London, Sweet & Maxwell, 1993, 40-43.

¹⁹⁸ De aangewezen derde kan partijen ook een bepaalde alternatieve geschillenoplossingsprocedure adviseren.

¹⁹⁹ Zie in die zin: H. DE CONINCK, F. DOMONT-NAERT en M. VAN NUFFEL, en impliciet ook P. Taelman en J. Laenens in de hierboven geciteerde rapporten. Zie ook N.J.H. HULS, *o.c.*, PADR, Den Haag, 10.

²⁰⁰ Zie N.J.H. HULS, *o.c.*, 78.

²⁰¹ L. DEMEYERE, *o.c.*, *Tendenzen in het bedrijfsrecht*, 60.

²⁰² Zie in die zin N.J.H. HULS, *o.c.*, 49.

²⁰³ Ook de controleerbaarheid, bij gebrek aan hoor en wederhoor, ontbreekt bij bemiddeling (zie uitgebreid A.F.M. BRENNINKMEIJER, «Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting», in *Geschillenbeslechting naar behoren*, M.V. POLAK (red.), Meijersreeks-Leiden nr. 3, Deventer, Kluwer, 1998, 8 e.v.).

²⁰⁴ H. VAN HOUTTE, *o.c.*, *Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel*, 243.

binnen de procedure op een schikking aansturen, maar zaken die zich lenen voor bemiddeling zouden aan een niet-rechter ter bemiddeling moeten worden voorgelegd.²⁰⁵ Anders zou niet alleen collusie tussen de rechterlijke functie en de bemiddelingsrol kunnen ontstaan en verwarring hierover bij de consument, maar zou ook een belangrijk voordeel, de verlaging van de werklast van de rechterlijke macht, niet worden gerealiseerd. Bovendien moeten partijen steeds zelf de vrije keuze hebben over wie zij als bemiddelaar in hun geschil willen betrekken.²⁰⁶ Deze keuzevrijheid staat een verplichte doorverwijzing naar een bemiddelaar (naar keuze) niet in de weg,²⁰⁷ maar art. 6 E.V.R.M. vereist dan dat steeds een toetsing door een onafhankelijke overheids-rechter moet mogelijk zijn en dat van de bemiddelingsronde in een aansluitende procedure geen gebruik mag worden gemaakt. Vrijwillige bemiddeling geniet om die reden doorgaans de voorkeur op verplichte bemiddeling die een gerechtelijke procedure voorafgaat. Een verplichte verwijzing door de rechter tijdens de gerechtelijke procedure roept minder verzet op.²⁰⁸

Een recente evaluatie van de meest performante Belgische *Geschillencommissie*, de *Geschillencommissie Reizen*, bracht aan het licht dat het vrijwillige en private karakter ervan bepaalde misbruiken van weinig gewetensvolle verkopers niet kan voorkomen.²⁰⁹ Zij kunnen immers niet tot deelname aan de geschillenprocedure worden gedwongen, en bovendien kunnen agressieve of misleidende verkoopmethoden niet via een modelcontract of een geschillencommissie worden beteugeld.²¹⁰ Een belangrijk aandachtspunt is de paritaire samenstelling van de arbitrale colleges, die vragen doet rijzen over de onpartijdigheid en onafhankelijkheid, wanneer een deelnemende vereniging naast arbiters ook een adviserende ledendienst heeft.²¹¹ De recrutering van kwalitatief hoogstaande arbiters is voorts geen sinecure. Een complexere regelgeving maakt wellicht ook een permanente bijscholing van de arbiters noodzakelijk. Ten slotte ondervindt de geschillencommissie hinder van de arbitrageprocedure,²¹² die formeler, tijdrovender en minder toegankelijk is dan «bindend advies», «bindende derdenbeslissing» of nog «*amiable composition*», m.a.w. technieken die een beslissing naar billijkheid en dus niet naar

strikt recht mogelijk maken.²¹³ Omgekeerd werken minder formele procedures het risico van rechtsonzekerheid in de hand door een lagere coherentie en beperktere motivering, die dan op haar beurt een beperktere nakoming voor gevolg zou kunnen hebben.²¹⁴ In het algemeen wordt daarom het behoud van de arbitrale procedure bepleit, met een aanvullende preventieve aanpak via uitgebreide informatie en een meer persoonlijke en actieve bemiddeling of verzoening door ledendiensten van consumentenverenigingen.²¹⁵

De doorlichting van de Nederlandse tegenhanger, de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken, bracht voornamelijk twee knelpunten aan het licht.²¹⁶ Allereerst is de Ministeriële Erkenningsregeling te summier, waardoor consumenten belangrijke procedurele garanties ontberen. De aanvullende voorwaarden waaraan de erkende geschillencommissies volgens SGC moeten beantwoorden, moeten worden opgenomen in de Erkenningsregeling.²¹⁷ Het betreft dan voornamelijk aspecten die nog meer een laagdrempelige procedure garanderen en overlappende bevoegdheden van geschillencommissies beter op elkaar afstemmen, om zo verwarring bij de consument te vermijden. Verwarring heerst voorts over niet-erkende geschillencommissies,²¹⁸ die buiten de SGC om actief zijn, en vaak niet beantwoorden aan de vereisten van onpartijdigheid en onafhankelijkheid. Eenzelfde tekortkoming valt ook *ombudsmannen* toe die door de eigen branche benoemd en gefinancierd worden.

²¹⁴ De praktijk wijst evenwel uit dat de minder formele procedures doorgaans een ruime navolging kennen.

²¹⁵ H. DE CONINCK, *o.c.*, 26 e.v.

²¹⁶ Zie uitgebreid: W.A. JACOBS, *o.c.*, en 365-369.

²¹⁷ Tot de aanvullende verplichtingen behoort de plicht voor aangesloten ondernemers om ruchtbaarheid te geven middels informatie aan de consument en voorts een toegankelijke interne klachtprocedure in te stellen; in de mogelijkheid te voorzien dat een geschil met een grote draagwijdte alsnog voor de rechter kan worden gebracht en ten slotte dat het klachtgeld dat toevallt aan de consument voldoende laag moet gehouden worden, de uitspraak in een voor de consument begrijpelijke taal op voldoende wijze moet worden gemotiveerd en een regelmatige publicatie van arbitrale uitspraken wordt verzekerd. Ook in België werd laatstgenoemde reeds bepleit (zie J. LAFFINEUR, «Noot onder Geschillencommissie Reizen, arbitraal vonnis van 19 september 1996», *D.C.C.R.*, 1997, 395, die er terecht op wijst dat het reglement van de betrokken geschillencommissie de mogelijkheid van publicatie openlaat, omdat het akkoord daarover van beide partijen wordt vermoed voor zover elke identificatiemogelijkheid wordt uitgesloten. Volgens de auteur brengt zulks geenszins de vertrouwelijkheid van de arbitrale uitspraken in gevaar. Enerzijds blijft de anonimiteit gewaarborgd en anderzijds draagt de publicatie bij tot de kenbaarheid van de uitspraken aan het ruime publiek, waaronder de consument. Zonder echte precedentwerking te verlenen, werkt publicatie van uitspraken toch rechtszekerheid in de hand).

²¹⁸ Zie hierover W.A. JACOBS, «Alternatieve geschillenbeslechting: kroniek», in *Jaarboek Konsumentenrecht 1995*, M. VAN DELFT-BAS en E.H. HONDIUS (red.), Deventer, Kluwer, 1994, 247-248, die als geschillencommissies buiten de SGC, een aantal ombudsdiensten o.m. in de verzekeringssector, de Geschillencommissie Bureau Krediet-Registratie en Bankbedrijf alsook de Klachtencommissies Effectenbedrijf, Optiebeurs en Termijnmarkt meldt. Zie ook W.A. JACOBS, «Alternatieve geschillenoplossing: kroniek», in *Jaarboek Consumentenrecht 1998*, E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (red.), Deventer, Kluwer, 1998, 301.

²⁰⁵ Zie ook N.J.H. HULS, *o.c.*, 32.

²⁰⁶ In die zin is er natuurlijk geen bezwaar wanneer partijen een rechter als bemiddelaar aanwijzen.

²⁰⁷ Zie over de controverse tussen verplichte en vrijwillige bemiddeling: N.J.H. HULS, *o.c.*, 34-36 en 42.

²⁰⁸ In die zin, N.J.H. HULS, *o.c.*, 36 die zich beroept op de bevindingen van de Nederlandse Commissie de Ruiter over *mandatory mediation* in echtscheidingszaken.

²⁰⁹ H. DE CONINCK, *o.c.*, 22.

²¹⁰ Geschillencommissies behandelen uitsluitend verbintenissenrechtelijke twistpunten. In dit verband stelt De Coninck voor om aansluitende ondernemers een charter met rechten en plichten van koper en verkoper te laten ondertekenen, (*ibidem*, 41).

²¹¹ H. DE CONINCK, *o.c.*, 24 en 31, die alvast erop wijst dat de arbiters van Test-Aankoop zich terugtrekken uit een geschil wanneer een TA-lid partij is, en deze laatste eventueel als vertegenwoordiger (advocaat) bijstaan.

²¹² H. DE CONINCK, *o.c.*, 26.

²¹³ Zoals hierboven gemeld, kwam de recente wetswijziging hier grotendeels aan tegemoet.

Mini-trial of minitriage combineert de soepele procedure van bemiddeling met de rechtskracht van arbitrage. Toch blijkt de procedure vooral dienstig voor partijen die ook nog in de toekomst zakelijk op elkaar aangewezen zijn. De precieze kenmerken van de procedure (geen advocatentwist, maar een zakengeschil) en bovenal het feit dat een personeelslid van hoog niveau in het panel moet plaatsnemen,²¹⁹ maakt ze vrijwel uitsluitend geschikt voor grotere ondernemingen.²²⁰ De spreekwoordelijke stok achter de deur bij *Med-arb*, namelijk dat bemiddeling door een bindende arbitrage kan worden gevolgd, kan partijen weliswaar aansporen tot een bemiddelde oplossing, maar kan ook negatief werken en reeds in de eerste bemiddelingsfase tot een tweestrijd leiden.²²¹ De vermenging van de bemiddelaars- en arbitersfunctie in één persoon is net als bij de rechter bekritiseerbaar.²²² Het gebrek aan integriteit kan de gelijkheid van partijen schaden. Amerikaanse juristen stellen dan ook voor dat de bemiddelaar aan het einde van de eerste fase advies uitbrengt over de mogelijke uitkomst van een arbitrage, die dan door een andere derde moet worden doorgevoerd.²²³ «*Court annexed arbitration*» wordt wel geschikt geacht voor consumentengeschillen, aangezien de procedure de snelheid en informaliteit van «arbitrage» combineert met de garanties van een gerechtelijke procedure.²²⁴ Deze garanties bestaan in een controle van de rechter op de kwaliteit van de aangewezen, erkende arbiter en de mogelijkheid om het geschil alsnog voor een overheidsrechter te brengen. Laatstgenoemde mogelijkheid doet dan wel weer afbreuk aan de snelheid en het kostenbesparend effect. De verplichte doorverwijzing van partijen door de rechter naar bijvoorbeeld arbitrage, zoals bij «*court annexed arbitration*», is, zoals hierboven vermeld, in het licht van art. 6 E.V.R.M. niet probleemvrij.²²⁵

Bij voormelde procedures rijst telkens de vraag of het wenselijk en mogelijk is om algemene beginselen te ontwikkelen, die zowel in de traditionele als in de alternatieve procesvormen als (minimum)standaard van behoorlijke geschillenbeslechting zouden kunnen gelden.

In de literatuur wordt opgemerkt dat de fundamenteel verschillende doelstellingen tussen bemiddeling en een rechterlijke procedure een zuivere transponering van beginselen van behoorlijke procesvoering lijken uit te sluiten.²²⁶ De termen «geschil», «algemene beginselen» en zelfs «vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen» uit art. 6 E.V.R.M. zijn als te enge rechtsbegrippen moeilijk inpasbaar bij ADR, dat door andere middelen dan rechte de oplossing van een geschil nastreeft.²²⁷ Algemene beginselen hoeven bij bepaalde vormen van ADR, zoals bemiddeling of verzoening, derhalve geen juridische inhoud te hebben. De toepassing van de zogenaamde fundamentele regelen van procesrecht wordt in die gevallen niet wezenlijk geacht, aangezien de weg naar de rechter open blijft.²²⁸ Toch werd de behoefte in dergelijke procedures aan fundamentele waarborgen hierboven evenzeer onderkend.²²⁹

De Europese wetgever speelde daarop in en bracht aanbeveling 98/257/EG uit met beginselen voor organen van buitengerechtelijke geschillenbeslechting in consumentenzaken.²³⁰ Het onderzoek dat door het groenboek over beslechting van consumentengeschillen²³¹ werd aangezwengeld en de resolutie van het Europese Parlement²³² over het actieplan van de Commissie²³³ terzake, stellen voorop dat consument en onderneming slechts profijt doen indien de eerbiediging van bepaalde essentiële principes wordt gegarandeerd. Toch beperkt ook de Europese wetgever de toepassing van de beginselen tot procedures waarbij een derde een oplossing voorstelt of oplegt, zodat de eenvoudige poging door een derde om partijen te verzoenen of de bemiddeling om partijen tot een oplossing te brengen buiten het toepassingsgebied van de aanbeveling blijven. Voor de andere procedures schrijft de aanbeveling de beginselen van onafhankelijkheid,²³⁴ doorzichtigheid,²³⁵ hoor en weder-

²²⁷ T.A.W. STERK, o.c., *Geschillenbeslechting naar behoren*, 23-24.

²²⁸ Zie T.A.W. STERK, o.c., *Geschillenbeslechting naar behoren*, 26.

²²⁹ Enerzijds mag mislukte ADR geen invloed hebben op de waarborgen van de gerechtelijke procedure, anderzijds mag de bijzondere bescherming van partijen bij ADR, o.m. op het punt van geheimhouding, niet teloor gaan. Unilaterale wettelijke verstrakking vormt wellicht de negatie van ADR.

²³⁰ Aanbeveling 98/257/EG van de Commissie van 30 maart 1998 betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, *Ph.*, 1998, L 115/31.

²³¹ Zie Groenboek van 16 november 1993 over de consument en zijn verhaalsmogelijkheden en de beslechting van consumentengeschillen in de interne markt, COM(93)576def.

²³² Resolutie van het Europese Parlement over het (in volgende voetnoot vermelde) Actieplan van de Commissie, *Ph.*, 1996, C 362/275.

²³³ Actieplan van 14 februari 1996 van de Commissie inzake de verhaalsmogelijkheden van de consument en de beslechting van consumentengeschillen in de interne markt, COM(96)13def.

²³⁴ Is een waarborg voor onpartijdigheid en uit zich bij uitspraak door een persoon in diens kwaliteit en mandaatlengte.

²³⁵ Voorafgaande informatie aan de consument over de essentiële kenmerken van de procedure (niet-naleving hiervan eventueel op grond van art. 23, 4°, W.H.P.C. te beteugelen) en publicatie van een voldoende uitgebreid jaarverslag.

²¹⁹ Beslissend voor deze procedure is immers dat de panelleden de nodige afstand tot het betrokken geschil bewaren en geenszins bij het geschil betrokken zijn.

²²⁰ Zie in die zin met omstandiger argumentatie: W.A. JACOBS, o.c., 228-230.

²²¹ Partijen zullen meer gereserveerd de bemiddeling aanvaarden.

²²² Zie voor deze kritiek inzonderheid, L. FULLER, o.c., *Dispute Resolution*, 247-255.

²²³ Zo o.m. S.B. GOLDBERG, «The mediation of grievances under a collective bargaining contract: an alternative to arbitration» en J. FOLBERG and A. TAYLOR, «Mediation», in S.B. GOLDBERG, E.D. GREEN and F.E.A. SANDER (red.), *Dispute Resolution*, Boston-Toronto, Little Brown and Co., 1985, respectievelijk 255-264 en 268-269.

²²⁴ W.A. JACOBS, o.c., 240-241.

²²⁵ Voornamelijk het toerekenen van de kosten van de gerechtelijke procedure aan de procederende partij die geen gunstiger uitspraak verkrijgt, kan een belemmering van de toegang tot de rechter in die zin vormen, zie W.A. JACOBS, o.c., 360-362.

²²⁶ Denk maar aan beginselen als verplichte procesvertegenwoordiging, lijdelijkheid en openbaarheid van rechtspraak. A.F.M. BRENNINKMEIJER, «Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting», in *Geschillenbeslechting naar behoren*, 20-21.

hoor,²³⁶ doeltreffendheid,²³⁷ wettigheid,²³⁸ vrijheid,²³⁹ en vertegenwoordiging²⁴⁰ voor.²⁴¹ De Belgische geschillencommissies beantwoorden volgens het evaluatierapport De Coninck aan de zes criteria van de Europese aanbeveling.²⁴² Het rapport Taelman staat daar sceptischer tegenover en ziet zowel wat doorzichtigheid,²⁴³ doeltreffendheid²⁴⁴ als wat vrijheid²⁴⁵ betreft, tekortkomingen.²⁴⁶ Hondius acht dat de Nederlandse geschillencommissies voormelde beginselen voldoende in acht nemen, maar heeft toch enige aarzeling bij de doorzichtigheidseis uit de aanbeveling, die o.m. stelt dat «als het om een bindend besluit gaat, de sancties (moeten) worden vermeld die toepasselijk zijn als het besluit niet wordt uitgevoerd. Dat geldt eveneens voor de eventueel bestaande beroepsmogelijkheden voor de partij die niet in het gelijk is gesteld».²⁴⁷

V. LERING VOOR BELGIE

In de ban van voornoemde ontwikkelingen werden vanuit diverse invalshoeken voorstellen gesuggereerd tot verbetering van de juridische bescherming van de consument. Uitgangspunt daarbij is dat de rechtszoekende in de moderne maatschappij behoefte heeft aan een justitieel model waarin

²³⁶ Standpunt kunnen kenbaar maken en kennisnemen van alle standpunten en feiten alsook (eventueel) verklaringen van deskundigen.

²³⁷ Beperkte kost, korte duurtijd, geen verplichte vertegenwoordiging en actieve rol van het bevoegde orgaan. Elke factor die dienstig is voor de oplossing van het geschil, zoals het rechtsgevoel en specifieke gedragscodes kan invulling geven aan de actieve rol.

²³⁸ De consument kan de wettelijke bescherming van het toepasselijke recht niet verliezen, o.m. de wetten van de gewone verblijfplaats van de consument. Zie in dit verband het verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, en zie over de Verdragen van San Sebastian en Lugano over rechtsmacht en executie (J. LAENENS, «Europese consumentengeschillen», *D.C.C.R.*, 1998, 88). Daarnaast moet een uitspraak gemotiveerd worden.

²³⁹ De consument heeft vrij keuzerecht tussen overheidsrechter of buitengerechtelijke geschillenoplossing.

²⁴⁰ De consument kan zich in elke fase van de procedure laten vertegenwoordigen of doen vergezellen van een derde.

²⁴¹ Zie G. STRAETMANS, «Aanbeveling buitengerechtelijke beslechting consumentengeschillen», *D.C.C.R.*, 1998, 175.

²⁴² H. DE CONINCK, o.c., 36.

²⁴³ O.m. een te beperkte kenbaarheid en niet steeds heldere informatiebrochures.

²⁴⁴ O.m. het soms hoge klachtengeld en de lange duurtijd van een procedure voor de Geschillencommissie Reizen.

²⁴⁵ Het gebrek aan keuzevrijheid van de consument tussen alternatieve of gerechtelijke geschillenoplossing door de standaardvoorwaarden van de modelovereenkomst in de reissector. Het nieuwe art. 19 van het modelcontract reizen zou aan de vrije keuze tegemoet komen.

²⁴⁶ Zie rapport van P. Taelman in opdracht van de Minister van Justitie, 1999.

²⁴⁷ Zie E.H. HONDIUS, «Alternatieve geschillenoplossing: kroniek», in *Jaarboek Consumentenrecht 1999*, E.H. HONDIUS en G.J. RIJCKEN (red.), Deventer, Kluwer, 1999, 291.

²⁴⁸ Zie Y. CARTUYVELS, «Te hoge verwachtingen van justitie. Justitiële crisis en verwachtingen van de burger: kan de justitie alles?», in *Magistratuur en maatschappij in dialoog. Congres van 18 april 1998*, A.J.T., 1997-1998, 390.

hij kan meewerken aan een oplossing en niet langer een autoritaire rechtsbedeling dult.²⁴⁸ Uit de evaluatie volgt dat de toegang tot de procedure, de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de neutrale derde alsook de nakoming van de beslissing, belangrijke aandachtspunten zijn voor de consument. Vanuit dat perspectief wordt er parallel gesleuteld aan de rol van de vrederechter en de geschillencommissies.

In de lijn van «*court annexed arbitration*» wordt een aan de gerechtelijke procedure voorafgaande bemiddeling voorgesteld,²⁴⁹ niet als een alternatief voor de overheidsrechter, maar als een integrerend bestanddeel van de gerechtelijke procedure,²⁵⁰ waaraan partijen zich vrijwillig kunnen onderwerpen.²⁵¹ Aangezien «l'oeuvre de justice doit être exercée par l'Etat pour tous et pour tous les litiges sans exception», zou de nieuwe procedure worden toegevoegd aan de bevoegdheden van de vrederechter en worden beperkt tot geschillen met een gering economisch impact.²⁵² De keuze voor de vrederechter als vredestitcher voor «small claims»²⁵³ werd ook door andere auteurs voorgesteld.²⁵⁴ Een voorafgaande verzoening binnen het systeem van de overheidsrechter is verkieslijk boven parallelle systemen, aangezien de overheidsrechter de natuurlijke rechter is voor de burger bij wie de wapengelijkheid het best wordt gewaarborgd. De vrederechter is daarbij de meest aangewezen magistraat die, gelet op zijn bevoegdheden en territoriale spreiding, het dichtst bij de burger staat. De vrederechter die een akkoord tussen partijen bewerkstelligt, zou hen een akkoordvonnis geven, wat als onmiskenbaar voordeel op bemiddeling door privé-bemiddelaars heeft dat de in een

²⁴⁹ Ervaring hiermee in de V.S. leert dat zulks ook succesvol kan zijn in geschillen tussen handelaars en consumenten. Zie hierover meer bij, S. PARMENTIER, «A.D.R., een nieuwe rage in de Verenigde Staten», in *De rechter buitenspel. Conflictenregeling buiten de rechtbanken om*, S. PARMENTIER en B. HUBEAU (reds), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 4 e.v.

²⁵⁰ Volgens de onderzoekers zou een parallel, alternatief systeem van geschillenoplossing op termijn aan dezelfde kwalen lijden, het vooroordeel van klassejustitie bevestigen en verwarring bij de consument over de rechtsgevolgen in de hand werken.

²⁵¹ «La médiation et la procédure judiciaire ultérieure forment deux phases d'une procédure unique, dans le cadre de laquelle deux types de solutions différentes et complémentaires peuvent être apportées au litige»; zie F. DOMONT-NAERT en M. VAN NUFFEL, «Le règlement des litiges de consommation: extension des acquis au citoyen», Federale dienst voor wetenschappelijke, technische en culturele aangelegenheden, Brussel, 1997, (19), 89-154, Rapport voor het federale programma: «Juridische bescherming van de burger».

²⁵² Voor de precieze procedurele regels en het toepassingsgebied van deze «small claims-procedure», zie F. DOMONT-NAERT en M. VAN NUFFEL, «Le règlement des litiges de consommation: extension des acquis au citoyen», Federale dienst voor wetenschappelijke, technische en culturele aangelegenheden, Brussel, 1997, 97-123.

²⁵³ Dit zijn geschillen die een geldinzet van maximum 500.000 fr. vertegenwoordigen.

²⁵⁴ Zie J. LAENENS en M. HENQUIN, *De Verzoening*, Rapport in opdracht van het Ministerie van Justitie, 1999, 149-156. Tot een gelijkgesteld voorstel kwamen de auteurs van het rapport betreffende een Europees Gerechtelijk Wetboek (zie *Etude sur le rapprochement des lois et règles des Etats-Membres concernant certains aspects de la procédure civile - Rapport final*, M. STORME (red.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1994, 75).

vonnis vastgelegde oplossing meteen ook een uitvoerbare titel is. Dit voorstel verschilt in zoverre van eerstvermeld voorstel, dat de voorafgaande verzoeningspoging voor de vrederechter verplicht wordt en gekoppeld wordt aan een verschijningsplicht.²⁵⁵ De onpartijdigheid vergt ook dat de bemiddelaar niet de magistraat is die de zaak nadien ten gronde zal beslechten.²⁵⁶

Om de slagkracht van de geschillencommissies te vergroten, wordt naar Nederlands voorbeeld voorgesteld een koepelorgaan op te richten. Een overeenkomstige toepassing van het Nederlandse systeem in België onderstelt niet alleen een keuze tussen arbitrage of bindend advies, maar ook meer algemeen een visie over de wenselijkheid van een horizontale, totale aanpak dan wel een sectorale per bedrijfstak.

Een intern rapport van Test-Aankoop wees uit dat, terwijl de horizontale, totale aanpak beter scoort op snelheid, haalbaarheid²⁵⁷ en schaalvoordelen,²⁵⁸ de heterogeniteit van de sectoren toch de arbitrale uitspraken dreigt te verwateren. De afzijdigheid van een aantal beroepsverenigingen die eruit kan resulteren, maakt de controle op individuele ondernemingen haast onmogelijk.²⁵⁹ Voor de bestaande vrijwel op gelijke leest geschoeide geschillencommissies biedt een overkoepelende structuur naar het beeld van de Nederlandse SGC zonder meer schaalvoordelen.²⁶⁰ Koepelvorming kan daarbij voor de nodige omkadering van een adequaat beleid zorgen²⁶¹ en past overigens in het recente Europese beleid

terzake. De Raad van de Europese Unie bracht immers een resolutie uit voor de creatie van een Europees netwerk van organen voor buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen,²⁶² waarin de lidstaten worden verzocht de samenwerking tussen bedrijfs- en consumentenverenigingen te stimuleren en per lidstaat een centraal informatiecentrum in te stellen, dat fungeert als een nationaal «clearing centre».²⁶³ Daar zou de consument informatie krijgen over geschillenoplossingsprocedures van de plaats waar de onderneming is gevestigd en praktische bijstand.²⁶⁴ Dit netwerk zou ook de organen incorporeren die buiten schot blijven van voormelde aanbeveling van de Commissie met procedurele minimumgaranties.²⁶⁵

Daarnaast lijkt arbitrage, in de visie van Test-Aankoop, het beste concept voor geschillencommissies, omdat ze soepelheid combineert met waarborgen voor consumenten.²⁶⁶ De alternatieven voor arbitrage scheppen te veel rechtsonzekerheid, terwijl de praktijk uitwijst dat de zogenaamde «bindende adviezen» van de Nederlandse geschillencommissies steeds meer kenmerken van de Belgische arbitrage²⁶⁷ vertonen. In het voordeel van bindende adviezen speelt dan weer de ruimere mogelijkheid om aan ongelijkheidscompensatie te doen, aangezien de arbiter aan de opdracht van partijen is gebonden.²⁶⁸

Het wetsvoorstel Creyf²⁶⁹ sluit daarbij aan.²⁷⁰ In het rapport Taelman wordt dit wetsvoorstel positief geëvalueerd.

²⁶³ Zie hierover: *Out-of-Court dispute settlement systems for e-commerce*. Report of an exploratory Study, Joint Research Centre, Ispra, 20 april 2000, 23-25.

²⁶⁴ Deze «clearing» centra hebben de volgende functies: na ontvangst van een consumentenklacht bepalen welke type van geschillenbeslechting het meest is aangepast; informatie over dat type orgaan aan de consument verstrekken en de klacht doorsturen; de consument bijstaan bij het formuleren van klachten voor nationale en buitenlandse organen; de consument, zo hij wil, een soortgelijke bijstand verlenen bij grensoverschrijdende geschillen. De doorgezonden klacht zal dan in laatstgenoemd geval noodzakelijkerwijze via het nationale «clearing centre» van de lidstaat van ontvangst lopen.

²⁶⁵ Lidstaten moeten erop toezien dat ook deze organen de criteria uit de aanbeveling toepassen. Elk nieuw initiatief moet op vrijwillige deelname berusten en rekening houden met de nationale en Europese wetgevingen, tradities en praktijken.

²⁶⁶ De Coninck besluit dat «ni le système d'avis contraignant comme aux Pays-Bas, ni le système de conciliation ou d'amiable compositeur comme en France, ont été appliqués avec succès en Belgique» (zie H. DE CONINCK, *o.c.*, 46).

²⁶⁷ Verdere deformalisering door o.m. uitspraken door een arbiter, stuit op kritiek (zie P. Taelman, Rapport in opdracht van de minister van Justitie, 1999, die dit alvast gelet op de door de bedrijfstakken geëiste paritaire vertegenwoordiging, niet haalbaar acht).

²⁶⁸ Zie hierover uitgebreid: W.A. JACOBS, *o.c.*, 224 e.v.

²⁶⁹ Wetsvoorstel betreffende de commissies voor de buitengerechtelijke regeling van consumentengeschillen, ingediend door S. CREYF, *Parl.St.*, Kamer 1997-98, nr. 1674/1.

²⁷⁰ Naar luid van art. 2 kan «ter bevordering van de buitengerechtelijke beslechting van tussen consumenten en ondernemers gerezen geschillen (...), op initiatief van consumentenorganisaties en beroeps- of ondernemersorganisaties, een vereniging zonder winstoogmerk worden opgericht». De vereniging richt dan sectorale geschillencommissies op en maakt de werking daarvan bekend bij het publiek. Bovendien neemt de vereniging initiatieven ter voorkoming van consumentengeschillen. Het wetsvoorstel bevat voorts

²⁵⁵ J. LAENENS en M. HENQUIN, *De Verzoening*, Rapport in opdracht van het Ministerie van Justitie, 1999, 151, blijven, ondanks historische tekortkomingen aan verplichte en facultatieve verzoeningsfasen, in het nut ervan geloven.

²⁵⁶ Zie in die zin: K. LOONTJENS, «Het recht op een onafhankelijke en onpartijdige magistraat: stand van zaken», *T.B.P.*, 1996, 9, en zie *contra*: G. DE LEVAL, «Réflexions sur la médiation civile», in *Liber Amicorum Y. Hannequart et R. Rasir*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1997, 32-33, die van mening is dat een gefaalde verzoeningspoging niet noodzakelijk leidt tot gemis aan objectiviteit bij de overheidsrechter.

²⁵⁷ De voorwaarden uit het modelcontract zijn eenvoudiger en uniform. Hierbij rijst toch enige twijfel. Is een uniform modelcontract voor pakweg de meest courante producten en diensten zo eenvoudig en werkzaam? Zal de bereidheid van ondernemers zich daaraan te onderwerpen niet gradueel afnemen naarmate een modelcontract en dito geschillencommissie niet echt op maat van de betrokken sector is, en dus niet de gewenste fidelisering genereert.

²⁵⁸ Daartoe rekent De Coninck een ruimere fidelisering, een uniforme promotiecampagne, een makkelijkere controle door Test-Aankoop en wellicht makkelijker te verkrijgen subsidies van overheidswege.

²⁵⁹ In die zin: H. DE CONINCK, *o.c.*, 41-44 en 46-54.

²⁶⁰ Verwerven van subsidie, verkrijgen van vrijstelling van B.T.W., uniforme financiering, makkelijke fidelisering en coherente uitspraken die een preventieve aanpak in de hand werken. Bovendien waarborgt een overkoepelende structuur dat toegang voor alle consumenten, al dan niet lid van een consumentenorganisatie, wordt verzekerd.

²⁶¹ Zie over de roep naar zo'n beleid: R. STUTTERHEIM, «Informeel geschillenbeslechting: quo vadis?», *N.J.B.*, 1997, 1558.

²⁶² Zie resolutie van de Raad van 25 mei 2000 inzake een communautair netwerk van nationale organen voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, *Ph.*, 2000, C 155/1. In een werkdocument had de Commissie reeds een aantal aanbevelingen daartoe klaargesteld (zie *Agence Europe*, 2000, nr. 7681, 13).

eerd.²⁷¹ Geschillencommissies die zich bij de koepel aansluiten, ontvangen als erkende commissie een overheids-subsidie.²⁷² Het koepelorgaan ziet erop toe dat de uniformiteit in samenstelling en procedures van de geschillencommissies wordt bevorderd.²⁷³ Een centraal secretariaat kan de toegang tot de geschillencommissies vergemakkelijken en via ruime informatiecampagnes het bestaan van alternatieve procedures voor geschillenoplossing kenbaar maken. De oprichting van een centrale bemiddelingsstructuur, naast de geschillencommissies, kan voorts de snelheid verhogen,²⁷⁴ vergroot wellicht de kwaliteit en komt bovendien de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de leden van de geschillencommissies ten goede.²⁷⁵

Ook bemiddeling kan daarin een belangrijke preventieve werking verkrijgen.²⁷⁶ De wet op de collectieve schuldenregeling toont aan dat een gestroomlijnde bemiddeling heilzaam kan zijn om geschillen op te lossen, ook voor de consument.²⁷⁷ Het zal daarbij zaak zijn in de keuze van de bemiddelaars democratisering van rechtshulp te bewerkstelligen.

Terwijl Taelman in aansluiting op het Nederlandse model de vervanging van arbitrage door een bindende derdenbeslissing overweegt, kiest het wetsvoorstel Creyf voor bindende arbitrage.²⁷⁸ Een bijzondere nakomingsgarantie²⁷⁹ naar Nederlands voorbeeld maakt eveneens deel uit van het wetsvoorstel. Een onderneming die geen lid is van een bij de koepel aangesloten beroepsvereniging kan slechts gebruik maken van het systeem, indien zij o.m. een model-overeenkomst toepast en een bankgarantie stelt.²⁸⁰ Taelman acht dit een goede manier om «free riders» de pas af te

snijden en te voorkomen dat ondernemingen geen gebruik van het geschillenoplossingssysteem zouden kunnen maken.²⁸¹

De voorstellen nemen niet alle probleempunten weg. Onpartijdigheid en expertise blijven moeilijk te realiseren in informele procedures. Het vrijwillige karakter van ADR-procedures maakt dat een deel van de geschillen die de samenleving mee brengt, aan het gezichtsveld wordt onttrokken. Daardoor heeft de rechtsvorming te lijden, zodat aandacht moet worden besteed aan de anonieme ruchtbaarheid van ADR-uitkomsten in jaarverslagen of soortgelijke publicaties.²⁸² Daarnaast moet men oog hebben voor de opkomst van bijzondere verkoopmethoden, zoals de zogenaamde «*electronic commerce*», die grensoverschrijdende consumentengeschillen genereert, die een aangepaste afwikkeling vereisen. Al maakt de hierboven besproken aanbeveling geen onderscheid tussen geschillenbeslechting «*off-line*» of «*on-line*», toch zal het nog zaak zijn de procedurewaarborgen via technologische criteria te versleutelen.²⁸³ Ook de resolutie over de creatie van een Europees netwerk van organen voor buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen²⁸⁴ beklemtoont de opstelling van nieuwe regels, die «*on-line*» kunnen worden toegepast.

Minimale garanties kunnen in zelfreguleringscodes worden uitgewerkt in de schoot van een onafhankelijke organisatie die aan aangesloten ondernemingen een zogenaamd «*trustseal*» of logo verleent.²⁸⁵ De labeling van geschillencommissies met minimale procedurele waarborgen wordt wellicht een belangrijk verkoopargument dat fideli-

bepalingen terzake van de erkenningsprocedure voor een dergelijke vereniging, de samenstelling van de raad van beheer en de financiering.

²⁷¹ P. Taelman, Rapport in opdracht van de minister van Justitie, 1999.

²⁷² In Nederland moeten de geschillencommissies eerst beantwoorden aan de door de overheid opgelegde vereisten voor erkenning, waarna ze als erkende geschillencommissie kunnen aansluiten bij de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken. Dit maakt natuurlijk dat erkende geschillencommissies ook buiten de SGC om kunnen opereren, wat volgens het Belgische systeem wordt uitgesloten. De subsidie is op haar beurt weer gerechtvaardigd door de taak van de overheid in een rechtsstaat, met name te voorzien in doeltreffende verhaalsmogelijkheden voor burgers.

²⁷³ Alvast wordt het gebruik van het uniforme Europese klachtenformulier aanbevolen (zie hierover J.G.J. RINKES, «Consumentengeschillen: de draad van Ariadne», *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 2000, 3-11). De uniforme procedure zou in beginsel voor alle sectoren gelden en slechts voor bijzondere sectoren kleine afwijkingen toestaan.

²⁷⁴ Dit orgaan zou de in art. 13 van het wetsvoorstel Creyf verplichte voorafgaande poging tot minnelijke regeling kunnen behandelen. Taelman onderschrijft dit verplichte karakter en stelt dat een bemiddeling in die zin maximum een maand mag duren.

²⁷⁵ In navolging van de in 1996 uitgevaardigde CEPINA-gedragscode voor arbiters, zou als extra-waorborg, de opstelling van een algemene gedragscode voor arbiters worden overwogen. Na- en bijscholing van arbiters alsook onderling overleg tussen verschillende geschillencommissies zijn een noodzaak.

²⁷⁶ Zie ook N.J.H. HULS, o.c., 23.

²⁷⁷ In dezelfde zin voor Nederland: N.J.H. HULS, o.c., 24.

²⁷⁸ Zie art. 5, dat doorverwijst naar bepalingen uit het Ger.W. inzake arbitrage. De consument wordt wel op elk ogenblik de keuzevrijheid gegarandeerd tussen de arbitrage of de overheidsrechter (zie art. 7 van het wetsvoorstel).

²⁷⁹ Zie hierboven over de nakomingsgarantie in Nederland. In België zouden ingevolge art. 6, § 3, van het wetsvoorstel Creyf de aan de oprichting van een geschillencommissie meewerkende bedrijfsfederaties garant staan voor de naleving door hun leden van de arbitrale uitspraken. *In concreto* zou dit gebeuren door het onderschrijven van een abstracte bankgarantie bij een financiële instelling. Dit zou de instelling van een exequaturprocedure overbodig maken, aangezien de vereniging de bank vraagt het bedrag waartoe de ondernemer is veroordeeld, vrij te geven. Het abstracte karakter van de garantie verplicht de betrokken bank dit ook te doen. De idee van een door de bedrijfstakken gespijsd garantiefonds wordt bijgevolg verlaten.

²⁸⁰ Zie art. 8, Wetsvoorstel Creyf.

²⁸¹ P. Taelman, Rapport in opdracht van de minister van Justitie, 1999.

²⁸² H. DE CONINCK, o.c., 22, kondigt een aantal initiatieven in die zin aan; zie ook art. 18 van het wetsvoorstel Creyf, dat de verplichting van een jaarverslag oplegt.

²⁸³ Zie over de haalbaarheid en de wijze waarop zulks zou moeten gebeuren: *Out-of-Court dispute settlement systems for e-commerce*. Report of an exploratory Study, Joint Research Centre, Ispra, 20 april 2000. Het rapport kan van internet worden geplukt op volgend adres: <http://dsa-isis.jrc.it/ADR/>.

²⁸⁴ Zie resolutie van de Raad van 25 mei 2000 inzake een communautair netwerk van nationale organen voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, *Pb.*, 2000, C 155/1. In een werkdocument had de Commissie reeds een aantal aanbevelingen daartoe opgesteld (zie *Agence Europe*, 2000, nr. 7681, 13).

sering van de consument mede in de hand werkt. Een sluitende regelgeving is vanzelfsprekend noodzakelijk om misbruiken en misleiding van de consument te voorkomen. Bij de uitwerking van gedragscodes en andere initiatieven van

zelfregulering zal men ten slotte oog moeten hebben voor het mededingingsrecht, namelijk de nationale en Europese kartelbepalingen, alsook de bepalingen inzake handelspraktijken en vrij verkeer.²⁸⁵

²⁸⁵ In die zin meldt een onderzoek uit 1999, *Chambers of Commerce in the European Union and Alternative Resolution of Commercial Disputes*, V. FEDERICI en V. MANFREDI (red.), september 1999, niet gepubliceerd, dat Eurochambers op het niveau van de Nationale Kamers van Koophandel een netwerk wil opzetten voor bemiddeling of verzoening bij grensoverschrijdende elektronische handel. In september 1999 ging alvast het «Rotterdam Mediation Project» van start, waarbij leden van het Nederlands Mediation Instituut bij de Kamer van Koophandel tweemaal/maand spreekuur houden. Ondernemers kunnen er tegen een gereduceerd uurtarief (250 gulden) een volledige mediation doen, waarvan de maximumkost op 10 u. of 2.500 gulden wordt geplafonneerd. De rol van de «mediator» is veelal verzoenen. Hij helpt partijen een eigen oplossing te vinden, zonder die voor te stellen, aangezien het draagvlak voor en de nakoming van een eigen oplossing veel groter is (zie hierover *Het Financieel Dagblad*, 17 augustus 2000, 7).

Gert STRAETMANS
Hoofddocent Universiteit Leiden
Docent Universiteit Antwerpen
K.U.Leuven

²⁸⁶ Zie over mededinging en zelfregulering: G. STRAETMANS, o.c., Kluwer rechtswetenschappen, 1998, 572-597. Zie ook over arbitrale bedingen in modelcontracten en kartelrecht: A. THILLY, o.c., *D.C.C.R.*, 1996, 320, het Eco Swiss t/ Benetton-arrest waarin het Hof van Justitie oordeelde dat de rechter waar nodig *ex officio* het EG-kartelrecht moet toepassen wanneer dit tijdens de arbitrale procedure niet is gebeurd (H.v.J., 1 juni 1999, zaak C-126/97, *nog niet gepubliceerd*) en ten slotte Commissie-beschikking van 7 april 1999 inzake EPI Code of Conduct: Michael Harrison v. Institute of Professional representatives before the European Patent Office (EPI), zaak IV/36.147, *C.M.L.R.* 5, 1999, 541.

SCHIKKEN OF BESCHIKKEN? PLEIDOOI TEGEN DE PRIVATISERING VAN DE BEMIDDELING

I. DE BEMIDDELING: EEN NIEUWE CULTUUR

1. Eigenrichting is verboden.¹ Niemand mag het recht in eigen handen nemen. Wil een burger zijn materiële aanspraken daadwerkelijk realiseren, dan moet hij noodgedwongen een beroep doen op de rechter. Deze mag overigens niet weigeren recht te spreken, zelfs bij stilzwijgen, duisterheid of onvolledigheid van de wet (art. 5 Ger.W.).

2. In een rechtsstaat² moet de overheid er op de eerste plaats voor zorgen dat de burger effectief toegang heeft tot het gerecht (art. 6 E.V.R.M.). Vervolgens wordt van haar verwacht dat zij het rechtssysteem naar behoren laat functioneren, zodat de burger zijn subjectieve rechten kan effectueren dankzij een snelle, goedkope en accurate rechtspleging.

3. Het civiele procesrecht is voor de overheid een belangrijk beleidsinstrument. Met haar justitiebeleid moet ze het vertrouwen van de burger (her)winnen.³ Het proces is inderdaad als een spiegel.⁴ Het reflecteert de samenleving en kaatst de kleur ervan terug.⁵ Er is ongetwijfeld een verregaande interactie tussen het politiek gekleurd maatschappelijk gebeuren en het gerechtelijk apparaat.⁶ Een maatschappelijke (r)evolutie leidt meestal tot innovaties. Ze beïnvloedt grotendeels de organisatie van het gerecht en bepaalt de algemene grondslagen van een behoorlijk civiel proces.

4. De overheid moet te allen tijde de dienende functie van het civiele procesrecht voor ogen houden. Zij mag zich echter niet blind staren op het accusatoire karakter dat het civiele geding kenmerkt. Het geschil is immers zaak van de partijen, het geding daarentegen is zaak van de rechter.⁷ De overheid moet hem dan wel in staat stellen zijn opdracht naar behoren te vervullen, wil zij vermijden dat justitie voor de burger een kafkaïaanse nachtmerrie wordt.⁸

5. De overheid moet zich hierbij laten leiden door de *procesconomie* die thans nagenoeg algemeen wordt erkend

als een basisregel van het civiele geding.⁹ Dit betekent onder meer dat zij op een zuinige wijze moet omgaan met het gerecht als overheidsdienst. Zij moet de duur en de kosten van de procedure tot het noodzakelijke minimum beperken. Zij moet economisch omspringen met de arbeidsinzet van het gerecht in het algemeen en met die van de procespartijen in het bijzonder.

6. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat de overheid thans eerder geneigd is het beroep op de rechter te beperken tot de gevallen waarin een buitengerechtelijke weg om tot een oplossing te geraken, niet is gelukt.¹⁰ Het civiele geding wordt een *ultimum remedium*. Er wordt slechts recht gesproken wanneer dit echt noodzakelijk is. Het gaat om een toepassing van het subsidiariteitsbeginsel.¹¹ Geschillen tussen burgers kunnen best op een alternatieve wijze worden opgelost. De overheid heeft het signaal vanuit de Verenigde Staten begrepen¹² en promoot nu een *alternatieve geschillenoplossing* (AGO).¹³ In haar federaal veiligheids- en detentieplan opteerde de Belgische federale regering resoluut voor een reflectie over AGO-vormen.¹⁴

7. Het woord *alternatief* verwijst in deze niet alleen naar een andere vorm van geschillenoplossing dan overheidsrechtspraak. Het duidt vooral op een andere wijze van geschillenoplossing.¹⁵ De geschilafdoening wordt in belangrijke mate gedejuridiseerd.¹⁶ De burger krijgt medezeggenschap bij de oplossing van zijn conflict.¹⁷ Hij wordt niet langer opgezadeld met een rechterlijke beslissing die voor hem

⁹ M. STORME, «Ik die bij de sterren sliep en 't haar der ruimten droeg», in *Metaletica van het procesrecht*, Gent, 1995, 6.

¹⁰ J.B.M. VRANKEN, «Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg», in Nederlandse Vereniging voor Procesrecht (red.), *Verantwoordelijk procederen. Gedachten over een fundamentele vernieuwing van het burgerlijk procesrecht*, 1999, (33), 70, nr. 65.

¹¹ H. VUYE, «Justitie morgen: de toekomst van de vredege-rechten in een breder perspectief», *T.Vred.* 1998, (413), 432.

¹² Zie: S. PARMENTIER, «ADR, een nieuwe rage in de Verenigde Staten», in S. PARMENTIER en B. HUBEAU (red.), *De rechter buitenspel*, Tegenspraak Cahier 10, 1990, 1-37.

¹³ De term «alternatieve geschillenoplossing» (AGO) verdient de voorkeur (W.A. JACOBS, *ADR en consument. Een rechtsvergelijkende studie naar de mogelijkheden van alternatieve geschillenoplossing*, 1998, 159). *Alternatieve geschillenbeslechting* (AGB) als letterlijke vertaling van *Alternative Dispute Resolution* (ADR) legt te veel de nadruk op de beslechting van het geschil (zie nochtans: L. DEMEYERE, «Hoe alternatief is alternatieve geschillenbeslechting (ADR-Alternative Dispute Resolution)?», *R.W.* 1996-97, 521).

¹⁴ *Parl.St. Senaat*, 1999-2000, 2-461/1 en *Parl.St. Kamer*, 1999-2000, Doc 50 0716/001. Hierna af te korten als «Veiligheidsplan». Het federaal parlement heeft met dit plan ingestemd op 29 juni 2000 (*Parl.St. Kamer*, 1999-2000, Doc 50 0716/004).

¹⁵ J.B.M. VRANKEN, *o.c.*, 68, nr. 63.

¹⁶ Aldus de Nederlandse Staatssecretaris van Justitie op de jaarvergadering van de Nederlands Vereniging voor de Rechterlijke Macht op 5 november 1999 (*Trema* 1999, (429), 431).

¹ E. DIRIX, «Eigenrichting in het privaatrecht», in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, 1986, 597 e.v. en «Verbod van eigenrichting», in *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, 1991, 289 e.v.

² P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel van behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, 1997, 80 e.v.

³ M. STORME, «La justice: restaurer la confiance», *J.T.* 1982, 133-136.

⁴ M. STORME, *Het proces als een spiegel*, Deventer, 1988, 58 p.

⁵ L. HUYSE, *De kleur van het recht*, Leuven, 1989, 29-44.

⁶ R.C. VAN CAENEGHEM, «Kanttekeningen bij een periodiseringsprobleem: de evolutie van het burgerlijk procesrecht», in *Recht in beweging*, Antwerpen, 1973, 1075 e.v.

⁷ M. STORME, «Het proces», in G. DE LEVAL, P. LEWALLE en M. STORME (red.), *Het interdisciplinair geschil*, Diegem, 1996, (387), 391, nr. 3.

⁸ B. SCHOENAERTS, *De Belgisch justitie. Een Kafkaïaanse nachtmerrie. Analyse & remedie*, Gent, 1995, 383 p.

onaanvaardbaar is.¹⁸ De conflictpartijen moeten het gevoel hebben zelf een goede regeling te hebben getroffen. Doel is een win/win situatie.¹⁹ Bij een alternatieve geschiloplossing zijn er in beginsel geen winnaars en verliezers.²⁰

8. Wie een *alternatieve geschiloplossing* bepleit, doet bewust een appèl aan de eigen verantwoordelijkheid van de burgers om eerst serieus te proberen het geschil zelf op te lossen.²¹ De burgers moeten op dit vlak *doe-het-zelvers* worden en slechts in uiterste nood procespartijen.²² Zij mogen slechts de degens kruisen en een beroep doen op de rechter wanneer voldoende vaststaat dat een minnelijke regeling niet haalbaar is.²³ Hun burgerzin wordt ongetwijfeld via AGO aangescherpt.²⁴

9. Rechtshulpverleners in het algemeen en advocaten in het bijzonder moeten de burgers hierbij een handje helpen.²⁵ Zij moeten steeds voor ogen houden dat een regeling in der minne doorgaans de voorkeur verdient boven een proces.²⁶ Op grond van hun mensenkennis, hun ervaring en hun deskundigheid moeten zij de proceslust van de burgers afremmen, alvast in bagatelzaken.²⁷ Vooral de advocaten moeten hun ronduit slechte reputatie kwijtspelen en aantonen dat zij geenszins te veel op geschillen en te weinig op schikking en verzoening uit zijn.²⁸ Gelukkig verdwijnt stilaan het imago van de advocatuur als polariserende instelling.²⁹ Indien de cliënten meer de goede raad van hun ad-

vocaat zouden volgen, zouden meer zaken zonder rechterlijke beslissing kunnen worden opgelost.³⁰

10. Een van de belangrijkste AGO-vormen is ongetwijfeld de *bemiddeling*.³¹ ³² De conflicterende partijen doen hierbij vrijwillig op eigen initiatief (vrijwillige of rechtbankgebonden bemiddeling) of op verzoek van de reeds geadieerde rechter (gerechtelijke of rechtbankgebonden bemiddeling) een beroep op een onafhankelijke derde die bij hun overleg de communicatie vergemakkelijkt en poogt ze ertoe te brengen zelf tot een oplossing te komen.³³ De bemiddelaar beslecht het geschil noch in feite noch in rechte. Hamvraag is nu of de bemiddeling als AGO-vorm de rechter volledig of slechts gedeeltelijk buitenspel zet.

II. OPMARS VAN DE BUITENGERECHTELIJKE BEMIDDELING

11. De Belgische federale regering wil met haar federaal veiligheids- en detentieplan het geding, althans voor kleinere geschillen, overduidelijk privatiseren.³⁴ Voor de beslechting van deze geschillen lijken haar (verzoenings)commissies uitermate geschikt. Snelheid, soepelheid, expertise per sector en een lage financiële drempel zijn daarbij in haar ogen belangrijke troeven. Wel wil zij deze commissies in een ruimer gestructureerd kader plaatsen met de nodige transparantie en zichtbaarheid naar de burger toe.

12. Ongetwijfeld wil de federale regering met een dergelijke privatisering³⁵ in de eerste plaats de gerechtelijke achterstand bestrijden. Het komt er immers op aan de instroom van zaken bij de rechter drastisch te verminderen. De beslechting of regeling van geschillen toevertrouwen aan buitengerechtelijke commissies is een welgekomen oplossing voor de federale overheid, die de bestrijding van de gerechtelijk achterstand blijkbaar moe is. Zij stelt immers enkel een aanpassing van de conclusietermijn-regeling in het verschiet.³⁶ Voor het overige is ze van oordeel dat initiatieven en voorstellen ter bestrijding van de gerechtelijke achterstand door de Hoge Raad voor de Justitie moeten worden geformuleerd.³⁷ Ook de korpschefs

¹⁷ J. VAN DEN HEUVEL, «Geschillenbeslechting door minnelijke schikking», in *200 jaar Rechtbank van Koophandel Antwerpen*, 1998, 31.

¹⁸ H. VAN HOUTTE, «Mediatie. Is het gras groener aan de andere kant van de heuvel?», in *Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel*, Antwerpen, 1999, (231), 234.

¹⁹ J.W.D. VAN OLDENBORGH, «Scheidingsbemiddeling door de rechter?», *Trema* 1996, 28.

²⁰ H. VAN HOUTTE, *o.c.*, 242.

²¹ J.B.M. VRANKEN, *o.c.*, 71, nr. 66.

²² M. STORME, «Justitiehervormingen in België», *NJB* 2000, (651), 653.

²³ Zie ook in die zin: S. DE CLERCK, *Het bos en de bomen*, Tielt, 1997, 27.

²⁴ E. BATTISTONI, «Justitiabelen rechter in eigen zaken?», in *Koning Boudewijnstichting (red.), Stages in het buitenland ter bevordering van de internationale dimensie in de voortgezette vorming van Belgische magistraten*, 1998.

²⁵ J. LAENENS, «De advocaat als eerste rechter. Schikken of procederen?», *De Advocaat* 1985, nr. 3, 1-3.

²⁶ Aldus luidt regel 7 van de Gedragsregel voor Advocaten in Nederland. Eenzelfde deontologische regel geldt trouwens ook in België (zie P. LAMBERT, *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, 1980, 203; *R.P.D.B., tw. Avocat*, nr. 176; Ch. VAN REEPINGHEN, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, 1964, 267; P. VERMEYLEN, *Règles et usages de l'Ordre des Avocats en Belgique*, 1940, nr. 1939).

²⁷ Meer genuanceerd: J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, 1997, 334, nr. 447. De advocaat is in zijn ogen geenszins de eerste rechter; hij zal hooguit beoordelen maar niet oordelen. Vgl. E. REUMONT, *Permanence et devoirs de la profession d'avocat*, 1947, 7, nr. 3.

²⁸ Zie M.E. STORME, «Twintig oorzaken van wantrouwen in het gerecht die verband houden met de regels betreffende de wijze van beroepsuitoefening door advocaten en magistraten», in P. LEMMENS en M. STORME (red.), *Vertrouwen in het gerecht*, Antwerpen, 1995, (26), 33, nr. 7: «Als er advocaten bij zijn, is het verpest».

²⁹ K. TIMMERMAN, «Pleidooi voor bemiddeling?», *A.J.T.* 1999-2000, (585), 596.

³⁰ J. VAN DEN HEUVEL, *o.c.*, 33, nr. 5.

³¹ G. JAKHIAN, «Les règlements judiciaires et extrajudiciaires des conflits commerciaux», *J.T.* 1998, 14.

³² Hierna wordt geen onderscheid gemaakt tussen bemiddeling en verzoening. Wie tussen partijen bemiddelt, beoogt hun verzoening (J. LAENENS, P. Taelman, M. Henquin, K. Ysebaert, *Alternatieve geschillenregeling. De verzoening. Geschillencommissies*, 1999, 21). Ook bemiddeling en mediatie worden als gelijkwaardig beschouwd.

³³ *Parl.St.* Kamer, 1999-2000, Doc 50 0647/001, 6 (Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling ingediend door R. FOURNAUX).

³⁴ Zie Veiligheidsplan, Deelproject 10.3 «Arbitrage en bemiddeling».

³⁵ Zie hierover: M. STORME, «Privatisering van het geding?», in *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, Bruylant, Brussel, 1995, 16-36.

³⁶ Veiligheidsplan, Deelproject 10.2

³⁷ Veiligheidsplan, Project 8.

moeten volgens haar op dit vlak geresponsabiliseerd worden.³⁸

13. De Nederlandse minister van Justitie opteert eveneens voor alternatieve vormen van geschilafdoening. Hij vindt het klaarblijkelijk niet meer vanzelfsprekend dat de rechter als mediator kan optreden.³⁹ De rechter is er naar zijn oordeel enkel om recht te spreken. Bovendien beschikt de rechter als geschilbeslechter toch nog over voldoende mogelijkheden om partijen binnen de procedure tot een schikking te bewegen (zie verder nr. 35). De Nederlandse minister van Justitie vreest alvast dat een belangrijk voordeel van de bemiddeling – namelijk de beperking van de werklastgroei van de rechterlijke macht – teniet wordt gedaan indien de rechter tevens als mediator optreedt.

14. De Nederlandse minister van Justitie kan hooguit aanvaarden dat de gerechten een rol spelen bij de doorverwijzing naar externe mediators. In Amsterdam startte reeds op 1 juni 1997 een experiment waarbij de rechter in kort geding de partijen ertoe aanzet zelf tot een oplossing te komen met behulp van een mediator.⁴⁰ Projecten inzake doorverwijzing naar externe mediators werden intussen in andere rechtbanken gestart.⁴¹ Thans lopen tot 31 december 2000 experimenten inzake scheidings- en omgangsbemiddeling in de hofressorten Amsterdam, Den Bosch, Leeuwarden en Den Haag.⁴²

15. De Belgische balie opteerde in 1997 voor een nieuwe, zogenaamde emancipatorisch gerichte dienst aan de cliënt: de bemiddeling in familiezaken.⁴³ De Belgische Nationale Orde van Advocaten nam hierbij het voortouw.⁴⁴ De wetgever volgde tamelijk snel.⁴⁵ De gezinsbemiddeling werd bij wet geregeld en vormt thans een afzonderlijk hoofdstuk in het Gerechtelijk Wetboek.^{46 47}

16. De eerlijkheid gebiedt echter erop te wijzen dat inspiratie werd gevonden in de Franse wet van 8 februari 1995

die de rechtbankgebonden bemiddeling invoerde.⁴⁸ Ook in Engeland en Wales kan de rechter sinds de inwerkingtreding, op 26 april 1999, van de *Civil Procedure Rules* (CPR), de procedure schorsen om de partijen de gelegenheid te geven een schikking of ADR te proberen (Rule 26.4 CPR).⁴⁹

17. Het betreft telkenmale de zogenaamde «*court annexed mediation*» of rechtbankgebonden bemiddeling.⁵⁰ Ook de Belgische rechter mag thans, bij gezinsconflicten, op gezamenlijk verzoek van de partijen of op eigen initiatief maar met instemming van de partijen een (externe) bemiddelaar aanwijzen (art. 734bis, § 1, Ger.W.). Als bemiddelaar kunnen slechts worden aangewezen advocaten en notarissen die daartoe een bijzondere opleiding hebben gevolgd, alsmede natuurlijke personen die daartoe zijn erkend door de bevoegde overheden (art. 734quater Ger.W.).

18. De balie heeft na 1997 vrij snel een «nieuw» gat in de markt ontdekt. Ze wil nog verder gaan. De bemiddeling wordt voor haar het nieuwe werkterrein bij uitstek. De bemiddeling door advocaten-bemiddelaars wordt thans ook in andere dan familieaangelegenheden aangeboden.⁵¹ Alle conflicten komen in beginsel voor bemiddeling door advocaten-bemiddelaars in aanmerking. Maar niet alleen de balie is in dit domein actief. Ook het notariaat heeft blijk gegeven van interesse.⁵² Talrijke privé-initiatieven inzake bemiddeling zagen intussen eveneens het daglicht.⁵³ «Sommige jongens met handelsgeest» bieden alternatieve diensten aan onder de verleidelijke vlag van snellere en goedkopere geschillenregeling.⁵⁴ Een interventie van de wetgever inzake bemiddeling lijkt dan ook wenselijk.⁵⁵

19. De problematiek is de wetgever zeker niet ontgaan. Hij volgt de evolutie nauwgezet op de voet.⁵⁶ Op 11 mei 2000 werd het meest recente wetsvoorstel in verband met de bemiddeling ingediend.⁵⁷ De indiener maakt een duidelijk onderscheid tussen de vrijwillige of rechtbankongebonden bemiddeling en de gerechtelijke of rechtbankgebonden be-

³⁸ Veiligheidsplan, Project 9.

³⁹ «Meer wegen naar het recht», Beleidsbrief ADR 2000-2002, november 1999, 23-24.

⁴⁰ H.F. DOELEMAN, «Mediation als alternatief voor de civiele procedure bij de overheidsrechter (court-annexed mediation)», *Advocatenblad* 1997, 506-508.

⁴¹ Verklaring van de Staatssecretaris van Justitie op de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor de Rechterlijke Macht van 5 november 1999, *Trema* 1999, 430.

⁴² B.E.S. CHIN-A-FAT, «De rechter als verwijzer bij (omgangs)-bemiddeling», *Trema* 2000, (97), 98.

⁴³ M.-A. DEVENYN, «Bemiddeling in familiezaken op de tast...», *A.J.T.-dossier* 1996-97, nr. 6.

⁴⁴ Zie het Reglement van 26 juni 1997.

⁴⁵ Zie echter ook de Aanbeveling van de Raad van Europa over de familiale bemiddeling van 21 januari 1998, R(98), 1.

⁴⁶ Wet betreffende de gezinsbemiddeling.

⁴⁷ Aldus is de discussie over de wettelijke basis van de bemiddeling tijdens de procesgang – waarover de meningen zeer verdeeld waren – allicht definitief beslecht (zie hierover: S. BROUWERS, *A.J.T.* 1999-2000, 193-195).

⁴⁸ «Le juge saisi d'un litige peut, après avoir reçu l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose» (art. 131-1 Nouveau Code de Procédure Civile (hierna: N.C.P.C.)). Zie o.a. M. ARMAND-PREVOST, «La médiation judiciaire en droit commercial français», *La lettre du Juriste européen* 1999, nr. 8, 2-5.

⁴⁹ J. O'HARE, K. BROWNE, R. HILL, *Civil Litigation*, 2000, 182, nr. 9.038; zie ook: S. ROBERTS, «Litigation and Settlement», in A.A.S. ZUCKERMAN, R. CRANSTON, *Reform of Civil Procedure. Essays on "Access to Justice"*, 1995, 447-457.

⁵⁰ Er waren reeds een aantal voorbeelden in de rechtspraak waarbij de rechter de partijen naar een externe bemiddelaar verwees (b.v. Gent 10 mei 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 192).

⁵¹ Zie het Antwerps reglement inzake bemiddeling van 16 februari 1998. In de schoot van de Antwerpse balie werd een Commissie Bemiddeling opgericht. Zij verleent onder meer de accreditatie van «advocaat-bemiddelaar». Ook de Luikse balie richtte in 1998 een «Centre de Médiation» op.

⁵² Het notarieel congres te Antwerpen in 1999 handelde over «De notaris en de conflictbeheersing» (zie: H. CASMAN, A. MICHIELSEN (red.), *Verslagboek*, 1999, 472 p.).

⁵³ Bemiddeling wordt onder meer aangeboden door CEPINA (Belgisch Centrum voor Arbitrage en Mediatie), de Arbitragekamer van de Kamer van Koophandel en Nijverheid te Antwerpen en het Brussels Business Mediation Center.

⁵⁴ J. VAN DEN HEUVEL, o.c., 1998, (31), 32.

⁵⁵ J. VAN COMPERNOLLE, «Le juge et la conciliation judiciaire», in G. DE LEVAL, P. LEWALLE en M. STORME (eds.), *Het interdisciplinair geschil*, 1996, (44), 54-55.

⁵⁶ Zie *Parl.St. Kamer*, 1997-98, 1773/1 (J. VANDEURZEN), *Parl.St. Kamer*, 1998-99, 2119/1 (A. DUQUESNE) en *Parl.St. Kamer*, 1999-2000, Doc 50 0464/001 (C. MICHEL).

⁵⁷ *Parl.St. Kamer* 1999-2000, Doc 50 0647/001 (R. FOURNAUX).

middeling. In beide gevallen is de bemiddeling hoe dan ook *buitengerechtelijk*. Niet de rechter, maar externe mediators worden met een bemiddelingsopdracht belast. De indiener van het wetsvoorstel wil hierbij alvast geen monopolie toekennen aan advocaten of notarissen.⁵⁸ Al wie de nodige waarborgen biedt inzake rechtschapenheid, nauwgezetheid, bekwaamheid, ervaring, onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan als bemiddelaar optreden.

20. De vraag rijst of deze informele conflictregeling in het rechtsgebeuren geen reus is op lemen voeten.⁵⁹ België is de Verenigde Staten van Amerika niet, waar het succes van ADR vooral te wijten is aan de hoge proceskosten en de lange procesduur.⁶⁰ Is de overbelasting van de rechtbanken en hoven in ons land geen te smalle basis om nu op massale wijze AGO te gaan kopiëren uit het buitenland?⁶¹ Is de privatisering van de justitie via buitengerechtelijke bemiddeling wél een goede zaak?⁶² Behoort de bemiddeling niet eerder tot de wezenlijke taak van de rechter,⁶³ zodat een gebeurlijke privatisering volkomen uit den boze is?

21. Vooraleer de wetgever definitief knopen doorhakt, moet hij een duidelijke beleidskeuze maken. Hij moet zijn verantwoordelijkheid in dezen durven opnemen. Hij moet nader verklaren waarom hij zich alsnog aansluit bij de blijkbaar ruim gedeelde opvatting dat de bemiddeling geen onderdeel van de rechtspraak, maar juist een volwaardig alternatief voor de rechtspraak is.⁶⁴

III. PLEIDOOI VOOR DE RECHTERBEMIDDELAAR

22. Berechten en bemiddelen zijn ongetwijfeld twee wezenlijk verschillende bezigheden.⁶⁵ Wie een zaak berecht, beslecht een gerezen geschil «volgens de regelen van het recht». Wie in een zaak bemiddelt, helpt de partijen bij het zoeken naar een redelijke en voor beide partijen aanvaardbare oplossing van het geschil. Voor een bemiddelaar is het belangrijk te leren zijn oordeel voor zich te houden.⁶⁶ Hij mag enkel creatief meedenken met de partijen en ze slechts uiterst subtiel naar een oplossing stu-

ren.⁶⁷ Niets belet hem nochtans, zo nodig, aan partijen nuttige informatie te verschaffen. Het geven van een inlichting behoort immers juist tot de actieve rol van de bemiddelaar.⁶⁸

23. De bemiddeling behoort tot de wezenlijke taak van de rechter.⁶⁹ «Le juge est un ange pacificateur».⁷⁰ De Franse wetgever heeft dan ook gemeend er goed aan te doen deze opdracht met zoveel woorden in art. 21 N.C.P.C. te formuleren: «Il entre dans la mission du juge de concilier les parties». Al kent het Belgisch Gerechtelijk Wetboek geen gelijkkluidende bepaling, toch wordt algemeen aangenomen dat elke rechter in de eerste plaats tot taak heeft de partijen te verzoenen.⁷¹ «La mission conciliatrice et médiatrice fait partie des attributions du juge».⁷²

24. De rechter is de bemiddelaar-verzoener bij uitstek. Het is zijn taak de partijen te laten uitkomen bij een rechtvaardige oplossing van hun conflict. Hij moet hierbij steeds op zoek gaan naar een juist herstel van de gelijkheid tussen de partijen.⁷³ De gerechtigheid behoort immers tot een van zijn hartstochten.⁷⁴ Wanneer de rechter via bemiddeling aan de partijen een oplossing kan aanreiken, werkt hij mee aan een kwalitatief beter product dan een beslissing die niet altijd vrede tussen de conflicterende partijen oplevert.⁷⁵ De rechter die schikt, straalt een groter gezag uit dan de rechter die louter beschikt. In hem zullen de partijen allicht meer vertrouwen hebben.

25. De rechterbemiddelaar heeft ontegenzeggelijk een aantal troeven in handen. Bij hem springen onmiskenbaar een groot aantal kwaliteiten in het oog. Hij straalt gezag en autoriteit uit. Hij werd immers op grond van objectieve criteria tot rechter benoemd. De overheid staat borg voor zijn opleiding en permanente vorming. Hij is in de regel wijs en beslagen, onpartijdig en onbevooroordeeld, behendig in de omzeiling van bijkomstigheden en rechtlijnig bij het toelichten van de knelpunten.⁷⁶ Hij is gewend met conflicterende partijen om te gaan en zijn gezag op een on-

⁶⁸ Aldus oordeelde het Hof van Cassatie in een wrakingsprocedure tegen een vrederechter die op een verzoeningszitting nuttige informatie had verschaft (Cass. 24 juni 1993, *R.W.* 1993-94, 1337). In dezelfde zin: G. DE LEVAL, «Réflexions sur la médiation civile», in *Liber Amicorum Y.HANNEQUART et R.RASIR*, Diegem, 1997, (27), 32-33.

⁶⁹ P. ESTOUP, «La relance des conciliateurs», *Gaz.Pal.* 1987, 504; zie tevens zeer uitvoerig: I. BRANDON, *o.c.*, 505-516.

⁷⁰ R. BORDEAUX, aangehaald door I. LOCRE, *Esprit du Code de procédure Civile*, 133-134.

⁷¹ F. LIGOT, *o.c.*, (71), 82.

⁷² G. DE LEVAL, *o.c.*, (27), 32. Anders: A.F.M. BRENNINKMEIJER, «Tijdige geschillenbeslechting zonder rechter: ADR en tijdigheid van de rechtspraak», *Trema* 1999, (42), 45 die gewag maakt van een verwarrende rolverschuiving in hoofde van de rechter-mediator.

⁷³ D. VERWEY, C.W.M. DULLAERT, «Aristoteles en de rechterbemiddelaar», *Trema* 1999, (316), 319.

⁷⁴ M. STORME, «De hartstochten van de rechter», in *Publiekrecht, ruim bekeken. Opstellen aangeboden aan prof. J. Gijssels*, Antwerpen, 1994, (275), 280.

⁷⁵ J.W.D. VAN OLDENBORGH, *o.c.*, (28), 31.

⁷⁶ Vgl.: R. TIMMERMANS, «De Geschillenregeling in de appartementenmede-eigendom», in *Het Onroerend Goed in de Praktijk*, Deel 7, 1997, 41; zie tevens J. TEN KATE, «De rechter als bemiddelaar. Enige verkenningen buiten het procesrecht», *Trema* 1995, (240), 241.

⁵⁸ *Parl.St. Kamer* 1999-2000, Doc 50 0647/001, 11.

⁵⁹ B. HUBEAU, «Informe conflictregeling in het rechtsgebeuren: een reus op lemen voeten», in *De rechter buitenspel*, 123

⁶⁰ B. HUBEAU, *o.c.*, 127; zie ook H. VAN HOUTTE, «Mediatie. Is het gras groener aan de andere kant van de heuvel?», in *Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel*, 1999, (231), 232.

⁶¹ In die zin: B. DECONINCK, «De beslagrechter: verzoener of bemiddelaar in het kader van art. 59 W.Hyp.Krediet», in G. DE LEVAL, P. LEWALLE en M. STORME (red.), *Het interdisciplinair geschil*, 1996, (22), 27.

⁶² J. VAN DEN HEUVEL geeft alvast een negatief antwoord (*o.c.*, *l.c.*).

⁶³ De bemiddeling door arbiters wordt hier verder buiten beschouwing gelaten.

⁶⁴ M.A. LOTH, «Van wie is de conflictbemiddeling?», *Trema* 2000, 67.

⁶⁵ Zie: I. BRANDON, «L'office du juge dans la conciliation», *J.T.* 1995, (505), 510; F. LIGOT, «Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords», *Ann.Dr.* 1996, (71), 90.

⁶⁶ J.W.D. VAN OLDENBORGH, «Scheidingsbemiddeling door de rechter?», *Trema* 1996, (28), 32.

⁶⁷ R.W. JAGTENBERG, A.J. DE ROO, «De A van ADR», *NJB* 1995, (81), 86.

partijdige wijze te gebruiken.⁷⁷ De vraag rijst of deze kwaliteitslabel ook kan worden toegekend aan externe mediators. Al zijn dezen voldoende competent en onderlegd in de bemiddeling, toch moeten zij nog het maatschappelijk vertrouwen winnen.⁷⁸ Daarbij komt ook dat hun optreden voor de betrokken partijen hoe dan ook een meerkost betekent, omdat zij niet – in tegenstelling tot de rechtersbemiddelaars – door de overheid worden vergoed.⁷⁹

26. Niet iedereen is ervan overtuigd dat de conflictbemiddeling de rechter toekomt. Vaak wordt de functie van het bemiddelen zodanig gedefinieerd dat de ongeschiktheid van de rechter reeds vooraf vaststaat. Aldus zou de rechter enkel een rechtsprekende rol te vervullen hebben, die bij een bemiddeling vanzelfsprekend teloor gaat. Het betreft een geheel nieuwe activiteit die geen verband houdt met de kerntaken van de rechter. Als bemiddelaar spreekt hij geen recht. Zijn taak blijft dan beperkt tot die van een begeleider van de partijen op hun zoektocht naar een oplossing van hun geschil. Het betoog van de tegenstanders van de rechterbemiddelaar is eigenlijk een manifeste cirkelredenering.⁸⁰

27. Niettemin snijden een aantal negatieve reacties wel degelijk hout. Kan de rechter – zonder enige garantie van succes bij bemiddeling – zijn kostbare tijd niet beter investeren in de beslechting van de honderden zaken die bij hem aanhangig worden gemaakt?⁸¹ Verliest hij niet zijn onpartijdigheid wanneer hij, na een mislukte bemiddelingspoging, over de grond van de zaak uitspraak moet doen?⁸² Gaan de partijen in deze omstandigheden nog bereid zijn zich bloot te geven en hun verborgen agenda's op tafel te leggen?⁸³

28. Het beginsel van de strikte vertrouwelijkheid is bij een bemiddeling inderdaad van fundamenteel belang. Daarom voorziet de recente wetgeving inzake gezinsbemiddeling uitdrukkelijk in het beroepsgeheim van de bemiddelaar (art. 734*sexies* Ger.W.).⁸⁴ Hij moet waken over de vertrouwelijkheid van het dossier, zelfs ten aanzien van de rechter die hem aanstelde. De partijen zullen zich slechts

zonder achterdocht tot hem wenden, wanneer zij ervan overtuigd zijn dat al wat tijdens de bemiddeling ter sprake komt, niet tegen hen kan worden gebruikt in een latere gerechtelijke of scheidsrechterlijke procedure.⁸⁵

29. In deze context past een woord over het zogenaamde *caucussyteem*.^{86 87} De bemiddelaar hoort de betrokkenen afzonderlijk. Hij kan het twistpunt aldus beter situeren en met meer kennis van zaken het overleg vooruithelpen.⁸⁸ Vaak vindt de bemiddelaar een redelijke oplossing na een gesprek onder vier ogen met elke partij afzonderlijk. Vanzelfsprekend gaat elke partij ervan uit dat wat gezegd wordt tijdens de «caucus» in geen geval aan de andere partij wordt medegedeeld. Wat confidencieel aan de bemiddelaar wordt gemeld, kan hem helpen bij het formuleren van een redelijk compromis dat voor beide partijen aanvaardbaar is. Tegenstanders van de rechterbemiddelaar wijzen erop dat deze «pendeldiplomatie» niet op de rechter toepasbaar is.⁸⁹ De rechter moet immers hoor en wederhoor garanderen. Dit standpunt moet worden genuanceerd. Waarom kunnen de partijen de rechter in het raam van zijn bemiddelingsopdracht geen toestemming verlenen om ze afzonderlijk te horen? Wanneer de rechter de persoonlijke verschijning van een partij beveelt, mag de andere partij het verhoor bijwonen (art. 998 Ger.W.).⁹⁰ Niets belet de partijen vooraf akkoord te gaan met een «pendeldiplomatie» van de rechter. Het volstaat hierbij nauwlettend acht te slaan op de naleving van de algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting zowel in traditionele als in alternatieve processen.⁹¹

30. Hoe dan ook, een tweederangsjustitie moet worden vermeden.⁹² De rechter blijft onvervangbaar in een samenleving die zich een rechtsstaat noemt.⁹³ Wie er anders over denkt, stuurt aan op de uitholling van de democratische rol van de rechter in onze samenleving. Een dergelijke houding is niet zonder gevaar. Bemiddeling via externe mediators kan een splijtzwam in het recht zijn: sommige rechtzoekenden kunnen zich – om velerlei redenen – een dergelijke alternatieve geschiloplossing veroorloven, waarbij het recht niet strikt wordt gehanteerd, terwijl anderen daarentegen de traditionele weg moeten bewandelen waarbij het materiële recht onverkort blijft gelden.⁹⁴

IV. EEN STAND VAN ZAKEN

31. Het schikken als zodanig ligt zeker niet in de klassieke rechtstraditie. Integendeel! De leer van von Jhering in zijn

⁸⁸ *Parl.St. Kamer* 1999-2000, doc 50 0647/001, 12.

⁸⁹ P.A. STEIN, A.S. RUEB, *Burgerlijk procesrecht*, Deventer, 2000, 251; J. TEN KATE, o.c., 242; E.P. VON BRUCKEN FOCK, «Grenzen aan de bemiddeling door een rechter», *Trema* 1996, (202), 203.

⁹⁰ CH. VAN REEPINGHEN, o.c., 390.

⁹¹ Zie in M.V. POLAK (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren*, Deventer, 1998; A.F.M. BRENNINKMEIJER, «Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting», 5-21; T.A.W. STERK, «Algemene beginselen en alternatieve geschillenbeslechting», 23-27.

⁹² J. VAN DEN HEUVEL, o.c., 32.

⁹³ P. LEMMENS, aangehaald door S. PARMENTIER, «Verslag van de studienamiddag 'De rechter buitenspel? Conflictregeling buiten de rechtbank om', op 16 november 1990 aan de K.U.Leuven», *Panopticon* 1991, (178), 184.

⁹⁴ W.A. JACOBS, o.c., 190.

⁷⁷ J.W.D. VAN OLDENBORGH, o.c., *L.c.*

⁷⁸ A. JACOBS, o.c., 195-196.

⁷⁹ De vergoeding wordt berekend op basis van de bestede tijd. Het uurtarief hangt evenwel af van de waarde van het geschil (zie het tarief van het Brussels Business Mediation Center in H. VAN HOUTTE, o.c., 240, voetnoot 27).

⁸⁰ M.A. LOTH, o.c., 67.

⁸¹ H. VAN HOUTTE, o.c., 235.

⁸² H. VAN HOUTTE, o.c., 236; zie tevens *Parl.St. Kamer*, 1999-2000, Doc 50 0647/001, 9.

⁸³ S. BROUWERS, o.c., 195.

⁸⁴ In dezelfde zin: art. 1727.2 in *Parl.St. Kamer*, 1999-2000, Doc 50 0647/001. Zie tevens art. 18 van het Reglement van de Belgische Nationale Orde van Advocaten van 26 juni 1997 (bemiddeling in familiezaken).

⁸⁵ Zie hierover: P. VAN LEYNSEELE, F. VAN DE PUTTE, «Médiation: confidentialité et responsabilité», *J.T.* 1999, 254-257.

⁸⁶ Volgens H. VAN HOUTTE is de caucus een term uit de taal van de Indianen (o.c., 237, voetnoot 15).

⁸⁷ Ten onrechte zien H. VERBIST en K. DHONDT («CEPINA wijzigd zijn reglementen», T.B.H. 2000, (357), 358, nr. 6) in de «caucus» een verschil tussen *bemiddeling* en *mediatie*. Zij menen dat enkel bij een mediatio afzonderlijke gesprekken met de partijen toegelaten zijn.

«der Kampf ums Recht» (Wenen, 1872) blijft nog steeds nazinderen. Het recht moet steeds uit strijd geboren worden. Een verzoening tussen partijen doet geen recht ontstaan. Gelijk krijgen en het affirmeren van een eigen recht primeren. In de juristenopleiding gaat de aandacht nu nog te zeer naar de wet en de stipte wetsvervulling. De concrete mens wordt hierbij al te vaak uit het oog verloren.⁹⁵

32. Nochtans is het een wezenlijke plicht van elke jurist om in de mate van het mogelijke te streven naar een verzoening van de door partijen ingenomen standpunten.⁹⁶ Het schikken waarbij de bij het geschil betrokken waarden worden afgetast en tegen elkaar afgewogen, dient in de rechtspraktijk veld te winnen.⁹⁷ De jurist moet hierbij weliswaar optornen tegen een verziekte mentaliteit. De contestatiezucht van de burgers typeert ongetwijfeld onze huidige samenleving. Deze «emancipatie van het conflict»⁹⁸ verklaart in belangrijke mate de «overspanning van Vrouwe Justitia»⁹⁹ en is een van de oorzaken van de gerechtelijke achterstand die in ons land een ware sociale plaag is geworden.¹⁰⁰

33. Uit het voorgaande volgt dat in ons land geen echte cultuur van minnelijke schikkingen bestaat.¹⁰¹ Art. 731 e.v. Ger.W.¹⁰² zijn dan ook in de praktijk van de meeste rechtscollages dode letter gebleven. Slechts enkele rechtbanken hebben in hun reglement uitdrukkelijk voorzien in een kamer voor minnelijke schikkingen.¹⁰³ Hieruit blijken overduidelijk de desinteresse en het scepticisme van de magistratuur. Deze houding mag ons niet verwonderen.¹⁰⁴ Slechts wanneer een schikking totstandkomt, kan er sprake zijn van kostenbesparing en tijdswinst. Alleen in dat geval kan de bemiddeling door de rechter ook een middel zijn tegen de rechterlijke overbelasting.

⁹⁵ J. LAENENS, «Rechtsfaculteit & Rechtspraktijk», in *Universiteit & Metropool*, 1997, (197), 201.

⁹⁶ W. VAN GERVEN, *Met recht en rede*, Tiel, 1987, 22; vgl. G. VAN HECKE, «De plaats van het recht in de samenleving», *R.W.* 1970-71, 681-688. Zie tevens: W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, 1973, 97-105.

⁹⁷ V. DENTI, V. VIGORITI, «Le rôle de la conciliation comme moyen d'éviter le procès et de résoudre le conflit», in W.J. HABSCHEID (red.), *Effectiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung*, Bielefeld, 1983, 345-370.

⁹⁸ M.E. STORME, o.c., 34.

⁹⁹ J.H. BLAAUW, «Rechtsbescherming en rechtspleging; enkele algemene beschouwingen», *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1982, (461), 477.

¹⁰⁰ E. KRINGS, «Toestand van de gerechtelijke achterstand in België», in *Gerechtelijke achterstand, Handelingen van het Colloquium gehouden in de Senaat*, 1989, (11), 32.

¹⁰¹ B. SCHOENAERTS, o.c., 200.

¹⁰² Zie voor een recente bespreking van deze wetsbepalingen: P. HEURTERRE, «De minnelijke schikking bij de vrederechter», *T.Vred.* 1998, (439), 441-449.

¹⁰³ Zie wat de rechtbanken van koophandel betreft: J. VAN DEN HEUVEL, o.c., 38. In het algemeen: J. LAENENS, P. Taelman, M. Henquin, K. Ysebaert, o.c., 50.

¹⁰⁴ Zie o.a. J. LAENENS, «De verzoeningstaak van de vrederechter», in M. VERRYCKEN e.a., *Taak en bevoegdheid van de vrederechter*, 1979, (263), 299.

¹⁰⁵ Zie i.v.m. de consulaire rechters in de rechtbanken van koophandel: J. LAENENS, «De bemiddeling: een nieuwe taak voor consulaire rechters?», *La lettre du Juriste européen* 1999, nr. 8, (6), 9-11.

34. De minnelijke schikking verdient nochtans opwaardering.¹⁰⁵ Uit statistische gegevens blijkt (1) dat een zeer hoog percentage van zaken geregeld werd zolang de minnelijke schikking verplicht was en (2) dat het slaggingspercentage de laatste jaren nagenoeg constant blijft.¹⁰⁶ Voor een aantal heikele punten moet echter een oplossing worden gevonden.¹⁰⁷ De rechter moet tijdens de bemiddeling standpunten kunnen en durven innemen om een minnelijke regeling te bewerkstelligen. De rechter mag er niet machteloos bijzitten. De in verzoening opgeroepen partijen zullen dan allicht meer gemotiveerd zijn om aanwezig te zijn. Het probleem blijft echter zonder twijfel het tijdverlies voor alle betrokkenen, wanneer de bemiddeling mislukt en het geschil niet in der minne kan worden geregeld.

35. Ook het zogenaamde *accordandum* moet vernieuwde aandacht krijgen.¹⁰⁸ Het betreft een helaas in onbruik geraakt pretoriaans gebruik om in de loop van het geding partijen voor de rechter te ontbieden teneinde met hem een minnelijke regeling te betrachten.¹⁰⁹ ¹¹⁰ De *comparitie na antwoord* in Nederland kan hierbij model staan. Deze comparitie is in de praktijk ontwikkeld, aanvankelijk alleen in Rotterdam. Vooral «in handelszaken» werd zij bevolen. De ervaringen hiermede waren zo positief dat de wetgever in 1989 in art. 141a Rv. de comparitie na antwoord tot wettelijk systeem heeft verheven.¹¹¹ De partijen verschijnen in persoon bij de rechter. Hun advocaten zijn weliswaar gerechtigd bij het verhoor tegenwoordig te zijn.¹¹² In circa 40% van de zaken wordt thans in Nederland een comparitie bevolen. Ongeveer de helft ervan leidt tot een doorhaling van de zaak.¹¹³ Ook in ons land kan de rechter via de *per-*

¹⁰⁶ J. LAENENS, P. Taelman, M. Henquin, K. Ysebaert, o.c., 168 en 170.

¹⁰⁷ F. LIEVENS, «Bevoegdheid en onbevoegdheid van de vrederechter inzake minnelijke schikking», in G. BENOIT, F. LIEVENS, L. LOUSBERG (reds), *Bevoegdheden van De Vrederechters en Politierchters*, Brugge, 1992, 53-64.

¹⁰⁸ Aldus J. VAN DEN HEUVEL, o.c., 38. Zie ook J. LAENENS, «De bemiddeling: een nieuwe taak voor consulaire rechters?», *La Lettre du Juriste Européen* 1999, nr. 8, (6), 10 en «Over het accordandum», *R.W.* 1998-1999, 1123.

¹⁰⁹ Zie hierover: F. HERMANS, *Pasin.* 1967, 359; J. LAENENS, o.c., in *Taak en bevoegdheid van de vrederechter*, 1979, 269, nr. 7; M. STORME, o.c., in *Modes non judiciaires de règlement des conflits*, 1995, 25; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, I, 93, nr. 23. Voor een treffend voorbeeld: *Vred.Westerlo* 25 april 1997, *R.W.* 1998-1999, 1122.

¹¹⁰ Zie het art. 1.3 van het ontwerp van Europese Richtlijn van de werkgroep Storme: «Le juge peut, en tout état de cause, aux fins de conciliation, ordonner une comparution personnelle» (zie: M. STORME (red.), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union Européenne*, 1994, 73-75, 117-118, 169 en 187). Inspiratie voor deze tekst werd allicht gevonden in art. 127 Franse N.C.P.C.: «Les parties peuvent se concilier, d'elles mêmes ou de l'initiative du juge, tout au long de l'instance».

¹¹¹ P.A.M. MEIJKNECHT, *Kennismaking met het burgerlijk procesrecht*, 1991, 44; zie ook J.E. BOSCH-BOESJES, *Lijdelijkheid in het geding*, 1991, nr. 9.11.3.

¹¹² P.A. STEIN, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 1990, 86.

¹¹³ J.C. VAN DYK, «ADR-bemiddelingsmogelijkheden in de bestaande procedures», *Advocatenblad* 1995, nr. 15; H.G. SNIJDERS, *Inleiding Nederlands burgerlijk procesrecht*, 1995, 35.

soonlijke verschijning van de partijen actief in de betwisting tussenkomen en een *accordandum* activeren.¹¹⁴

36. Een financiële impuls, zoals de «offers to settle» in Engeland (Rule 36 CPR), is hierbij zeker het overwegen waard.¹¹⁵ Dit Engelse systeem komt hierop neer dat wie een aanbod van de tegenpartij afwijst en nadien minder verkrijgt dan wat werd aangeboden, onder meer de gerechtskosten vanaf het moment van het aanbod moet betalen.¹¹⁶ In de Verenigde Staten van Amerika kent men een soortgelijke regeling in art. 68 van de *Federal Rules of Civil Procedure*. Aldus kunnen «*fishing expeditions*»¹¹⁷ en verdragingsmanoeuvres worden vermeden.¹¹⁸

37. Wanneer de rechter aldus tactvol zijn bemiddelings-taak opneemt, zal hij kunnen meewerken aan de creatie van een beter imago van de rechter in het algemeen.¹¹⁹ Hij zal opnieuw bij de burger in de gunst staan. Deze vreest immers zijn rechters niet, maar wel de ellenlange uitzichtloze procedures die hem jarenlang in de ban houden.¹²⁰

V. EEN TOEKOMSTMODEL

38. Rechtshistorische, rechtssociologische en rechts-vergelijkende argumenten liggen aan het hiernavolgende voorstel ten grondslag.¹²¹ Het indijken van de gerechtelijke achterstand en de vermindering van de rechterlijke werklast zijn zonder twijfel de hoofdbetrachtingen. De dejuridisering van de geschilafdoening is vanzelfsprekend graag meege-nomen.¹²²

39. De behoefte aan een meer bemiddelende manier van conflictoplossing wordt in het toekomstmodel dermate onderkend dat de geschilafdoening via bemiddeling *verplicht*

¹¹⁴ Zie hierover: CH. VAN REEPINGHEN, *o.c.*, 267.

¹¹⁵ J.B.M. VRANKEN, *o.c.*, 64, nr. 58 en 77, nr. 78.

¹¹⁶ J. O'HARE, K. BROWNE, R. HILL, *o.c.*, 505 e.v., nrs. 29.001 e.v.

¹¹⁷ Een partij onderhandelt enkel om te «vissen» naar wat de tegenpartij heeft.

¹¹⁸ J.B.M. VRANKEN, *o.c.*, 76, nr. 76.

¹¹⁹ Zie M. VERRYCKEN, «De rechter en de leefwereld van de rechtzoekende», *A.J.T.-dossier* 1995-96, nr. 8, 112.

¹²⁰ P. ESTOUP, «La conciliation judiciaire – avantages, obstacles et perspectives», *Gaz. Pal.* 1989, (300), 303.

¹²¹ Zie: J. LAENENS, P. Taelman, M. Henquin, K. Ysebaert, *Onderzoeksproject Ministerie van Justitie, Alternatieve geschillen-regeling. De verzoening. Geschillencommissies*, 1999, 487 p.

¹²² Y. CARTUYVELS, «Te hoge verwachtingen van justitie. Justitiële crisis en verwachtingen van de burger: kan de justitie alles?», in «Magistratuur en Maatschappij in dialoog. Congres van 18 april 1998», *A.J.T.* 1997-1998, 390.

¹²³ Voorgesteld wordt deze verplichting op te leggen voor alle inleidende hoofdvorderingen waarvan het bedrag 500.000 fr. niet overschrijdt of waarvan de waarde kennelijk gelijkwaardig kan worden geacht. Slechts in spoedeisende gevallen en in gevallen bij de wet bepaald is de bemiddelingsfase niet verplicht. De summier rechtspleging om betaling te bevelen hoeft niet langer meer te worden behouden. Iedere andere inleidende hoofdvordering kan eveneens vooraf op verzoek van een partij of met beider instemming ter minnelijke schikking worden voorgelegd.

¹²⁴ De verplichte voorafgaande oproeping in verzoening belet de rechter over de grond van de zaak geenszins in de loop van het geding partijen te ontbieden teneinde een minnelijke regeling te betrachten (zie over het *accordandum*: *supra* nr. 35).

wordt gesteld. Uiteraard kunnen de partijen niet worden gedwongen tot een vergelijk te komen. Wel moeten zij zich in de regel steeds onderwerpen aan een poging tot minnelijke schikking.¹²³ ¹²⁴ Bij niet-nakoming van deze verplichting is de sanctie de ontoelaatbaarheid van de rechtstreeks voor de rechter ingestelde eis.¹²⁵

40. Ook inzake bemiddeling moet een vrije toegang tot de rechter gegarandeerd blijven. In het toekomstmodel wordt elke privatiseringsvorm van de bemiddeling geweerd. De rechter is de bemiddelaar bij uitstek. Wie opteert voor een (arrondissementale) *eenheidsrechtbank*, kan een (kantonale) afdeling «Bemiddeling» oprichten, waar rechters die in het bijzonder opgeleid en onderlegd zijn in de bemiddelings-technieken, de partijen daadwerkelijk kunnen helpen bij het vinden van een redelijke en aanvaardbare oplossing van hun geschil.¹²⁶ In afwachting van de oprichting van voormelde eenheidsrechtbank kan de verplichte bemiddelingsfase het best opnieuw aan de *vrederchters* worden toevertrouwd. Dezen zijn dan bevoegd ongeacht het voorwerp van het geschil of de hoedanigheid van de partijen.¹²⁷ Ze worden weerom «de vredemakers» en herwinnen aldus hun historische opdracht.¹²⁸

41. Om te beletten dat de verplichte bemiddeling verwordt tot een miskleun,¹²⁹ waarbij nodeloos veel energie wordt verspild, moeten talrijke hinderpalen worden wegge-nomen.¹³⁰ Het verplicht rondje «regelen in der minne» mag alvast niet leiden tot een rituele dans.¹³¹

43. In de eerste plaats moet een *verschijningsplicht* worden ingesteld. Aldus kan worden vermeden dat de verplichte verzoeningsfase nodeloos de beslechting van het geschil vertraagt. De opgeroepen partijen moeten voor de rechter verschijnen. Wie niet verschijnt, loopt het risico dat de andere partij tegen haar vonnis bij verstek vordert.¹³² ¹³³ Bovendien kan de wetgever als sanctie voor de niet-verschijning een geldboete opleggen.

43. Vervolgens moet de verplichte bemiddelingsfase tot een duidelijk resultaat leiden. Nodeloos tijdverlies moet

¹²⁵ De regelen inzake arbitrage blijven onverkort gelden.

¹²⁶ R. DE CORTE, «Voorwoord», in B. Schoenaerts, *Een Kafkaïaanse nachtmerrie. Analyse & Remedie*, 1995, (VII), XVI; A. DUQUESNE, «La restructuration de l'organisation judiciaire», in J. MATERNE, L. MISSON, *Pour une Justice nouvelle. Propositions de réforme*, Diegem, 1999, (XI), XVIII. Zie ook in die zin het voorstel van het Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht.

¹²⁷ G. ROMMEL, «De rechterlijke verzoening. Jurisdictionele aard en betekenis», *T.P.R.* 1999, (7), 18, nr. 19. Vgl. F. LIEVENS, *o.c.*, 62.

¹²⁸ Zie: C.M.G. TEN RAA, «De oorsprong van de vrederechter», in J.M. BROEKMAN e.a., *Vrederechter, openbare dienst. Justice de paix, service public*, Brugge, 1989, 1-52.

¹²⁹ G. ROMMEL, *o.c.*, *T.P.R.* 1999, (7), 10, nr. 3.

¹³⁰ In die zin: F. LIEVENS, *o.c.*, 61.

¹³¹ J.B.M. VRANKEN, *o.c.*, 73, nr. 71.

¹³² De nodige rechtszekerheid moet worden verschaft omtrent de oproeping van de partijen.

¹³³ De rechter zal dan de toelaatbaarheid en de gegrondheid van de vordering enkel marginaal mogen toetsen. Zijn vonnis moet in beginsel uitvoerbaar bij voorraad zijn, behoudens andersluidende met redenen omklede beslissing. Voorgesteld wordt dat tegen dit verstekvonnis verzet kan worden gedaan bij de rechter die bevoegd is om in eerste aanleg over de grond van de zaak kennis te nemen. Deze kan dan, in voorkomend geval, de tenuitvoerlegging van het verstekvonnis verbieden of doen schorsen.

worden vermeden. Bijgevolg moet het verzoek tot oproeping in minnelijke schikking als akte van rechtsingang worden aangemerkt.¹³⁴ Wordt het geschil opgelost, dan bekrachtigt de rechter de volledige of gedeeltelijke overeenstemming van de partijen (art.1043 Ger.W.). Met dit *akkoordvonnis* beschikken de partijen over een uitvoerbare titel. Komen de partijen daarentegen niet tot een akkoord, dan gelast de rechter de *verwijzing* naar de bevoegde rechter.¹³⁵ Nadat, in voorkomend geval, de rolrechten zijn betaald, wordt de zaak op de algemene rol gebracht van de rechtbank waarnaar zij verwezen is.

44. Ten slotte moet de wetgever erop toezien dat de slaagkansen van de geschilafdoening via bemiddeling vergroten. Hierbij moet hij vooral oog hebben voor het efficiënte verloop van de bemiddeling. Ook het gewettigde vertrouwen van de betrokken partijen in deze wijze van geschiloplossing mag hij niet beschamen.

45. Daarom lijkt het nuttig dat de partijen in de regel in persoon voor de rechter verschijnen en slechts uitzonderlijk worden vertegenwoordigd door een bijzonder gemachtigde, houder van een schriftelijke volmacht en speciaal door de rechter toegelaten. Deze regel zou ook voor de advocaten van de partijen gelden.¹³⁶ Aldus wordt vermeden dat de partijvertegenwoordiger louter *pro forma* verschijnt en de afwezigheid van zijn lastgever aanwendt als excuus om niet tot een vergelijk te komen. Desnoods kan de rechter de persoonlijke verschijning van de partijen bevelen.

¹³⁴ De zaak dient dan wel op de algemene rol te worden ingeschreven.

¹³⁵ De beschikking van toewijzing zou bindend zijn voor de rechtbank waarnaar de zaak wordt verwezen, met dien verstande dat haar recht om over de rechtsgrond van de zaak te oordelen onverkort blijft.

¹³⁶ Vergelijk: art. 1045, tweede lid Ger.W. inzake berusting.

46. De onwil van een partij moet tot een sanctie leiden. Wanneer geen verzoening totstandkomt, moet de rechter de redenen van niet-verzoening opgeven, zodat de rechter over de grond van de zaak hiermee rekening kan houden.¹³⁷ Hij moet een geldboete kunnen opleggen aan de partij die kennelijk zonder wettige reden haar medewerking aan de poging tot minnelijke regeling weigerde.

47. De vertrouwelijkheid moet gewaarborgd blijven, zo niet zullen de partijen niet bereid zijn hun kaarten op tafel te leggen. Bijgevolg lijkt het zinvol de bemiddelingsfase te laten verlopen in raadkamer. Indien de wetgever ermee akkoord gaat dat de rechter de «pendeldiplomatie» beoefent en actief als bemiddelaar optreedt, moet hij erover waken dat de rechter die heeft kennisgenomen van de zaak gedurende de bemiddeling, zich nadien hoe dan ook van de zaak onthoudt.¹³⁸ Ter wille van de objectieve onpartijdigheid mag de rechterbemiddelaar geenszins de rechter over de grond van de zaak zijn.^{139 140}

Jean LAENENS

Gewoon hoogleraar Universiteit Antwerpen

¹³⁷ Zie de «offers to settle» in Engeland (*supra*, nr. 36).

¹³⁸ De benoeming van toegevoegde vrederechters lijkt dan wel wenselijk.

¹³⁹ G. ROMMEL, *o.c.*, 19, nr. 20. Vergelijk: J. VAN COMPERNOLLE, «Le cumul du provisoire et du fond au regard du principe d'impartialité», in J. VAN COMPERNOLLE, G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, 1998, 235-245.

¹⁴⁰ De wetgever heeft een gelijkaardige regel reeds vastgelegd voor de rechter die belast is met het onderzoek in de kamer voor handelsonderzoek. Hij mag geenszins deelnemen aan de rechtspleging inzake faillissement (art. 10, § 3, tweede lid, W.Ger.Akk.) (I. VEROUGSTRAETE, «De kamers voor handelsonderzoek», in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, E. WYMEERSCH (red.), *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord*, Antwerpen, 1998, (95), 107, nr. 19.

DE BEMIDDELING IN HET PUBLIEKRECHT

«Ce monde a du moins la vérité de l'homme et notre tâche est de lui donner des raisons contre le destin lui-même ... Qu'est-ce que sauver l'homme? ... C'est donner ses chances à la justice qu'il est seul à concevoir» (Albert Camus, Quatrième lettre, 1944)

I. ALGEMENE INLEIDING EN OPZET

1. Wat roept dit citaat bij ons op? Justitie in handen van de mens zelf? Speelt de bemiddeling daarbij een mogelijke rol? Bij een onderzoek naar de bemiddeling in het publiekrecht (staatsrecht en bestuursrecht) dienen wij vooraf een aantal methodologische kanttekeningen te maken.

2. Eerst en vooral een terminologische verduidelijking. Begrippen en concepten die verwant zijn met de «bemiddeling» («médiation» in het niet-juridisch Frans) zijn onder meer «arbitrage» («arbitrage»), «dading» («transaction»), «transactie» («transaction»), «verzoening» («conciliation»), «minnelijke schikking» («conciliation») en de «onderhandeling» («négociation»). Daarbij gaan wij telkens op zoek naar de publiekrechtelijke invulling of varianten ervan.¹ Sommige begrippen hebben naast hun algemene betekenis in het dagelijks woord- en taalgebruik ook een technisch-juridische en positiefrechtelijke betekenis gekregen ingevolge specifieke regelingen.²

3. De studie van de publiekrechtelijke aspecten van het thema heeft tevens tot gevolg dat niet wordt ingegaan op de «interpersoonlijke» bemiddeling of mediatie, wel op de structurele en institutionele bemiddeling.³ De grens tussen privaatrecht en publiekrecht is echter ook ten deze soms vaag; voorbeelden leveren de rol van het O.C.M.W. bij schuldbemiddeling en uithuiszetting naar aanleiding van burgerrechtelijke overeenkomsten, of de geschillencommissies in consumentenangelegenheden (zie *infra*).

¹ Zie ook: J. SILLEVIS-SMITT, «Arbitrage, bemiddeling en conciliatie: iets over het abc van geschillenbeslechting», in *Justitia et Amicitia. Geschillenregeling in en buiten rechte*, Arnhem, Gouda Quint, 1986, 93-106; K. TIMMERMAN, «Pleidooi voor bemiddeling?», *A.J.T.*, 585-594; B. HANOTIAU, «Arbitrage, médiation, conciliation: approches d'Europe continentale et de common law», *R.D.A.L.*, 1996, 203; zie voor de relatie tussen «arbitrage», «transaction», «conciliation» en «médiation» in het Franse recht, in het bijzonder het bestuursrecht: G. DUPUIS, M.J. GUEDON en P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Parijs, Armand Collin, 1999, 61-65.

² Bijvoorbeeld de «minnelijke schikking» in het strafrecht: daar moet worden opgemerkt dat de minnelijke schikking en de administratieve geldboete als rechtsfiguren wezenlijk van mekaar verschillen: adv. R.v.St. (afd. wetg.), 12 maart 1991, nr. L. 20.445/8, *Parl. St.*, Senaat, 1990-91, nr. 1.417/1, 40; A. ALEN, «Administratieve geldboeten: hun internationaal- en internrechtelijke kwalificatie», in *De doorwerking van het publiek recht in het privaat recht*, Gent, Mys en Breesch, Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, p. 287, nr. 406.

³ Voor een overzicht, zie onder meer een thema-nummer van het *Journal des Tribunaux*, 1999, («médiation», «transaction», ...); P.Y. MONETTE, «De la médiation, comme mode de résolution de conflits et de ses différentes applications», *Adm. Publ. (T)*, 1999, 30-55.

4. In aansluiting op onderdeel III, waarin de ombudsfunctie aan bod komt, moeten we nog preciseren dat we hier geenszins de ombudsfunctie in haar geheel zullen schetsen, aangezien daarover voldoende andere literatuur voorhanden is. Wij zullen vooral de aandacht vestigen op de typische bemiddelingsaspecten van de ombudsfunctie. Dat wil zeggen dat we de ombudsfunctie niet benaderen als bemiddelingsfenomeen, maar wel de bemiddelingsaspecten in de ombudsfunctie. Wij hebben dan ook de gelegenheid te wijzen op een aantal bijzondere problemen die daarmee verband houden.

5. Eén van de kernvragen luidt of er rechtsgevolgen zijn en zo ja, welke rechtsgevolgen kunnen worden toegekend aan de bemiddeling in het publiekrecht. In sommige gevallen zal de minnelijke schikking of transactie de vorm aannemen van een administratieve rechtshandeling. De administratieve rechtshandeling is een door een administratieve overheid op eenzijdige wijze genomen uitvoerbare rechtshandeling bekleed met het vermoeden van wettigheid.⁴ Het gaat derhalve om een handeling die doelbewust wordt genomen om rechtsgevolgen in het leven te roepen, of om te beletten dat rechtsgevolgen totstandkomen. Er worden rechtsregels gecreëerd, wijzigingen aangebracht aan bestaande rechtsregels of rechtstoestanden, dit is een geheel van rechten en verplichtingen, gedragen door rechtssubjecten. Het feit dat het gaat om rechtshandelingen met individuele of algemene draagwijdte wijzigt niets aan de gegeven omschrijving.⁵

6. Wij gaan ten slotte niet in op de andere preventieve en curatieve vormen van rechtsbescherming, noch op het aspect van het administratief toezicht.

II. BEGRIPPENKADER EN ALGEMENE MAATSCHAPPELIJKE ONTWIKKELINGEN EN HET FENOMEEN VAN BEMIDDELING

A. Begrippenkader

1° Het begrip bemiddeling en de soorten van bemiddeling

7. De bemiddeling wordt gezien als een alternatieve wijze van conflictoplossing en kan als volgt worden omschreven: een alternatieve wijze om conflicten tussen twee of meer personen op te lossen, gebaseerd op wilsovereenstemming en met bijstand, die wordt georganiseerd zonder publiciteit, noch specifieke formaliteiten door een professional, die onpartijdig, neutraal en onafhankelijk is, maar die over geen enkel dwangmiddel beschikt, wel over een aanbevelingsrecht

⁴ A. VRANCKX, *Administratieve rechtshandelingen*, in *Adm. Lex*, Brugge, Die Keure, 1961, p. 4, nr. 5; M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1989, I, p. 331-332, nr. 138; A. VAN MENSEL, e.a., *De administratieve rechtshandeling – Een proeve*, Gent, Mys en Breesch, 1997, p. 3-4, nr. 6; J. BAERT en G. DEBERSAQUES, *Raad van State, Afdeling Administratie*, II, *Ontvankelijkheid*, Brugge, Die Keure, 1996, 82.

⁵ Dit onderscheid is wel van belang om te bepalen of de administratieve rechtshandeling valt onder de wet van 29 juli 1991 op de uitdrukkelijke motiveringsplicht. (A. VAN MENSEL, e.a., *o.c.*, p. 4, nr. 6).

of een onderzoeksrecht en van wie het de rol is de partijen trachten te verzoenen om de vrijwillige zoektocht naar een oplossing te vergemakkelijken, te structureren of te coördineren en ervoor te zorgen dat er een duurzame oplossing uit de bus komt, waarin de partijen vrijwillig hebben toegestemd, omdat ze met de wederzijdse belangen en standpunten rekening houdt.⁶ Dat betekent de volgende wezenlijke onderdelen:⁷ 1) er moet een conflict zijn (bestaand of latent); het gaat om een alternatieve vorm van een conflictbeslechting, in tegenstelling tot de traditionele justitiële wijze van conflict-oplossing; het is een niet-conflictuele vorm, die de belangen van de partijen in rekening brengt en die duurzame oplossingen beoogt; 2) er moet een wilsovereenstemming zijn om tot een oplossing te komen ingevolge een responsabilisering van de partijen; 3) de aanwezigheid van een externe actor maakt dat het gaat om «begeleid» proces: hij of zij zal de band en de tussenpersoon zijn tussen de partijen. Deze derde persoon is een professional, die bepaalde kenmerken dient te vertonen en die over geen enkel dwangmiddel beschikt; 4) de discretie die rond de verzoening hangt is een wezenlijke voorwaarde voor het welslagen ervan.

8. Met betrekking tot de meer privaatrechtelijke praktijk leest men vaak dat de doelstellingen van bemiddeling en de bemiddelaar zijn: de omgang tussen partijen te verbeteren, de overlegbereidheid te bevorderen, de communicatie te saneren, de partijen uiteindelijk tot compromissen te brengen en de voorwaarden vast te leggen die de omgang en overlegbereidheid ook in de toekomst garanderen.⁸

9. Vooral in Frankrijk is er aanzienlijk wat literatuur over het fenomeen van de «*médiation*». Wij sluiten aan bij de definitie van Six. Het gaat om een «*action accomplie par un tiers, entre des personnes ou des groupes qui y consentent librement, y participent et auxquels appartiendra la décision finale, destinée soit à faire naître ou renaître entre eux des relations nouvelles, soit à prévenir ou guérir entre eux des relations perturbées*».⁹ Hij onderscheidt vier soorten «*médiation*»: de scheppende, de vernieuwende, de preventieve en

de curatieve bemiddeling.¹⁰ Zonder de eenheid van het fenomeen in twijfel te willen trekken, ziet hij vooral twee belangrijke groepen, namelijk binnen of buiten het geval van een conflictrelatie.¹¹

10. Een andere indeling van de verschillende vormen van mediatie en bemiddeling is de volgende. De eerste vorm, met name de institutionele bemiddeling, behandelt de conflicten van bestuursrechtelijke aard waarbij de burger tegenover de overheidsinstellingen van de uitvoerende en/of de rechterlijke macht staat.

11. De burgerbemiddeling («*la médiation citoyenne*») speelt een rol wanneer burgers een onderling conflict hebben in plaats van tegenover de overheid, ofwel in het raam van hun professionele, ofwel van hun individuele relaties, ofwel in het raam van wettelijke procedures, ofwel daarbuiten. De gerechtelijke bemiddeling kan een oplossing bieden voor partijen die betrokken zijn bij een procedure op familiaal, burgerrechtelijk, fiscaal, handelsrechtelijk of strafrechtelijk vlak, niet enkel met rechtsonderhorigen maar ook tegenover de samenleving, vertegenwoordigd door het openbaar ministerie. Typische verschijningsvormen zijn: de familiale of huwelijksbemiddeling, de economische bemiddeling (waaronder de commerciële bemiddeling, de consumentenbemiddeling, de bedrijfs(sector)bemiddeling en de sociale bemiddeling), de burgerrechtelijke bemiddeling, de schuldbemiddeling, de schoolbemiddeling, de buurtbemiddeling, de medische bemiddeling, de journalistieke bemiddeling, de persbemiddeling; nog andere vormen zijn denkbaar.

12. Dan is er de gerechtelijke of rechterlijke bemiddeling op familiaalrechtelijk vlak, op burgerrechtelijk vlak, op commercieel vlak, op fiscaal vlak en op strafrechtelijk vlak.

13. De politieke bemiddeling maakt het mogelijk conflicten op te lossen op politiek vlak. Het gaat om conflicten van ideologische, religieuze, taalkundige, nationalistische, geografische of etnische aard, waarbij ofwel gehelen van burgers, sociaal-professionele groepen of politieke krachten op het nationale vlak ofwel volkeren, landen, staten, of groepen van landen op internationaal vlak tegenover elkaar staan.

14. Wij staan hierna vooral stil bij de zogenaamde «institutionele» bemiddeling, de bemiddeling van publiekrecht, ofwel in de sfeer van het staatsrecht, ofwel in de sfeer van het bestuursrecht. Daarbij kan de tweedelijksbemiddeling (dit wil zeggen de externe ombudsfunctie) worden onderscheiden van de interne bemiddeling naar aanleiding van de eerstelijnsklachtenbehandeling¹² (interne klachtbehandeling). Het uitgangspunt is dat de overheid op drie wijzen de

⁶ Vergelijk: P.Y. MONETTE, *l.c.*, 31; zie ook: SILLEVIS-SMITT, J., *l.c.*, 93-106; voor een vergelijking met de Verenigde Staten: S. PARMENTIER, «A.D.R., een nieuwe rage in de Verenigde Staten», in *De rechter buitenspel*, B. HUBEAU en S. PARMENTIER (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, reeks Tegenspraak – Cahiers, afl. 10, 1990, 1-38; S. MERRY, «De sociale organisatie van bemiddeling in niet-industriële samenlevingen. Implicaties voor alternatieve geschilsbeslechtsprogramma's in Amerikaanse steden», in *De sociale werking van het recht*, J. GRIFFITHS (red.), Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1996, 365-387.

⁷ Zie hierover: P.Y. MONETTE, *l.c.*, 31-33; J.F. SIX, *La médiation: quel avenir?*, Parijs, Médiateur de la République, 1998; M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Parijs, Presses Universitaires de France, reeks Que Sais-je?, 1995, 4; F. DELPEREE, «Administration et médiation», *Adm. Publ. (T)*, 1982, 218-219; L. DE MEYERE, «Conflictbeslechting: bemiddeling», in X., *De jurist in onderhandeling*, Brussel, Bruylant, Antwerpen, Kluwer, 1998, 41-75; D. VAN POUCKE, «De onderhandelings technieken», in *De jurist in onderhandeling, o.c.*, 133-150; F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSELE, «Mode d'emploi de la médiation», *J.T.*, 1999, 234-239.

⁸ S. BROUWERS, «Scheidingsbemiddeling», in *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Antwerpen, Kluwer, losbl., X-7-1-5; K. TIMMERMAN, *l.c.*, 585-586; vergelijk H. DE BLOCK, e.a., *De notaris en de conflictbeheersing*, Not. Fisc. M., 2000, 79-107 (thema-nummer).

⁹ J.F. SIX, *Le temps des médiateurs*, Parijs, Sueil, 1990, 165.

¹⁰ *Ibid.*, 164.

¹¹ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *o.c.*, 1995, 71-72.

¹² Voor deze benadering, zie onder meer het Jaarverslag van de Vlaamse Ombudsdienst 1999, 8-11; P.Y. MONETTE voert het onderscheid terug op de parlementaire bemiddeling (met een dubbele opdracht, namelijk enerzijds de bemiddeling, anderzijds de externe controle, waarbij de parlementaire inbedding uiteraard van belang is), die wordt onderscheiden van de «administratieve» bemiddeling, dit wil zeggen de bemiddeling binnen de administratieve overheden zelf (P.Y. MONETTE, *l.c.*, 37; zie ook: P.Y. MONETTE en F. BERNARD, «L'ombudsman – ou médiateur – fédéral en Belgique: présentation d'une institution atypique», *C.D.P.K.*, 1998, 445; H. WUYTS, «De ombudsman in perspectief», *T.B.P.*, 1999, 415-417; P.Y. MONETTE en H. WUYTS, «Klachtenbehandeling: petitie-recht en/of ombudsfunctie? Een antwoord?», *R.W.*, 1997-98, 1089; voor een toepassing in de economische sfeer J. BARLOW en C. MÖLLER, *Een klacht ... een geschenk uit de hemel*, Amsterdam/Antwerpen, Contact, 1996).

dienstverlening en de klachtbehandeling dient te organiseren: de informatieverstrekking en communicatie als nulde lijn; het (intern) klachtenmanagement binnen de instellingen zelf als eerste lijn en de (externe) ombudsfunctie als tweede lijn.

15. We gaan er ook vanuit dat voor de jurist een rol is weggelegd in de diverse bemiddelingsvormen.¹³

2° *Verwante begrippen*

16. Zoals eerder gesteld, beschouwen wij derhalve het begrip «bemiddeling» als een genusconcept, waarvan een aantal vormen en/of varianten de species zijn. Wij zetten ze op een rij en situeren hun onderlinge samenhang en verschilpunten.

17. Hierbij zij vooraf nog aangetekend dat het begrip «compromis» niet echt een specifieke betekenis heeft en dat het in ruimere zin synoniem is voor de privaatrechtelijke minnelijke schikking of dading; in de engere zin is het een contractueel beding waarbij de partijen hun betwisting onttrekken aan de gewone rechtsmacht en voorleggen aan een scheidsrechter.¹⁴ De bindende derdenbeslissing of het bindend advies houdt in dat partijen een onzeker punt in hun rechtsverhouding voorleggen aan een derde, waarbij de partijen zijn beslissing als definitief bindend erkennen.¹⁵ Over de rechterlijke verzoening in de rechtsfilosofische en rechtstheoretische betekenis schreef vrederechter Guy Rommel een opmerkelijk essay. Hij heeft het over de verzoening en de taak van de rechter daarbij in drie dimensies: de meta-juridische, de maatschappelijke en de professionele betekenis, wat de rechtstechnische regelingen uit het procesrecht ruim transcendeert.¹⁶

3° *De transactie of het vergelijk*

18. De transactie heeft vaak betrekking op geldboeten,¹⁷ maar verschilt ook van de bestuurlijke of administratieve geldboete¹⁸ enerzijds en de minnelijke schikking anderzijds. Het begrip vergelijk wordt vaak geassimileerd met het begrip transactie (bijvoorbeeld in het stedenbouwwet).

¹³ Zie onder meer: C. LOONSTRA, *De jurist als bemiddelaar*, 's Gravenhage, V.U.G.A., 1997; *De jurist in onderhandeling*, o.c.; K. TIMMERMAN, l.c.

¹⁴ L. GOVAERT, «Art. 2044», in X., *Bijzondere overeenkomsten*, J. HERBOTS (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1980, p. 288, nr. 10.

¹⁵ Zie vooral: M.L. STORME en M.E. STORME, «De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht», *T.P.R.*, 1985, 713-740; J. HERBOTS, l.c., p. 287, nr. 6.

¹⁶ G. ROMMEL, «De rechterlijke verzoening. Jurisdictionele aard en betekenis», *T.P.R.*, 1999, 7-60.

¹⁷ Antwerpen, 24 december 1987, *R.W.*, 1988-89, 95, met noot D. MERCKX (in geval van exploitatie van dranksluiterij): ze wordt vaak ook «transactie» genoemd; over de mogelijke rol van de transactie bij rechtspersonen in het strafrecht: F. DERUYCK, «Over de problematiek van de rechtspersonen (en ermee gelijkgestelde groeperingen) in het strafrecht naar Belgisch en Duits recht: de administratieve weg?», *R.W.*, 1990-91, 1251-1267.

¹⁸ Zie: A. ALEN, l.c.; zie ook over de discussie in het milieurecht: C. BILLIET, «De bestuurlijke geldboete in het milieurecht. Bedenkingen bij het voorontwerp van decreet inzake handhaving en veiligheid», *T.M.R.*, 1998, 310-333.

4° *De minnelijke schikking*

19. In het privaatrecht wordt het begrip minnelijke schikking of de uitdrukking «de zaak in der minne regelen» soms gebruikt als synoniem voor de dading.¹⁹

20. In het fiscaal recht bestaat de minnelijke schikking (voorafgaand aan de controleschatting) en ook in de Prijzenwet komt het begrip voor.²⁰

21. Toch is de minnelijke schikking vooral in de rechtstechnische betekenis strafrechtelijk ingekleurd,²¹ in het bijzonder ingevolge de wetten van 10 februari 1994.²² Zij wordt geregeld in art. 261bis Sv. Het gaat om een publiekrechtelijke rechtsfiguur, waarbij de overtreder, op voorstel van het openbaar ministerie, een geldsom betaalt. Het misdrijf moet vatbaar zijn voor minnelijke schikking en alle uit het misdrijf voortspruitende schade moet worden vergoed. Het openbaar ministerie besluit discretionair of het al of niet tot een minnelijke schikkingsvoorstel overgaat.²³

22. En ook in het (privaatrechtelijk) procesrecht of gerechtelijk recht is het een wijze van conflictafhandeling,^{24 25} geregeld in art. 731 tot en met 734 Ger.W.:²⁶ het verschil met de dading bestaat erin dat de zaken die voor minnelijke schikking in aanmerking komen, vatbaar moeten zijn voor dading, maar een minnelijke schikking kan totstandgekomen zijn zonder dat een proces-verbaal van verschijning een dading hoeft in te houden. Wanneer partijen geen wederkerige concessies doen, is de minnelijke schikking geen dading.²⁷ Ingevolge art. 731, eerste lid, Ger.W. kan elke zaak die voor dading vatbaar is, tussen partijen die bewaam zijn om een dading aan te gaan, vooraf op verzoek van een partij of met beider instemming ter minnelijke

¹⁹ L. GOVAERT, «Art. 2044», l.c., p. 8, nr. 9; zie ook *infra* IV B.

²⁰ Een aantal ambtenaren heeft de bevoegdheid de minnelijke schikking voor te stellen (M.B. van 10 oktober 1983, *B.S.*, 20 oktober 1983).

²¹ Zie vooral: P. ARNOU, «Minnelijke schikking (gemeen recht)», in *Strafrecht en strafvordering. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl.: Cass., 4 december 1979, *R.W.*, 1979-80, 1862 (een voorstel minnelijke schikking is geen daad van onderzoek); voor een recent voorbeeld, zie het K.B. van 10 december 1999 betreffende de minnelijke schikking bij inbreuken op de wet van 14 juli 1973 tot instelling van een verplichte avondsluiting in handel, ambacht en dienstverlening, *B.S.*, 8 februari 2000.

²² *B.S.*, 27 april 1994; zie vooral: *Travail d'intérêt général et médiation pénale*, Brussel, Bruylant, 1997.

²³ J. D'HAENENS, *Belgisch stafprocesrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 123.

²⁴ Zie hieronder onder meer: E. DELANOEIJE, F. VAN LOON en Y. WOUTERS, «Reconstructie van de piramide van conflictafhandeling in Vlaanderen. Een empirisch onderzoek», *R.W.*, 1991-92, 144-149; J.L.M. ELDERS, «Minnelijke schikking als middel ter voorkoming van rechtsgedingen en ter oplossing van rechtsgeschillen», in *Effectieve bescherming en constitutionele rechtsorde*, Zwolle, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht/Tjeenk Willink, 1984, 55-72.

²⁵ Over de betekenis in het raam van art. 6 E.V.R.M., zie onder meer: Hof Mensenrechten, 28 oktober 1998, *E.C.H.R.*, 12 november 1998; Hof Mensenrechten, 5 augustus 1998, *E.C.H.R.*, 9 september 1998 en *Rep. Eur. Court H.R.*, 1998, V, 2 140; Hof Mensenrechten, 23 maart 1994, *E.C.H.R.*, 25 juni 1999, *Publ. Eur. Court H.R.*, 1994, Serie A, nr. 286-A, *Liga*, afl. 7-8, 10.

²⁶ P. HEURTERRE, «De minnelijke schikking», *T.P.R.*, 1980, 195.

²⁷ L. GOVAERT, l.c., p. 8, nr. 9.

schikking worden voorgelegd aan de rechter die bevoegd is om in eerste aanleg ervan kennis te nemen. Naast deze facultatieve poging tot minnelijke schikking, worden voor bepaalde procedures in het Gerechtelijk Wetboek en in een aantal bijzondere wetteksten verplichte pogingen tot minnelijke schikking opgelegd vooraleer de inleidende hoofdvordering kan worden ingesteld.²⁸ Een minnelijke schikking is geen geldboete en geen straf.²⁹

5^o De dading

23. De dading behoort tot de soort van de vaststellings-overeenkomsten, dit wil zeggen een overeenkomst waardoor een reeds tussen partijen bestaande vermogensrechtelijke verhouding waarover subjectieve of objectieve onzekerheid

²⁸ Zie over de minnelijke schikking: I. BRANDON, «L'office du juge dans la conciliation», *J.T.*, 1995, 505-516; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil, I, Fonction et organisation judiciaires*, Brussel, 1974, 175; D. DE LEVAL, «Réflexions sur la médiation civile», in *Liber Amicorum Y. Hannequart en R. Rasir*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 36; A. FETTWEIS, *L'usage de la conciliation pour le règlement des différends. Rapport belge au XI^{ème} Congrès international de droit comparé*, Brussel, 1978, 173-183; E. GUTT, A. STRANART en J. LINSMEAU, «Droit judiciaire. Examen de jurisprudence (1965-1970)», *R.C.J.B.*, 1974, 102-103; E. GUTT, A. STRANART en J. LINSMEAU, «Droit judiciaire. Examen de jurisprudence (1971-1978)», *R.C.J.B.*, 1983, 75-76; P. HEURTERRE, *l.c.*, 215-221; P. ROUARD, «Le préliminaire de conciliation dans le code judiciaire», *J.T.*, 1970, 718-726; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé – La procédure civile*, I, Brussel, Bruylant, 73-257; J. VAN COMPERNOLLE, «Le juge et la conciliation judiciaire», in *Het interdisciplinair geschil*, Brussel, Bruylant, 1996, 44-55; W. VEROUGSTRATE, «Le préliminaire de conciliation, Quelques devinettes posées aux juristes», *J.T.*, 1970, 179-181; T. VERSEE, *Minnelijke schikking*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1954.

²⁹ Rb. Mechelen, 6 december 1982, *R.W.*, 1984-85, 2.091.

³⁰ Zie vooral: B. TILLEMAN, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *Dading*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 2000, p. 3-66, nrs. 1-162 en vooral p. 4-6, nrs. 1-3 en p. 8-23, nrs. 4-48; J. HERBOTS, *l.c.*, p. 285, nr. 1; F. SPANOGHE, «Van het water, de wijn, het zand en ... oude koeien. De dading in het Belgisch recht», in *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, 175-209; L. GOVAERT, *l.c.*; J. DE GRAEVE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, I, Brussel, Bruylant, 1967; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1975, nrs. 481-526; D. DEVOS, «Chronique de jurisprudence (1980-1987). Les contrats», *J.T.*, 1993, nrs. 35-41; G. GHEYSEN, *Dading*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1966; J. HERBOTS en P. HERTEN, «Overzicht van rechtspraak (1961-1969): Bijzondere overeenkomsten», *T.P.R.*, 1973, 886-897; J.H. HERBOTS en A.M. STUBBE-PAUWELS, «Overzicht van rechtspraak (1969-1974). Bijzondere overeenkomsten», *T.P.R.*, 1975, 1.150-1.167; J.H. HERBOTS, F. DELWICHE en L. LAMINE, «Overzicht van rechtspraak (1975-1977). Bijzondere overeenkomsten», *T.P.R.*, 1980, 684-699; J.H. HERBOTS, D. CLARYSSE en J. WERCKX, «Overzicht van rechtspraak (1977-1982). Bijzondere overeenkomsten», *T.P.R.*, 1985, 933-947; J.H. HERBOTS en C. PAUWELS, «Overzicht van rechtspraak (1982-1987). Bijzondere overeenkomsten», *T.P.R.*, 1989, 1.441-1.452; *Transaction*, in *R.P.D.B.*, XIV, Brussel, Bruylant, 1953.

³¹ B. TILLEMAN, «Recente ontwikkelingen van dading: de dadingsovereenkomst in het algemeen», in *Recht in beweging*, Leuven, K.U. Leuven, Verslagboek Zesde Alumnidag, 1999, 161-179; zie ook: C. COUDRON, «Enkele problemen betreffende de burgerrechtelijke bekwaamheid om een dading te sluiten», *ibid.*, 180-189.

bestaat, wordt vastgesteld.³⁰ De partijen verbinden zich dan ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hun rechtsverhouding jegens elkaar aan een vaststelling daarvan. Ze is bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.³¹ Dading is een overeenkomst waarbij de partijen een einde maken aan een bestaand of een toekomstig geschil door middel van wederzijdse toegevingen. De eigen kenmerken zijn derhalve: een (bestaand of toekomstig) geschil (het *res litigiosa*) en de bedoeling om er een einde aan te maken en dit door middel van wederzijdse toegevingen (zie art. 2044 B.W.). Dit laatste aspect is vaak door de rechtspraak vooropgesteld.³² Het is een wederkerige overeenkomst. De gegrondheid van de aanspraken van de andere worden echter niet als zodanig erkend. De dading is een figuur uit het burgerlijk recht, het privaatrecht en verschilt in wezen van de minnelijke schikking die, zoals gezegd, een publiekrechtelijke procedure *sui generis* is.³³

24. De dading dient aan de geldigheidsvereisten van een overeenkomst te voldoen en de partijen verplichten zich tot uitvoering van de beloften en maakt een definitief einde aan de betwisting.³⁴ Er zij expliciet verwezen naar het feit dat gemeenten en openbare instellingen geen dading kunnen aangaan.³⁵ Wezenlijk is dat art. 2047, tweede lid, B.W. vermeldt dat de dading de vervolging van het openbaar ministerie niet verhindert.

³² Cass., 31 maart 1993, *Arr. Cass.*, 1993, 344, *R.W.*, 1994-95, 1 052 en *Pas.*, 1993, I, 343; Cass., 18 mei 1995, *Arr. Cass.*, 995, 495, *R.W.*, 1996-97, 1 059 en *Pas.*, 1995, I, 519; Brussel, 19 maart 1993, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1994, 103; Luik, 22 december 1992, *Verkeersrecht*, 1993, 104; Antwerpen, 7 februari 1995, *A.J.T.*, 1995-96, 325, met noot B. CATTOIR en *R.W.*, 1997-98, 643; Rb. Tongeren, 10 juni 1994, *T.B.B.R.*, 1995, 412; Bergen, 13 juni 1989, *Verkeersrecht*, 1990, 19, *R.G.A.R.*, 1990, nr. 11.679 en *Pas.*, 1990, II, 40; Bergen, 15 september 1998, *J.T.*, 1999, 10; B. TILLEMAN, e.a., *o.c.*, p. 21-23, nrs. 42-46; J. HERBOTS, *l.c.*, p. 286, nr. 2; J. DE GAVRE, *o.c.*, nr. 49; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *o.c.*, nr. 483; E. DIRIX, «De kwijting 'voor saldo van rekening'» (noot onder Arbrb. Brussel, 12 maart 1981), *R.W.*, 1981-82, 190-200; G. GHEYSEN, *o.c.*, nr. 20; J.H. HERBOTS, *l.c.*, p. 284, nr. 2; P. HEURTERRE, *l.c.*, 195; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht, IV, De contracten*, Antwerpen, Standaard, 1952, nr. 566; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, «Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1994, nr. 50; Y. MERCHERS, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, 363; D. SIMOENS, «Vergoedingskwijting en dading in de verzekeringspraktijk», in *De overeenkomst vandaag en morgen*, M. STORME, Y. MERCHERS en J.H. HERBOTS (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, nr. 9; F. SPANOGHE, *l.c.*, nr. 10; M.L. STORME en M.E. STORME, *l.c.*, 713-740; A. VAN OEVELEN, «Dading en ontslag», in *Liber amicorum Alfons Vandeurzen*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 273-298.

³³ J. HERBOTS, *l.c.*, p. 287, nr. 4; voor een grondige vergelijking met de partijbeslissing: B. TILLEMAN, e.a., *o.c.*, p. 9-10, nrs. 10-11; met het bindend advies van een derde (derdenbeschikking): *ibid.*, p. 10-14, nrs. 12-20; met het compromis en de arbitrage: *ibid.*, p. 14-18, nrs. 21-33.

³⁴ B. TILLEMAN, *l.c.*, 162.

³⁵ Art. 2045, derde lid, B.W. tot art. 1676 en 1723 Ger.W.; A. ALEN, *Proceshandelingen van en tegen gemeenten*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1980, nrs. 138-143; L. GOVAERT, «Art. 2045», in *Bijzondere overeenkomsten*, *o.c.*, 6; zie echter *infra*, III D.

6^o De arbitrage

25. Bij de arbitrage wordt de betwisting beslecht door derden en niet door de partijen zelf of hun lasthebbers.³⁶ Voor de verhouding tussen dading en arbitrale beslissing zijn de artikelen 1715 en 1716 Ger.W. van belang. Een dading die is totstandgekomen voor een scheidsrecht ter beëindiging van een voor dat gerecht aanhangig geschil kan worden vastgesteld in een akte die wordt opgemaakt door het scheidsrecht en zowel door de scheidslieden als door partijen wordt ondertekend. Op verzoek van de belanghebbende partij kan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg deze akte van dading uitvoerbaar verklaren.³⁷ Over de mogelijkheid van arbitrage met publiekrechtelijke rechtspersonen hebben we het later.

B. De bemiddeling en de horizontalisering van het openbaar bestuur

26. Welke maatschappelijke ontwikkelingen verklaren of staan in verband met de toenemende rol van de bemiddeling?

27. Hoe meer er sprake is van contractualisering en bilateralisering van de relaties tussen burgers en de overheid, des te meer ruimte er is voor allerhande (alternatieve) vormen van conflictpreventie, -beheersing en -oplossing. Er is sprake van «onderhandelend bestuur», van «wederkerig bestuur», van «horizontaal bestuur», van «communicatief bestuur», van «interactief bestuur», van «reflexief bestuur». Bij al deze samengestelde begrippen kan het begrip «bestuur» worden vervangen door «controlestijl» en «beleidsvorming», en ook door «wetgeving», waarbij telkens naar andere aspecten van eenzelfde ontwikkeling wordt verwezen.³⁸ In principe maar niet altijd wordt onderhandeld met een basis in de wet en betreffen deze onderhandelingen de voorbereiding of de uitvoering van de wettelijke regelen, maar met duidelijke grenzen.³⁹ We kunnen niet ingaan op de typisch daaraan verbonden geschillenbeslechting, waarbij ook bepaalde vormen van conflictpreventie, -beheersing en -oplossing horen.

28. Bij deze ontwikkeling moet worden gewezen op de wederkerigheid van een aantal (algemene) beginselen (van

³⁶ B. TILLEMANS, *l.c.*, 162; over de bevoegdheid ertoe over te gaan: Rb. Brussel (Kort ged.), 25 juni 1993, *J.T.*, 1993, 668, met noot F. RIGAUX.

³⁷ M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1981, 340; B. TILLEMANS, *e.a.*, *o.c.*, p. 18, nrs. 32-33, 74; *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, in *R.P.D.B.*, VII, 12; over commerciële arbitrage, zie onder meer: C. VERBRAEKEN en F. VINCKE, «Les méthodes alternatives de règlement des litiges», *J.T.*, 1996, 164; A. EUSBOOTS, «A.D.R. voor gebruikers», *Tijdschrift voor Arbitrage*, 1996, 41; M. VAN DER HAEGEN, «Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe», *R.D.A.I.*, 1996, 260; M. BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage national et international*, Parijs, 1990; J.C. GOLDSMITH, «Les modes de règlement amiable des différends (R.A.D.)», *R.D.A.I.*, 1996, 244.

³⁸ Zie vooral: I.C. VAN DER VLIET, «De partners van het onderhandelend bestuur», in *Onderhandelend bestuur*, H.D. STOUT en A.J. HOEKEMA (red.), Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 81-91; J.A.E. VAN DER DOES, «Onderhandelen met de overheid», in *Justitia et amicitia*, ..., *o.c.*, 25-32.

³⁹ *Ibid.*

behoorlijk bestuur), die dan ook gaan gelden ten aanzien van de wederpartij, namelijk de burger. Zo speelt de goede trouw een rol in de verhouding tussen burger en bestuur. Van Damme schetst deze ontwikkeling als volgt. «Enerzijds zal zich de klassieke, privaatrechtelijk geïnspireerde goedetrouw-norm doorzetten naarmate het bestuur meer gebruik maakt van privaatrechtelijke technieken in zijn betrekkingen met de burger, anderzijds zal, precies wegens het wederkerige karakter van het moderne bestuursrecht, de goede trouw in een aan dat recht aangepaste gedaante aan belang winnen».⁴⁰ De goede trouw bij het bestuur impliceert voor alles dat het niet de voorrechten misbruikt die traditioneel kleven aan de administratieve rechtshandeling. Het bestuur is voor de burger nochtans niet langer uitsluitend een autoritair en louter eenzijdig beslissende instantie, maar de burger zal zijn relatie met het bestuur steeds minder als volkomen vrijblijvend mogen zien. De verhouding burger/bestuur zal verder uitgroeien tot een verhouding tussen een alerte, coöperatieve en zorgvuldige burger enerzijds en een zoveel mogelijk met de concrete situatie van de burger rekening houdend bestuur anderzijds, wat gepaard gaat met een toenemend belang van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁴¹ Bij deze evolutie naar een meer wederzijds karakter dient ook te worden gewaakt over de toepassing van deze algemene beginselen van het behoorlijk bestuur en mag bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel niet worden geschonden.

29. In het licht van de theorievorming over de typen van legaliteit, zoals door Hoekema en Van Manen⁴² geduid, bevinden we ons met dit fenomeen niet in de formele legaliteit, noch in de compensatielegaliteit, noch in de risico-collectiveringslegaliteit, maar eerder in de forumlegaliteit (zeker wat bemiddeling in het publiek recht betreft) en de coöperatieve legaliteit (wat de bemiddeling in het privaatrecht betreft). De kenmerken van het eerste zijn vooral het procedurele en het informele karakter.⁴³ Voor de coöperatieve legaliteit is vooral de overeenkomst kenmerkend.⁴⁴ Formulelegaliteit bestaat hierin dat besluiten met openbaar gezag en besluiten binnen particuliere instellingen in een maatschappelijke dialoog op hun aanvaardbaarheid dienen te worden getoetst en dat het recht ertoe dient om zo'n procedure van open en machtsvrije dialoog tussen bestuur, rechter, politieke machthebber en de samenleving te garanderen.⁴⁵

C. De bemiddeling en de alternatieve vormen van conflictbeslechting

30. In de literatuur over de alternatieve vormen van conflictbeslechting, die duidelijk in opmars zijn, onder meer wegens het verminderde geloof en de delegitimering van de

⁴⁰ M. VAN DAMME, «Goede trouw van burger en bestuur», *R.W.*, 1989-90, 1 119.

⁴¹ M. VAN DAMME, *l.c.*, 1.119.

⁴² A.J. HOEKEMA en N.I. VAN MANEN, *Typen van legaliteit. Recht en maatschappelijke orde in de twintigste eeuw*, Deventer, Kluwer, 1994.

⁴³ *Ibid.*, 129-130.

⁴⁴ *Ibid.*, 118-119.

⁴⁵ *Ibid.*, 154-155.

justitiële conflictoplossing enerzijds en als correctief voor de overbelasting en de congestie van de justitie anderzijds, gaat de aandacht vooral naar de privaatrechtelijke, strafrechtelijke en procesrechtelijke invulling van deze alternatieven.⁴⁶ De publiekrechtelijke invulling blijft beperkt. De redenen van de opgang van de minnelijke schikking ter voorkoming van en ter oplossing van rechtsgeschillen zijn de zware procedures, de lange duur ervan, de proceskosten, het onvoldoende vertrouwen in de deskundigheid van de rechter.⁴⁷ Sommige vormen van minnelijke schikking kregen een wettelijke basis (bijvoorbeeld inzake huur-

geschillen); in andere gevallen worden ze bij overeenkomst in het vooruitzicht gesteld, ofschoon er steeds aandacht is geweest voor bemiddeling en mediatie in het maatschappelijk leven in het algemeen en in de verhoudingen tussen de overheid en de burger in het bijzonder. Sedert enkele jaren bestaat er vooral in de Angelsaksische juridische wereld een ruime belangstelling voor A.D.R. of «Alternatieve Dispute Resolution», dit is de alternatieve geschillenbeslechting.⁴⁸

31. Zowel bij de dading als bij een alternatieve geschillenbeslechting wordt een geschil beëindigd of voorkomen op basis van een overeenkomst tussen partijen. Kenmerkend voor de dading is dat er wederzijdse toegevingen geschieden: dit is bij een alternatieve geschillenregeling niet noodzakelijk het geval. Voorts worden de onderhandelingen die aanleiding geven tot een dading doorgaans gevoerd zonder de aanwezigheid van een derde. Het behoort daarentegen tot de wezenskenmerken van alternatieve geschillenregeling dat een onafhankelijke derde de onderhandelingen tussen partijen bevordert en op een actieve manier bemiddelt tussen de partijen in het geschil. Behoudens andersluidende overeenkomst kan hij echter geen uitspraken doen die de partijen binden.⁴⁹

32. Bemiddeling of mediatie⁵⁰ als alternatieve vorm van conflictbeslechting is dan de tussenkomst, die erop is gericht een akkoord te verkrijgen, te bemiddelen of personen of groepen met elkaar te verzoenen.⁵¹ Traditioneel komt deze rol, zo wordt gesteld, toe aan de politici,⁵² de vakbonden, de pers, enzomeer, maar in het licht van een democratisering komen nieuwe vormen van mediatie in het sociale leven aan bod.⁵³ In sommige gevallen wil de ombudsfunctie tevens de rol van het politiek dienstbetoon terugdringen.⁵⁴

⁴⁸ Zie daarover: L. DE MEYERE, «Hoe alternatief is alternatieve geschillenbeslechting (A.D.R. – Alternatieve Dispute Resolution?)», *R.W.*, 1996-97, 521-530; B. TILLEMANS, e.a., o.c., p. 20, nrs. 38-39; C. VERBRAEKEN en F. VINCKE, «Les méthodes alternatives de règlement des litiges», *J.T.*, 1996, 161-167; *A.D.R.*, thema-nummer, *Advocatenblad*, 1995.

⁴⁹ L. DE MEYERE, *l.c.*, 523; B. TILLEMANS, e.a., o.c., p. 20, nr. 39.

⁵⁰ In het algemeen, zie: F. DELPEREE, «Parlement et administration en Belgique», in *Parlement et administration en Europe*, C. DEBBASCH (red.), Parijs, Centre National de Recherches Scientifiques, 1982, 69; F. DELPEREE, «Administration et médiation», *l.c.*, 221-224; F. DELPEREE, «Aspects nouveaux de la relation administration-administrés», *Adm. Publ. (T)*, 1981, 151.

⁵¹ Definitie van ROBERT; zie: F. DELPEREE, «Administration et médiation», *l.c.*, 218; vergelijk ook *supra*.

⁵² Zie ook: LINDON, R., «Un ombudsman en France?», *J.C.P.*, 1970, I, 2 322; F. DELPEREE, «Protection juridictionnelle et nouvelles protections en Belgique», in *Administration et administrés en Europe*, C. DEBBASCH (red.), Parijs, Centre Nationale de Recherches Scientifiques, 1994, 261-263.

⁵³ F. DELPEREE, «Administration et médiation», *l.c.*, 222-224; zie ook: A. MOLITOR, «Naar nieuwe vormen van bemiddeling in het sociaal leven. Inleidende noot», *B.T.S.Z.*, 1983, 231-235; F. DELPEREE, «Bemiddeling in het maatschappelijk leven», *B.T.S.Z.*, 1983, 237-252.

⁵⁴ K. DUERINCKX, L. HUYSE en E. VAN DAEL, *Tussen burger en bestuur*, Leuven/Brussel, K.U.Leuven/Federale Diensten voor Wetenschappelijke, Technische en Culturele Aangelegenheden, 1996, 6; zie ook *infra*.

⁴⁶ Vanuit deze dimensie, zie onder meer J.M. POLAK, «Procedures ter voorkoming van procedures», in *Justitia et amicitia ...*, o.c., 9-16; J.L.W. SILLEVIS SMITT, *l.c.*, 93-106; K. RIJKS, «De procédure amiable», in *Justitia et amicitia ...*, o.c., 17-24; zie in het algemeen vooral de recente studie van P. TAELEMAN en J. LAENENS en voorts: *De rechter buitenspel*, o.c.; T. BOURGOIGNIE, G. DELVAUX, F. DOMONT-NAERT en C. PANIER, *Rechtshulp aan de consument*, Brussel, Bruylant, 1981; B. DEMEULENAERE, *De bescherming van consumentengeschillen naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1986; F. DUMON, «Qua Vadimus? (deel drie)», *R.W.*, 1979-80, 1.018; *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, H. GEINGER (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984; P. GERARD, «Arbitrage en Belgique», in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, P. GERARD, F. OST en M. VAN DE KERCHOVE (red.), Brussel, Facultés Universitaires Sint-Louis, 1983; J. GILLARDIN, «Accès au droit et à la justice: Médiation – conciliation – arbitrage», *Journal des Procès*, 1983, 16; *Paix sur la terre aux hommes de conciliation*, thema-nummer *Journal des Procès*, 1989; E. LANGERWERF en F. VAN LOON, «De rechtbanken in de jaren zeventig: een explosie van zaken?», *R.W.*, 1984-85, 369; P. LEMMENS, «Het recht op een eenvoudig en snel proces», in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, o.c.; S. PARMENTIER, «Dispute Processing in Belgium, Beyond Disputing», in *Exploring Legal Culture in Five European Countries*, C. MESCHIEVITZ en K. PLETT (red.), Baden-Baden, Nomos, 1991; M. STORME, «Pleidooi voor een procesnoodrecht», *T.P.R.*, 1980, 504; M. STORME, «De achterstand van de rechter», *Ons Erfdeel*, 1990, 387; M. STORME en B. MEULENAERE, «Het testproject in het Vrederecht te Deinze. Een rechtstoegangsexperiment», *R.W.*, 1988-89, 65; F. VAN LOON en E. LANGERWERF, *Burgerlijke rechtbanken: wie, wat, hoe?*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987; F. VAN LOON en E. LANGERWERF, «Prozesshaufigkeiten und Prozessmuster in Belgien», in *Prozessflut? Indikatorenvergleich von Rechtskulturen auf dem Europäischen Kontinent*, E. BLANKENBURG (red.), Köln, Bundesanzeiger, 1988; *Gerechtiglijke achterstand*, Brussel, Senaat (Handelingen van het colloquium gehouden in de Senaat op vrijdag 26 mei 1989), 1990; voor Nederland: E. BLANKENBURG en J. VERWOERD, «Vermijden en benutting van civielrechtelijke procedures in Nederland en omliggende landen», *Justitiële Verkenningen*, 1987, 20; K. BLEYER, «ADR in het Amerikaanse bedrijfsleven, Bruikbaarheid voor Nederland», *Tijdschrift voor Arbitrage*, 1988; *Rechtshandhaving in de schaduw van Justitie*, thema-nummer *Justitiële Verkenningen*, 1990; E. MINKJAN «ADR: Alternatieve conflictenbeslechting», *Advocatenblad*, 1989, 535; *Overheidsrechter gepasseerd. Conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om*, H. SNIJDERS, C. FINAUT, H. VAN MAARSEVEEN en R. ZWITSER (red.), Bundel ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit, Arnhem, Gouda Quint, 1988; J. VERWOERD, *Beroep op de rechter als laatste remedie. Enkele vergelijkingen tussen de rechtsculturen in Nederland en de Westduitse deelstaat Nordrhein-Westfalen*, Arnhem, Gouda Quint, 1988; *Justice and Efficiency*, W. WEDEKIND (red.), Dutch National Reports presented at the Eighth World Conference on Procedural Law, Utrecht, 24-28 August 1987, Deventer, Kluwer, 1989.

⁴⁷ J.L.M. ELDERS, *l.c.*, 55-72.

33. Het werk van de ombudsman kan aanzienlijke effecten hebben op het vlak van inburgering en reductie van complexiteit, zo blijkt uit een studie van Huyse en Van Dael. Ombudsdiensten en middenveldorganisaties blijken dus deels dezelfde functies te vervullen. Daartegenover staat dat ze op een aantal andere terreinen fundamenteel van elkaar verschillen. Ombudsdiensten maken ten eerste deel uit van het politieke systeem. Dit neemt echter niet weg dat zij het principe van onafhankelijkheid en onpartijdigheid zeer hoog in het vaandel dragen. Een fundamenteel onderscheid is dat voor de ombudsman de individuele relatie met de klager duidelijk primeert. Dit staat in schril contrast met de collectieve opstelling van het middenveld.⁵⁵

34. Hier hoort de vraag thuis naar het vertrouwen en het geloof in de maatschappelijke draagkracht van allerhande «mediatiebewegingen», waarover de meningen op zijn minst verdeeld zijn. Sommigen zien daarin wel een mogelijkheid (*ratione materiae*) «où l'effervescence et les turbulences de la société civile peuvent entrer en dialogue ardent»;⁵⁶ verder is (*ratione personae*) «le véritable médiateur ... une sorte d'espace libre, une forme vide qui permet à ceux qui n'ont pas le droit jusque là à la parole de s'exprimer, d'accéder au statut de 'citoyen parlant'».⁵⁷ Deze in de aanhef wat denigerende karakterisering is daarentegen zeer verwachtingsvol. Voor zover de in Frankrijk gebruikelijke «médiation» volledig met de hier behandelende conflictregelmecanismen kan worden vergeleken, moet toch worden gewezen op het vaak sterk vrijwillig karakter én van de partijen én van de conflictbegeleider. Anderen zien dan weer zelfs de rechter als grote verzoener.⁵⁸ In verschillende periodes van onze gerechtelijke geschiedenis is die mening vaak verwoord. «Le juge est un ange pacificateur, il s'efforce de calmer les patients, d'assouplir les haines, il éclaire les parties sur leur intérêt, il leur montre l'abîme profond dans lequel ils vont se plonger».⁵⁹

35. Deze trend in de conflictbeslechting heeft uiteraard ook zijn invloed op de rechtspraak zelf, waardoor volgens sommigen sprake is van «kadi-rechtspraak»: toch heeft

deze kwalificatie eerder betrekking op de wijze van rechtspreken door de rechterlijke macht zelf dan wel op de zoektocht naar alternatieven voor het rechterlijke optreden.⁶⁰

D. De bemiddeling als onderdeel van de preventieve rechtsbescherming?

36. Wij kunnen het bemiddelingsfenomeen ook bestuderen als een onderdeel van de zogenaamde «preventieve rechtsbescherming»: in enkele handboeken, die de ombudsfunctie behandelen, worden de ombudslieden ook tot deze categorie gerekend.⁶¹ Worden dan vermeld als onderdelen van de interne preventieve rechtsbescherming: de algemene rechtsbeginselen en de normen afgeleid uit het beginsel van behoorlijk bestuur,⁶² de openbaarheid van bestuur,⁶³ de formele motiveringsplicht⁶⁴ en de ombudsman.⁶⁵ De preventieve externe rechtsbescherming bestaat uit het voorafgaand advies, de machtiging en de goedkeuring.

37. De diverse vormen van curatief beroep (het oneigenlijk of willig administratief beroep; het hiërarchisch beroep; het

⁶⁰ F. BRUINSMA, *Kadi-rechtspraak in postmodern Nederland*, Utrecht, Universiteit Utrecht, oratie, 1996; vergelijk: G. ROMMEL, *Recht-spreken*, Leuven, Academia Press, 1997.

⁶¹ Zie onder meer: J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Overzicht van het publiek recht*, Brugge, Die Keure, 1997, p. 601-604, nrs. 1.147-1.152; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, p. 589-600, nrs. 670-678; toegepast op de ruimtelijke ordening (zie ook *infra*); L. DE GEYTER, «Rechtsbescherming in de ruimtelijke ordening en stedenbouw van het Vlaams Gewest», *T.R.O.S.*, 1999, 243-263.

⁶² Voor meer informatie, zie: A. VAN MENSEL, e.a., o.c., p. 80-83, nrs. 210-216; A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 4-10; F. DEBAEDTS, «De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht», *T.B.P.*, 1988, 641-652; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, «Enkele knelpunten in de hiërarchie van de rechtsnormen», in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, o.c., p. 66, nr. 82; P. VAN ORSHOVEN, «Algemene rechtsbeginselen in alle rechtstakken. Over de grondwettelijke waarde van de publiek- en privaatrechtelijke beginselen», in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, o.c., p. 13, nr. 9; M. VAN HOECKE, «De algemene rechtsbeginselen als rechtsbron: een inleiding», in *Algemene rechtsbeginselen*, M. VAN HOECKE (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 3; F. DEBAEDTS, «De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht», *T.B.P.*, 1988, 641-652.

⁶³ Enkele bronnen in dit verband: I. JONGENEELLEN, «Openbaarheid van bestuur in Belgische wetgeving», *Jura Falc.*, 1995, 567-572; F. SCHRAM, «Openbaarheid van bestuur: een voorbeeld van interactie tussen het Europees en nationaal publiekrecht», *T.B.P.*, 1999, 155-179; P. POPELIER, «De openbaarheid van het overheids-handelen in de democratische rechtsstaat», *T.B.P.*, 1995, 707-715; *Openbaarheid van bestuur. Stand van zaken 1998*, A.M. DRAYE (red.), Brugge, Die Keure, 1999.

⁶⁴ Voor meer informatie, zie onder meer: R. ANDERSEN, e.a., *La motivation formelle des actes administratifs. Loi du 29 juillet 1991*, Brugge, Die Keure, 1992; I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, Die Keure, 1999; A. VAN MENSEL, «De uitdrukkelijke motiveringsplicht», in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, o.c., p. 215, nr. 259.

⁶⁵ Voor een dergelijke systematiek, zie bijvoorbeeld: L. DE GEYTER, *l.c.*, 245-247.

⁵⁵ L. HUYSE en E. VAN DAEL, *Ombudsdiensten in media als alternatieven voor het middenveld?*, Leuven, Instituut Recht en Samenleving, 2000, 16-17.

⁵⁶ J.F. SIX, «Droits de l'homme et médiation», in *Livre blanc. Les droits de l'homme en question*, Parijs, Commission Consultative des Droits de l'homme, La documentation Française, 1989, 338; vergelijk: B. HUBEAU, «Informeel conflictregeling in het rechtshulpgebeuren: een reus op lemen voeten?» in *De rechter buitenspel*, o.c., 123-140.

⁵⁷ J.F. SIX, *l.c.*, 338; zie ook voor enkele (Belgische) toepassingen: *Paix sur la terre aux hommes de conciliation*, thema-nummer *Journal des Procès*, 1989, afl. 163; C. YATES, «The Conciliation Project Report: A study of non-judicial Dispute Resolution in Family Cases», *Journal of Social Welfare Law*, 1990, 33.

⁵⁸ Voor een geval, waarbij de vrederechter duidelijk toepassing maakt van zijn verzoeningsfunctie, hetgeen het tijdschrift, waarin het vonnis is opgenomen, ertoe aanzette als samenvatting te vermelden: «De vrederechter oefent primair zijn taak uit met de bezorgdheid om het herstel of de vrijwaring van het maatschappelijk weefsel. De verzoening, waarmee hij vereenzelvigd wordt, brengt dit tot uiting»: Vred. Merkssem, 23 februari 1990, *T. Vred.*, 1990, 153.

⁵⁹ Geciteerd door: C. VAN REEPINGHEN, *Verslag van de gerechtelijke hervorming*, B.S., 1964, 159; zie voor enkele bedenkingen hierbij: P. COPPENS en J. LENOBLE, «Conciliation en philosophie du droit», *Journ. Proc.*, 1990, afl. 164, 9.

georganiseerd administratief beroep)⁶⁶ worden hier evenmin behandeld,⁶⁷ maar sluiten uiteraard aan op de problematiek van de preventieve rechtsbescherming. Het willig beroep heeft het meeste verwantschap met de bemiddeling, omdat de burger zich daarbij wendt tot de administratieve overheid of de ambtenaar die de bestreden beslissing nam en kan trachten deze te overtuigen om op de gekomen beslissing terug te komen of om eventueel een beslissing te nemen. Als algemeen beginsel moet dit steeds mogelijk zijn, los van enige wettekst terzake: het behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van de administratieve overheid om daarop in te gaan.⁶⁸ Een variant is de interne klachtbehandeling, los en naast het eventuele administratief beroep. Een ander spoor is het sociaal of politiek dienstbetoon of een beroep op de ombudsman zo de handeling ervoor in aanmerking komt.⁶⁹

⁶⁶ Men kan ze als volgt indelen: curatieve interne rechtsbescherming (willig en hiërarchisch administratief beroep) en curatieve externe rechtsbescherming (politieke controle, algemeen administratief toezicht, dwangtoezicht en georganiseerd administratief beroep en jurisdictioneel beroep) (L. DE GEYTER, *l.c.*, 251-257).

⁶⁷ Zie onder meer: H.D. VAN WIJK, *Hoofdstukken van administratief recht*, 's Gravenhage, V.U.G.A., 1997, p. 606-622, nrs. 44-58.

⁶⁸ A. VAN MENSEL, e.a., *o.c.*, p. 96-97, nr. 250.

⁶⁹ Op Vlaams niveau wordt door de Deontologische Code voor de Vlaamse volksvertegenwoordigers inzake dienstverlening aan de bevolking het principe vooropgesteld om daar waar mogelijk en nodig door te verwijzen naar bestaande informatie-, klachten- en ombudsdiensten; zie vooral de artikelen 11, 14, 17, 18 en 21 van deze code, goedgekeurd door het Vlaams Parlement op 22 oktober 1997, van toepassing sinds 1 januari 1998 en gewijzigd op 17 maart 1999; zie het Jaarverslag 1999 van de Vlaamse Ombudsdienst, 18-19; D. DE CLERCK, «Deontologische Code inzake dienstverlening aan de bevolking», *Nieuwsbrief Overheidsmanagement*, 1998, afl. 12, 4-10; zie ook *supra*, II, C.

⁷⁰ Zie vooral: B. HAUBERT, «La prévention des conflits d'intérêt entre les différentes composantes de l'Etat belge: la notion d'association» (noot onder R.v.St., Waalse Gewest, nr. 31.587, 14 december 1988), *J.L.M.B.*, 1989, 552-554; voor de regeling na de staatshervorming van 1988-89; A. ALEN, «De samenwerking tussen de federale staat en de deelstaten», *R.W.*, 1990, 1 303-1 313; A. ALEN en P. PEETERS, «Samenwerkingsverbanden tussen de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten» in *Staat, Gemeenschappen en Gewesten*, Brugge, Die Keure, 1989, 71-127; A. ALEN en P. PEETERS, «België op zoek naar een coöperatief federaal staatsmodel», *T.B.P.*, 1989, 343-371; A. ALEN en P. PEETERS, «'Bundestreue' in het Belgische grondwettelijk recht», *R.W.*, 1989-90, 1.122-1.156; E. CEREXHE, «Les mécanismes de coopération dans un Etat Fédéral», in *Présence du droit public et les droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1992, II, 1.019-1.035; M. UYTENDAELE en P. COENRAETS, «Les accords de coopération», *Courr. Hebd. C.R.I.S.P.*, 1991, afl. 1.325; P. TAPIE, «La prévention des conflits, les mécanismes de coopération et les conflits d'intérêts», in *L'avènement des Communautés et des Régions. Quels changements pour les praticiens du droit?*, Brussel, De Boeck, 1990, 27-34; P. TAPIE, «La coopération et les conflits d'intérêt», *Rev. Dr. U.L.B.*, 1990, 69-89; *Les conflits d'intérêt. Quelle solution pour la Belgique de demain?*, Namen, Faculté de Droit/Die Keure, 1990; voor de regeling na de staatshervorming van 1993: M. VEYS, «De 'exclusiviteit' van de federatief opgedeelde normatieve bevoegdheden: rechtsvergelijkende inzichten», *T.B.P.*, 1993, 144-145; R. MOERENHOUT en J. SMETS, *De samenwerking tussen de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994.

E. De bemiddeling als vorm van oplossing van bestuursgeschillen?

38. Een heel aantal staatsrechtelijke procedures en modellen heeft de bedoeling geschillen tussen besturen onderling te vermijden, en wanneer ze zich voordoen, op te vangen vooraleer ze in de justitiële geschillenbeslechting worden opgenomen. Zo is typisch voor een federale staatsstructuur dat in verband met de bevoegdheidsverdeling dergelijke vormen van overleg worden vooropgesteld, vooraleer bijvoorbeeld het Arbitragehof tot een uitspraak over een vordering tot vernietiging komt. Zo kan worden gedacht aan het Overlegcomité. Maar ook aan allerhande mechanismen van samenwerking tussen de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten die daartoe zijn geïnstalleerd.⁷⁰

39. Wanneer besturen onderling niet op eenzelfde golf-lengte zitten, is sprake van een «bestuursgeschil».⁷¹ Het gaat om geschillen die uitsluitend kunnen ontstaan tussen openbare overheden of hun organen.⁷² Een onderzoek van van der Vlies e.a. in opdracht van het Nederlandse Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties ging over tot een grondige analyse van de Nederlandse situatie en deed een aantal aanbevelingen voor regeling in de toekomst. Er bestaat, bijvoorbeeld ook in Nederland, een duidelijke trend om deze geschillen in principe weg te halen van het mogelijke beroep op de rechter: «bij een geschil betrokken bestuursorganen zouden er op vrijwillige basis voor kunnen kiezen om hun onderlinge geschil op eigen wijze te beslechten», waarvoor dan een geëigende procedure zou kunnen worden gecreëerd.⁷³ Het Nederlandse bestuursrecht kent wel de bestuursrechtelijke arbitrage, opgenomen in art. 136 van de Grondwet: op grond van deze bepaling kunnen openbare overheden beslechting van horizontale bestuursgeschillen aan de Kroon voorleggen, maar daarvan is nauwelijks gebruik gemaakt. De procedure lijkt op de civielrechtelijke arbitrage, en een beroep op de civiele rechter is mogelijk wanneer hij daarvoor bevoegd is, maar de toepasbaarheid daarvan is niet algemeen, noch evident. Daarom zou, om van de voordelen te kunnen genieten, de mogelijkheid moeten kunnen bestaan om bestuursgeschillen met instemming van de partijen voor te leggen aan een deskundig arbitragecollege. Dit zou wettelijk kunnen worden geregeld (procedure, verantwoording, samenstelling,

⁷¹ Zie over de regeling van bestuursgeschillen in het Nederlandse bestuursrecht: J.B.J.M. TEN BERGE, «Bestuursgeschillen: niet langer een blinde vlek in het bestuursrecht», *N.T.B.*, 1990, afl. 4; A.F.M. BRENNINKMEIJER, «Conflictenbeslechting in het bestuursrecht», in *Van toetsing naar bemiddeling*, Deventer, Kluwer, 1997, 57-74; M.C. BURKENS, H.R.B.M. KUMMELING en B.P. VERMEULEN, *Beginnelen van de democratische rechtsstaat*, Kluwer, Deventer, 1997, 72-73; T.G. DRUPSTEEN en K.J. KRAAN, «De beslechting van bestuursgeschillen», T.G. DRUPSTEEN, «Is er leven naar de T.w.K.? Over de beslechting van bestuursgeschillen» en K.J. KRAAN, «De beslechting van bestuursgeschillen naar komend recht», preadviezen, reeks V.A.R., afl. 104, Alphen aan de Rijn, 1990; N.S.J. KOEMAN, «Van toetsing naar bemiddeling in het bestuursrecht: mogelijkheden en onmogelijkheden naar huidig recht», in *Van toetsing naar bemiddeling*, *o.c.*, 15-20; I.C. VAN DER VLIES, R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, P.M. LANGBROEK en N.M. VAN WATERSCHOOT, *Bestuursgeschillen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1999.

⁷² M.C. BURKENS, H.R.B.M. KUMMELING en B.P. VERMEULEN, *o.c.*, 71.

⁷³ I.C. VAN DER VLIES, e.a., *o.c.*, 4.

kracht van uitspraak en wijze van toetsing van het oordeel). De formule is vooral bruikbaar voor geschillen in de voorfase, dit wil zeggen voordat de besluitvorming is afgerond.⁷⁴

40. In Nederland bestaat ook de mogelijke bemiddeling, waarbij het besluit niet aan een derde wordt overgelaten, maar aan de besturen zelf. Evenmin bestaat hier een uniforme procedure, en er is niet veel ervaring met bemiddeling

⁷⁴ I.C. VAN DER VLIES, e.a., o.c., 152-154; voor een aantal toepassingen, zie: *ibid.*, 171-182.

⁷⁵ Zie vooral: M.A. PACH, «Mediation en de decentrale overheid», *De Gemeentestem*, 1999, 337; I.C. VAN DER VLIES, e.a., o.c., 165.

⁷⁶ *Ibid.*; voor een aantal toepassingen, zie: *ibid.*, 171-182.

⁷⁷ Over de ombudsfunctie in het algemeen: A. ALEN, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995, vooral 681-688; R. ANDERSEN, «Conclusions générales», in *Le médiateur*, Brussel, Bruylant, 1995, 259-276; J. BERGMANS, «Het bestuur ombudsman», *Kultuurleven*, 1996, 68-77; *European Ombudsman/National Ombudsmen or Similar Bodies, Comparative Tables*, M. CRESPO ALLEN (red.), Luxemburg, European Parliament, Directorate General for Research, 1995; M. DE BENS, «Ombudsambtenaren: deux ex machina?», in *Openbaarheid en openheid van bestuur: (on)begrensde mogelijkheden? Kwaliteitszorg in de publieke sector 1*, R. JANVIER (red.), Brugge, Die Keure, 1991, 109-139; G. DE KERCKHOVE, «Le médiateur et la gestion administrative», in *Le médiateur, o.c.*, 223-234; F. DELPEREE, «Le médiateur parlementaire», in *Le médiateur, o.c.*, 65-85; J. DELTOUR, «Bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvoorwaarden voor het onderzoek van klachten in de wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen», *T.B.P.*, 1998, 552-557; J. DELTOUR, «De bevoegdheid van de federale ombudsmannen wat de instellingen van sociale zekerheid betreft», *T.S.R.*, 1998, 217-236; J. DELTOUR en R. JANSOONE, «De federale ombudsmannen. Een analyse van de wet na twee jaar ombudspraktijk», in *Parlementaire recht. Commentaar en teksten*, M. VAN DER HULST en L. VENY (red.), Gent, Mys en Breesch, 1997; M. DENYS, «Beschouwingen bij de wetsvoorstellen tot instellen van een Ombudsman in België», *R.W.*, 1967-68, 1475-1480; D. DEOM, «Le médiateur dans les entreprises publiques autonomes», in *Le médiateur, o.c.*, 235-248; S. DEPRE, «Le médiateur dans la commune», in *Le médiateur, o.c.*, 121-146; *De ombudsman*, P. DE VROEDE (red.), Brugge, Die Keure, 1992; J. DUJARDIN, «De aanwerving van een gemeenschappelijke ombudsman», in *De ombudsman, o.c.*, 45-51; F. GLANSORFF, «Le médiateur et le barreau», in *Le médiateur, o.c.*, 249-257; J. GOORDEN, «De ombudsman van de Vlaamse gemeenschap: een garantie voor een klantvriendelijke overheid?», *Kultuurleven*, 1996, 80-83; B. HUBEAU, «De ombudsman als grensbewoner», *C.D.P.K.*, 1999, 322-323; B. HUBEAU, «De ombudsfunctie en het ombudsinstituut: structurele kenmerken en conjuncturele modellen», in *De ombudsfunctie*, B. HUBEAU (red.), Brugge, Die Keure, 1997, 1-43; L. HUYSE, «De rol van de ombudsdienst in onze samenleving», in *De ombudsfunctie, o.c.*, 165-170; D. JACOBY en P. ROBARDET, «Le protecteur du citoyen du Québec comme agent de changement», *Rev. Franç. Adm. Publ.*, 1992, 611-621; W. LAMBRECHTS, «Een pre-ombudsman arrest», *R.W.*, 1974-75, 2662-2665; W. LAMBRECHTS, *Geschillen van bestuur. Een praktische handleiding*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, vooral 60-62; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Brussel, Bruylant-U.L.B., 1996, vooral 17-26; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Luik; Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, vooral 139-185; P. LEWALLE, «Le médiateur et le juge administratif», in *Le médiateur, o.c.*, 147-193; P. LEWALLE, M. PAQUES en A. BLAISE, *Prévenir les contestations entre administrations et administrés*, Brussel, Federale Diensten voor Wetenschappelijke, Technische en Culturele Aangelegenheden, 1996; R. MAES, *Bestuurswetenschap-3*, Leuven, Acco, 1986, 108-118; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht, o.c.*, vooral 575-588; H. MATTHIJS, «De ombudsman in

bij het bestuur.⁷⁵ Ook hier zou een standaardprocedure kunnen worden ingevoerd om wildgroei te voorkomen: een wettelijk kader is daarvoor echter niet nodig, maar een opschortende werking ten aanzien van bezwaar- en beroepstermijnen zou wel welkom zijn, alsook de regeling van overlegverplichtingen.⁷⁶

III. HET BEMIDDELINGSCONCEPT EN/IN DE OMBUDSFUNCTIE

A. De ombudsfunctie: wezenlijke kenmerken en typologie op grond van het werkterrein⁷⁷

1^o Definitie

41. Wat is het eigene van de functie van ombudsman? Een van de wezenlijke taken is «burgers te helpen bij hun zoektocht naar recht en gerechtigheid en de relatie tussen de burgers en het bestuur te verbeteren».⁷⁸ «Een ombudsman is een door het Parlement aangeduide persoon, die belast is

Finland», *T.B.P.*, 1993, 16-18; H. MATTHIJS, «De ombudsman», *T.B.P.*, 1994, 236-245; H. MATTHIJS, «Eindelijk: een instituut voor federale ombudsmannen in België», *T.B.P.*, 1995, 429-433; H. MATTHIJS, «Het instituut van de ombudsman: enkele discussiepunten», in *De ombudsfunctie, o.c.*, 155-163; P.Y. MONETTE en H. WUYTS, «Antwoord op het artikel 'Klachtenbehandeling: petitieright en/of ombudsfunctie?», *R.W.*, 1997-98, 1089-1093; P.Y. MONETTE en F. BERNARD, *l.c.*, 445-457; V. MOORE, «Peut-on évaluer le rôle des ombudsmans?», *Rev. Franç. Adm. Publ.*, 1992, 623-628; D. ROWAT, «Pourquoi un ombudsman parlementaire?», *Rev. Franç. Adm. Publ.*, 1992, 567-574; L.P. SUETENS, «Een ombudsman in België? Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1976», *R.W.*, 1977-78, 737-754; R. THIELEMANS, «Grondrechten en bevoegdheden van de staat, de gemeenschappen en de gewesten», *T.B.P.*, 1990, 838-853; R. THIELEMANS en H. WUYTS, «Een ombudsman voor de lokale besturen. Een alternatief voor de lokale ombudsman», in *De ombudsman, o.c.*, 5-43; M. UYTENDAELE en R. WITMEUR, «Le médiateur et le contrôle politique», in *Le médiateur, o.c.*, 203-221; J. VAN COMPERNOLLE, «Le médiateur et le juge administratif», in *Le médiateur*, Brussel, Bruylant, 1995, 195-201; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *o.c.*, vooral 601-612; H. VAN IMPE, «Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen in verband met de ambt van ombudsman», *R.W.*, 1967-68, 1851-1862; J. VELU, *Droit public. Le statut des gouvernants (I)*, Brussel, Bruylant, 1986, vooral 733-737; L. VENY, J. DELTOUR, M. VAN DER HULST, M. VEYS, «Parlementaire recht in beweging», in *Parlementaire recht, Commentaar en teksten, o.c.*, 1-38; M. VERDUSSEN, «Le médiateur parlementaire, données comparatives», in *Le médiateur, o.c.*, 11-45; A. VRANCKX, «De ombudsman, parlementaire commissaris», *T.B.P.*, 1962, 371-378; A. VRANCKX, «Is een Belgische ombudsman welkom?», *R.W.*, 1967-68, 1.834-1.850; H. VUYE en M.J. CHIDIAC, «Een toetsing van het statuut van de federale ombudsmannen, de Waalse en de Vlaamse ombudsman: spiegelbeelden gewikt en gewogen», in *De ombudsfunctie, o.c.*, 45-82; E. WITTOCX, «Ombudsmannen in België», *Kultuurleven*, 1996, 76-79; H. WUYTS, «De ombudsman in perspectief», *l.c.*, 415-417; X., «Médiateurs et ombudsmans», in *Rev. Franç. Adm. Publ.*, 1992, afl. 64, thema-nummer, 558-691; voor een internationaal overzicht op Europees niveau, zie vooral: *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, L. PRAKKE en C.A.J.M. KORTMANN (red.), Deventer, Kluwer, 1998, 84-86 (Denemarken), 196-197 (Finland), 275-276 (Frankrijk), 577 (Nederland), 705 (Portugal), 725 (Spanje), 897-898 (Zweden).

⁷⁸ A. VAN MENSEL, e.a., o.c., p. 92, nr. 237; A. VAN MENSEL, *De Belgische federatie*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 35-36.

met de bescherming van de vrijheidsrechten van de burgers. Meestal is hij niet bevoegd om in te grijpen of om een toestand of een beslissing te wijzigen. Zijn voornaamste wapen is de openbaarmaking van mistoestanden in zijn jaarverslag. Het is een absolute noodzaak dat de ombudsman gemakkelijk toegankelijk moet zijn voor de burgers en dat hij zijn functie onafhankelijk kan uitoefenen.⁷⁹ Als werkdefinitie hebben wij eerder voorgesteld:⁸⁰ «Vanuit de doelstelling om de werking van de overheid te controleren en te verbeteren enerzijds en de positie van de burgers te beschermen anderzijds heeft het ombudsinstituut als kernopdrachten de klachtenbehandeling en de formulering van aanbevelingen op individueel en structureel vlak. Om deze taken naar behoren te vervullen dient het instituut te beantwoorden aan de vereisten van onafhankelijkheid, onpartijdigheid, deskundigheid, toegankelijkheid, publiciteit, en te beschikken over een onderzoeksbevoegdheid, een bemiddelingsbevoegdheid en een aanbevelingsbevoegdheid».⁸¹ Hierbij blijkt de fundamentele rol van de bemiddelingsbevoegdheid reeds.⁸²

42. Ofschoon er reeds van in het begin van de jaren zestig parlementaire initiatieven waren om in ons land de ombudsfunctie te creëren, hebben wij moeten wachten tot het begin van de jaren negentig om de eerste publiekrechtelijke ombudslieden geregeld te zien,⁸³ onder meer in de stad Antwerpen,⁸⁴ op het niveau van de autonome overheidsbedrijven,⁸⁵ op het Vlaamse niveau (aanvankelijk ging het om het decreet van 23 oktober 1991 betreffende de openbaarheid van bestuursdocumenten in diensten en instellingen van

de Vlaamse Executieve;⁸⁶ thans is er het decreet van 7 juli 1998 houdende instelling van de Vlaamse Ombudsdienst),⁸⁷ het Waalse Gewest⁸⁸ en pas in 1995 op federaal vlak ingevolge de wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen.⁸⁹

43. Om de verschillende ombudsinstituten te onderscheiden, gaan wij uit van een indeling en typologie naar werkterrein.

2° Een typologie op grond van het werkterrein

44. Op grond van het werkterrein kan met de volgende typologie worden gewerkt. Het gaat om een gemengde en pragmatische typologie. Mogelijke criteria voor de bepaling van het werkterrein zijn: territoriaal (gekoppeld aan een bepaalde geografische entiteit: internationaal, nationaal, regionaal, lokaal), institutioneel (gekoppeld aan bepaalde instellingen in de publieke of private sfeer: parlementair, gemeentelijke diensten, autonome overheidsbedrijven) en ten slotte functioneel of materieel (bepaalde maatschappelijke terreinen: verzekeringen, beurstansacties). Het is duidelijk dat binnen deze categorieën nog andere subindelingen mogelijk zijn. Wij onderscheiden de volgende niveaus.

a) Het supranationaal niveau

45. Hierbij denken wij vooral aan de ombudsman, die op Europees niveau is ingesteld, in het raam van de bepalingen over het Europese burgerschap en over het Europese Parlement.⁹⁰ Het gaat om een bepaling van art. 8 D van het

⁷⁹ H. MATTHIJS, «Een instituut van Europees ombudsman», *T.B.P.*, 1996, 387-390.

⁸⁰ Hierbij zij ook verwezen naar de definitie van S. ANDERSON, «Ombudsman Research», *Ombudsman Journal*, 1982, afl. 2, 32; zie ook: J. VANDE LANOTTE, *Het petitie recht ont(k)leed*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, reeks Tegenspraak-cahiers, afl. 2, 1987, 105-107.

⁸¹ B. HUBEAU, «De ombudsman en het ombudsinstituut...», *l.c.*, 13; het valt te betreuren dat J. DELTOUR en R. JANSOONE in hun overigens voortreffelijke bijdrage geen definitie geven van de ombudsman.

⁸² Vergelijk ook de rol van de Franse Médiateur de la République: G. DUPUIS, M.J. GUEDON en P. CHRETIEN, *o.c.*, 62-64.

⁸³ Voor een historisch overzicht, zie A. VAN MENSEL, *e.a.*, *o.c.*, p. 92, nr. 237; J. DELTOUR en R. JANSOONE, *l.c.*, p. 4-20, nrs. 1-20; A. ANCIAUX, «Un ombudsman en Belgique?», *Courr. Hebd. C.R.I.S.P.*, 1990, afl. 1 284-1 285; B. HUBEAU, «De ombudsfunctie en het ombudsinstituut...», *l.c.* 8-9 en 41-43; L.P. SUETENS, «Een ombudsman in België», *R.W.*, 1977-78, 738-754 (op Belgisch niveau); op internationaal vlak: B. HUBEAU, «De ombudsman en het ombudsinstituut...», *l.c.*, 5-7; *De ombudsman: brug tussen burger en bestuur*, H. MATTHIJS (red.), Groot-Bijgaarden, Scoop, 1997, 9-24; M. VERDUSSEN, «Le médiateur parlementaire: données comparatives», *l.c.*, 11-16; A. VRANCKX, «Is een Belgische ombudsman welkom?», *l.c.*, 1.833-1.845; K. DUERINCKX, L. HUYSE en E. VAN DAEL, «Les services de médiation», *Courr. Hebd. C.R.I.S.P.*, 1998, afl. 1 616-1 618.

⁸⁴ Zie hierover vooral: B. HUBEAU, «Een toetsing van het statuut van de ombudsfunctie op het lokale niveau», in *De ombudsfunctie*, *o.c.*, 105-111.

⁸⁵ Zie de wet van 21 maart 1991 betreffende de autonome economische overheidsbedrijven, *B.S.*, 27 maart 1991, gewijzigd door de wet van 6 augustus 1993, *B.S.*, 9 augustus 1993, de wet van 19 december 1997, *B.S.*, 30 december 1997, de wet van 3 juli 2000

tot wijziging van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberechtiging en de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *B.S.*, 13 juli 2000, en het K.B. van 9 oktober 1992 betreffende de dienst «ombudsman» in sommige autonome overheidsbedrijven, *B.S.*, 19 november 1992.

⁸⁶ *B.S.*, 27 november 1991; zie ook *infra*.

⁸⁷ *B.S.*, 25 augustus 1998; zie hierover: G. DEBERSAQUES, «De instelling van een Vlaams ombudsman», *T.V.W.*, 1998, I-29-31; I.V., «Vlaamse ombudsdienst», *R.W.*, 1998-99, 829; E. VAN DAEL, «De ombudsdienst van het Vlaams Parlement», *Nieuwsbrief Overheidsmanagement*, 1999, afl. 14, 4-15.

⁸⁸ Decreet van 22 december 1994 tot instelling van een ombudsman van het Waalse Gewest, *B.S.*, 19 januari 1995, gewijzigd door het decreet van 16 februari 1995, *B.S.*, 23 februari 1995, het decreet van 6 februari 1997, *B.S.*, 12 februari 1997, en het decreet van 26 juni 1997, *B.S.*, 1 juli 1997.

⁸⁹ Zie de wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen, *B.S.*, 7 april 1995.

⁹⁰ Zie onder meer: A. PIERUCCI, «Les recours au médiateur européen», in *European Citizenship*, E.A. MARIAS (red.) Maastricht, European Institute of Public Administration, 1994, 103-117; E.A. MARIAS, «Le droit de pétition devant le Parlement européen», *ibid.*, 81-101; N.A.M. SCHIPPER, «Enkele kanttekeningen bij de Europese ombudsman», *S.E.W.*, 1995, 484-492; H. MATTHIJS, «Een instituut van Europees ombudsman», *T.B.P.*, 1996, 387-390; B. HUBEAU, «Europees burgerschap en Europees migratierecht: basisbegrippen en recente ontwikkelingen», in *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, I, Brugge, Die Keure, 1995, 136-138; *The European Ombudsman*, *o.c.* en in het bijzonder: MARIAS, E.A., «The European Ombudsman: Competences and Relations with the Other Community Institutions and Bodies», *ibid.*, 71-91; C. SOULARD, «Le médiateur européen: indépendance et privilèges», *ibid.*, 93-105; S. BAVIERA, «Essai de division de compétences entre le médiateur européen et la commission des pétitions du Parlement

Verdrag van Maastricht, hoewel eerder reeds een regeling was opgenomen in artikel 138 E, eerste lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

46. Hierbij kan ook een nieuwe trend worden aangeduid, die erin bestaat om voor multinationale bedrijven ombudsliden in te stellen: het gaat om de zogenaamde «Corporate Ombudsman».⁹¹ Deze sluit veeleer aan bij de ombudsfunctie in de private sector (zie *infra*).

b) Het nationaal/federaal/parlementair niveau

47. Hier zijn verschillende modellen denkbaar. *Grosso modo* onderscheiden wij op Europees niveau het Scandinavische (zeg maar Zweedse) model, het Britse model van de parlementaire commissaris en het «continentale» (zeg maar het Franse model) model.⁹² Als algemene definitie van de nationale ombudsman kan worden vooropgesteld: «an office provided for by the constitution or by action of the Legislature or Parliament and headed by an independent, high-level public official who is responsible to the Legislature or Parliament, who receives complaints from aggrieved persons against government agencies, officials, and who has the power to investigate, recommend corrective action, and issue reports».⁹³

48. Bepaalde modellen vertonen evenveel gelijkenissen als verschilpunten, hoewel steeds centraal staan de zorg om de parlementaire controle op de uitvoerende macht te versterken en de fundamentele vrijheden van de individuele burger te vrijwaren tegen onbehoorlijk overheidsoptreden.

49. Het Scandinavische model⁹⁴ vertrekt van zeer uitgebreide bevoegdheden, waaronder de mogelijkheid om in-

européen», *ibid.*, 107-121; E.A. MARIAS, «The Right to petition the European Parliament after Maastricht», *Eur. Law Rev.*, 1994, 169-183; A. PLIAKOS, «Les conditions d'exercice du droit de pétition», *C.D.E.*, 1993, 317-350; H. SURREL, «Le droit de pétition au Parlement européen», *Rev. Marché Commun*, 1990, 219-234; J. VANDE LANNOTE, *o.c.*, 80-82 en 88-89; R. THIELEMANS en H. WUYTS, *l.c.*, 25; R. GOSALBO BONO, «Maastricht et les citoyens: le Médiateur européen», *Rev. Franç. Adm. Publ.*, 1992, 639-650.

⁹¹ Vergelijk ook met privé-sfeer: U. DRAETTA, «Towards a New Model: Ombudsman for Multinational Companies», in *The European Ombudsman, o.c.*, 17-22; zie ook reeds: I. SILVER, «The Corporate Ombudsman», *Harvard Business Review*, 1967.

⁹² Voor dit onderscheid, zie ook: P. BARDIAUX, «Le modèle continental», in *The European Ombudsman, o.c.*, 1; zie ook: R. THIELEMANS en H. WUYTS, *l.c.*, 26; voor een iets verschillende indeling: K. DUERINCKX, L. HUYSE en E. VAN DAEL, *o.c.*, 1-2.

⁹³ Dit is de definitie van de International Bar Association; zie: B. HUBEAU, «De ombudsman en het ombudsinstituut...», *l.c.*, 11.

⁹⁴ Zie onder meer ook: J.G. STEENBEEK, *De parlementaire ombudsman in Zweden, Denemarken en Noorwegen*, Haarlem, 1963; B. WIESLANDER, *The Parliamentary Ombudsman in Sweden*, Stockholm, Bank of Sweden Foundation, 1994; zie ook: H. MATTHIJS, «De ombudsman in Finland», *l.c.*; H.H. KIRCHHEIMER, *o.c.*, 5-197; een basiswerk blijft: A. LEGRAND, *L'ombudsman scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, Parijs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970; A. LEGRAND, «L'ombudsman parlementaire suédois 1970-1990: une originalité persistante», *Rev. Franç. Adm. Publ.*, 1992, 575-584; J. SÖDERMAN, «Les missions de l'ombudsman finlandais», *Rev. Franç. Adm. Publ.*, 1992, 585-590; P. KASTARI, «The Parliamentary Ombudsman: his Functions, Position, and Relation to the Chancellor of Justice in Finland», *R.I.S.A.*, 1966, 391-398.

dien nodig ook over te gaan tot een strafrechtelijke vervolging.

50. Het Britse «Parliamentary Commissioner for Administration»-model, dat actief is op het terrein van de centrale overheid en de autonome instellingen, wanneer sprake is van «maladministration», gaat uit van de aanstelling van een vertrouwenspersoon van het Parlement, maar die wordt benoemd door de Kroon op voordracht van de regering. Bovendien is deze niet rechtstreeks toegankelijk voor het publiek. Een klacht moet uitgaan van een parlamentslid.⁹⁵

51. Het continentale model gaat uit van een beoordeling of er sprake is van «mauvaise administration» door de gedecentraliseerde besturen, de openbare instellingen en openbare diensten (Frankrijk)⁹⁶ of van een schending van de «behoorlijkheidsnorm» door de rijksoverheid, de politie, de waterschappen, de zelfstandige bestuursorganen en de bestuursorganen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties (Nederland).⁹⁷ De «Médiateur» wordt benoemd door de

⁹⁵ Zie onder meer: R. DE MEYER, «De Parliamentary Commissioner for Administration en de bescherming van de staatsondanden in Groot-Brittannië», in *Liber Amicorum Robert Senelle*, Brugge, Die Keure, 1986, 83-109; R. THIELEMANS en H. WUYTS, *l.c.*, 20-21; G. DREWRY, «Ombudsmen in the UK. Small-Part Actors in Search of a big Role», *E.R.P.L.*, 1990, 19-36; R. GREGORY en J. PEARSON, «The Parliamentary Ombudsmen after twenty-five years», *Public Administration*, 1992, 469-498; W. REID, «Le Commissaire parlementaire pour l'administration au Royaume-Uni», *Rev. Franç. Adm. Publ.*, 1992, 591-598.

⁹⁶ Zie hierover onder meer: D. CLARK, «The Citizen and the Administration in France. The Conseil d'Etat versus Ombudsman Debate Revisited», *Public Administration*, 1984, 161-174; R. DE MEYER, *l.c.*, 723-740; A.S. MESCHERIAKOFF, «La place du médiateur dans les institutions française: un bilan de dix ans d'existence», *Rev. Franç. Adm. Publ.*, 1983, 533-553; J. GEORGEL, «Médiateur de la République», *Jurisl.*, Fasc. 1 007, 1994; T.S. RENOUX, «Le médiateur de la République française», *L.P.A.*, 1990, afl. 19, 2-13; B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Parijs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, 631-694; B. DELAUNAY, «L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Les réformes entreprises en France depuis 1945», *Adm. Publ. (T)*, 1996, 16-31; L.J. CHAPUISAT, «Le Médiateur français ou l'Ombudsman sacrifié», *R.I.S.A.*, 1974, 109-129; J. MENIER, «La place du Médiateur dans la politique de réforme administrative (1970-1980)», *R.I.S.A.*, 1981, 311-324; J. PELLETIER, «Vingt ans de médiation à la française», *Rev. Franç. Adm. Publ.*, 1992, afl. 64, 599-610; P. CRETEN, «1973-1983, dix ans de médiation», *R.D.P.*, 1983, 1 259; P. LEGATTE, «Le Médiateur de la République», *R.A.*, 1986, 481; *La médiation: quel avenir?* (actes du colloque de février 1998), Editions Du Médiateur, 1998, 4; *La médiation*, J.P. BONAFA-SCHMITT et Y. ROBINEAC (red.), *Droit et société*, 1995, afl. 29; G. BRAIBANT, «Nouvelles réflexions sur les rapports du droit et de l'équité», in *Médiateurs et Ombudsmans*, *Rev. Franç. Adm. Publ.*, 1992, afl. 64, 687-691; P. FRYDMAN, «Les considérations d'équité en droit administratif français», in *Justice, Médiation et Équité, Droit et Démocratie*, Parijs, La Documentation Française, 1990; M. LE CLAINCHE, «L'ombudsman, cet inconnu», *Rev. Franç. Adm. Publ.*, 1992, 563-566; P. LEGATTE, «Intervention du Médiateur de la République dans le domaine de l'Équité», in *Justice, médiation et équité, Droit et Démocratie, o.c.*, 9-18; P. LEGATTE en A. BARBE, *Le principe d'équité*, Parijs, Les Presses de la Renaissance, 1992; J. PELLETIER, «Le Médiateur de la République, une originalité parmi les institutions françaises», *Gazette du Palais*, 2 februari 1993, 117; J. RIVERO en J. WALINE, *Droit administratif*, Parijs, Dalloz, 1992; *Le Médiateur de la République. Une autorité indépendante au service du citoyen*, Parijs, 1997.

regering, zonder het parlement tussenkomt en zonder dat een herbenoeming mogelijk is; de indiening van een klacht moet gebeuren via een volksvertegenwoordiger of een senator. De Nederlandse «Nationale Ombudsman» wordt dan weer door de Tweede Kamer benoemd voor een hernieuwbare periode van zes jaar: hij is voor eenieder toegankelijk.⁹⁸

⁹⁷ Over de Nederlandse Nationale ombudsman, zie onder meer: P.J. STOLK, *De Nationale ombudsman*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1983; G.J. STEENBEEK, «De ombudsman», *Bestuurswetenschappen*, 1981, 437; E.M.H. HIRSCH BALLIN, «Wet Nationale Ombudsman», *Ars Aequi*, 1981, 295; J.B.J.M. TEN BERGE, «Nationale ombudsman», *N.J.B.*, 1981, 541; *De ombudsman*, Haarlem, Vereniging voor Administratief Recht, reeks V.A.R. Geschriften, afl. LII, 1964 (de zogenaamde Commissie «Belinfante»); F. BRUINSMA en N. HULS, «De Nationale ombudsman», *N.J.B.*, 1983, 821-830; H.H. KIRCHHEINER, «Een ombudsman in Nederland?», *T.B.P.*, 1965, 75-81; J. TIMMER en B. NIEMEIJER, *Burger, overheid en Nationale ombudsman. Evaluatie van het instituut Nationale ombudsman*, 's Gravenhage/Amsterdam, Hugo Sinzheimer Instituut, 1994; H.H. KIRCHHEINER, *De nationale ombudsman in democratisch perspectief*, Ijmuiden, Koninklijke Vermande, 1983; J.B.J.M. TEN BERGE, «The National Ombudsman in the Netherlands», *Netherlands International Law Review*, 1985, 204-224; H.D. VAN WIJK, *Hoofdstukken van administratief recht*, Utrecht, Lemma, 1994, 646-656; M. OOSTING, «Nationale ombudsman en grondrechten», *N.C.J.M.-Bulletin*, 1994, 98-114; M. OOSTING, «Stellingen», in *Bestuur, burger en rechtspraak*, W.J. WIARDA, H.G. LUBBERDINK en C.J. VAN DIJK (red.), Samson, Alphen aan de Rijn, 1994, 141-145; J.B.J.M. TEN BERGE, «De behoorlijkheid als norm», in *Bestuur en norm*, G.J. STEENBEEK, M.C. BURKENS en J.B.J.M. TEN BERGE (red.), Deventer, Kluwer 1986; J.B.J.M. TEN BERGE, «De betekenis van de Nationale ombudsman voor het bestuursrecht», in *De Nationale ombudsman*, J.B.J.M. TEN BERGE, E.J. DAALDER en J. NAEYE (red.), Alphen aan de Rijn, Samson/Tjeenk Willink, Preadviezen van de Nederlandse Vereniging voor Administratief Recht, V.A.R.-reeks, afl. 106, 1991 (zie ook de bijdrage van E.J. DAALDER, «De burgerlijke rechter en de Nationale ombudsman»); E. NIEMEIJER en J.S. TIMMER, «Het ABC van de Nationale ombudsman: arbiter, bewaker en consulent», *Bestuurskunde*, 1993, 370-380; P.C. IPPEL, *Klachtbehandeling en klachtprocedures*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987; H. BORGERS en H. VAN DER TAS, «Klachtrecht, de aanvulling van de A.w.b.», *Ars Aequi*, 1997, 589-599; W. DANIELS, *Correspondentiewijzer. Normen van de Nationale ombudsman voor de correspondentie overheid-burger*, Den Haag, Sdu Uitgeverij, 1995; P. DE HAAN, T.G. DRUPSTEEN en R. FERNHOUT, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 2. Bestuurshandelingen en waarborgen*, Deventer, Kluwer, 1986, vooral 356-366; R.J.I. DIELEMANS, «Wet Nationale ombudsman», in *Nederlandse wetgeving. Editie Schuurman en Jordens*, Deventer, Tjeenk Willink, 1997; M.L.M. HERTOOGH, «Consequenties van controle», *Ars Aequi*, 1998, 336-341; M. OOSTING, «De doorwerking van rechtsbescherming op het openbaar bestuur», *Bestuurswetenschappen*, 1988, 389-404; M. OOSTING, *Kwaliteit van de overheid*, Deventer, Kluwer, 1990; M. OOSTING, «De overheid beoordeeld door de Nationale ombudsman», *Bestuurswetenschappen*, 1990, 169-182; M. OOSTING, «De overheid in 1990, beoordeeld door de Nationale ombudsman», *Bestuurswetenschappen*, 1991, 161-175; M. OOSTING, «De overheid in 1991, beoordeeld door de Nationale ombudsman», *Bestuurswetenschappen*, 1992, 480-499; M. OOSTING, «De overheid in 1992, beoordeeld door de Nationale ombudsman», *Bestuurswetenschappen*, 1993, 157-173; M. OOSTING, «De overheid in 1993, beoordeeld door de Nationale ombudsman», *Bestuurswetenschappen*, 1994, 277-303; M. OOSTING, «De overheid in 1995, beoordeeld door de Nationale ombudsman», *Bestuurswetenschappen*, 1996, 82-99; M. OOSTING, «De overheid in 1996, beoordeeld door de Nationale ombudsman», *Bestuurswetenschappen*, 1997, 88-104; M. OOSTING, «De overheid in 1997, beoordeeld door de Nationale ombudsman», *Bestuurswetenschappen*, 1998, 90-105;

52. In de Belgische grondwettelijke en publiekrechtelijke context gaat het om een middel van controle op de uitvoerende macht, naast uitdrukkelijk in de Grondwet opgenomen controlemechanismen, zoals het stemmen van de belastingen en het leger, alsook het parlementair onderzoek, en de niet uitdrukkelijk opgenomen instrumenten, zoals het debat over de regeringsverklaring, de interpellaties en de parlementaire vragen.⁹⁹ De zogenaamde «commissaris van het Parlement», waarvan in het verleden sprake was, zou dan als fundamentele opdracht hebben als persoon, onafhankelijk van de uitvoerende macht, controle uit te oefenen op de publieke overheden, samen met een informatietaak naar de parlementairen en met als doelstelling de versterking van de waarborgen en de bescherming van de burgers tegen het overheidsoptreden.¹⁰⁰

53. De federale ombudsmannen hebben in ons land overeenkomstig de wettelijke bepalingen een driedubbele taak: klachten van belanghebbenden onderzoeken met betrekking tot de handelingen of de werking van de federale administratieve overheden, het instellen van een onderzoek naar de werking van de federale administratieve diensten die de Kamer van volksvertegenwoordigers aanwijst, en ten slotte op verzoek van de Kamer en jaarlijks een activiteitenverslag uitbrengen aan de Kamer. Opvallend is wel dat er geen grondwettelijke verandering voorhanden is, terwijl er eerder wel initiatieven in die richting waren.¹⁰¹

c) Het parlementair, regionaal of gemeenschapsniveau

54. De benoeming van regionale of communautaire ombudsliden is het gevolg van een staatsrechtelijke trend, die samenhangt met de verlening van autonomie aan de deelgebieden ingevolge staatshervorming(en), vooral in landen met een sterke regionalistische tradities, zoals Italië, Spanje, Duitsland en ook België.

C. RIEZENBOS, «De Nationale ombudsman in ontwikkeling», *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 1998, 313-319; J.B.J.M. TEN BERGE, M.P. GERRITS-JANSSENS en R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *Blik op de toekomst van de Nationale ombudsman. Visies op consolidatie en meerwaarde*, Deventer, Tjeenk Willink, 1997; J.B.J.M. TEN BERGE, M.P. GERRITS-JANSSENS en P.J. STOLK, *Vereisten van behoorlijkheid. Een analyse na tien jaar Nationale ombudsman*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991; VAN DER POT-DONNER, *Handboek van het Nederlands staatsrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, vooral 550-553; C. VAN TONGEREN, *Onheus behandeld. Verhalen uit de praktijk van de Nationale ombudsman*, 's Gravenhage, 1997).

⁹⁸ Voor een goed en kort overzicht: K. DUERINCKX, L. HUYSE en E. VAN DAEL, *o.c.*, 2.

⁹⁹ Vanuit dit perspectief, zie vooral: J. VELU, P. QUERTAINMONT en M. LEROY, *o.c.*, p. 711-739, nrs. 463-479; voor de rol van de ombudsman in het raam van de rechtsbescherming en de «politieke controle»: S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, in *Raad van State. Afdeling Administratie*, Reeks Administratieve Rechtsbibliotheek, afl. 10, Brugge, Die Keure, 2000, p. 44-46, nr. 21.

¹⁰⁰ J. VELU, P. QUERTAINMONT en M. LEROY, *o.c.*, p. 735, nr. 478; D.C. ROWAT, «Pourquoi un ombudsman parlementaire?», *Rev. Franc. Adm. Publ.*, 1992, 567-574.

¹⁰¹ Zie onder meer de lijst van parlementaire initiatieven in B. HUBEAU, «De ombudsman en het ombudsinstituut...», *l.c.*, bijlage 2; zie ook de jaarverslagen 1997, 1998 en 1999 van het College van federale ombudsmannen.

55. Van zodra deze staatsrechtelijke autonomie tevens op het wetgevende vlak totstandkomt, is de koppeling van het ombudsinstituut aan het «regionale» Parlement logisch, zoals voor de Waalse ombudsman¹⁰² en later de Vlaamse ombudsman. Zolang deze er niet is, is een verankering op het niveau van de administratie of de uitvoerende macht (op het niveau van de regering) voor de hand liggend, zoals tot in 1998 bij de Vlaamse Gemeenschap.¹⁰³ De basis voor de ombudsfunctie in de Vlaamse Gemeenschap is gelegd door het decreet van 23 oktober 1991 betreffende de openbaarheid van bestuursdocumenten in de diensten en instellingen van de Vlaamse Regering.¹⁰⁴ Thans is er het decreet van 7 juli 1998 houdende instelling van een Vlaamse ombudsdienst.¹⁰⁵

¹⁰² Over het decreet van 22 december 1994 tot instelling van een ombudsman van het Waalse Gewest, *B.S.*, 19 januari 1995, zie onder meer: M.J. CHIDIAC, «Du Médiateur de la Région wallonne», *Rev. Rég. Dr.*, 1996, 359-366; M.J. CHIDIAC, «Le rôle du médiateur de la région wallonne dans la protection des droits fondamentaux qualifiés de droits de la deuxième génération», *C.D.P.K.*, 1999, 257-260; *Premier Rapport Annuel (du 01.07.1995 au 30.06.1996)*, *Parl. St.*, W.Parl., 1995-96, nr. 175/1, 13-36.

¹⁰³ Zie onder meer: J. GOORDEN, «Le service de médiation en Flandre», in *The European Ombudsman*, o.c., 23-28.

¹⁰⁴ *B.S.*, 27 november 1991, gewijzigd door het decreet van 13 juni 1996, *B.S.*, 15 december 1992; J. GOORDEN, «De ombudsman van de Vlaamse Gemeenschap: een garantie voor een klantvriendelijke overheid?», *Kultuurleven*, 1996, 80-83; J. GOORDEN, «Le service de médiation en Flandre», in *The European Ombudsman*, o.c., 23-28; vergelijk: J. CLEMENT, W. PAS, B. SEUTIN, G. VAN HAEGENDOREN en J. VAN NIEUWENHOVE, *Proeve van Grondwet voor Vlaanderen*, Brugge, Die Keure, 1996, 108; T. STIEVENARD, «Le médiateur dans les communautés et les régions», in *Le médiateur*, o.c., 87-119; D. VANDENBOSSCHE en F. GIJSSELS, «De Vlaamse overheid: een glazen huis? Openbaarheid van bestuur in de praktijk gebracht», *T.B.P.*, 1992, 439-445; D. D'HOOGHE, «De openbaarheid van bestuursdocumenten in de diensten en instellingen van de Vlaamse Executieve», *R.W.*, 1993-94, 250-260.

¹⁰⁵ *B.S.*, 25 augustus 1998; over de «nieuwe» Vlaamse ombudsdienst: J.P.A. SCHEPERS, *Sociaal hulpverleningsrecht in de praktijk*, I, *De organisatie van de sociale hulpverlening*, Brugge, Die Keure, 1999, 619-620 en II, *Rechten en plichten in de sociale hulpverlening*, Brugge, Die Keure, 1999, 343-346; voor een vergelijking met andere vormen van niet-jurisdictionele geschillenbeslechting: J.P.A. SCHEPERS, o.c., II, 331-348.

¹⁰⁶ Zie over de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *B.S.*, 27 maart 1991, err. *B.S.*, 20 juli 1991 (hoofdstuk X: Bescherming van de gebruikers, art. 43 tot 46, gewijzigd door de wet van 6 augustus 1993 houdende sociale en diverse bepalingen, *B.S.*, 9 augustus 1993, door de wet van 19 december 1997, *B.S.*, 30 december 1997 en de wet van 3 juli 2000, *B.S.*, 13 juli 2000; zie ook het K.B. van 9 oktober 1992 betreffende de dienst «ombudsman» in sommige autonome overheidsbedrijven, *B.S.*, 19 november 1992) onder meer: D. DEOM, «Le médiateur dans les entreprises autonomes», in *Le médiateur*, o.c., 235-248; J.M. VEKEMAN, «Initiative législative en matière de règlement non judiciaire des conflits: les médiateurs auprès des entreprises publiques», in *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, Brussel, Bruylant, 1995, 125-137; D. NUCHELMANS en G. PAGANO, «Les entreprises publiques autonomes», *Courr. Hebd. C.R.I.S.P.*, 1991, afl. 1.321-1.322, 67-68; D. DEOM, «Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes», in *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, 115-155.

56. In het algemeen vertonen deze modellen gemeenschappelijke karakteristieken met de eerder genoemde nationale, federale en/of parlementaire modellen.

d) Het niveau van de autonome overheidsbedrijven

57. Centraal hierbij staat de bescherming van de gebruikers ter gelegenheid van de hervorming van deze vroegere overheidsondernemingen *sensu stricto* naar een statuut van autonomie. Dit blijkt onder meer ook uit de plaats van de bepalingen over de instelling van een ombudsfunctie in de wet betreffende de autonome overheidsbedrijven.¹⁰⁶ Het gaat om de ombudsdiensten van de Post, Belgacom/Telecom en de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen. Specifiek is hun arbitragebevoegdheid, waarover later meer.

e) Het lokale niveau

58. Hier is een grote diversiteit aan de orde. In sommige gevallen wijst de manier waarop de functie is georganiseerd eerder op een nadruk op de informatie- en *public relations*-functie. Van dit niveau wordt verwacht dat het nauw aansluit bij de verwachtingen van de bevolking. Kenmerkend is dat de benoeming van deze ombudslieden het resultaat is van gemeentelijke reglementen. In dit verband kan worden gewezen op centrifugale trends (ideeën over mogelijke intercommunale formules) of centripetale ontwikkelingen (ideeën en realisaties in verband met de decentralisatie van de ombudsfunctie via antennewerking of «wijk»-ombudslieden).

f) De privé-sector

59. Evenmin is hiervoor een wettelijk kader voorhanden. Ook in deze sector geldt een grote diversiteit, zowel naar object van bevoegdheid (naar onderwerp en naar personen toe), als naar de invulling van het statuut van de betrokken ombudslieden. Meestal zijn zij te vinden in de economische sector.¹⁰⁷ Sommigen zien hierbij vooral de bemiddelings- en minder de controlefunctie primeren. Bovendien is er meer sprake van een consumentenrelatie ten aanzien van de door de betreffende sectoren aangeboden producten, in tegenstelling tot de relatie overheid-burger, waar de vrije keuze minder aanwezig is en een meer gedwongen relatie totstandkomt.

60. Wij sommen enkele voorbeelden op: de ombudsman voor de cliënten van de banken,¹⁰⁸ de ombudsman van de Beroepsvereniging van Verzekeringsondernemingen,¹⁰⁹ een aantal ombudslieden in de financiële sfeer,¹¹⁰ zoals voor de

¹⁰⁷ P. SAERENS, «L'ombudsman dans la vie économique: phénomène de mode ou nécessité?», *Reflets et Perspectives de la vie économique*, 1992, 353-362.

¹⁰⁸ Zie: J. VAN NULAND, «De ombudsman voor de cliënten van de banken», in *Les modes non judiciaires...*, o.c., 103-111; P. CAEYERS, «De consument en de alternatieve geschillenbeslechting: De ombudsman voor de cliënten van de banken», in *Consumentenrecht*, Brugge, Die Keure, 1998, 327-337.

¹⁰⁹ Zie: R. CROONENBERGHS, «L'ombudsman de l'Union Professionnelle des entreprises d'assurance (U.P.E.A.)», in *Les modes non judiciaires...*, o.c., 113-123.

¹¹⁰ Zie onder meer: J. ALLIX, «De l'utilisation du terme Ombudsman dans le domaine de services financiers», in *Les modes non judiciaires...*, o.c., 139-149.

Beurscommissies. Bovendien zijn er ten aanzien van de makelaars en de interimbureaus ombudsfuncties ingesteld.¹¹¹ Ook de ombudsman bij SABENA is het resultaat van een zogenaamd «privé-initiatief».¹¹²

B. Het bemiddelingsconcept als centraal werkinstrument in de ombudsfunctie

1^o Het bemiddelingsconcept in de organieke teksten

61. Wat is de essentie van de bemiddelingsbevoegdheid in het raam van de ombudswerking? De ombudsmannen trachten de standpunten van de klager/verzoeker en de betrokken diensten te verzoenen. Ze gaan, zonder dwang te kunnen opleggen, trachten een oplossing te verkrijgen ingevolge overleg met de administratieve overheden.¹¹³ Bij de vraag van een federaal kamerlid bij de voorbereiding van de wet op de federale ombudsmannen of de term «verzoenen» toestaat dat de partijen vooraf zouden instemmen met de door de ombudsman of scheidsrechter voorgestelde oplossing, beklemtoonde de Minister dat «de ombudsman nooit formeel als scheidsrechter kan worden aangesteld, omdat hij volgens de wet geen beslissingsrecht heeft», maar «partijen kunnen wel voorafgaandelijk overeenkomen dat zij het advies van de ombudsman zullen volgen».¹¹⁴ Door deze opdracht onderscheidt de ombudsfunctie zich van de administratieve en gerechtelijke procedure¹¹⁵ en van de arbitrage.¹¹⁶

62. Wij vinden dit beginsel terug in onder meer de volgende organieke teksten met betrekking tot de inrichting van de ombudsfunctie.

63. Art. 16, § 1, van het Vlaamse ombudsdecreet bepaalt: «De Vlaamse ombudsman treedt bemiddelend op. Hij tracht de standpunten van de klager en de administratieve overheid te verzoenen».

64. Art. 14, tweede lid, van de federale ombudswet bepaalt: «De ombudsmannen trachten de standpunten van de klager en de betrokken diensten te verzoenen».

65. Art. 12, § 1, van het Waalse ombudsdecreet bepaalt: «De ombudsman tracht de standpunten van de klager en de betrokken diensten te verzoenen».

66. Ook in de andere organieke teksten vindt men het beginsel terug, b.v. in art. 43, § 3, 2^o, van de wet van 21 maart 1991 (opsomming van de opdrachten van de dienst «ombudsman» bij de autonome overheidsbedrijven): «te be-

middelen tussen de gebruikers en het overheidsbedrijf en ook het op een minnelijke wijze oplossen van de geschillen» (en een advies te verlenen indien dit niet lukt) en in art. 12, eerste lid, van het K.B. van 9 oktober 1992 («Na onderzoek van de klacht probeert de dienst «ombudsman» de partijen te verzoenen. Indien hij daar niet in slaagt, brengt hij een advies uit»).

67. Ook in de door de gemeenteraad goedgekeurde reglementen die de lokale ombudsfunctie (op gemeentelijk vlak) organiseren wordt het bemiddelingsprincipe vaak opgenomen. De bemiddelingsopdracht wordt in de lokale reglementen niet expliciet beschreven, maar is inherent aan de functie: «discorde» en «affrontement» maken plaats voor «entente» en «dialogue».¹¹⁷

2^o De precisering van het bemiddelingsprincipe

68. In afgeleide teksten over de ombudsfunctie vindt men de term «bemiddeling» of «bemiddelingsvoorstel» eveneens terug. Voor de federale ombudsmannen gaat het om art. 12 van het huishoudelijk reglement, waarin het zogenaamde «bemiddelingsvoorstel» wordt beschreven: in deze fase doen de ombudsmannen het voorstel; eventueel gaan zij over tot bemiddeling op basis van bilaterale contacten of in aanwezigheid van alle partijen. Om het vertrouwelijke karakter van een bemiddeling, dat absoluut noodzakelijk is voor elke partij, te waarborgen, worden de elementen van een bemiddelingsvoorstel slechts op papier gezet wanneer elke betrokken partij al deze elementen heeft aanvaard en mede-ondertekend. Deze elementen zijn bindend voor de betrokken partijen. Geen enkel ander element van de bemiddeling bindt de partijen of kan worden aangewend voor of gebruikt tegen hen, en dit zowel ingeval van succes als ingeval van mislukking van de bemiddeling.¹¹⁸ Er is gepreciseerd dat het «geenszins de bedoeling is afbreuk te doen aan de openbaarheid van bestuur, maar de bepaling is ingegeven door de bekommernis de slaagkansen van een bemiddelingsprocedure te optimaliseren. Bij ervaring is immers gebleken dat het vertrouwelijke karakter, eigen aan de bemiddelingsprocedure, essentieel is om tot een goed resultaat te komen en als zodanig moet worden beschermd».¹¹⁹

69. De artikelen 9 en 10 van het protocol van samenwerking tussen de Vlaamse Ombudsdienst en de administratieve overheden van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest houden in dat wanneer een klacht na onderzoek is afgerond, de kwalificatie wordt meegedeeld. Wanneer de klacht «(deels) gegrond en niet (volledig) hersteld» is of een «terechte opmerking» betreft, richt de Vlaamse Ombudsdienst een voorstel tot oplossing aan de

¹¹⁷ Vergelijk ook: *Parl. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1 287/1, 6 en 34 (memorie van toelichting) en nr. 1 287/10, 9 en 92-94 (Verslag BOSMANS en PERDIEU); zie ook *infra*, II, D.

¹¹⁸ F. DELPEREE, «Administration et médiation», *l.c.*, 218; B. HUBEAU, «Een toetsing van het statuut van de ombudsfunctie op lokaal niveau», *l.c.*, 135.

¹¹⁹ Art. 12 van het huishoudelijk reglement van 19 november 1998, *B.S.*, 27 januari 1999; J. DELTOUR en R. JANSOONE, *l.c.*, p. 90, nr. 112.

¹²⁰ Voor een aantal voorbeelden van geslaagde en niet-geslaagde bemiddelingen: J. DELTOUR en R. JANSOONE, *l.c.*, p. 91, nr. 113.

¹¹¹ Zie onder meer: K. DUERINCKX, L. HUYSE en E. VAN DAEL, *o.c.*, 4.

¹¹² K. DUERINCKX, L. HUYSE, en E. VAN DAEL, *o.c.*, 107; G. HERMAN, *l.c.*, 85 en 88-90; B. HUBEAU, «Een toetsing...», *l.c.*, 135; J. VAN NULAND, *l.c.*, 152-153; H. MATTHIJS, «Het instituut van de ombudsman: enkele discussiepunten», *l.c.*, 157.

¹¹³ B. HUBEAU, «De ombudsman en de ombudsfunctie...», *l.c.*, 28; J. DELTOUR en R. JANSOONE, *l.c.*, p. 90-91, nrs. 111-113.

¹¹⁴ Zie ook: J. DELTOUR en R. JANSOONE, *l.c.*, p. 90-91, nrs. 111-113.

¹¹⁵ *Parl. St.*, Kamer, 1994-95, nr. 1 436/7, 4 (Verslag SENECA); *Parl. St.*, Senaat, 1994-95, nr. 1 284/2, 2 (Verslag LIETEN-CROES); T. STIEVENARD, *l.c.*, 106-107; M.J. CHIDIAC en H. VUYE, *l.c.*, 52-54.

¹¹⁶ *Parl. St.*, Kamer 1994-95, nr. 1.436/7, 29 (Verslag SENECA); *Premier rapport annuel (01.07.1995 au 30.06.1996) adressé par le Médiateur wallon*, *Parl. St.*, W. Parl., 1995-96, nr. 175/1, 14.

administratieve overheid. Wanneer dit voorstel tot oplossing tot niets leidt, zal een «laatste bemiddelingspoging» worden ondernomen bij de administratieve overheid (met kennisgeving aan leidende ambtenaren). Wanneer dit evenmin tot een positief resultaat leidt, is de volgende stap een verslag aan de bevoegde Vlaamse Minister.¹²¹

70. Deze bemiddelingsrol kan ook worden gezien vanuit een ruim politiek-institutioneel kader en worden gekoppeld aan de democratische rechtsstaat: «in de meeste moderne democratieën speelt de ombudsman een sleutelrol als brugfiguur tussen de burger en overheid»... en «bemiddelt in concrete gevallen en kan aan de politiek verantwoordelijken duurzame oplossingen suggereren voor structurele knelpunten» en nog: «De ombudsdienst moet immers, indien nodig, partij kiezen voor de burger en de overheid kunnen terechtwijzen».¹²² Vlaams Parlementsvoorzitter De Batselier stelde het ter gelegenheid van de beëdiging van de Vlaamse Ombudsman als volgt: «Daartoe lijkt het mij van het grootste belang dat u het vertrouwen van zowel burgers als de overheid wint en dat u een vertrouwensband met hen opbouwt. U moet als het ware een duidelijk profiel verwerven als bruggenbouwer tussen de burgers en de overheid».¹²³ In de parlementaire voorbereiding op het Vlaamse ombudsdecreet werd de bemiddelende rol inderdaad gezien als «de kernopdracht van de ombudsman»: «de ombudsman heeft immers allereerst een bemiddelende en adviserende opdracht. Dit toont ook het belang aan van zijn vertrouwensfunctie».¹²⁴

71. Ook in het memorandum van het Permanent Overleg Ombudslieden wordt verwezen naar het bemiddelingsbeginsel, namelijk in het derde beginsel over de onderzoeks- en beoordelingsfunctie van de ombudsman, waarbij onder meer «naar praktische oplossingen wordt gezocht» en waarbij wordt gesteld dat de ombudsfunctie een «vertrouwensfunctie» is:¹²⁵ «de ombudsman is gebonden door een volledig beroepsgeheim. Hij onderzoekt in volle objectiviteit, werkt op grond van wettelijke teksten of reglementen, maar vindt tevens inspiratie in het beginsel van de billijkheid en zoekt naar praktische oplossingen. In die zin is hij een drager van hervormingen in functie van de verworven ervaring».¹²⁶ Als meerwaarde van de ombudsfunctie wordt gezien: «de ombudsfunctie is een tweedelijnsfunctie, gedefinieerd in een niet-bindend, prejudiciair en informeel kader, die gemakkelijk toegankelijk is en die vanuit een bevoorrechte, onpartijdige en onafhankelijke externe positie een breed gamma aan conflictoplossende technieken kan aanwenden om tot een oplossing te komen».¹²⁷

¹²¹ Voor de tekst van dit protocol: *Jaarverslag 1999*, 195-197; voor de Waalse ombudsman, zie het huishoudelijk reglement van 10 juli 1995; *Parl. St.*, W. Parl., 1995-96, nr. 175/1, 22-24.

¹²² *Parl. St.*, Vl. Parl., 1996-97, nr. 720/1, 2 (memorie van toelichting).

¹²³ *Jaarverslag 1999*, 26.

¹²⁴ *Parl. St.*, Vl. Parl., 1996-97, nr. 720/1, 6 (memorie van toelichting).

¹²⁵ Over deze beginselen, zie ook: *Parl. St.*, Vl. Parl., 1996-97, nr. 720/6, 29-30; in heel wat jaarverslagen worden deze beginselen telkens opnieuw opgenomen, zie ook: *De ombudsfunctie in haar maatschappelijke omgeving*, Brussel, Pool, 1999.

¹²⁶ *Ibid.*, 5.

¹²⁷ *Ibid.*, 16.

72. Ook in het decreet van 15 juli 1997 houdende de oprichting van een (aan de ombudsfunctie verwant) Kinderrechtencommissariaat en de instelling van het ambt van Kinderrechtencommissaris¹²⁸ is er de opdracht om de rechten van het kind te verdedigen en de belangen van het kind te behartigen, klachten te onderzoeken en oplossingen aan te reiken indien de klacht niet tot enige oplossing leidt. Daarbij is er aandacht voor de bemiddelingsrol, zo blijkt uit de artikelen 4 (punt 3), 5, punt 1 en 6 (punt 2) van het genoemde decreet.¹²⁹

3^o Bemiddeling, maar ook aanbeveling

73. Deze precisering van de bemiddeling enerzijds als bevoegdheid en anderzijds als fundamenteel werkingsprincipe hangt wezenlijk samen met een van de meest kenmerkende aspecten van de instelling, namelijk dat haar beslissingen geen bindende kracht hebben: het gaat slechts om aanbevelingen. Het wezenlijkste verschil tussen de ombudsman en rechterlijke beroepsmogelijkheden is dus de mogelijkheid tot het nemen van een afdwingbare beslissing, hetgeen in de administratieve rechtspraak wel kan, bij de ombudsman daarentegen niet.¹³⁰ In deze zin is «het een aanvulling ... van de bestaande rechtsbescherming, en geen vervanging».¹³¹ Toch zien sommigen het onrechtstreeks duidelijk anders: «ook al is de taak van de ombudsman hoofdzakelijk adviserend en bemiddelend, toch heeft de ombudsman uiteindelijk een controlerende en bijna bespiedende opdracht ten aanzien van de administratieve overheden en diensten»;¹³² het doel is niet verantwoordelijkheden of fouten vast te stellen, maar oplossingen voor te stellen.¹³³ Anderzijds kan de doorwerking van oordelen van de ombudsman ook doorwegen door het morele gezag ervan en/of omdat ze meer in de reflexieve bestuursstijl passen.¹³⁴ In sommige landen zou er echter een evolutie zijn waarbij de ombudsman ook een injunctiebevoegdheid krijgt door middel van het recht om een rapport te richten aan de uitvoerende macht.¹³⁵

74. Deze bepalingen over het aanbevelingsrecht bevinden zich vaak in hetzelfde normatieve onderdeel van de organieke regeling, b.v. art. 16, § 2, van het Vlaamse Ombudsdecreet: «Hij (de Vlaamse Ombudsman) kan aan de

¹²⁸ *B.S.*, 7 oktober 1997.

¹²⁹ Zie *Jaarverslag 1998-1999*, 11-14; *Ombudswork for Children*, E. VERHELLEN en F. SPIESSCHAERT (red.), Leuven, Acco, 1989; J.P.A. SCHEPERS, o.c., II, 346-347; zie ook *infra* over de bijzondere jeugdzorg.

¹³⁰ J. VANDE LANOTTE, o.c., 108; over de stijl van doorwerking in dit verband, zie vooral: M.L.M. HERTOOGH, *Consequenties van controle. De bestuurlijke doorwerking van het oordeel van de administratieve rechter en de Nationale ombudsman*, Den Haag, V.U.G.A., reeks Bestuurlijke Verkenningen, afl. 42, 1997; voor een grondige bespreking: B. HUBEAU, «Reflecties over het enigma van een meer reflexieve controlestijl van de administratieve rechten en de nationale ombudsman», *Recht der Werkelijkheid*, 1999, 99-108.

¹³¹ J. VANDE LANOTTE, o.c., 125.

¹³² A. VAN MENDEL, e.a., o.c., p. 93, nr. 239.

¹³³ Zie de diverse jaarverslagen van de federale ombudsmannen en de Vlaamse ombudsman.

¹³⁴ M.L.M. HERTOOGH, o.c.; zie ook *infra*, III, C.

¹³⁵ J. VANDE LANOTTE, o.c., 106.

administratieve overheid aanbevelingen doen om herhaling van de feiten die aanleiding gaven tot de klacht voorkomen...».

4^o Enkele feitelijke gegevens

75. Maar slaagt men erin te bemiddelen? In 1999 werd er bij bemiddelingen door de federale ombudsmannen in 83,6% positief en in 16,4% een negatief resultaat behaald (183 gevallen).¹³⁶ Bij de Waalse Ombudsmannen waren in de jaarverslagperiode 1997-1998 5% van de dossiers «in bemiddeling».¹³⁷ Wat zijn de resultaten van bemiddeling door een ombudsman? In het eerste jaarverslag van de Vlaamse Ombudsdienst blijkt slechts een kleine 15% van de gegronde klachten hersteld te zijn.¹³⁸ Vande Lanotte vergeleek via de literatuur het slaagpercentage van bemiddelingen met de slaagkans bij het beroep op het petitiericht en kwam tot een percentage van 75% geslaagde bemiddelingen bij gegronde klachten en 50% van alle ontvankelijke klachten; het nadeel is de lange tijdsduur om de bemiddeling te verkrijgen.¹³⁹ Ook al blijken ze geen voldoening of herstel te krijgen, vindt 50,6% van hen dat het zinvol is de ombudsdienst in te schakelen; 25,8% vindt dit niet en 23,5% had geen mening.¹⁴⁰

76. Een specifieke toepassing leidt met wisselend succes tot een tussenvorm van interpersoonlijke en institutionele bemiddeling, namelijk in verband met burengeschillen.¹⁴¹

C. Waartoe kan de bemiddeling leiden: rechtsherstel versus ombudsherstel?

1^o Doorwerking en stijl van optreden

77. Het ombudsherstel verschilt wezenlijk van het rechtsherstel, onder meer wegens de reeds eerder genoemde ontbrekende bindende rechtskracht.¹⁴² Een mogelijk effect van het optreden van de ombudsman is echter dat burgers op één of andere wijze genoegdoening of herstel krijgen: ze hopen althans gelijk te krijgen, maar dat lukt niet altijd. Indien het wel lukt, ontstaat bij de burger een zekere morele genoegdoening. Soms zijn burgers echter ook onzeker of zij het gedrag van een bestuursorgaan dienen te accepteren of dat het bestuursorgaan in kwestie inderdaad «over de schreef is gegaan». Een uitspraak van een onafhankelijke en onpartijdige instantie als de ombudsman geeft de burger een normatieve houvast. «Ook al is de klager er materieel niets mee opgeschoten, toch kan men vrede hebben met de uit-

komst, in het besef tenminste een morele kwestie aan de orde te hebben gesteld».¹⁴³ De vraag rijst hoe de doorwerking van het optreden van ombudslieden kan worden beschreven.

78. Uniek in de Nederlandstalige rechts- en bestuurskundige literatuur via dit verband is het proefschrift van Hertogh, «Consequenties van controle. Over de bestuurlijke doorwerking van het oordeel van de administratieve rechter en de nationale ombudsman».¹⁴⁴ In dit boek wordt uitgegaan van de twee functies van het optreden van de administratieve rechter en de nationale ombudsman: de individuele rechtsbescherming en de algemene controle. In het eerste geval is het handelen van de rechter en van de ombudsman gericht op de bescherming van de burger tegen schendingen van zijn rechten en vrijheden door overheids-optreden. In het tweede geval zien zij toe op de kwaliteit van het openbaar bestuur en proberen zij het overheids-optreden volgens de regels te laten verlopen. Toch vertonen zij anderszids ook duidelijke verschillen; de administratieve rechter beoordeelt beschikkingen en besluiten van het openbaar bestuur, de nationale ombudsman feitelijke gedragingen van ambtenaren; de administratieve rechter beoordeelt of een concrete gedragingen al of niet behoorlijk is; de administratiefrechtelijke uitspraken zijn juridisch bindend en kunnen eventueel bij de rechter worden afgedwongen, wat niet geldt voor de rapporten en aanbevelingen van de nationale ombudsman.

79. Object van studie is nu de «doorwerking» van beide functies op het bestuur. Doorwerking kent twee dimensies: het bereik van de doorwerking (ze kan betrekking hebben op uitspraken in zaken van de rechter of van de ombudsman, waarbij het bestuursorgaan zelf is betrokken of op uitspraken in andere gevallen) en de precedentwerking van de doorwerking (er kan doorwerking zijn in een geval, maar ook in meerdere gevallen). De centrale vraag is dus: gaat het om doorwerking naar één of meer bestuursorganen en naar één of meer gevallen? De onderzoeksvraag die het boek beheerst, is de volgende: op welke manier kan de controle door de administratieve rechter en de nationale ombudsman, met name de doorwerking van hun oordelen in het bestuurs-optreden, worden beschreven en verklaard?

80. Er worden vier hypothesen naar voren geschoven: de doorwerking door rechtskracht, de doorwerking door autoriteit, de doorwerking door publiciteit, de doorwerking door communicatie. Ook al is het uitgangspunt voor de eerste soort doorwerking dat de administratieve rechter bindende uitspraken kan doen, blijkt dat de rechtskracht van het oordeel van de administratieve rechter en van de ombudsman (vooralsnog) geen doorslaggevende verklaring levert voor de mate waarin hun oordeel doorwerkt in het openbaar bestuur. Het tegendeel van wat men verwacht lijkt eerder bewaarheid: van uitspraken van de administratieve rechter gaat weinig of geen uitwerking uit, terwijl de rapporten en aanbevelingen van de ombudsman het beleid en het handelen van bestuursorganen blijkbaar wél kunnen beïnvloeden. Let op: het gaat vooral om hun taak als controleur en niet als individuele rechtsbeschermers.

¹⁴³ J. TIMMER en B. NIEMEIJER, *Burger, overheid en Nationale ombudsman. Evaluatie van het instituut Nationale Ombudsman*, Amsterdam, Hugo Sinzheimer Instituut, 1994, 40.

¹⁴⁴ M.L.M. HERTOGH, *o.c.*

¹³⁶ *Jaarverslag 1999*, 60; eerdere jaarverslagen vermelden dit niet.

¹³⁷ *Jaarverslag 1997-1998*, 79; het jaarverslag 1998-1999 vermeldt geen cijfer.

¹³⁸ *Jaarverslag 1999*, 66; een gegronde klacht is een klacht waarbij een of meer ombudsnormen ernstig zijn geschonden.

¹³⁹ J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, 112-113; H. VAN MAARSEVEEN, «Petitiericht in ontwikkeling», *N.J.B.*, 1984, 201.

¹⁴⁰ K. DUERINCKX, E. VAN DAEL en L. HUYSE, *o.c.*; G. HERMAN, *l.c.*, 92.

¹⁴¹ Zie hierover: *La médiation et les conflits de voisinage*, Charleroi, Stadsbestuur/Centre Européen de Médiation, 1998.

¹⁴² Zie onder meer: B. HUBEAU, «Het natraject van uitspraken en aanbevelingen van een ombudsman», in *Het natraject, themanummer Recht der Werkelijkheid*, 2000, ter perse.

81. Wat bepaalt dan wél de doorwerkingsgraad? Blijkbaar is de autoriteit van de rechter en van de ombudsman een «intuïtief aantrekkelijke» verklaring voor de mate van doorwerking van hun uitspraken: autoriteit als een vorm van legitimiteit lijkt echter minder verklarende waarde te hebben dan vormen van autoriteit op basis van deskundigheid. Ook de publiciteit lijkt doorslaggevend, zeker voor de nationale ombudsman. Deze heeft ook een dubbele dimensie, als intermediair (bijdrage aan bekendheid en voorspelbaarheid van optreden) en als schandpaal (door bekend te maken welke bestuursorganen zich niet aan het oordeel van de controleur houden, kan de publieke opinie ervoor zorgen dat men het oordeel van rechter of ombudsman overneemt). Ten slotte is doorwerking door communicatie van essentieel belang, zowel voor het informeren van bestuursorganen over jurisprudentie, als voor het overbrengen van informatie over de bestuurspraktijk aan beide controleurs. Toch bieden deze verklaringsfactoren zeker geen sluitend antwoord op de doorwerkingsvragen.

82. Puttend uit de literatuur over sturing en rechtshandhaving door de overheid, terwijl het boek gaat over sturing van de overheid, komt de auteur na een theoretische analyse tot de centrale onderzoeksthese, die luidt dat de «overwegend repressieve controlestijl van de administratieve rechter ... op een andere wijze van invloed (is) op de doorwerking van zijn uitspraken ... dan de in het algemeen reflexieve manier van controleren door de nationale ombudsman».¹⁴⁵ Wat is de kern van het onderscheid tussen deze twee stijlen van controle op het openbaar bestuur? Dit is te vatten door vijf kernwoorden: opleggen (bij repressieve controle) versus overleggen van controle (bij reflexieve controle), verticaal versus horizontaal, eenzijdig (dictaat) versus meerzijdig (dialoog), reactief versus pro-actief, dwingend versus faciliterend. Doorwerking heeft een product-kant (resultaat) en een proces-kant (besluitvorming): dit laatste, waaraan Hertogh de meeste aandacht besteedt, onder meer wegens meetproblemen, heet dan «het bestuurlijke doorwerkingsproces». Dit bestaat uit drie stadia, telkens een belangrijk beslistmoment van het bestuur ten aanzien van het oordeel: hoe luidt de uitspraak? Wat betekent de uitspraak voor ons. En wat doen we nu verder met de uitspraak? Of nog: informatie, transformatie en verwerking als fases. Dit is de eerste pijler van het onderzoeksmodel. Een tweede bestaat erin dat de doorwerking van (semi-)juridische controle kan worden belemmerd door verschillende barrières. Samen vattend komt het hierop neer dat de doorwerking van een rechterlijke uitspraak of een aanbeveling van de ombudsman kan liggen aan de rechter en/of de ombudsman zelf (de «jurisprudentieregel» in het stadium van de informatie), aan de verhouding tussen het bestuur en de controleur (de spanning tussen oordeel en beleid in de fase van de transformatie) en aan de houding van het bestuursorgaan (defensieve reacties in de fase van de verwerking).

83. Terecht wordt erop gewezen dat er een rechtstreeks verband is tussen de individuele rechtsbescherming (hoofdopdracht van de rechter) en de doorwerking van het oordeel van de rechter en van de ombudsman in het bestuurs-optreden, omdat de doorwerking van administratiefrechtelijke uitspraken en van de rapporten en aanbevelingen van de ombudsman kan bijdragen aan de rechtsbescherming van

de individuele burger, onder meer door het preventieve effect en het feit «dat de terugkoppeling van de resultaten van procedures naar de bestuurswerkzaamheid goed tot haar recht kan komen», zo stelt Scheltema.¹⁴⁶ Ten aanzien van repressieve controle kunnen barrières ontstaan in de doorwerking naar de bestuursorganen, zo bleek uit het onderzoek. Toch heeft deze vorm van controle eigen merites. Reflexieve controle heeft van zijn kant ook een aantal risico's: de mogelijke verglijding van coöperatie naar «capture» (de controleur leeft zich zo in de positie van de gecontroleerde, dat dit ten koste gaat van de daadwerkelijke mate van controle) en de mogelijke verglijding van onderhandelend naar «onderhands bestuur» (onpartijdigheid en onafhankelijkheid blijven immers essentiële kenmerken van controle).

84. Het grote leerpunt uit het boek is dat én de administratieve rechter én de ombudsman twee dimensies combineren en dit moeten blijven doen: individuele rechtsbescherming én algemene controle. Hun optreden is niet op het ene of het andere gericht: «meer doorwerking kan ook leiden tot meer rechtsbescherming»¹⁴⁷ en zo zijn beide gelieerd. Wat kunnen we immers verwachten van de rechterlijke macht in deze risicomaatschappij.¹⁴⁸ Daar komen we hierna in 3^o nog op terug.

2^o Kwalificaties en ombudsnormen

85. De herstelfunctie, gekoppeld aan de vraag naar effecten van bemiddeling, weegt door in de kwalificatie en beoordeling van klachten door de ombudsman. Samen met de ombudsnormen vormt dit de logica achter het ombudswerk. Ter illustratie hanteert de Vlaamse ombudsdienst de volgende mogelijke kwalificaties.¹⁴⁹

86. Bij een «(deels) gegronde klacht» oordeelt de Vlaamse ombudsdienst, na afronding van het onderzoek, dat één of meer ombudsnormen zijn geschonden. Een klacht wordt als «hersteld» gekwalificeerd, zo alsnog een oplossing in het dossier is bereikt, al dan niet naar aanleiding van de klacht en al dan niet door bemiddeling of interventie van de Vlaamse Ombudsdienst.

87. Bij een «(deels) gegronde klacht» oordeelt de Vlaamse ombudsdienst, na afronding van het onderzoek, dat één of meer ombudsnormen zijn geschonden. Als er (deels) geen oplossing in dit dossier is bereikt, wordt de (deels) gegronde klacht als «(deels) niet hersteld» gekwalificeerd.

88. Een «ongegronde klacht» is een klacht waarvan de Vlaamse ombudsdienst, na grondig onderzoek, oordeelt dat er aan de administratieve overheid geen schending van een ombudsnorm aan te rekenen valt.

¹⁴⁶ M. SCHELTEMA, *Administratieve rechtsgangen*, losbl., suppl. 1, september 1983.

¹⁴⁷ M.L.M. HERTOGH, *o.c.*, 227.

¹⁴⁸ Vergelijk: U. BECK, *De wereld als risicomaatschappij*, Amsterdam, De Balie, 1997; A. GARAPON, *Le gardien des promesses. Le juge et la démocratie*, Parijs, Seuil, 1996.

¹⁴⁹ Zie ook de Nederlandse Nationale Ombudsman, het college van Federale Ombudsmannen, e.a.: over de structuur en de opvatting van de rapporten van de Nederlandse Nationale Ombudsman: J.B.J.M. TEN BERGE, M.P. GERRITS-JANSSENS en R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *o.c.*; R.J.B. HAGEMAN, *Behoorlijk behandeld*, Den Haag, Nationale Ombudsman, 1998.

¹⁴⁵ M.L.M. HERTOGH, *o.c.*, 75.

89. Een «terechte opmerking» is een klacht of een vraag die kan worden beschouwd als een nuttig en waardevol signaal om de dienstverlening door de overheid te verbeteren. Er is geen sprake van een ernstige schending van één of meer ombudsnormen.

90. De kwalificatie «geen oordeel» slaat op betwiste klachten of vragen, waarbij het voor de Vlaamse ombudsdienst, ook na grondig onderzoek, niet uit te maken is of er een schending van één of meer ombudsnormen heeft plaatsgevonden.¹⁵⁰

91. Een eindoordeel in een dossier is het resultaat van de toetsing van de werking of van de handelingen van één of meer administratieve overheden aan de zogenaamde «ombudsnormen». Ombudsnormen zijn uiteraard zeer verschillend van juridische normen, maar er is toch een integratie van het legaliteitsbeginsel in de ombudsnormen. De toetsing van het rechtsherstel kan dus deels via de ombudsnormen gebeuren. Dit is de meerwaarde van het oordeel en van de uitspraak van de ombudsman. De ombudsnormen vallen ook in de praktijk van de Vlaamse ombudsdienst uiteen in twee grote groepen: de behoorlijkheidsnormen en de zorgvuldigheidsnormen.

92. De behoorlijkheidsnormen zijn de overeenstemming met het recht (de correcte toepassing van de regelgeving in de brede betekenis van het woord is een basisnorm van de sociale rechtsstaat); de motivering van bestuurshandelingen (de overheid verduidelijkt en motiveert op een afdoende manier haar beslissingen en haar optreden, en de redenen waarop ze zich baseert), de gelijkheid en onpartijdigheid (gelijke gevallen worden op een gelijke manier en onpartijdig behandeld), de rechtszekerheid en het gerechtvaardigd vertrouwen (de overheid waarborgt duidelijkheid en zekerheid omtrent de geldende rechtsnormen; de burger moet eenduidig kunnen weten welke zijn rechten en plichten zijn en wat hij in feite kan verwachten van de overheid; de niet-retroactiviteit van rechtsregels is daarbij een evident vereiste) en de redelijkheid en evenredigheid (de overheid laat in haar concrete handelen buitensporige (re)acties achterwege en geeft blijk van redelijkheid, gevoel voor de juiste maat, evenredigheid en evenwichtige verhoudingen).

93. De zorgvuldigheidsnormen van hun kant zijn de correcte bejegening (de ambtenaar stelt zich, als vertegenwoordiger van de overheid, in zijn contacten met de burger fatsoenlijk, beleefd en hulpvaardig op), de actieve dienstverlening (van een ambtenaar mag, in zijn omgang met burgers, meer dan een louter afstandelijke en strikt neutrale opstelling worden verwacht; de burger heeft recht op een goede service, ook bij een doorverwijzing), de deugdelijke correspondentie (als zij zich schriftelijk tot de overheid wenden, mogen burgers binnen een redelijke termijn een antwoord of alvast een ontvangstmelding verwachten), de bereikbaarheid (de diensten moeten zowel telefonisch als fysiek voldoende bereikbaar zijn), de actieve informatieverstrekking (het bestuur verstrekt informatie die begrijpelijk en juist is, tijdig en niet-achterhaald, volledig, accuraat en niet-misleidend), de goede uitvoeringspraktijk en administratieve nauwkeurigheid (een behoorlijke uitvoering houdt niet alleen voldoende administratieve nauwkeurigheid en adequate dossiervorming in, maar ook een correcte interne informatieverwerking en een effectieve bewaking en

controle van de werkzaamheden), de interne klachtenbehandeling (belangrijke aspecten voor een behoorlijke klachtenbehandeling zijn onder meer: een redelijke behandelingstermijn, een ernstig feitenonderzoek en een degelijke motivering van eventuele reacties en van de behandeling van de klacht), de redelijke behandelingstermijn (de behandeling van een aanvraag gebeurt binnen de opgelegde termijnen; ook als er geen wettelijke of decretale termijnen bestaan, is de behandelingstermijn redelijk), de coördinatie (de overheid waarborgt een efficiënte communicatie en afstemming, zowel tussen de eigen afdelingen en diensten, als met de afdelingen en diensten van andere administratieve overheden) en het respect voor de persoonlijke levenssfeer.¹⁵¹

3^o De logica achter het ombudswerk: overeenstemming met het recht als uitgangspunt

94. De bedoeling van de beoordeling van klachten door de ombudsman is uiteraard bijdragen tot de zogenaamde «kwaliteit» van de overheid en van de dienstverlening. Om die reden is er in de opbouw van het beoordelingskader van de ombudsman de volgende systematiek te ontdekken. Deze komt naar onze mening ook tot zijn recht in de vaststelling van de door de Vlaamse ombudsdienst gebruikte normen.

95. In de sociale rechtsstaat kan de relatie tussen overheid en burger wat het uitvoerende overheidshandelen betreft (en dus niet het gebied van de beleidsvorming, dat aan het oordeel van de ombudsman voor een groot deel ontsnapt) worden gezien als bestaande uit elementen van een rechtsbetrekking of -relatie en uit elementen uit een sociale betrekking of relatie. De verhouding tussen burger en overheid onderstelt in de eerste plaats immers een aantal rechtsregels en dat leidt tot rechtstoepassing in individuele gevallen, b.v. bij de beoordeling van een aanvraag voor een vergunning, een tussenkomst, zoals een studietoelage. Het gaat aan de ene kant om de bekende geschreven rechtsregels (wetten en decreten, uitvoeringsreglementering), maar aan de andere kant ook om ongeschreven rechtsregels (zoals de meeste algemene beginselen van behoorlijk bestuur). Het is niet omdat ze niet geschreven zijn, dat ze geen «hard law» zouden uitmaken. In het normenschema van ombudsdiensten worden deze vaak voorgesteld als de «behoorlijkheidsnormen».¹⁵²

96. Daarnaast behelst de verhouding overheid-burger ook een deel organisatie, bedrijfsvoering en dus contacten in interacties tussen personen: dat is de sociale betrekking. In deze bejegening van mensen door de overheid kunnen tevens problemen en disfuncties ontstaan, en daarop moeten ombudsmannen ook toezien of deze bejegening correct en kwaliteitsvol gebeurt. Een burger kan uiteindelijk wel een vergunning krijgen, maar na een onvriendelijke bejegening of een veel te lange behandelingstijd. Dit is strijdig met een aantal duidelijke aspecten van zorgvuldigheid van het overheidsoptreden. In de praktijk komt dit vaak over als de harde kern van de ombudstoets. In het normenschema zijn dat de «zorgvuldigheidsnormen»: in tal van schema's van

¹⁵¹ Zie *Jaarverslag 1999*.

¹⁵² Vergelijk: M. OOSTING, *Kwaliteit van de overheid*, Deventer, Kluwer, Bloemenhoflezing, IV, 1990; X., *Looking for Ombudsman's Standards*, Gent, Mys en Breesch, 2000, ter perse.

¹⁵⁰ Zie *Jaarverslag 1999*.

ombudsdiensten komen ze in telkens wisselende lijsten en vormen voor.

97. In het raam van de «behoorlijkheid» toetst een ombudsman in de sociale rechtsstaat dus in de eerste plaats op een wezenlijke manier de rechtmatigheid van het overheidshandelen, de onderschikking ervan aan het geschreven recht. Onrechtmatig overheidshandelen is sowieso onzorgvuldig. Het uitgangspunt van de democratische rechtsstaat is immers dat er voor elk overheidsoptreden een bevoegdheidsgrondslag moet zijn en niet louter de uitoefening van macht. Hoe evident ook, het is wellicht niet de kerntaak, maar een uitgangshouding van ombudsmannen: vandaar dat deze legaliteitsnorm doorgaans als eerste is opgenomen en als onderdeel van de behoorlijkheidstoets. Een aantal klachten kan dus zonder meer en enkel op de legaliteitstoets als onbehoorlijk worden gekwalificeerd.

98. Internationaal wordt vastgesteld dat de ombudsmannen vaak in die manier van werken gelijkenissen vertonen met de werking van de rechterlijke macht: voor een deel, zo stellen de auteurs die de werking van tien jaar Nederlandse nationale ombudsman beschreven,¹⁵³ verloopt de behoorlijkheidstoetsing van de ombudsman dan ook parallel met die van rechters.

99. Er is zoals reeds gesteld natuurlijk wel een onderscheid in het handelen van ombudslieden en van de rechterlijke macht. Ook al zien ombudsmannen dus mee toe op de wettigheid, het is niet de taak om verantwoordelijkheden op te sporen of fouten vast te stellen in de juridische betekenis van het woord, maar vooral om oplossingen voor te stellen. De aard van de tussenkomst is dus verschillend. Niet alle handelingen zijn immers vatbaar voor een beroep bij de rechter: de ombudslieden genereren derhalve een eigen vorm van geschillenbeslechting. Daarbij hanteren zij enerzijds een ander beoordelingskader (de zogenaamde «ombudsnormen») enerzijds en is er geen bindende rechtskracht die wordt verbonden aan de oordelen van de ombudsman (al dan niet in de vorm van rapporten verbonden aan de individuele casus): de doorwerking speelt veeleer in de sfeer van de bemiddeling, de concrete oplossing en het morele gezag. Dit noemt Hertogh een verschil in «stijl» van doorwerking, meer dan dat andere gedragingen zouden worden beoordeeld (zie *supra*, III.c).

100. Sommigen, vooral in de Franstalige ombudsliteratuur, besluiten daaruit dat de billijkheid het ultieme beoordelingscriterium zou zijn. Zoals bekend zijn er drie betekenissen van de billijkheid (een filosofische betekenis als grondslag van het recht zelf, als formele rechtsbron en ten slotte als «correctief» in het recht).¹⁵⁴ In het Vlaamse ombudsdecreet is er geen verwijzing naar de billijkheid. Naar onze mening heeft het beginsel van de billijkheid, dat trouwens ook kan meespelen in het rechterlijk oordeelvormingsproces, een horizontale werking, die over de normen heen doorwerkt. Geenszins kan ons inziens de billijkheid boven een rechtsregel gaan, tenzij deze rechtsregel afwijkingen ervan toestaat b.v. wegens sociaal behartenswaardige situaties, dan wel ingeval de rechtsregel de legali-

teitstoets niet doorstaat. Het gevaar zou immers zijn dat aan een ander fundamenteel rechtsbeginsel van de sociale rechtsstaat, het gelijkheidsbeginsel, zou worden getornd. Dit laatste beginsel heeft overigens ook de status van rechtsregel, algemeen beginsel van behoorlijk bestuur én ombudsnorm. Uitzonderlijk en onder eerder genoemde randvoorwaarden kan worden vastgesteld dat de strikte toepassing van de regelgeving soms leidt tot onrechtvaardige situaties, waarin de billijkheid als correctief kan spelen.

101. Binnen de categorie behoorlijkheidsnormen volgen dan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar toegeschreven naar de ombudspraktijk toe. Een aantal ervan is gecodificeerd en heeft een wettelijke erkenning gekregen;¹⁵⁵ een aantal andere niet.

102. Ten slotte zijn er de echte ombudsnormen, een beoordelingskader voor het concrete overheidshandelen. Deze normen hebben veeleer het karakter van oriëntatienormen, die voor de overheidsactoren instructies en gedragspremissen bevatten voor een wijze van handelen in hun sociale betrekking met burgers. Het gaat dan om toegankelijkheid, actieve informatieverstrekking, deugdelijke correspondentie, enzomeer. Zij vormen de meerwaarde van de tussenkomst van ombudsdiensten, omdat zij aanvullende en concrete gedragsvereisten totstandbrengen en aldus vernieuwend werken, b.v. ten opzichte van een loutere wettigheidstoets.

103. Uiteraard is het werken met kwalificaties en normen een methode om toe te kijken op de kwaliteit van de overheid.¹⁵⁶

4° Van volstrekt naar geen herstel na bemiddeling

104. Laat ons thans analyseren hoe het herstelmodel na eventuele bemiddeling hierop inspecteert. Onze primaire stelling is dat een volstrekt herstel niet kan: met volstrekt herstel bedoelen wij dat ook de «klachtlast», dit wil zeggen de psychologische aspecten verbonden aan de indiening van een klacht nooit kunnen worden gerepareerd (de onzekerheid van behandeling, de tijd, enzomeer). Gebeurlijk kan wel een herstel van de financiële randeffecten worden gecompenseerd.

105. Het herstel kan volledig of gedeeltelijk zijn. Volledig herstel is niet identiek aan volstrekt herstel. Volledig herstel is er bijvoorbeeld wanneer onmiddellijk gevolg wordt gegeven aan de vraag van verzoeker.

106. In sommige gevallen kan inderdaad ofwel een bezwaarschrift ofwel het contact met de overheid leiden tot een oplossing. Zelfs indien geen bezwaarschrift is ingediend, of ook als dit het geval is, kan sprake zijn van een oplossing, bijvoorbeeld door een eenvoudig signaal vanuit de ombudsinstantie en/of de mededeling door verzoeker dat ook een beroep is gedaan op een ombudsdienst. Vaak is sprake van afdoening zonder rapport of tussenkomst, of het al dan niet gebruiken van de «interventiemethode»¹⁵⁷ of de «onmiddellijke dienstverlening».¹⁵⁸ Dit betekent dat, zonder het

¹⁵³ M. OOSTING, *Kwaliteit van de overheid, o.c.*; J.B.J.M. TEN BERGE, M.P. GERRITS-JANSSENS en P.J. STOLK, *o.c.*

¹⁵⁴ G. BRAIBANT, «Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration», in *Itinéraires. Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Parijs, Economica, 1982, 99-105.

¹⁵⁵ Bijvoorbeeld de formele motiveringsplicht.

¹⁵⁶ M. OOSTING, *Kwaliteit van de overheid, o.c.*

¹⁵⁷ Zie de jaarverslagen van de Nederlandse Nationale Ombudsman; J. TIMMERMAN en B. NIEMEYER, *o.c.*, J.B.J.M. TEN BERGE, M.P. GERRITS-JANSSENS en P.J. STOLK, *o.c.*

¹⁵⁸ Zie *Jaarverslag 1999*.

starten van een dossier, een oplossing wordt gevonden. Dit betekent herstel.

107. Maar een klacht over b.v. de bereikbaarheid en de interne klachtenbehandeling blijft ook na een bemiddeling overeind. Dit aspect kan niet leiden tot interventie, tenzij b.v. door middel van verontschuldiging. In het licht van de ombudsnormen is er dus slechts gedeeltelijk of zelfs helemaal geen herstel. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de administratieve overheid aantoonbaar alles in het werk te zullen zetten om een optimale (wellicht geen absolute) telefonische bereikbaarheid tot stand te brengen. Als echter blijkt dat dit niet op korte termijn opgelost geraakt, is er misschien wel sprake van individueel herstel, niet van structureel herstel. Virtueel kan de overheid alle niet-toegekende vrijstellingen of verminderingen wel *post factum* toekennen, maar toch onbehoorlijk handelen vanuit de «hard core» van de ombudsnormen van toegankelijkheid, informatieverstrekking, klantvriendelijkheid, enzomeer.

108. De herstelmogelijkheden moeten naar onze mening ook de kwalificaties van klachten naar hun behoorlijkheid beïnvloeden. Bovendien moeten de voorgestelde herstelmaatregelen worden gemotiveerd. Het zou ook overheden sieren te motiveren waarom ze er niet op ingegaan en in rapporten kan worden verwezen naar de graad van «herstelbaarheid» als waardemeter voor de behoorlijkheid. Het belang van de aanduiding van structurele tekorten dient voorts te worden verkozen boven de aanduiding van individuele verantwoordelijkheden, tenzij het gedrag en de handelingen van deze laatste de enige verklaringsfactor van de aangeklaagde dysfunctie zou zijn. Ten slotte kan het oordeel «geen oordeel» ook inhouden dat onvoldoende duidelijk is hoe het oorzakelijk verband ligt.

109. Bij al deze overwegingen is het belang van het nazicht of aan herkenbaarheidsvereiste is voldaan, essentieel. Ombudsdiensten hebben in wezen een tweedelijnsrol; ze hebben een externe controletaak en moeten de zelfoplossingsgraad of de reparatiecapaciteit van organisaties respecteren. Als dit eerstelijnsklachten-management niet heeft gewerkt, treedt de ombudsman op het toneel.

110. Hierbij moet tevens worden aangetekend dat het herstel niet kan worden afgedwongen: wanneer ombuds-

mannen een dossier afsluiten, komen zij tot een oordeel dat niet bindend is, hoewel het gemotiveerd moet zijn.

111. Het staat de overheid vrij te bepalen welk gevolg zij hieraan verbindt. Dit is het continentale ombudsmodel: er is geen substitutie of indeplaatsstelling, enkel een aanbevelingsrecht. Om de ombudswerking volledig uitwerking te laten hebben en als een volwaardig preventie vorm van rechtsbescherming te kunnen beschouwen, moet naar onze mening worden aanbevolen om een beroep op de ombudsman een schorsende werking te verlenen.¹⁵⁹

D. Specifieke problemen in verband met de rechtskracht van de bemiddeling

1^o De specifieke arbitragemogelijkheid bij de dienst «ombudsman» van de autonome overheidsbedrijven¹⁶⁰

a) Probleemstelling en wettelijk kader

112. Specifiek is de regeling die geldt voor de autonome overheidsbedrijven. De dienst «ombudsman» kan «4^o uitspraak ... doen als scheidsrechter in elk geschil dat het overheidsbedrijf en de gebruiker aan een dergelijke arbitrage onderwerpen bij overeenkomst gesloten nadat het geschil is gerezen.¹⁶¹ De in 1997 gewijzigde tekst luidt: «zich als scheidsrechter uitspreken in alle geschillen tussen de ondernemingen en de eindgebruikers op grond van een arbitrageovereenkomst die gesloten is tussen de ombudsdienst en de betrokken ondernemingen, voor zover die eindgebruiker aanvaardt een beroep te doen op arbitrage na het ontstaan van het geschil. De ombudsdienst mag niet als scheidsrechter optreden in geschillen waarmee bedragen van meer dan 100.000 Belgische frank, geïndexeerd, gemoeid zijn...».¹⁶²

113. Hij mag daarbij niet eerder een standpunt hebben ingenomen of een advies hebben uitgebracht. Wanneer wordt opgetreden als «scheidsrechterlijk college»,¹⁶³ wordt het geschil bij hem aanhangig gemaakt door een van de partijen, die hem een ter post aangetekende brief de overeenkomst toezendt, waarvan sprake is art. 43, § 3, 4^o van de wet van 21 maart 1991. De dienst «ombudsman» legt, met inachtneming van de overeenkomst en art. 1694 Ger.W., de regels van het scheidsrechterlijk geding vast en bepaalt de plaats waar het zal worden gevoerd. De dienst «ombudsman» doet uitspraak binnen een termijn van twee maanden na de ontvangst van de aangetekende brief. De termijn kan slechts eenmaal worden verlengd en op voorwaarde dat de partijen vóór het verstrijken van de eerste termijn daarvan in kennis zijn gesteld. De beslissing en de motieven ervan worden aan het autonoom overheidsbedrijf en bij een ter post aangetekende brief aan de klager meegedeeld.¹⁶⁴

114. Reeds in de eerste commentaren op de toepassing van de wet van 1991 en in het bijzonder de arbitrageprocedure bleek dat er weinig of geen gebruik van werd gemaakt.

¹⁶¹ Art. 43, § 3, 4^o van de wet van 21 maart 1991.

¹⁶² Zoals gewijzigd door art. 4 van de wet van 19 december 1997: zie onder meer: E. VANDEBOSCH, «Arbitrage bij de ombudsman voor telecommunicatie», *Juristenkrant*, 2000, afl. 14, 16.

¹⁶³ Zie ook: *Parl. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1 287/1, 34 (memorie van toelichting).

¹⁶⁴ Art. 13 van het K.B. van 9 oktober 1992.

¹⁵⁹ Zie onder meer in Frankrijk; zie ook «voorstel» nummer 1999-02 van de Vlaamse Ombudsdienst in het *Jaarverslag 1999*, 168; zie ook de aanbeveling AA97/4 van de federale ombudsmannen, *Jaarverslag 1999*, 337; *Jaarverslag 1998*, 270; zie ook *infra*, VI.

¹⁶⁰ In het algemeen: D. NUCHELMANS en G. PAGANO, *l.c.* en G. HERMAN, «Een toetsing van het statuut van de ombudsfunctie bij de autonome overheidsbedrijven», in *De ombudsfunctie, o.c.*, 83-104; J.M. VEKEMAN, *l.c.*, 125-137; D. DEOM, «Le médiateur dans les entreprises publiques autonomes», *l.c.*, 236-248; L. HAMELINCK, «Hervorming van de overheidsbedrijven: parlementaire eindpunt in zicht», *Gids Maatsch. Geb.*, 1990, 10; J. VUCHELEN en W. VAN IMPE, *Privatisering: van macht naar markt*, Antwerpen, Standaard, 1987; D. DEOM, «Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes», *l.c.*, 142-143; H. MATTHIJS, «De federale overheidsbedrijven: een analyse van de wet van 21 maart 1991», *T.B.P.*, 2000, 447; in verband met de arbitragebevoegdheid in het bijzonder: D. NUCHELMANS en G. PAGANO, *l.c.*, 67-68; J.M. VEKEMAN, *l.c.*, 132; D. DEOM, «Le médiateur dans les entreprises publiques autonomes», *l.c.*, 242-243; B. DEMEULENAERE, «De arbitraliteit in het Belgisch Arbitragerecht anno 1998», *T.P.R.*, p. 684, nr. 59 en p. 689-690, nr. 54; L. DEMEYERE, «Hoe alternatief...», *l.c.*, 529-530.

Redenen zijn de spontane neiging om een bemiddeling na te streven en het feit dat het akkoord van het autonoom overheidsbedrijf nodig is, naast een gebrek aan vertrouwen in deze mogelijkheid.¹⁶⁵ Toch wordt gewezen op de voordelen (snelheid) en wordt een oproep tot transparantie gericht aan het autonoom bedrijf. Dat was reeds in 1992 en 1993 de teneur van de evaluatie.¹⁶⁶

115. Dat de arbitrageprocedure in de praktijk toch eigen problemen biedt, blijkt onder meer uit de begeleidende motivering bij het wetsvoorstel van 10 september 1997 «tot wijziging, wat de dienst 'ombudsman' betreft van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige overheidsbedrijven».¹⁶⁷ «De arbitrageprocedures is in haar huidige vorm niet werkbaar gebleken»: de overeenkomst moet immers worden gesloten vooraleer de arbitrageprocedure te starten en de omschrijving van de geschillen die voor arbitrage in aanmerking komen en de beperking van de bedragen die aan arbitrage kunnen worden onderworpen zijn niet werkbaar. Toch kan het voordeel van de snelheid, de eenvoud en de discretie niet worden onderschat. Daarom luidde het voorstel de tekst van artikel 43, § 3, 4^o aan te passen («voor zover de gebruiker na het ontstaan van het geschil aanvaardt een beroep te doen op de arbitrage en het bedrag van het geschil niet hoger is dan honderdduizend frank»).

b) De arbitrage door publiekrechtelijke rechtspersonen

116. In verband met de arbitrage heeft de wet van 19 mei 1998¹⁶⁹ tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage een aantal wijzigingen aangebracht aan het arbitragerecht, en in het bijzonder de wijziging van art. 1676/2 Ger.W. Ieder die bekwaam af bevoegd is om een dading aan te gaan, kan een overeenkomst tot arbitrage sluiten. «De publiekrechtelijke rechts-

personen kunnen, onverminderd het bepaalde in bijzondere wetten, slechts een overeenkomst tot arbitrage sluiten indien de overeenkomst de beslechting van een geschil betreffende de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst tot doel heeft. De voorwaarden die gelden voor het sluiten van het contract waarvan de uitvoering aan arbitrage wordt onderworpen, gelden eveneens voor het sluiten van de overeenkomst tot arbitrage. Daarenboven mogen de publiekrechtelijke rechtspersonen in alle aangelegenheden, bepaald bij wet of bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit, overeenkomsten tot arbitrage sluiten. Het besluit mag eveneens de voorwaarden en de regels van totstandkoming van de overeenkomst bepalen».¹⁷⁰

117. Eén van de (andere) doelstellingen van de wet was om ons land tot een centrum van transnationale arbitrage te maken; om dit te realiseren wordt ernaar gestreefd enerzijds de doeltreffendheid van de arbitrage als wijze van geschillenbeslechting te verhogen en anderzijds de Belgische reglementering nauwer te laten aansluiten bij de recentste evoluties op internationaal vlak.¹⁷¹ Het leeuwenaandeel van de wijzigingen betreft de bevoegdheden van de arbiters. Voorheen gold echter ook een principiële onbekwaamheid van de Staat en de publiekrechtelijke rechtspersonen¹⁷² om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten.

118. Uit de oude wettekst volgde dat het Belgische publiekrechtelijke rechtspersonen in principe niet toegelaten was om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten.¹⁷³ Hetzelfde artikel formuleerde evenwel meteen een uitzondering op deze regel waar het voorschreef dat «de Staat ... een dergelijke overeenkomst (kan) sluiten wanneer een verdrag hem toestaat in arbitrage toe te stemmen». Er rees ook verzet in de rechtsleer¹⁷⁴, die dit principieel verbod afkeurde en van oordeel was dat het principieel verbod voor publiekrechtelijke rechtspersonen om een overeenkomst tot

¹⁶⁵ J.M. VEKEMAN, *l.c.*, 132; D. DEOM, «Le médiateur dans les entreprises autonomes publiques», *l.c.*, 243.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1 180/1 (memorie van toelichting).

¹⁶⁸ *Ibid.*, 5 (memorie van toelichting).

¹⁶⁹ *B.S.*, 7 augustus 1998.

¹⁷⁰ *Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1.347/1, 3 (memorie van toelichting) en nr. 1.374/3, 4 en 6-7 (Verslag VANDENBOSSCHE); zie nog over arbitrage en de wetswijziging van 19 mei 1998: P. Taelman, «De arbiters en hun bevoegdheden», *T.P.R.*, 1999, 1709-1745; H. VERBIST, «De vernietiging van de arbitrale uitspraak na de hervorming van het Belgisch arbitragerecht door de wet van 19 mei 1998», *T.P.R.*, 1999, 1.755-1.775; B. DEMEULENAERE, «Arbitrabiliteit in het Belgisch arbitragerecht anno 1998», *l.c.*, 645-697; B. HANOTIAU en G. BLOCK, «La loi du 19 mai 1998 modifiant la législation belge relative à l'arbitrage», *Bull. Ass. Suisse Arbitrage*, 1998, 528-538; G. KEUTGEN, «La nouvelle loi sur l'arbitrage», *J.T.*, 1998, 761-771; L. DEMEYERE, «De wet van 19 mei 1998 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage», *R.W.*, 1998-99, 865 en vooral 870-871; G. HORSMANS, «La loi belge du 19 mai 1998 sur l'arbitrage», *Rev. Arb.*, 1999, 475-539; H. VERBIST, «Reform of the Belgian Arbitration Law», *R.D.I.A.*, 1998, 842-857; G. KEUTGEN, «L'arbitrage des personnes morales de droit public. Une interprétation extensive de l'article 1676 du Code Judiciaire», *R.C.J.B.*, 1998, 388-410; G. KEUTGEN, «De nieuwe Belgische arbitragewet van 1998», *T.V.A.*, 1999, 123; vóór de nieuwe wet:

M. STORME en B. DEMEULENAERE, *International Commercial Arbitration in Belgium*, Deventer, Kluwer, 1989; D. LAGASSE, «L'arbitrage en droit administratif», *Adm. Publ. (T)*, 1993, 149; G. KEUTGEN, «Voor een hervorming van de Belgische arbitrage-wet», *T.P.R.*, 1994, 798-799; M. STORME, «Arbitrage tussen publiek- en privaatrechtelijke rechtspersonen», *T.P.R.*, 1979, 157; H. VERBIST, «Arbitrage en administratief-economisch recht», *T.B.P.*, 1997, 651; voor een internationale vergelijking: R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Parijs, Economica, 1982, 242; zie reeds de wet van 27 maart 1985, *B.S.*, 13 april 1985; F. DE LY, «De liberalisering van de internationale arbitrage», *T.P.R.*, 1985, 1.025-1.060; voor enkele vuistregels voor arbitrage: M. STORME, «Arbitrale akkoorden», *T.P.R.*, 1999, 35-51.

¹⁷¹ *Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1.347/1, 2 (memorie van toelichting) en nr. 1.374/3, 2 (Verslag VANDENBOSSCHE); P. Taelman, *l.c.*, p. 1.710, nr. 1; H. VERBIST, *l.c.*, p. 1.760-1.762, nrs. 10-11.

¹⁷² Over de (moeilijke) definitie van het begrip publiekrechtelijke rechtspersonen: A. BUTTGENBACH, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Brussel, Larcier, 1952, 27-69; D. DEOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 127; B. PEETERS, *De continuïteit van het overheidsondernemen*, Antwerpen, Maklu, 1990, 92; A. MAST, e.a., o.c., p. 77, nr. 60; *Onderneming van publiek recht*, S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS (ed.), Antwerpen, Maklu, 2000.

¹⁷³ Cass., 10 oktober 1996, *R.W.*, 1996-97, 996; H. VERBIST, «La clause d'arbitrage perdant ses effets suite à la succession de l'état dans les droits d'un des contractants», *P. en B.*, 1998, 70.

arbitrage te sluiten, uitgaan van een «vision faussée de la transendance de l'Etat, vision selon laquelle il n'y aurait de bonne justice que publique et organique».¹⁷⁵ Voor de Belgische publiekrechtelijke rechtspersonen was arbitrage dus «taboe».¹⁷⁶

119. Het nieuwe art. 1676 Ger.W. vertrekt van het principe dat publiekrechtelijke rechtspersonen op een geldige manier kunnen toestemmen in arbitrage zolang het actueel of toekomstig geschil dat aan beslechting door arbitrage wordt onderworpen, «de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst tot doel heeft». Het is de bedoeling van de wetgever om alle in oorsprong contractuele geschillen waarin een of meer publiekrechtelijke rechtspersonen partij zijn, vatbaar te maken voor arbitrage. De principiële bekwaamheid van publiekrechtelijke rechtspersonen om in arbitrage toe te stemmen, betreft dan ook niet enkel geschillen aangaande de «totstandkoming» of de «uitvoering» van overeenkomsten, maar ook alle andere uit deze overeenkomsten voortvloeiende geschillen, zoals die met betrekking tot de interpretatie van de in een overeenkomst vervatte contractuele voorwaarden. Dit betekent ook dat de ingevoerde principiële bekwaamheid tot arbitrage van publiekrechtelijke rechtspersonen beperkt is tot geschillen die contractueel van oorsprong zijn. Geschillen die op niet-contractuele gronden gebaseerd zijn, blijven voor publiekrechtelijke rechtspersonen in principe niet arbitabel.¹⁷⁷

120. De bepaling dat «de voorwaarden die golden voor het sluiten van het contract waarvan de uitvoering aan arbitrage wordt onderworpen ... eveneens (gelden) voor het sluiten van de overeenkomst tot arbitrage» is een toepassing van de internationaal erkende zogenaamde *Kompetenz-Kompetenz*-doctrine, enerzijds, en de separabiliteitsleer, anderzijds.¹⁷⁸

121. Naar welke «bijzondere wetten» wordt verwezen? In de categorie van de bekwaamheidsbeperkende wetten dient voornamelijk te worden gewezen op de reeds genoemde wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven. Art. 14 van de wet van 21 maart 1991 schrijft enerzijds voor dat «een autonoom overheidsbedrijf ... dadingen en overeenkomsten tot arbitrage (kan) sluiten», maar bepaalt onmiddellijk daarna dat «elke overeenkomst tot arbitrage met natuurlijke personen die werd gesloten vooraleer het geschil is gerezen, (echter) nietig (is)». Een autonoom overheidsbedrijf mist dus de bekwaamheid om een arbitrageclausule in een overeenkomst met een natuurlijke persoon te onderschrijven indien, zoals in de regel het geval is, deze arbitrageclausule eventuele toekomstige geschillen betreft. Een dergelijke arbitrage-

clausule is nietig en zal de onbevoegdheid van de arbiters tot gevolg hebben.¹⁷⁹

122. De Raad van State merkte het volgende op:¹⁸⁰ «De toelichting bij art. 3 van het ontwerp verwijst meer in het bijzonder naar «de industriële, financiële of commerciële overheidsbedrijven, waarvan de wetgever beheersautonomie heeft willen geven om ze in omstandigheden te plaatsen die vergelijkbaar zijn met die van de privé-ondernemingen (zie art. 1 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven)». De bepaling van art. 14 van de wet van 21 maart 1991 bevat geen enkel voorbehoud inzake de aard van de door die bedrijven aan de dag gelegde activiteiten. De commentaar bij art. 3 van het ontwerp moet bijgevolg worden herzien; de gemachtigden van de Minister zijn het daarmee eens en hebben uitgelegd dat de ontworpen bepalingen niet bestemd zijn om terug te komen op de bijzondere rechtsbepalingen die aan sommige publiekrechtelijke rechtspersonen het recht hebben verleend om een beroep te doen op arbitrage. Meer in het bijzonder is het criterium activiteiten die niet worden verricht in het kader van openbare dienstverlening, afgezien van het feit dat het vaag is en uiteenlopende interpretaties zal doen ontstaan, in strijd met de bedoeling waaraan in de memorie van toelichting uitdrukking is gegeven. Die dubbelzinnigheid moet worden opgeheven, door duidelijk te vermelden welke taken niet in aanmerking komen voor arbitrage».

123. De wet van 21 maart 1991 is evenwel ook een bekwaamheidsuitbreidende wet. Art. 14 formuleert immers de principiële bekwaamheid van de autonome overheidsbedrijven om «dadingen en overeenkomsten tot arbitrage» te sluiten. Dit betekent dat, in afwijking van het principe van het nieuwe art. 1676/2 Ger.W., de bekwaamheid van autonome overheidsbedrijven om in arbitrage toe te stemmen, niet beperkt is tot geschillen die contractueel van oorsprong zijn. Ze strekt zich ook uit tot niet-contractuele geschillen. Het doet er niet toe of de overeenkomst tot arbitrage actuele dan wel toekomstige geschillen betreft, althans indien de contractpartner van het autonoom overheidsbedrijf geen natuurlijke persoon is. Bovendien doet de in art. 14 van de wet van 21 maart 1991 vervatte bekwaamheidsuitbreiding ten aanzien van autonome overheidsbedrijven de gevolgen teniet van de in het nieuwe art. 1676/2 Ger.W. opgenomen bepaling krachtens welke «de voorwaarden die golden voor het sluiten van het contract waarvan de uitvoering aan arbitrage wordt onderworpen ... eveneens (gelden) voor het sluiten van de overeenkomst tot arbitrage».¹⁸¹

¹⁷⁴ Zie bijvoorbeeld: H. VERBIST, «Arbitrage en administratief-economisch recht», *I.c.*, 656; P. LAMBERT, «L'arbitrage et les pouvoirs publics», in *L'arbitrage – Het scheidsrecht*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1983, 23; M. STORME, «Arbitrage tussen publiek- en privaatrechtelijke personen», *I.c.*, 197; M. HUYSE en G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Brylant, 1981, 72-73; L. DERMINE, *L'arbitrage commercial en Belgique*, Brussel, Larcier, 1975, 17-18; A. FETTWEIS en J. ARETS, «L'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé», *Rev. Arb.*, 1961, 161.

¹⁷⁵ J. LINSMEAU, «L'arbitrage volontaire en droit privé belge», *R.P.D.B.*, Complément, p. 20, nr. 51.

¹⁷⁶ B. DEMEULENAERE, *I.c.*, p. 685, nr. 50.

¹⁷⁷ B. DEMEULENAERE, *I.c.*, p. 686, nr. 51.

¹⁷⁸ Voor een uitwerking: B. DEMEULENAERE, *I.c.*, p. 686-689, nr. 52.

¹⁷⁹ B. DEMEULENAERE, *I.c.*, p. 690, nr. 54.

¹⁸⁰ Adv. R.v.St. (afd. wetg.), 29 september 1997, *Parl. St.*, Kamer, 1997-98/1, 18-19 (memorie van toelichting bij het wetsontwerp «tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage»).

¹⁸¹ B. DEMEULENAERE, *I.c.*, p. 691, nr. 55; deze geldt naast de in het oude stelsel bestaande uitzonderingen, een ander voorbeeld is onder meer: de goedkeuring van het Verdrag van Genève van 1961, waardoor de wetgever de Belgische Staat heeft gemachtigd om overeenkomsten tot arbitrage te onderschrijven in materies beheerst door dit Verdrag; de Belgische Staat mag eveneens overeenkomsten tot arbitrage aangezien met toepassing van het Verdrag van

c) De nieuwe arbitragewet en de autonome overheidsbedrijven

124. Bij de wetwijziging van het arbitragegerecht stelt Demeulenaere de vraag of in deze nieuwe wetgeving enige consistente wijziging van de houding van de Belgische wetgever ten aanzien van arbitrage te bespeuren valt. Enerzijds valt het groeiende wantrouwen van de Belgische wetgever ten aanzien van «consumenten»-arbitrage op. Hiermee bedoelt ze arbitrage ter beslechting van geschillen tussen een institutionele partij of een bedrijf, aan de ene kant, en een individuele consument, aan de andere kant. Het voorbeeld van het wantrouwen van de wetgever ten aanzien van «consumenten»-arbitrage is art. 14 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven. Dat bepaalde, zoals gezegd, dat autonome overheidsbedrijven voortaan geldige overeenkomsten tot arbitrage kunnen sluiten, maar voegt daar meteen aan toe dat elke overeenkomst tot arbitrage die het autonoom overheidsbedrijf zou sluiten met een natuurlijke persoon vóór desbetreffend geschil gerezen is, nietig zal zijn.

125. Demeulenaere volgt de wetgever in zijn wantrouwen voor «consumenten»-arbitrage. Zij vindt arbitrage als middel ter beslechting van consumentengeschillen voor de gemiddelde consument niet onverdeeld gunstig. Arbitrage in haar klassieke vorm is immers relatief duur en bemoeilijkt daarom alleen al de rechtstoegang van de individuele consument. Bovendien verdient het volgens de auteur vanuit maatschappelijk oogpunt aanbeveling dat consumentengeschillen niet aan de publieke opinie worden onttrokken, en (ook) in de toekomst door publiek zetelende magistraten worden berecht. Deze trend wordt wel aangevuld door een tweede, minstens even belangrijke trend waarbij de arbitraliteit van bedrijfsgeschillen gevoelig wordt uitgebreid.¹⁸²

2^o De ombudsbemiddeling en het fiscaal recht

a) Probleemstelling

126. Soms rijzen problemen om met betrekking tot fiscale klachten tot bemiddeling over te gaan met een fiscaal bestuur. Kan er inderdaad over een vaststaande belasting-schuld worden bemiddeld of onderhandeld?¹⁸³ «Hoe paradoxaal en verwonderlijk het ook mag lijken, het zoeken naar oplossingen tussen de belastingplichtige en de administratie is niet alleen mogelijk, maar komt ook frequent voor. Het zoeken naar een oplossing blijft nochtans moeilijk. De wijze tot regeling van een geschil is immers niet steeds opgenomen in fiscale wetsbepalingen, maar wordt

Washington van 1965; B. DEMEULENAERE, *l.c.*, p. 691-694, nrs. 56-59; dit is het door de wetgever erkende onderscheid tussen *acta jure imperii* en *acta jure gestionis* (L. DEMEYERE, «De wet van 18 mei 1998 ...», *l.c.*, 871).

¹⁸² B. DEMEULENAERE, *l.c.*, p. 695-696, nr. 62; B. DEMEULENAERE, *De beslechting van consumentengeschillen naar Belgisch recht*, *o.c.*, 87-118.

¹⁸³ Over de fiscale onderhandeling in het algemeen: B. TILLEMAN, *e.a.*, *o.c.*, p. 295-309, nrs. 612-635 en p. 549-553, nrs. 1.149-1.158; S. HOUX en A. HAELTERMAN, «Négocier avec l'administration fiscale», in *De juris in onderhandeling*, *o.c.*, 77-94; P. GOBLET, «De fiscale onderhandeling vanuit de administratie», in *De juris in onderhandeling*, *o.c.*, 113-132.

vaak slechts gedeeltelijk geregeld of noopt tot het zoeken van een oplossing in niet-fiscale wetteksten».¹⁸⁴ is bemiddeling denkbaar, b.v. wanneer blijkt dat bij het optreden van het fiscale bestuur zorgvuldigheidsnormen zijn geschonden en een ombudsonderzoek leidt tot de vaststelling dat b.v. ten onrechte een bepaald attest noodzakelijk werd geacht voor een vrijstelling of vermindering, b.v. van de onroerende voorheffing of de afvalwaterheffing? Kunnen bemiddelingen worden georganiseerd, b.v. bij geschillen inzake heffingen op leegstaande bedrijfsruimten en op leegstaande gebouwen en/of woningen of het kijk- en luis-tergeld?

127. Het fiscaal recht wordt geacht in principe de openbare orde aan te belangen.¹⁸⁵ Aangezien het gaat om bepalingen die de essentiële belangen van de Staat of de gemeenschap betreffen of die, wat het privaatrecht betreft, tot de juridische grondslagen behoren waarop de economische of morele orde van de samenleving rust, en aangezien belastingen een essentieel element zijn voor het voortbestaan van een samenleving als de onze, raken de bepalingen van de fiscale wetgeving inderdaad de openbare orde.¹⁸⁶ Alles wat de fiscale vordering aangaat, is van openbare orde en het is derhalve een algemeen beginsel voor wat de toepassingsregels van de fiscale wetgeving betreft, net zoals het feit dat fiscale vorderingen worden gevestigd op bestaande rechtstoestanden, rechtshandelingen en feiten en het *non bis in idem*-beginsel.¹⁸⁷

128. Door dit karakter lijkt een dading tussen de belastingadministratie en de belastingplichtige omtrent de verschuldigde belasting op het eerste gezicht uitgesloten. Maar in de praktijk worden diverse akkoorden gesloten tussen de belastingplichtige en de administratie. Wat is de juridische waarde van dergelijke akkoorden? Het gaat om de individuele akkoorden met de belastingadministratie, de dading in douanegeschillen en de rulling. In de eerste plaats kijken we naar de individuele akkoorden met de belasting-administratie.

¹⁸⁴ P. GOBLET, *l.c.*, 131.

¹⁸⁵ Cass., 13 februari 1992, *F.J.F.*, 1992, 277, *J.L.M.B.*, 1992, 1.402, *Pas.*, 1992, 1, 525, *Arr. Cass.*, 1991-92, 553 en *Bull. Bel.*, 1993, 1.639; M. FEYE en C. CARDYN, *Procédure fiscale contentieuse*, Brussel, Bruylant, 1958, p. 118, nr. 95; E. GENIN en A. GENIN, *Commentaar op het wetboek der registratierechten*, Brussel, Bruylant, losbl. nr. 102, p. 51; M. LOOCKX, noot onder Brussel 15 februari 1988, *A.F.T.*, 1989, 240; C.L. LOUVEAUX, *La preuve en matière d'impôts directs*, Brussel, Bruylant, 1970, 23; C. MAES en J. GHYSBRECHT, *Le code de la taxe sur la valeur ajoutée et ses arrêts d'exécution*, Brussel, Bruylant, 1971, p. 153, nr. 69; S. VAN CROMBRUGGE, *Grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Kalmt-hout, Biblo, 49; F. WERDEFROY, *Registratierechten*, Antwerpen, Kluwer, 1991, I, p. 152, nr. 203; I. WOUTERS, noot onder Rb. Doornik 2 april 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 1.241; A. BARTHOLOMEEUSEN, «Du caractère d'ordre public ou impératif des lois fiscales», *J.D.F.*, 1987; B. TILLEMAN, *e.a.*, *o.c.*, p. 295, nr. 612.

¹⁸⁶ J.J. SPRUYT, *Inleiding tot het belastingrecht*, Brugge, Die Keure, 1992, 25; Cass., 5 maart 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 936.

¹⁸⁷ J.J. SPRUYT, *o.c.*, 25-28; zie ook: F. VANISTENDAEL, «De werkelijkheid in het belastingrecht», in X., *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1980, II, 1.063-1.076; J. KIRKPATRICK, «Le droit se fonde sur des réalités», *J. Prat. Dr. Fisc.*, 1969, 161-176.

b) Akkoorden en dadingen met de fiscale overheid

129. Diverse wettelijke bepalingen, vooral bij de indirecte belastingen, bevatten uitdrukkelijk de mogelijkheid van een dading *in fiscalibus*. Zij lijken af te wijken van het verbod op dadingen met betrekking tot fiscale geschillen.¹⁸⁸ Een eerste vraag is of «dadingen» betrekking kunnen hebben op de heffing van de belastingen. In heel wat fiscale bepalingen luidt het eerste lid: «Moeilijkheden inzake de heffing van de belastingen die vóór het inleiden van een rechtsgeding ontstaan, worden opgelost door de minister van Financiën». Beperkt dit de dading tot problemen in verband met de heffing en de kwijtschelding van de boetes of gaat het ook om geschillen met betrekking tot de vestiging van de belasting?

130. Op grond van het kader van openbare orde van fiscale wetgeving, wordt algemeen aanvaard dat bovengenoemde bepalingen niet de bevoegdheid verlenen om een dading aan te gaan betreffende de rechtspunten die (in-)direct over de wettelijke verschuldigde belasting beslissen. Dit geldt echter ook voor overeenkomsten in het nadeel van de belastingplichtige. Voor de heffing van een belasting kan de enige basis de wet zijn. Een akkoord tussen de belastingplichtige en de belastingadministratie kan niet de juridische grondslag zijn voor een betaling, gelet op het karakter van openbare orde.¹⁸⁹

131. Daarom is er een verbod om inzake fiscale geschillen overeenkomsten te sluiten waarbij door minnelijke toegevingen een geding omtrent rechtspunten wordt beëindigd of voorkomen.¹⁹⁰ Daarom ook is een dading omtrent een fiscaal-juridisch geschil niet bindend, noch ten aanzien van de overheid, noch ten aanzien van de belastingplichtige.

132. Sommigen gaan ervan uit dat er wel een recht is om een dading aan te gaan met betrekking tot louter feitelijke betwistingen. Toch kan volgens Tillemans e.a. ernstig de vraag worden gesteld of deze akkoorden als dadingsovereenkomsten kunnen worden gekwalificeerd, die onderworpen zijn aan artikel 2044 B.W.¹⁹¹

c) Toepassingen in het douane- en accijnsrecht

133. In het douane- en accijnsrecht heeft de administratie het initiatief tot de vervolging voor alle douanemisdrijven (art. 281, § 1, van de Algemene Wet inzake Douane en Accijnzen; zie ook art. 263, dat een transactiemogelijkheid bevat, en art. 264: alle transacties zijn verboden, wanneer het voor een misdrijf moet worden gehouden genoegzaam in

rechte kan worden bewezen en aan het oogmerk van een opzettelijke fraude niet kan worden getwijfeld).

134. Deze dadingsovereenkomst kan worden beschouwd als een overeenkomst waarbij de administratie tegen een bepaalde (meestal geldelijke) tegenprestatie afziet van vervolging. Het is een «transactie» als bijzondere minnelijke schikking in strafzaken. De transactie heeft tot gevolg dat de strafvordering wegens misdrijven inzake douane en accijnzen vervalt voor de feiten waarop de transactie betrekking heeft (zie art. 228 van de Algemene Wet).¹⁹² De transactie kan enkel betrekking hebben op de geldboete, de verbeurdverklaring en het sluiten van inrichtingen die bij overtreding kunnen worden opgelegd. Zij kan nooit betrekking hebben op de verschuldigde (ontdoken) belasting.¹⁹³ De transactie in de zin van art. 263 van de Algemene Wet wordt soms als een dading in de zin van art. 2044 B.W. gekwalificeerd. Zij heeft echter betrekking op de publieke (straf)vordering; daarom kan zij bezwaarlijk als een burgerrechtelijke dading worden beschouwd. Een dading in douanezaken kan moeilijk steunen op wederzijdse toegevingen, wat nochtans een constitutief bestanddeel van de burgerrechtelijke dading uitmaakt. Het betreft een publiekrechtelijke overeenkomst, die een afstand inhoudt van de strafvordering, een vermindering van straf, wegens de goede trouw van de overtreder en om redenen van efficiëntie. De administratie beschikt hier over een discretionaire bevoegdheid al dan niet een dading voor te stellen.¹⁹⁴

d) De ruling

135. Art. 345 W.I.B.1992 biedt de mogelijkheid tot het sluiten van een voorafgaand akkoord met de administratie (meer bepaald de Commissie voor voorafgaande fiscale akkoorden) omtrent de fiscale behandeling van bepaalde verrichtingen: dit wordt ook ruling genoemd. Indien de verklaring positief is, is dit akkoord aan de administratie

¹⁹² L. GHEYSSENS, «De behandeling van geschillen op het gebied van douane en accijnzen – actuele problemen», in *Actuele problemen van fiscaal recht*, S. VAN CROMBRUGGE (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1989, 240; *Douanes et Accises*, in *R.P.D.B.*, p. 213, nr. 384; vergelijk met de stedenbouwkundige transacties, *infra*, IV.A.

¹⁹³ X. PARENT, «L'application de la loi fiscale – Les accords en droit fiscal: transactions, accords, individuels et ruling», *Act. Dr.*, 1993, 355; M. FEYEN en C. CARDYN, *Procédure fiscale contentieuse*, Brussel, Bruylant, 1935, p. 377, nr. 355; R. JANSSENS DE BISTHOVEN, «Overwegingen omtrent de bestraffing van de sluikerij en de douane», *R.W.*, 1959-60, 58; R. JANSSENS DE BISTHOVEN, «Considérations sur la répression de la fraude en matière de douane», *Rev. Dr. Pén.*, 1959-60, 15; D. MERCKX, noot onder Antwerpen 24 december 1987, *R.W.*, 1988-89, 97; J. MESSINE, noot onder Brussel 22 januari 1970, *R.C.J.B.*, 1972, 78; R. VAN CAMP, «Hoe bijzonder is het bijzonder strafrecht inzake douane en accijnzen», *R.W.*, 1985-86, 842; M. VITO, *La taxe d'ouverture des débits de boissons fermentées*, Luik, Jeune Barreau, 1996, 78; *Douanes et Accises*, in *Pand. B.*, nrs. 1540-1543; *Douanes et Accises*, o.c., p. 212, nr. 383; P. VAN GERVEN, «De transactie inzake douanen en accijnzen», *R.W.*, 1962-63, 1657; Antwerpen, 28 december 1982, *F.J.F.*, nr. 83/76; de transactie slaat niet op de belasting zelf: Cass., 18 oktober 1982, *F.J.F.*, nr. 83/98 en *R.W.*, 1983-84, 865; voor dit misdrijf kan het openbaar ministerie geen straf meer vorderen.

¹⁹⁴ B. TILLEMANS, e.a., o.c., p. 304-308, nrs. 627-631.

¹⁸⁸ Zie art. 141, tweede lid, van het Wetboek Successierechten; art. 84, tweede lid, van het Wetboek B.T.W.; art. 219 van het Wetboek voor Registratierechten; *Tiberghien 1992. Handboek voor fiscaal recht*, A. TIBERGHEN (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, p. 620, nr. 4017; zie ook: *Tiberghien 1992*, o.c., p. 829, nr. 5531 en p. 841, nr. 5 592.

¹⁸⁹ W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, conclusies voor Cass. 31 mei 1949, *Pas.*, 1949, I, 407-409.

¹⁹⁰ B. TILLEMANS, e.a., o.c., p. 298, nr. 619; Bergen, 4 april 1997, *Fisc. Koerier*, 1997, 409, en *F.J.F.* 1997, 432; VAN DE WINCKELE, *Fiscale Documentatie*, B.T.W., 84/7, Brussel, Ced. Samson, 1992, 24; J. VAN HOUTTE, *Beginselen van het Belgisch belastingrecht*, Gent, Story-Scientia, 1979, I, nr. 46-47.

¹⁹¹ Voor een exhaustieve behandeling: B. TILLEMANS, e.a., o.c., p. 300-304, nrs. 622-626.

tegenwerpelijk. Het bindt haar voor de toekomst, wanneer de verrichting haar te goeder trouw wordt voorgelegd en zij niet verwezenlijkt werd vooraleer de ruling werd verkregen.¹⁹⁵ Een ruling is een voorafgaand akkoord buiten enig geschil. Gelet op het legaliteitsbeginsel in belastingzaken kan geen ruling worden verleend die strijdig is met de wet.¹⁹⁶

¹⁹⁵ B. TILLEMANS, e.a., o.c., p. 308-309, nrs. 632-635; S. HOUX en A. HAELTERMAN, l.c., 80-81; A. HAELTERMAN en H. DERYCKE, «De voorafgaande fiscale akkoorden: procedure en praktijkervaringen», *T.R.V.*, 1995, 3-25.

¹⁹⁶ S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Kalmthout, Biblo, 1994, 16; «De ruling in België en in Nederland: een vergelijking», *Fiscale actualiteit*, 1995, 16, 5; B. PEETERS, «Rechts(on)zekerheid in het belastingrecht», *T.F.R.*, 1994, p. 192, nr. 29; B. PEETERS en P. VAN CAUWENBERGH, «Het voorafgaand schriftelijk akkoord: fiscale (schijn)rechtszekerheid?», *T.F.R.*, 1993, 145-148.

¹⁹⁷ M. DE JONCKHEERE, *De gemeentelijke belastingbevoegdheid. Fiscaal-juridische aspecten*, Brugge, Die Keure, 1996, p. 293, nr. 297; voor zover de bepalingen daadwerkelijk van openbare orde zijn, hetgeen niet steeds het geval is (A. SPRUYT, o.c., 23).

¹⁹⁸ M. DE JONCKHEERE, o.c., p. 538-539, nr. 549 (althans voor lokale belastingen).

¹⁹⁹ Over de situatie vóór het nieuwe decreet van 19 mei 1999 houdende organisatie van de minnelijke ordening, *B.S.*, 8 juni 1999: B. HUBEAU en R. PEREMANS, *De sanctionering van Stedenbouwmisdrijven. Strafrechtelijke, administratieve en herstelmaatregel*, Brugge, Die Keure, 1993, p. 165-178, nrs. 76-90; L. LEYSEN, «De sanctionering van de bouwmisdrijven gepleegd in overtreding van de voorschriften van de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw», *Jura Falc.*, 1970-71, 368; J. DE SURAY, *Droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Brussel, Bruylant, 1974, p. 250, nr. 1000; R. VEKEMAN, «Ruimtelijke ordening en stedenbouw. Overzicht van rechtspraak 1982-1990», *T. Gem.*, 1992, 70; P. DE CORDIER en H. LIEVENS, «Sancties en herstelmaatregelen. Juridisch rapport», in *De recente evoluties en knelpunten in de ruimtelijke ordening en de stedenbouw*, B. SEUTIN en J. VANDE LANOTTE (red.), Brugge, Die Keure, 1988, p. 60, nr. 125; D. D'HOOGHE, «De herstelmaatregelen inzake stedenbouw», *R.W.*, 1988-89, 1.010; F. HAUMONT, *Urbanisme*, in *Rép. Not.*, T. XIV, Droit public et administratif, Brussel, Larcier, losbl. p. 461, nr. 705; A. LEBRUN, «La sanction pénale en matière d'environnement, en Région wallonne», in *La répression des infractions en matière d'environnement ... en Région wallonne*, B. JADOT (red.), Brussel, Story-Scientia, 1987, 67 en 71; R. PEREMANS, «Sancties», in *Het onroerend goed in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbl. VI.F.7-1, volledig herwerkt en geactualiseerd door B. HUBEAU; L.P. SUETENS, *Ruimtelijke Ordening - Recht en Praktijk*, Antwerpen/Utrecht, De Nederlandsche Boekhandel, 1973, 75; P. VANDEN BORRE, «Les sanctions», in F. HAMBYE, e.a., *L'aménagement du territoire et l'urbanisme*, Brussel, Larcier, 1972, 172; P. VANDEN BORRE, «Le permis de bâtir, de lotir, les certificats d'urbanisme et les sanctions», in *Le droit de la construction et de l'urbanisme*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1976, 336; R. VEKEMAN, *Ruimtelijke ordening en stedenbouw*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, reeks Recht en Praktijk, afl. 5, 1983, p. 296 e.v., nr. 303; M. BOES, «Kroniek ruimtelijke ordening en stedenbouw (1993-1998)», *R.W.*, 1998-99, 793-815; F. WASTIELS, «Bouwpolitie», in *Adm. Lex.*, Brugge, Die Keure, p. 90-91, nr. 117; F. WASTIELS, «Administratieve handleiding voor de ruimtelijke ordening en de stedenbouw», Heule, U.G.A., losbl., p. IV.IX.10, nr. 8; J. HANSENNE, *Urbanisme et aménagement du territoire en Région wallonne*, Luik, Presses Universitaires de Liège, 1986, 122; E. ORBAN DE XIVRY, «Les sanctions administratives en droit de l'environnement en Région wallonne», in *La répression des infractions en matière d'environnement ...*, o.c., 19; D. MERCKX, «Over de transactie inzake stedenbouwmisdrijven» (noot onder Antwerpen,

Een ruling heeft niet dezelfde «definitieve» gevolgen als een dading.

136. Het karakter van openbare orde van de fiscale wetgeving heeft ook gevolgen op het gebied van de procedurevoorschriften.¹⁹⁷ Cassatierechtspraak wijst erop dat om zo snel mogelijk de belastingschuld vast te leggen, bezwaartermijnen en -mogelijkheden de openbare orde raken, zodat er niet van kan worden afgeweken.

137. Ook de begrippen arbitrage, minnelijke schikking en transactie komen dus voor in het fiscaal recht. Minnelijke schikkingen zijn dus wel aanvaardbare fiscale vormen van bemiddeling.¹⁹⁸

Maar om de rol van ombudsdiensten in fiscale geschillen te optimaliseren, is het wellicht aangewezen daarvoor een wettelijke basis te verlenen, om bevoegdheidsrechtelijke redenen best in de fiscale regelgevende teksten zelf.

IV. SPECIFIEKE VORMEN VAN BEMIDDELING IN HET PUBLIEKRECHT IN HET ALGEMEEN

A. De bemiddeling in het stedenbouwrecht: de transactie of het vergelijk

1° Het principe van de transactie

138. De regeling van de transactie of het vergelijk is in het raam van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw ingevoerd in 1970 en overgenomen in het gecoördineerde decreet van 22 oktober 1996.¹⁹⁹ Het nieuwe decreet van 19 mei 1999 bevat ook een transactieregeling.

139. Naast de keuze tussen het herstel in de oorspronkelijke toestand of staking van het strijdige gebruik, de bouw- of aanpassingswerken of het betalen van een geldsom gelijk aan de meerwaarde, bevat art. 158 van het Stedenbouw-

9 juni 1988), *R.W.*, 1988-89, 856; R. SENELLE, R. PEREMANS en P. VANDEN BORRE, «Ruimtelijke ordening en stedenbouw», in *Adm. Lex.*, Brugge, Die Keure, 1979, 217; P. BOUILLARD, «Les sanctions en matière d'urbanisme: dialogue du droit et des faits», *Amén.*, 1980, afl. 8, 13; P. HAUMONT, «La régularisation d'infractions en matière d'urbanisme» (noot onder R.v.St., nr. 17.740), *Adm. Publ. (M)*, 1976, 152; F. HAUMONT, «Le point sur le permis de régularisation en urbanisme», *Amén.*, 1995, afl. 2, 67-70; R. PEREMANS, «De regularisatievergunning», *Stero*, 1981, 29; na het decreet van 19 mei 1999 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening: G. DEBERSAQUES en P. LEFRANC, «Handhavingsmaatregelen», in *Het nieuwe decreet op de ruimtelijke ordening*, B. HUBEAU (red.), Brugge, Die Keure, 1999, p. 588-590, nrs. 128-137; V. DE ROECK, e.a., *Stedenbouwzakboekje 1999*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, 622-624; S. DE TAEYE, *Handhaving ruimtelijke ordening*, Gent, Mys en Breesch, reeks C.D.P.K.-Libri, afl. 5, 1999, p. 10-11, nrs. 17-22; B. BOUCKAERT en T. DE WAELE, *Ruimtelijke ordening en stedenbouw in het Vlaamse Gewest*, Gent, Mys en Breesch, reeks C.D.P.K.-Libri, afl. 6, 2000, 207-208; B. LOUVEAUX en J. VAN YPERSELE, *Le droit de l'urbanisme en Belgique et dans ses 3 Régions (Wallonie, Flandre, Bruxelles)*, Brussel, De Boeck, 1999, p. 383-388, nrs. 383-387; voor enkele toepassingen: Rb. Antwerpen, 10 februari 1989, *R.W.*, 1990-91, 756, met noot B. BOUCKAERT; R.v.St., nr. 33.133, 5 oktober 1989, *Adm. Publ. (M)*, 1989, 142 en *T.B.P.*, 1990, 596; in dit arrest wordt erop gewezen dat het niet gaat om een administratieve rechtshandeling, maar om een overeenkomst; S. LUST, «Nog over de indirecte legaliteitstoets van herstelvorderingen en het Gentse arrest van 31 mei 1996», *R.W.*, 1996-97, p. 765, nr. 10.

decreet de mogelijkheid om een administratieve transactie te sluiten. De bestaande transactieregeling wordt verfijnd door het nieuwe decreet. De motivering voor de invoering van het vergelijk is dat er in sommige gevallen geen overtreding werd begaan op een verordenende bepaling of de overtreding van relatieve aard is. En de straf en de meerwaarde zouden niet billijk zijn.

140. Het stedenbouwdecreet bepaalt niet uitdrukkelijk welke de gevolgen zijn van het (definitief geworden) vergelijk. In art. 68, § 3 van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996, was uitdrukkelijk bepaald dat de publieke vordering en het recht van de overheid om enig verder herstel te eisen, vervallen door betaling. De enkele betaling van de transactiesom maakt in elk geval het vergelijk niet definitief, zoals dit in de oude regeling wel het geval was. Evenmin doet de betaling ervan de strafvordering vervallen. In de parlementaire voorbereiding werd gesteld dat het parket de zaak zal seponeren, wanneer de regularisatievergunning wordt afgeleverd.²⁰⁰

141. Opdat toepassing kan worden gemaakt van de transactie, moeten er twee (een positieve en een negatieve) voorwaarden vervuld zijn. Allereerst mag het in art. 146 van het Stedenbouwdecreet bedoelde misdrijf niet bestaan in het uitvoeren van werken of het verrichten of voortzetten van handelingen of wijzigingen die een overtreding inhouden van de ruimtelijke uitvoeringsplannen of plannen van aanleg, of van de uitvoering van de krachtens het decreet vastgestelde verordeningen of van de voorschriften van een verkavelingsvergunning. Ten tweede moeten die werken, handelingen en wijzigingen in aanmerking komen voor de afgifte van de vereiste vergunning.

142. Bovendien moeten drie voorwaarden op het vlak van de formaliteiten worden vervuld: de stedenbouwkundige inspecteur moet het vergelijk voorstellen, met toestemming van het college van burgemeester en schepenen; de overtreder moet de geldsom betalen en een regularisatievergunning aanvragen binnen een termijn van zes maanden na het voorstel van vergelijk.

143. Het initiatief voor het sluiten van een administratieve transactie berust uitsluitend bij de stedenbouwkundige inspecteur.²⁰¹ De transactie (of het vergelijk) kan evenwel slechts worden toegepast met toestemming, dit wel zeggen met het akkoord van het college van burgemeester en schepenen.²⁰² Er rust evenwel geen enkele verplichting op de overheid om een transactie te sluiten.²⁰³

2^o De transactie: modaliteiten

144. De transactie bestaat erin dat een geldsom wordt betaald binnen de door de stedenbouwkundige inspecteur

²⁰⁰ *Parl. St.*, VI. Parl., 1998-99, nr. 1.332/8, 112 (verslag LACHAERT); zie ook: *Parl. St.*, VI. Parl., 1998-99, nr. 1.332/1, 74; deze opportuniteitsoverweging komt uiteraard enkel toe aan het parket (S. DE TAEYE, o.c., p. 10, nr. 19).

²⁰¹ *Parl. St.*, VI. Parl., 1998-99, nr. 1.332/8, 112 (verslag (LACHAERT)).

²⁰² *Parl. St.*, VI. Parl., 1998-99, nr. 1.332/1, 74 (memorie van toelichting).

²⁰³ S. DE TAEYE, o.c., p. 11, nr. 23.

²⁰⁴ Art. 158, § 2, van het Stedenbouwdecreet; *Parl. St.*, VI. Parl., 1998-99, nr. 1.332/1, 74 (memorie van toelichting).

bepaalde termijn. De Vlaamse regering bepaalt het bedrag van de transactiesom.²⁰⁴ De Vlaamse regering bepaalt ook de wijze en de modaliteiten van betaling van de transactiesom.²⁰⁵ De betaling geschiedt thans aan het Grondfonds.²⁰⁶ De rekenplichtige van het Grondfonds geeft van de betaling onmiddellijk kennis aan de stedenbouwkundige inspecteur.²⁰⁷ De stedenbouwkundige inspecteur stelt vervolgens, op voorwaarde dat de regularisatievergunning werd aangevraagd en kan worden verleend als bepaald in art. 158, § 1, van het Stedenbouwdecreet, een certificaat op waarin de betaling van de transactiesom en de aanvraag van de regularisatievergunning worden bevestigd. Hij bezorgt dit certificaat aan de overtreder, het college van burgemeester en schepenen en de procureur des Konings.²⁰⁸ Dit certificaat is nodig om de regularisatievergunning te verkrijgen.²⁰⁹ Een afschrift van dit certificaat wordt eveneens bezorgd aan de hypotheekbewaarder, bedoeld in art. 160 van het Stedenbouwdecreet.²¹⁰

145. Indien geen regularisatievergunning werd aangevraagd binnen een termijn van zes maanden na het voorstel van vergelijk, kan geen vergelijk totstandkomen.²¹¹ De stedenbouwkundige inspecteur licht de overtreder, het college van burgemeester en schepenen en de procureur des Konings hierover in.²¹² Indien het vergelijk wordt geweigerd, licht de stedenbouwkundige inspecteur de overtreder, het college van burgemeester en schepenen en de procureur des Konings hierover in.²¹³

3^o De regularisatievergunning

146. Indien aan de voorwaarden bedoeld in art. 158, § 1, van het Stedenbouwdecreet is voldaan en indien het certificaat bedoeld in art. 158, § 2, van het Stedenbouwdecreet is opgesteld, kan een regularisatievergunning worden verleend volgens de vergunningsprocedure van het Stedenbouwdecreet.²¹⁴ De lasten en voorwaarden die kunnen worden opgelegd in het raam van de vergunning zijn ook hier van toepassing.²¹⁵ Thans kan geen regularisatievergunning meer worden verleend zonder de voorafgaande betaling van de door de stedenbouwkundige inspecteur, na toestemming van het college van burgemeester en schepenen, voorgestelde transactiesom.²¹⁶ Het vergelijk wordt slechts definitief in-

²⁰⁵ Art. 158, § 2, eerste lid, van het Stedenbouwdecreet; *Gedr. St.*, VI. Parl., 1998-99, nr. 1.332/1, 74 (memorie van toelichting).

²⁰⁶ *Parl. St.*, VI. Parl., 1998-99, nr. 1.332/1, 74 (memorie van toelichting).

²⁰⁷ Art. 158, § 2, tweede lid, van het Stedenbouwdecreet.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Art. 159, eerste lid, van het Stedenbouwdecreet.

²¹⁰ Art. 158, § 2, derde lid, van het Stedenbouwdecreet; *Parl. St.*, VI. Parl., 1998-99, nr. 1.332/1, 74 (memorie van toelichting).

²¹¹ Art. 158, § 1, tweede lid, van het Stedenbouwdecreet; *Parl. St.*, VI. Parl., 1998-99, nr. 1.332/1, 73 (memorie van toelichting).

²¹² Art. 158, § 2, derde lid van het Stedenbouwdecreet.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ Art. 159, § 1, eerste lid, van het Stedenbouwdecreet; *Parl. St.*, VI. Parl., 1998-99, nr. 1.332/1, 74 (memorie van toelichting); de regularisatievergunning kan dus stilzwijgend worden verkregen.

²¹⁵ Art. 159, § 2, derde lid, van het Stedenbouwdecreet.

²¹⁶ Art. 159, eerste lid, van het Stedenbouwdecreet.

dien de overtreders de regularisatievergunning heeft verkregen.²¹⁷ Indien de regularisatievergunning niet wordt verleend, wordt de transactiesom onmiddellijk terugbetaald.²¹⁸

4° De andere gewesten

147. Wij verwijzen voor de regeling in de andere gewesten naar art. 154, § 1 en 2 van de C.W.A.T.U.P. (Code Wallon de l'Aménagement du Territoire, de l'Urbanisme et du Patrimoine)²¹⁹ en naar art. 182, § 1 en 2, van de Brusselse Hoofdstedelijke ordonnantie van 29 augustus 1991²²⁰ voor de regeling van de regularisatievergunning. Ten aanzien van de vroegere Waalse regering is gepreciseerd dat de dading een overeenkomst is waarbij de partijen een einde maken aan een ontstane betwisting of voorkomen dat die er komt, ook inzake de dading vermeld in art. 67, § 3, van de vroegere C.W.A.T.U.P.; die heeft tot gevolg dat de strafvordering ontstaan uit een stedenbouwkundige overtreding en het recht van de overheidsorganen om enig ander herstel te vorderen, uitdoven.²²¹

B. Toepassingen in het milieurecht

1° Bestaande regelingen

148. Er zijn toepassingen in het milieurecht. Ingevolge het meststoffendecreet bestaat een van de mogelijkheden tot

²¹⁷ Art. 158, § 1, derde lid, van het Stedenbouwdecreet; *Parl. St.*, VI. Parl., 1998-99, nr. 1.332/1, 73 (memorie van toelichting).

²¹⁸ Art. 159, tweede lid, van het Stedenbouwdecreet.

²¹⁹ Zie onder meer: *La réforme du droit wallon de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, Brussel, Bruylant, 1998.

²²⁰ *B.S.*, 7 oktober 1991, gewijzigd door de ordonnances van 30 juli 1992, *B.S.*, 19 augustus 1992, 15 juli 1993, *B.S.*, 24 juli 1993, 23 november 1993, *B.S.*, 26 november 1993, 4 april 1996, *B.S.*, 23 april 1996, 19 december 1996, *B.S.*, 31 december 1996, 5 juni 1997, *B.S.*, 26 juli 1997, 26 maart 1998, *B.S.*, 17 juni 1998 en 16 juli 1998, *B.S.*, 14 augustus 1998; zie hierover: E. BREWAEYS, *Stedenbouw in Brussel*, Gent, Mys en Breesch, reeks C.D.P.K.-Libri, afl. 3, 1998, p. 86-90, nrs. 102-106; E. BREWAEYS, «Stedenbouw en planning in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest», *T.R.O.S.*, 1995, 142; F. HAUMONT, «L'ordonnance du 29 août 1991 organique de la planification et de l'urbanisme», *Amén.*, 1991, 206; *L'urbanisme à Bruxelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1992.

²²¹ Rb. Nijvel, 21 maart 1997, *Amén.*, 1997, 326.

²²² Voor een toepassing en de verhouding met een milieuvergunningsaanvraag: R.v.St., nr. 50.160, 10 november 1994; S. DE BECKER, «Nieuwe uitvoeringsbesluiten MAP gepubliceerd», *Mil. Info*, 1997, afl. 11-12, 4-7; P. VANDRIEBERKEN, «Voorwaarden voor de toekenning van een milieuvergunning voor het afzetten van mest door bemiddeling van een erkend vervoerder», *T.B.P.*, 1995, 85; zie het besluit van de Vlaamse regering van 19 maart 1996 houdende regeling van de bijkomende afnameplicht en bemiddeling voor bijkomende mestoverschotten in sommige gebieden waar verscherpte bemestingsnormen gelden, *B.S.*, 7 mei 1996, gewijzigd door het besluit van de Vlaamse regering van 15 juli 1997, *B.S.*, 17 oktober 1997.

²²³ Zie het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid, *B.S.*, 3 juni 1995, en het decreet van 19 april 1995 tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid met een titel betreffende de bedrijfsinterne milieuzorg, *B.S.*, 4 juli 1995, err. *B.S.*, 27 oktober 1995; zie nog: *Algemene bepalingen Vlaams milieubeleid en bedrijfsinterne milieuzorg*, K. DEKETELAERE (red.), Brugge, Die

afzet van door een bedrijf geproduceerde mest erin dat die mest door bemiddeling van een door de Mestbank erkend vervoerder wordt geëxporteerd naar het buitenland.²²²

149. De rol van de milieucoördinator, ingevoerd door het decreet van 19 april 1995 in de Vlaamse milieuwetgeving,²²³ de vroegere «milieuverantwoordelijke», kan ook als een bemiddelende rol worden gezien. Deze persoon is de strafrechtelijke en burgerrechtelijke aansprakelijke van het bedrijf voor milieuaangelegenheden,²²⁴ maar hij staat ook in voor de voorlichting, het doen van voorstellen en bijdragen tot de interne en externe communicatie in verband met de gevolgen voor mens en milieu van de inrichting, haar producten, haar afvalstoffen, de voorzieningen en maatregelen om deze gevolgen te beperken en de invloed van het bedrijf op milieu, omwonenden en werknemers, wat de betrokkene een gemengd statuut bezorgt.²²⁵

2° De bestuurlijke transactie als sanctie-instrument?

150. Ter gelegenheid van het voorontwerp van decreet «tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid met titels betreffende toezichtsbepalingen, administratieve sancties, veiligheidsmaatregelen en strafsancities» kwam de problematiek van de handhaving in het milieurecht aan bod.²²⁶ Wanneer de beboete persoon de opgelegde boete niet tijdig heeft betaald, «kan de ambtenaar die de boete heeft opgelegd een

Keure, reeks Milieurechtstandpunten, afl. 9, 1996; L. DE JAGER, «Het decreet op de bedrijfsinterne milieuzorg», in *Jaarboek 1996-1997*, Antwerpen, Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten/Maklu, 1997, 167-184; M. DEKETELAERE, «Het Vlaamse decreet betreffende de bedrijfsinterne milieuzorg», *Mil. Info*, 1995, afl. 9, 1-5; «Meer bedrijfsinterne milieuzorg in Vlaanderen», *Balans*, 1996, afl. 325, 1-4; «De milieucoördinator: nieuwe verplichting in Vlaanderen vanaf 4 juli», *Balans*, 1996, afl. 324, 1-3; A. ROEF, *Bedrijfsinterne milieuzorg in Vlaanderen. Een analyse van het decreet van 19 april 1995*, Antwerpen, Story-Scientia, Antwerpen, 1996; R. MERCKX, «Het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid», *Mil. Info*, 1995, afl. 10, 1-7; M. DEKETELAERE, «Krachtlijnen van het decreet bedrijfsinterne milieuzorg en zijn uitvoeringsbesluiten: aanstelling van een milieucoördinator, uitvoeren van milieu-audits, opmaken van een milieujaarverslag», *Mil. Info*, 1996, afl. 8-9, 1-15; M. DEKETELAERE, «Bedrijfsinterne milieuzorg: de milieucoördinator, milieuaudits, het milieujaarverslag, edm.», *Or (M)*, 1996, 145-157; I. LIETAER, «Commentaar decreet bedrijfsinterne milieuzorg», in *Commentaar Milieurecht Vlaams Gewest*, Brugge, Die Keure, losbl.

²²⁴ *Parl. St.*, VI. Parl., 1994-95, nr. 719/1, 8 (memorie van toelichting); W. LAMBRECHTS, *Overzicht van het Belgisch milieurecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, 184-191.

²²⁵ *Ibid.*, 187-188.

²²⁶ Zie het reeds genoemde decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid, gewijzigd door het reeds genoemde decreet van 19 april 1995 tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid met een titel betreffende bedrijfsinterne milieuzorg, door het decreet van 22 december 1995 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting, *B.S.*, 30 december 1995, en door het decreet van 8 juli 1996 houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 1996, *B.S.*, 19 oktober 1996; C. BILLIET, «De bestuurlijke geldboete in het milieurecht. Bedenkingen bij het voorontwerp van decreet inzake handhaving en veiligheid», *T.M.R.*, 1998, 310-331; zie ook onder meer: G. VAN HOORICK, «De hoofdstukken Inleidende bepalingen. Doelstellingen en beginselen en Milieuplan-

vordering tot betaling instellen voor de burgerlijke rechtbank»,²²⁷ zo luidt een ontworpen bepaling. Luidens de memorie van toelichting bij het voorontwerp is «vanuit het oogpunt van rechtsbescherming ... die procedure te verkiezen boven het eenzijdig systeem van de onmiddellijke invordering via een uitvoerbare titel». ²²⁸ Bepaling en toelichting zijn overgenomen uit de voorstellen van de Inter-universitaire Commissie tot herziening van het milieurecht in het Vlaamse Gewest (hierna: I.C.H.M.).²²⁹

151. Uit de aangehaalde procedurebepaling blijkt volgens Billiet echter duidelijk dat de beslissing van de bevoegde ambtenaar of, in beroep, de Vlaamse regering, enkel de waarde heeft van een betalingsvoorstel. Zij bezit geen uitvoerbare kracht. Wanneer het bestuur bevoegd is om bij vaststelling van bepaalde overtredingen de betaling van een bedrag voor te stellen en zich bij stilzitten van de betrokkene tot de rechter moet wenden opdat er een uitvoerbare betalingsplicht zou totstandkomen, is er geen sprake van een bestuurlijke beboetingsbevoegdheid, maar van een bestuurlijke transactiebevoegdheid.²³⁰ Opdat er sprake is van een bestuurlijke beboetingsbevoegdheid is immers vereist dat de bestuursbeslissingen die met toepassing van de betrokken bevoegdheid worden genomen, uitvoerbare kracht bezitten. De noodzaak van een voldoende rechtsbescherming voor de beboete persoon wordt opgevangen door deze persoon de mogelijkheid te geven zich binnen een bepaalde termijn tot de rechtbank te wenden wanneer hij de beboetingsbeslissing betwist.²³¹

152. Volgens Billiet bleek dat de decreetgever in het voorontwerp een bestuurlijke beboetingsbevoegdheid wil en niet een bestuurlijke transactiebevoegdheid, en bijgevolg de nodige aanpassingen zou moeten doorvoeren. Uit de memorie van toelichting bij het I.C.H.M.-voorstel blijkt eenduidig de wil tot het invoeren van een bestuurlijke beboetingsbevoegdheid. Het invoeren van een bestuurlijke transactiebevoegdheid wordt er niet in overweging genomen. Elementen waaruit belangstelling voor het invoeren van een dergelijke bevoegdheid zou kunnen worden afgeleid,

ning van het decreet houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid», *T.M.R.*, 1995, 358-372; L. LAVRYSEN, «Het hoofdstuk milieukwaliteitsnormen van het decreet houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid», *T.M.R.*, 1997, 11-26; A. ROEF, *Bedrijfsinterne milieuzorg in Vlaanderen. Een analyse van het decreet van 19 april 1995, o.c.; INTERUNIVERSITAIRE COMMISSIE TOT HERZIENING VAN HET MILIEURECHT IN HET VLAAMSE GEWEST (red.), Voorontwerp decreet milieubeleid*, Brugge, Die Keure, 1995; voor de titel Administratieve sancties, de artikelen 7.2.1. tot 7.2.8. van de I.C.H.M.-voorstellen, zie M. BOES en K. DEKETELAERE, *Titel Administratieve sancties*, *ibid.*, 716-744.

²²⁷ Art. 2.3.7., vierde lid, van het voorontwerp.

²²⁸ Memorie van toelichting, 23.

²²⁹ Art. 7.2.8. I.C.H.M.-voorstellen, toegelicht in: M. BOES en K. DEKETELAERE, *l.c.*, 744.

²³⁰ C. BILLIET, *l.c.*, p. 314, nr. 9; A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 114-115; zie ook: M. BOES, *Administratieve sancties en artikel 6 E.V.R.M. in België*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 8-9.

²³¹ C. BILLIET, *l.c.*, p. 314, nr. 9.

²³² Memorie van toelichting, 21-23; M. BOES en K. DEKETELAERE, *l.c.*, 716-744, vooral 736-739 en 739-740.

ontbreken.²³² Luidens het voorontwerp moet de bestuurlijke afdoening een alternatief vormen voor penale afdoening inzake haast alle milieumisdrijven.²³³ Rechtspolitiek gezien zou het «volkomen buitenissig zijn, mocht voor haast heel de milieucriminaliteit een bestuurlijke transactiebevoegdheid fungeren als alternatief voor de strafvordering». Billiet heeft het over «een vergissing die begaan is in de uitwerking van de bestuurlijke beboetingsbevoegdheid die blijkt geeft van een onvoldoende kennis van de bestuurlijke sanctie in kwestie. Het inzicht in de eigenheid van de sanctie is onvoldoende verworven om te leiden tot een correcte toepassing ervan in de tekstvoorstellen». ²³⁴ Ze bepleit onder meer de idee van een bestuurlijke transactiebevoegdheid, die naast de bestuurlijke beboetingsbevoegdheid zou bestaan. Het bestuur kan beginnen met een transactievoorstel. Wordt daarop ingegaan, dan is de zaak snel en eenvoudig afgehandeld. Wordt daarop niet ingegaan, kan het bestuur alsnog een boete opleggen.²³⁵

153. De administratieve boete bestaat tevens in het raam van het Mestdecreet voor het illegaal lozen van mest in waterlopen.²³⁶ Ook in het raam van de afvalwaterheffing is er een administratieve boete.²³⁷

C. Andere toepassingen

154. Op de grens met het privaatrecht bevinden zich de geschillencommissies voor consumentenaangelegenheden.²³⁸

²³³ Art. 2.3.1 van het voorontwerp.

²³⁴ C. BILLIET, *l.c.*, p. 315, nr. 10.

²³⁵ C. BILLIET, *l.c.*, p. 330-331, nr. 44; F.C.M.A. MICHIELS, «De bestuurlijke boete in het milieurecht», *Milieu en Recht*, 1998, 71.

²³⁶ Zie art. 25, § 1, van het zogenaamde «Mestdecreet» van 23 januari 1991 inzake de bescherming van het leefmilieu tegen de verontreiniging door meststoffen, *B.S.*, 28 februari 1991, als gewijzigd door het decreet van 20 december 1995, *B.S.*, 30 december 1995; zie nog over de administratieve boeten (gecombineerd met het optreden van de strafrechter): G. VAN HOORICK, *Juridische aspecten van het natuurbehoud en de landschapzorg*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 786-787, nr. 832; zie ook: A. DE LANGE, «De bestuurlijke boete in het juiste spoor», *Milieu en Recht*, 1998, 63-68; P. VAN BUUREN, «De bestuurlijke boete in het bestuursrecht», *Milieu en Recht*, 1998, 60-62; we gaan niet in op de problematiek van het al dan niet punitieve karakter en de gevolgen van de rechtsbescherming: Arbitragehof, nr. 18/95, 2 maart 1995, *B.S.*, 11 mei 1995, en *Amen.*, 1995, met noot M. BOES, «Amendes administratives sanctions pénales»; A. ALEN, «Waar een betere rechtsbescherming inzake administratieve geldboeten na de koerswijziging van het Hof van Cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999», *R.W.*, 1999-2000, 630; zie ook voor een vooropgestelde toepassing van de administratieve geldboete, art. 37 van het ontwerp van decreet betreffende de organisatie van de Elektriciteitsmarkt, het zogenaamde «Elektriciteitsdecreet»: *Parl. St.*, VI. Parl., 1999-2000, nr. 285/1, 140 (memorie van toelichting); voor een bespreking van de bevoegdheidsrechtelijke aspecten en de mogelijkheden tot indiening van een juridictioneel beroep: adv. R.v.St. (afd. wetg.), 2 maart 2000, *Parl. St.*, VI. Parl., 1999-2000, nr. 285/1, 120-126.

²³⁷ Art. 35quaterdecies van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging, *B.S.*, 1 mei 1971, err. *B.S.*, 14 juli 1971; zie hierover: M. VAN PASSEL en I. CUYVERS, «Heffingen op waterverontreiniging in Vlaanderen: enkele knelpunten», *T.M.R.*, 1999, 111; J. HEYMAN, «Vlaamse oppervlaktewaterheffing», in *Lokale en regionale belastingen*, K. DEKETELAERE en M. DEKETELAERE (red.), Brugge, Die Keure, 1998, 135.

De internationale aandacht voor de alternatieve vormen van consumentenbescherming mondde uit in onder meer een resolutie van de Raad van Europa van 25 mei 2000 inzake een communautair netwerk van nationale organen voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen.²³⁹

155. Ook inzake de overheidsopdrachtenwetgeving bestaat een bemiddelingsprocedure.²⁴⁰ De Staat kan voorts door bemiddeling van het Nationaal Instituut voor Oorlogsinvaliden, oud-strijders en oorlogsslachtoffers voorzien in de kosteloze geneeskundige verzorging van deze personen die een periode van erkenning van ten minste een jaar in een van de statuten van nationale erkentelijkheid tellen.²⁴¹ Heel vaak tenslotte gaat het ook om toepassingen van het bemiddelingsbeginsel, zonder dat daartoe een expliciete wettelijke of decretale basis voorhanden is, onder meer inzake ongewenst seksueel gedrag op het werk²⁴² of de aanstelling van emancipatie- of vertrouwensambtenaren.

V. SPECIFIEKE VORMEN VAN BEMIDDELING IN HET WELZIJSRECHT IN DE BREDE ZIN

A. De wezenlijke kenmerken van het bemiddelingsconcept in het welzijnsrecht

156. Een aantal vormen van alternatieve geschillenbeslechting in het welzijnsrecht²⁴³ is tot ontwikkeling gekomen, onder meer door de grote en principiële ongelijkheid in de rechtsposities van het welzijnsrecht van de welzijnscliënt versus de welzijnsvoorziening; bovendien is de rechtsrelatie tussen cliënt en voorziening eerder van vertrouwelijke aard: «zij (vergt) eerder een soort van zachte bemiddeling door een informele bemiddelingsinstantie ...: elke 'harde' juridische aanspraak van de welzijnscliënt zou het gevaar inhouden de subtiele vertrouwensrelatie tussen welzijnscliënt en welzijnsvoorziening meteen op te blazen».²⁴⁴ Hier wordt dan gedacht aan de instelling van een ombudsdienst of een vertrouwenspersoon, die bevoegd zou zijn voor het ontvangen en behandelen van individuele klachten van welzijnscliënten, wat drempelverlagend is en een grote deskundigheid, ook niet-juridisch, oplevert. Wel worden de traditionele procedures niet opzijgezet en dient rekening te worden gehouden met de eigen aard van de

²³⁸ Zie hierover onder meer: H. DE CONINCK, «De geschillencommissies voor consumenten», in *De rechter buitenspel*, o.c., 107-122; zie ook: H. DE CONINCK, *L'avenir des commissions de litiges. Analyse et perspectives*, Brussel, Budget et Droits, 1998.

²³⁹ *Publ. Blad*, C, 2000, 155, 1-2; zie ook de aanbeveling nummer 98/257/EG van de commissie betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen.

²⁴⁰ M. FLAMME, P. MATHEI, P. FLAMME, A. DELVAUX en C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten 1996-1997*, Brussel, Nationale Conferentie van het Bouwbedrijf, 1997.

²⁴¹ Zie het K.B. van 11 april 1999 tot vaststelling van de wijze waarop de Staat door bemiddeling van het Nationaal Instituut voor Oorlogsinvaliden, oud-strijders en oorlogsslachtoffers voorziet in de kosteloze geneeskundige verzorging van de oud-strijders en oorlogsslachtoffers die een periode van erkenning van ten minste één jaar in een van de statuten van nationale erkentelijkheid tellen, *B.S.*, 29 april 1999.

tussenkomsten van ombudsdiensten en bemiddelingsdiensten, namelijk dat zij geen bindende werking hebben. Schepers ziet ze vooral nuttig functioneren voor meer technische en administratieve klachten, zoals over de levensomstandigheden in een residentiële opvangvoorziening en niet voor fundamentele rechtsaanspraken, zoals het recht op dienstverlening of de weigering ervan, alsook bij vrijwillige aspecten van de hulprelatie (minder de dwingende of gedwongen hulprelaties; de beoordeling en toetsing van vrijheidsberovingsaspecten moeten aan de traditionele rechtscolleges toekomen). Voorts kunnen deze diensten ook de welzijnscliënten de kans geven om aanspraken uit deontologische fouten van hulpverleners te laten gelden ten aanzien van de publiek- of privaatrechtelijke instanties die over de toepassing van de beroepscode van de hulpverlener moeten waken.²⁴⁵

157. Hiervoor zij ook verwezen naar het zogenaamde Vlaamse kwaliteitsdecreet, het decreet van 15 april 1997 inzake de kwaliteitszorg in de welzijnsvoorzieningen, waarin onder meer ook een klachtrecht wordt opgenomen teneinde de cliënten in staat te stellen hun rechten te effectueren, met als elementen: bekendheid, toegankelijkheid, onafhankelijke en onpartijdige behandeling, interne of externe klachtenbehandeling, snelle behandeling met schorsende werking, hoorrecht voor de betrokken partijen, bijstand en ondersteuning van de klager en gevolgegeving aan de klacht.

B. Enkele specifieke bestaande vormen van bemiddeling in het welzijnsrecht in de brede zin

158. Er zijn verschillende onderdelen van het welzijnsrecht in de brede betekenis van het woord waarin het concept bemiddeling centraal staat bij het opzetten van een bepaalde organisatiestructuur.

1^o De bemiddelingscommissies voor bijzondere jeugdbijstand

159. Een inspiratiebron voor enkele lopende parlementaire initiatieven in het welzijnsrecht (zie *infra*, C) is wellicht de reeds langer functionerende bemiddelingscommissie voor bijzondere jeugdbijstand,²⁴⁶ georganiseerd per gerechtelijk arrondissement.²⁴⁷ De opdracht bestaat erin om te trachten een minnelijke schikking te bereiken tussen de partijen die betrokken zijn in een conflict in de vrijwillige hulpverlening of ingevolge een gebrek aan instemming van de minderjarige of zijn ouders met de hulpverleningsvoor-

²⁴² Zie de brochure «Ongewenst seksueel gedrag op het werk: da's geen werk», van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Emancipatiezaken.

²⁴³ Zie hierover: J. SCHEPERS, *Inleiding ...*, o.c., p. 354-357, nrs. 371-373; J. VAN LANGENDONCK, «Welzijnsrecht», *T.S.W.*, 1981, 21-24; B. VAN BUGGENHOUT, «Sociale grondrechten; kwaliteit en verantwoordelijkheid», in *Welzijn en gezondheid in 2002: kiezen en/of delen*, H. BAERT (red.), Leuven, Lucas, 1995, DI-7-1-10; X., *Het recht in de sociale structuren. Deelproject: Welzijnsrecht*, Brussel, Nationaal Onderzoeksprogramma Sociale Wetenschappen, Brussel, Diensten Eerste Minister, s.d., 85, 226-231 en 448-449; vergelijk: S. BOVIN, P. DE SMEDT en R. STEENS, *De psychiatrische patiënt*, Antwerpen, Van Loghum Slaterus, 1982, 199.

²⁴⁴ J. SCHEPERS, *Inleiding ...*, o.c., p. 354-355, nr. 371.

²⁴⁵ Zie: *ibid.*, p. 256-357, nrs. 372-373; D. CAUWELIER, *Ethiek van de hulpverlening*, Deurne, Van Loghum-Slaterus, 1982, 83-96.

stellen van het bureau voor bijzondere jeugdbijstand, de afwijzing van een hulpverleningsvoorstel door de sociale dienst voor bijzondere jeugdbijstand, klachten over wan-gedrag of onbuigzaamheid van de minderjarige, bemiddelingsverzoeken van parketmagistraten belast met jeugdzaken of hulpverleners werkzaam in een erkende opvangvoorziening voor minderjarigen. De commissie treedt op als een soort laatste verzoeningsinstantie, die alle kansen op slagen moet verlenen aan de vrijwillige hulpverlening van de sociale jeugdbijstand vooraleer de zaak eventueel wordt doorverwezen naar de jeugdrechtbanken. Doorverwijzing naar het parket is echter slechts mogelijk indien de commissie van oordeel is dat in het belang van de minderjarige door de jeugdrechtbank een afdwingbare pedagogische maatregel dient te worden genomen met toepassing van art. 23, § 1 van de gecoördineerde decreten.²⁴⁸

160. Die commissie wordt opgevat als een soort schot tussen de vrijwillige en de gerechtelijke jeugdbijstand.²⁴⁹ Hiertoe zal de bemiddelingscommissie tussen de opgeroepen partijen die op een of andere wijze zijn betrokken bij een conflict over de problematische opvoedingssituatie, bemiddelen met het oog op het bereiken van een minnelijke regeling. De decretales wetgever heeft meningsverschillen of zelfs conflicten over oplossingsvoorstellen met betrekking tot hulpverlening in problematische opvoedingssituaties legitiem geacht, maar is tevens van oordeel dat zulke meningsverschillen of conflicten niet meteen tot een interventie van de gerechtelijke jeugdbijstand hoeven te leiden. Door

²⁴⁶ Zie hierover onder meer: J. SCHEPERS, *Overzicht van het welzijnsrecht*, Brugge, Die Keure, 1996, reeks Welzijnsrecht, afl. 2, p. 224-258, nrs. 620-642, in het bijzonder p. 255-257, nr. 641; F. LAMMERTYN, «De bijzondere jeugdbijstand: een kwantitatieve beschrijving van de sector», in *Welzijnsgids*, Deurne, Kluwer Editorial, losbl., 42-43.

²⁴⁷ Art. 12 van de gecoördineerde decreten (de coördinatie van de decreten van 27 juni 1985 en van 28 maart 1990 gebeurde door het besluit van de Vlaamse regering van 4 april 1990, *B.S.*, 8 mei 1990); in het bijzonder; zie ook: J. SMETS, «De bemiddelingscommissies voor bijzondere jeugdbijstand», in *De rechter buitenspel*, o.c., 91-106; J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, p. 146-175, nrs. 334-430; J. SCHEPERS, *Overzicht ...*, o.c., p. 255-257, nr. 641; J.P.A. SCHEPERS, o.c., I, 101-140 en 341-386; J.P.A. SCHEPERS, o.c., II, 338-343; A. SPRANGERS, «Bemiddelingscommissies in de jeugdzorg», *Alert*, 1999, 32-48.

²⁴⁸ Art. 12, 13, 14, 15, 17 en 19 van de gecoördineerde decreten; zie ook het besluit van de Vlaamse Regering van 20 juli 1988 houdende oprichting en werkwijze van de bemiddelingscommissie voor bijzondere jeugdbijstand en van het administratief secretariaat, *B.S.*, 19 november 1990; J. SMETS, o.c., p. 152-158, nrs. 360-375; over de bemiddeling zelf: *ibid.*, p. 163-174, nrs. 390-429 en p. 171, nrs. 419-421.

²⁴⁹ *Parl. St.*, VI. Parl., 1984-85, nr. 309/1, 14 (memorie van toelichting); *Parl. St.*, VI. Parl., 1984-85, nr. 309/2, 5-7 en 17 (Verslag BOURGEOIS); het ligt in de bedoeling het hulpverleningsaanbod uit de buitengerechtelijke sector optimaal aan te wenden, zodat een behandeling van de zaak door de rechtelijke jeugdbijstand zoveel mogelijk wordt vermeden: F. DE CAUTER, *Mogelijkheden, problemen en aandachtspunten bij het opstarten van de bemiddeling inzake bijzondere jeugdbijstand*, Leuven, O.G.J.C., 1989, 11-12; G. DECOCK, *De decreten inzake bijzondere jeugdbijstand*, Brussel, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, 1991, 41; C. JACOBS, «Algemeen-juridische situering van de bijzondere jeugdbijstand», in *Bijzondere jeugdbijstand (op) zoek?*, S. CORIJN (ed.), Acco, Leuven, 1991, 15.

het instellen van de bemiddelingscommissie beoogt ze een bijkomende mogelijkheid te scheppen om via geleide samspraak, overreding en overtuiging een uitweg uit de conflictsituatie te vinden, waarbij wordt uitgegaan van de principiële gelijkwaardigheid van de bij het conflict betrokken personen.²⁵⁰

161. Toch heeft de bemiddelingscommissie dus de mogelijkheid (maar niet de verplichting) om, wanneer de bemiddeling mislukt, zaken door te verwijzen naar het openbaar ministerie met het oog op een eventuele vordering voor de jeugdrechtbank. In de memorie van toelichting werd vooropgesteld dat het comité voor bijzondere jeugdzorg aldus wordt ontheven van een verantwoordelijkheid die haar identiteit als dienst voor vrijwillige aanvaarde diensten hulpverlening in het gedrang kan brengen en het vertrouwen van de cliënten in haar werking kan schokken. De bemiddelingscommissie wordt dus tegelijk opgevat als een instantie die de scheiding tussen vrijwillige en gerechtelijke jeugdbijstand dient te waarborgen en als instantie die een overbruggende functie tussen beide sectoren heeft, zij het dat de bemiddelingscommissie – althans naar de intentie van de decreetgever – bij de uitoefening van die laatste functie selectief zou moeten tewerkgaan en dus een soort filterfunctie dient te vervullen.²⁵¹ Dit alles dient in verband te worden gebracht met art. 22 van de gecoördineerde decreten inzake bijzondere jeugdbijstand: in dit artikel wordt bepaald dat – behoudens in dringende en uitzonderlijke gevallen – het openbaar ministerie een «problematische opvoedingssituatie» slechts bij de jeugdrechtbank aanhangig kan maken wanneer de zaak door de bemiddelingscommissie naar het openbaar ministerie werd doorverwezen.²⁵²

2° De voorzieningen voor sociale arbeidsbemiddeling

162. Deze voorzieningen treden op als tussenpersoon op de arbeidsmarkt door contacten te leggen tussen de vragers

²⁵⁰ *Parl. St.*, VI. Parl., 1984-85, nr. 309/1, 5 (memorie van toelichting).

²⁵¹ *Parl. St.*, VI. Parl., 1984-85, nr. 309/1, 13 en 17 (memorie van toelichting); *Parl. St.*, VI. Parl., 1988-89, nr. 241/1, 8 (memorie van toelichting).

²⁵² Voor kritiek hierop in de rechtsleer: F. DE CAUTER, o.c., 31; C. ELIAERTS, «De toekomst van het jeugdbeschermingssysteem», in *Jeugdrecht: balans en perspectieven*, H. CAMMAER (red.), Brussel, 1989, 80; A. LINDEMANS, «De gevolgen van de nieuwe wetgeving op de functie en het beleid van het openbaar ministerie», in *Bijzondere Jeugdbijstand (op) zoek?*, o.c., 71-72; C. MAES, «Boedelverdeling en wantrouwen na de moord op een wet», *Panopticon*, 1992, 332; J. SMETS, «Het ontwerp van decreet tot wijziging van het decreet van 27 juni 1985 inzake bijzondere jeugdbijstand», *Panopticon*, 1989, 564; J. SMETS, «De bemiddelingscommissies inzake bijzondere jeugdbijstand», *l.c.*, 99; J. SMETS en G. CAPPELAERE, «Gerechtelijke jeugdbijstand, het nieuwe juridische kader», in *Jeugdrecht: balans en perspectieven*, o.c., 20-21; E. VERHELLEN, «Het decreet inzake bijzonder jeugdbijstand. Tussen twee stoelen?», *Panopticon*, 1985, 405-406; J. VANDE BUSSCHE, «Jeugdbescherming, het nieuwe systeem», *R.W.*, 1991-92, 163; C. JACOBS, «Standpunt van de Nationale Orde Advocaten over het ontwerp van decreet tot wijziging van het decreet van 27 juni 1985 inzake bijzondere jeugdbijstand», *Panopticon*, 1990, 356; K. RIMANQUE, «Juridische overwegingen m.b.t. de organisatie van de bijzondere jeugdzorg», in *Overleg en overlapping in de jeugdzorg*, H. CAMMAER (red.), Brussel, 1985, 79; C. JACOBS, *l.c.*, 356; J. SMETS, o.c., p. 146-147, nrs. 336-337.

en aanbieders van professionele arbeid in ondergeschikt verband. Vroeger hadden deze arbeidsbemiddelingsdiensten een uitgesproken sociaal karakter, omdat het niet vinden van werk een eerder uitzonderlijke gebeurtenis was: thans is het een «normale» taak in de verzorgingsstaat. Het gaat wel in het bijzonder om personen die uitgesproken zwak staan op de arbeidsmarkt, zoals gehandicapte, laaggeschoolde of langdurig werkloze personen en voor wie geen bijzondere voorzieningen bestaan. De sociale arbeidsbemiddeling gebeurt dus eigenlijk door dezelfde instellingen die de algemene arbeidsbemiddeling organiseren: de publiekrechtelijke arbeidsbemiddelingsdiensten van de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding (V.D.A.B.) en de erkende privé-arbeidsbemiddelingsdiensten.²⁵³ Deze vorm van bemiddeling is niet te verwarren met de algemeen verspreide sociale bemiddeling.²⁵⁴

3^o De sector van de sociale huisvesting

163. Ook in de sector van de sociale huisvesting is het bemiddelingsconcept institutioneel doorgedrongen, onder meer in de recente Woon- of Huisvestingscodes in het Vlaamse²⁵⁵ en in het Waalse Gewest.²⁵⁶ Een aantal voorzieningen voor sociale huurbemiddeling, de sociale verhuurkantoren enerzijds en de agentschappen voor sociale huisvesting anderzijds, bieden hulpverlening aan personen die een zwakke positie hebben op de huurwoningmarkt wegens hun precaire financiële situatie, wegens hun bijzondere woonbehoeften (zoals bejaarden of gehandicapten) of wegens bepaalde subjectieve kenmerken die door verhuurders als negatief kunnen worden ervaren op de woningmarkt (zoals migranten).²⁵⁷ Ook huurdersbonden kunnen daartoe worden gerekend.²⁵⁸ Er wordt gesproken over een vorm van «sociale bemiddeling»,²⁵⁹ die samengaat met de uitbouw van een semi-publieke huisvestingssector, die bijdraagt aan de realisatie van het sociaal woonbeleid.²⁶⁰

164. Een sociale huisvestingsmaatschappij kan voorts alleen een einde maken aan de huurovereenkomst wanneer zij

²⁵³ Zie hierover: J. SCHEPERS, *Overzicht ... o.c.*, p. 688-694, nrs. 1.069-1.074. Voor de ombudswerking van de Subregionale Tewerkstellingscomités, zie enerzijds het decreet van 31 maart 1993 houdende vaststelling van het Charter van de Werkzoekende (*B.S.*, 9 juni 1993; zie artikel 4) en het besluit van de Vlaamse regering van 21 december 1988 houdende organisatie van de arbeidsbemiddeling en beroepsopleiding (*B.S.*, 14 januari 1989).

²⁵⁴ Deze wordt door P.Y. MONETTE gerangschikt onder de «economische bemiddeling» (P.Y. MONETTE, *l.c.*, 43); J. ROMBOUTS, «De rol van de sociale bemiddelaar bij arbeidsconflicten», *Or.*, 1993, 241-246; J. ROMBOUTS, «La conciliation sociale moderne. Evolution et caractéristiques principales», *Rev. Trav.*, 1990, 22-33.

²⁵⁵ Decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode, *B.S.*, 19 augustus 1997.

²⁵⁶ Decreet van 29 oktober 1998 houdende invoering van de Waalse Huisvestingscode, *B.S.*, 4 december 1998; zie hierover: C. MERTENS en M. BOLCA, *Le nouveau code wallon du logement*, Brussel, Editions Juridiques Kluwer Belgique, reeks Lois Actuelles, 1999; B. HUBEAU, «Le code wallon du logement: une présentation générale», *Act. Jur. Baux*, 1999, 18-22.

²⁵⁷ Zie hierover: art. 56 tot 58 van de Vlaamse Wooncode; besluit van de Vlaamse regeling van 30 november 1994 houdende bepaling voor de erkennings- en subsidiëeringsvoorwaarden van sociale verhuurkantoren, *B.S.*, 31 oktober 1997; voor de antecedenten vóór de regeling in de Vlaamse Wooncode: B. HUBEAU, «Beschermd

hiervoor voldoende ernstige redenen heeft. De huurovereenkomst van een huurder, wiens jaarlijks inkomen minder dan 504.500 Belgische frank bedraagt, kan slechts worden opgezegd wegens wanbetaling, wanneer de erkende sociale huisvestingsmaatschappij een beroep heeft gedaan op de bemiddeling van het O.C.M.W.: soms wordt door budgetbegeleiding, zo blijkt uit een onderzoek van de Vlaamse Huisvestingsmaatschappij, een uithuiszetting vermeden. Een omzendbrief van 3 februari 1997 regelt dit.²⁶¹ De bedoeling is het tijdig aanreiken van een passende dienstverlening, zoals budgetbegeleiding, die in vele gevallen een verdere ontsporing van de gezinsfinanciën kan voorkomen: zo moeten de O.C.M.W.'s op een gepaste wijze inspelen op deze informatie in het raam van een actief welzijnsbeleid.

165. Ook in het raam van de Vlaamse Wooncode is soms de herhuisvesting opgelegd bij maatregelen ten aanzien van een woning of haar bewoners.²⁶² De verplichting van het O.C.M.W. tot herhuisvesting van personen van wie de woning ongeschikt of onbewoonbaar is verklaard en waarvan de woning door het O.C.M.W. wordt gerenoveerd, verbeterd of aangepast of waarvan de woning ontruimd is in uitvoering van een sociaal woonproject, zijn geen vormen van sociale hulpverlening in de zin van de wetgeving met betrekking tot de O.C.M.W.'s, maar vloeien voort uit de bepalingen van de Vlaamse Wooncode.²⁶³

166. In dit verband willen wij ook wijzen op de recente regeling betreffende de uithuiszetting in de private huurwoningen (zie art. 1344ter e.v. Ger. W.; zie *infra*).

4^o De bemiddeling en het O.C.M.W.

167. Reeds eerder vermeldde wij de plaats van het O.C.M.W. in het woonbeleid. Ook bij de plaatsing van een minderjarige door het O.C.M.W. kan bemiddeling zijn aangewezen.²⁶⁴ Wanneer de hulpverlening van het O.C.M.W. bestaat in schuldbemiddeling, moet tussen de cliënt en het O.C.M.W. een schriftelijke overeenkomst voor

en beschut wonen», in *Welzijnsgids, o.c.*, losbl.: J. SCHEPERS, *Overzicht ... o.c.*, p. 694-706, nrs. 1.075-1.080; zie ook voor psychiatrische patiënten: *ibid.*, p. 575-577, nrs. 938-940.

²⁵⁸ Zie hierover: A. VAN HOVE, «Eindelijk de doorbraak? Of blijven sleutelen in de marge?», *Alert*, 1997, 50-68.

²⁵⁹ Zie onder meer: X., *Mémento du logement*, Brussel, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1999, 77-79.

²⁶⁰ Voor een vergelijking van de concrete vormgeving in de drie gewesten: B. HUBEAU, «Le logement social dans les trois régions: des divergences dans la convergence – Conclusions à la lumière de la réglementation dans les autres régions», in *Logement social. Un état des lieux pour demain*, Brussel, La Charte, Reeks Loi et Société, 1999, 267 en 271.

²⁶¹ Omzendbrief van 3 februari 1997 WEL-97/01 omtrent de bemiddeling van het O.C.M.W. bij uitdrijvingen uit sociale woningen, *B.S.*, 21 februari 1997 (zie: M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU en J. VANDENBERGHE, *Huurzakboekje 1999*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, 108-109).

²⁶² Zie onder meer art. 15, § 1, derde lid. en art. 17, eerste lid, van de Vlaamse Wooncode; zie hierover: P. DE SMEDT, «De woonkwaliteitsregeling in de Vlaamse Wooncode», in *De Vlaamse Wooncode, lokaal woonbeleid en woonkwaliteit*, B. HUBEAU (red.), Brugge, Die Keure, 1999, p. 119-120, nrs. 106-109; deze plicht rust ofwel op de burgemeester ofwel op de initiatiefnemer van een bepaald woonproject.

schuldbemiddeling worden gesloten.²⁶⁵ In dit deel over het O.C.M.W. kan ook worden vermeld dat in feite de zogenaamde «integratiecontracten» in het raam van de tussenkomsten van de O.C.M.W.'s, gekoppeld aan het verstrekken van het bestaansminimum of een andere vorm van steunverlening, daarvan een toepassing zijn: het gaat om «bemiddeling op maat».²⁶⁶ De mogelijke rol van het O.C.M.W. in de collectieve schuldenregeling en schuldbemiddeling bevindt zich op het eerder genoemde grensgebied tussen publiek- en privaatrecht.²⁶⁷

168. Ook inzake de regeling van de minimumlevering van nutsvoorzieningen is een soort bemiddelingsprocedure ingesteld. Aan de ene kant bepaalt art. 3 van het decreet van

²⁶³ Art. 18, § 2 en art. 60, § 3 van de Vlaamse Wooncode; J.P.A. SCHEPERS, o.c., I, 80.

²⁶⁴ Zie onder meer: Bergen, 7 maart 1995, *J.T.*, 1995, 519 en *J.Dr. Jeun.*, 1995, 327.

²⁶⁵ Art. 9, § 7, van het decreet van 24 juli 1996 houdende regeling tot erkenning van de instellingen voor schuldbemiddeling in de Vlaamse Gemeenschap, *B.S.*, 5 oktober 1996.

²⁶⁶ Zie hierover: B. HUBEAU, «Arm recht? Over de kansrijke relatie tussen recht en armoede», in *Arm recht?*, Antwerpen/Leuven, Maklu/Garant, 1998, p. 84-86, nrs. 139-143; J. VRANKEN, D. GELDOLF en G. VAN MENXEL, *Jaarboek Armoede en Sociale Uitsluiting 1997*, Leuven/Apeldoorn, Acco, 1997, 65-66; G. VAN MENXEL en L. NOTREDAME, «Het bestaansminimum als instrument voor armoedebestrijding. Naar een nieuw maatschappelijk project voor de 21^{ste} eeuw?», *T.S.R.*, thema-nummer *Armoede, menselijke waardigheid en arbeidsgerechten*, 1999, 478; D. CUYPERS en B. DE VOS, «Subjectief recht op maatschappelijke dienstverlening: overzicht van rechtspraak 1994-1998», *ibid.*, 596-597; D. CUYPERS, H. PAS en S. VERSTRAETEN, «Overzicht van rechtspraak 1992-1997 – Bestaansminimum», *ibid.*, 708-710.

²⁶⁷ De schuldbemiddeling is ingevoerd door de wet van 5 juli 1998 betreffende de collectieve schuldenregeling en de mogelijkheid van verkoop uit de hand van in beslag genomen onroerende goederen, *B.S.*, 31 juli 1999, err. *B.S.*, 18 september 1999; zie de artikelen 1675/2 tot 1675/19 Ger. W.; voor een toelichting bij de nieuwe procedure, zie onder meer: B. DE GROOTE, *De collectieve schuldenregeling*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1999; G. DE LEVAL, *La loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif des dettes et à la possibilité de la vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, Liège, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, 173; A. DE WILDE, «Collectieve schuldenregeling voor particulieren», *R.W.*, 1998-99, 657; *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, E. DIRIX en P. TAELEMAN (red.), Antwerpen, Intersentia, 1999, 306; S. SNAET, «De wet betreffende de invoering van een collectieve schuldenregeling voor niet-handelaars: een eerste commentaar», *Waarvan Akte*, 1999, 13 en 25; B. DE GROOTE, «Huurders, verhuurders en de collectieve schuldenregeling: verkenning van een juridisch mijnveld», *T. Huur.*, 1999, 57-64.

²⁶⁸ Decreet van 20 december 1996 tot regeling van het recht op minimumlevering van elektriciteit, gas en water, *B.S.*, 8 februari 1997.

²⁶⁹ Deze procedure is ingevolge art. 4 van genoemd decreet geregeld door de Vlaamse regering; zie het besluit van de Vlaamse regering van 16 september 1997 betreffende de samenstelling en de werking van de lokale adviescommissie omtrent de minimale levering van elektriciteit, gas en water, *B.S.*, 15 november 1997; besluit van de Vlaamse regering van 16 september 1997 tot vaststelling van de minimale levering van elektriciteit en tot regeling van de procedure bij wanbetaling, *B.S.*, 15 november 1997; zie ook: omzendbrief van 25 november 1997 betreffende het recht op minimumlevering van elektriciteit, gas en water – rol van de lokale adviescommissie, *B.S.*, 31 januari 1998.

20 december 1996 over het recht op minimumleveringen van nutsvoorzieningen dat «elke abonnee ... het recht (heeft) op een minimale en ononderbroken levering van elektriciteit, gas en water voor huishoudelijk gebruik om, volgens de geldende levensstandaard, menswaardig te kunnen leven».²⁶⁸ Er is een procedure uitgewerkt die moet worden nageleefd bij wanbetaling door de abonnee,²⁶⁹ met adviesverlening door een daartoe speciaal aangeduide commissie, waarbij bemiddeling een rol speelt. In het bijzonder wordt in elke gemeente een lokale adviescommissie opgericht, die advies uitbrengt over de volgende gevallen: als de distributeur de toevoer van energie wil afsluiten omdat er sprake is van een klaarblijkelijke onwil of fraude van de abonnee en als het verzoek tot heraansluiting van de abonnee, gericht aan de distributeur, wordt geweigerd. De rol van een vertegenwoordiger van het O.C.M.W. is daarin van determinerend belang, omdat het de voorzitter of de maatschappelijk assistent(e) van de sociale dienst van het O.C.M.W. of diens afgevaardigde is; ook een deel van de leden heeft een band met het O.C.M.W. en het secretariaat wordt door het O.C.M.W. waargenomen. Het gaat hier dus om een tussenstap in de richting van een afsluiting van de nutsvoorzieningen en eventueel een gerechtelijke procedure.

169. Vergelijkbaar is de regeling in verband met de uithuiszetting. De wet van 30 november 1998 tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de rechtspleging inzake huur van goederen en van de wet van 30 december 1975 betreffende de goederen, buiten particuliere eigendommen gevonden of op de openbare weg geplaatst ter uitvoering van vonnissen van uithuiszetting, biedt een bijkomende bescherming aan een kwetsbare groep in de samenleving door enerzijds het O.C.M.W. tijdig op de hoogte te brengen van een procedure waarin de uithuiszetting wordt gevorderd en anderzijds door de uithuiszetting aanbevolen in een vonnis slechts toe te staan na de naleving van een bepaalde termijn. Tevens wordt in de wet een regeling bepaald voor de goederen die zich na deze termijn nog in de woning zouden bevinden en dus door de gerechtsdeurwaarder op straat zullen worden gezet.²⁷⁰

170. De nieuwe bepalingen werden in het Gerechtelijk Wetboek ingevoegd in hoofdstuk XVbis van boek IV van het vierde deel betreffende de rechtspleging inzake de huur van goederen. Deze nieuwe bepalingen betreffen een verbintenis om te doen of niet te doen en zijn dus een vorm van reële uitvoering, die in het Gerechtelijk Wetboek bijna niet is geregeld. Tijdens de parlementaire besprekingen werd dan ook overwogen om de bepalingen in het deel V betreffende het bewarend beslag en de middelen van tenuitvoerlegging in te voegen. Uiteindelijk werd geen dergelijk nieuw deel in het Gerechtelijk Wetboek ingevoegd, maar er werd wel een bijkomend art. 1344sexies gecreëerd, waardoor ook de situatie waarin de uithuiszetting een andere basis heeft dan een huurovereenkomst, wordt geregeld. Ook deze bepaling

²⁷⁰ Het gaat om de wet van 30 november 1998 tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de rechtspleging inzake huur van goederen en van de wet van 30 december 1975 betreffende de goederen, buiten particuliere eigendommen gevonden of op de openbare weg geplaatst ter uitvoering van vonnissen van uithuiszetting, *B.S.*, 1 januari 1999; V. TOLLENAERE, «De uithuiszetting. Bespreking van de wet van 30 november 1998», *T. Huur.*, 1999, 15-23.

is nu derhalve ingevoegd in het hoofdstuk over de rechtspleging inzake de huur van goederen, hoewel zij een ruimere draagwijdte heeft. In art. 1344ter Ger. W. wordt bepaald dat het O.C.M.W., ingeval een vordering tot uithuiszetting wordt ingeleid, onmiddellijk op de hoogte wordt gebracht.

5^o Andere toepassingen

171. De sociale beampten van de parketten hebben tevens een bemiddelingstaak, zoals de opvang van slachtoffers van misdrijven en de bemiddeling inzake strafrechtelijke geschillen, met daarbij onder andere de specifieke taak van bemiddelingsassistent.²⁷¹

172. Voorts zijn er nog de vertrouwensartscentra en centra voor hulpverlening inzake kindermishandeling,²⁷² de adoptiediensten, die bemiddelen bij adoptieprocedures²⁷³ en de diensten voor huwelijks- en relatiebemiddeling.²⁷⁴

C. Komend recht

173. De idee van de bemiddeling komt ook voor in twee recente voorstellen van decreet, ingediend bij het Vlaams Parlement over de rechten van gebruikers in de welzijnsvoorzieningen.²⁷⁵ Het wordt gezien als een tussenfase in een getrappt systeem van klachtvoorziening voor deze gebruikers: na een interne procedure kan een beroep worden gedaan op deze bemiddelingscommissie, die per sector wordt georganiseerd. De bemiddelingscommissie «is gemakkelijk toegankelijk en vormt het aanspreekpunt waar de gebruiker terecht kan met al zijn vragen».²⁷⁶ Ze vormt de basis voor een eventueel vergelijk en informeert de gebruiker over de

²⁷¹ K.B. van 1 februari 1995 tot vaststelling van de personeelsformatie van de maatschappelijke assistenten, van de bemiddelingsassistenten en van de bemiddelingsadviseurs bij de parketten, *B.S.*, 17 februari 1995; J. SCHEPERS, *Overzicht ...*, o.c., p. 128, nr. 511.

²⁷² Besluit van de Vlaamse regering van 8 juli 1987 houdende vaststelling van de voorwaarden van erkenning en subsidiëring van centra voor hulpverlening inzake kindermishandeling, *B.S.*, 15 januari 1988, gewijzigd door de besluiten van 19 december 1990, *B.S.*, 22 februari 1991, 19 januari 1994, *B.S.*, 15 februari 1994 en 20 juli 1994, *B.S.*, 25 oktober 1994; SCHEPERS, *Overzicht ...*, o.c., p. 158-159, nr. 543; J.P.A. SCHEPERS, o.c., I, 331-340.

²⁷³ Decreet van 3 mei 1989 houdende erkenning van adoptiediensten, *B.S.*, 12 augustus 1989; J. SCHEPERS, *Overzicht ...*, o.c., p. 160-161, nrs. 544-546; J.P.A. SCHEPERS, o.c., I, 322-333; zie het decreet van 15 juli 1997 inzake interlandelijke adoptie, *B.S.*, 23 september 1997.

²⁷⁴ Wet van 9 maart 1993 ertoe strekkende de exploitatie van huwelijksbureaus te regelen en te controleren, *B.S.*, 24 april 1993 en decreet van 10 november 1993 houdende maatregelen tot kwaliteitsverbetering van de dienstverlening door huwelijks- en relatiebemiddelaars, *B.S.*, 22 december 1993; J. SCHEPERS, *Overzicht ...*, o.c., p. 181-183, nrs. 567-569.

²⁷⁵ *Parl. St.*, VI. Parl., 1999-2000, nr. 99/1 (voorstel van decreet «houdende de regeling van de rechten van gebruikers in de welzijnsvoorzieningen»).

²⁷⁶ *Ibid.*, 7 (memorie van toelichting); de relatie met de Vlaamse Ombudsdienst is niet echt uitgeklaard; zie over dit laatste, onder meer: *Parl. St.*, VI. Parl., 1999-2000, nr. 99/2, 8 en nr. 104/2, 8 (advies van het Kinderrechtencommissariaat).

²⁷⁷ *Parl. St.*, VI. Parl., 1999-2000, nr. 99/1, 8 (memorie van toelichting); zie art. 13 tot 16 van dit voorstel van decreet voor de concrete regeling.

klachtmogelijkheden. Ze vervult «een informatieve, verzoenende en bemiddelende functie».²⁷⁷ In het voorstel van decreet houdende de rechtsbescherming en de inspraak van gebruikers van welzijnsvoorzieningen wordt de oprichting van een zuivere klachtencommissie per welzijnsvoorziening vooropgesteld.²⁷⁸

174. Deze voorstellen kaderen in een algemene trend om de positie van gebruikers in hulpverleningsrelaties te verbeteren en hen ook rechtsbescherming te bieden, onder meer door de formulering van een aantal rechten van gebruikers (recht op hulpverlening, recht op inspraak, enzomeer) en door de regeling van de hulpverleningsovereenkomst enerzijds en de klachtregeling anderzijds.²⁷⁹

VI. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

A. De publiekrechtelijke bemiddeling een kans geven

175. Het is duidelijk dat de bemiddeling (arbitrage en transactie, vergelijk en dading) in het publiekrecht organisch is gegroeid. Hier en daar zijn specifieke vormen van bemiddeling ontstaan in het raam van de preventieve rechtsbescherming: in het bijzonder verwijzen wij naar de ombudsfunctie. Anderzijds kregen ze vorm in bepaalde sectorale aangelegenheden. De enkele toepassingen die we schetsten zijn eerder losstaande regelingen, waarbij niet wordt uitgegaan van een visie en een algemeen kader op de publiekrechtelijke bemiddeling. De concrete regelingen zijn nogal *ad hoc* uitgewerkt. Soms is de bemiddeling, in dat verband meestal transactie genoemd, een bestuurlijke sanctie. In andere gevallen is zij gericht op vermindering van procedures en heeft ze veel weg van een alternatieve vorm van conflictoplossing. In sommige gevallen is de keuze voor een administratieve transactie evenmin bewust, noch beredeneerd gebeurd: wij verwijzen naar de problematiek van de bestuurlijke boete dan wel bestuurlijke transactie in het milieurecht. Er is derhalve duidelijk geen sprake van een algemene theoretische en uniforme invulling van het concept bemiddeling en arbitrage in het publiekrecht. Dit is een eerste vaststelling.

176. Een eerste uitgangspunt is derhalve dat vanuit ernstige studie en onderzoek, die moeten worden verricht naar de diverse vormen van publiekrechtelijke bemiddeling, een algemeen kader wordt uitgewerkt voor deze publiekrechtelijke bemiddeling. Het gaat hier dan vooral om de bemiddeling als alternatieve vorm van conflictvermindering, -beheersing en/of -oplossing, minder als sanctie-instrument.

177. De meest uitgewerkte toepassing en variant is wellicht de ombudsfunctie, waarbij we uitvoerig stilstonden.

²⁷⁸ *Parl. St.*, VI. Parl., 1999-2000, nr. 104/1, 7 (memorie van toelichting): een grote vrijheid wordt aan de voorziening zelf verleend om deze te organiseren.

²⁷⁹ Zie hierover onder meer: J. SCHEPERS, *Inleiding ...*, o.c., 367-368; *Clïëntgerichte perspectieven in de welzijnszorg*, G. LOOSVELDT en B. VAN BUGGENHOUT (red.), Leuven/Apeldoorn/Antwerpen, Garant/Maklu, 2000; *Jaarverslag Kinderrechtencommissariaat 1998-1999*, Brussel, Kinderrechtencommissariaat, 1999, 89-91; zie het eerder genoemde advies van het Kinderrechtencommissariaat; J. SCHEPERS, «Welzijnsrecht, cliënten geprangd tussen overheid en voorzieningen?», *Alert*, 1997, 71; L. BOUCKAERT en J. VANDENHOVE, *Het welzijn van de zorg (over sociale verantwoordelijkheid en management)*, Leuven, Acco, 1996.

Het ombudsfenomeen is in ons land pas vrij recent tot standgebracht en vooralsnog niet tot volledige volwassenheid gekomen. Pas als dat zo is, kan worden onderzocht of een gerechtelijke procedure opgeschort kan worden tijdens de klachtenbehandeling door een parlementaire ombudsdienst. Een beroep doen op een ombudsdienst wordt dan pas voor de burger een reëel alternatief voor een gerechtelijke procedure. Een behoorlijke klachtenbehandeling onderstelt immers dat de burger duidelijkheid krijgt over het effect en de efficiëntie van de verschillende beroeps- en ombudsprocedures. Deze voorstellen werden reeds eerder geformuleerd, onder meer door de federale ombudsmannen²⁸⁰ en de Vlaamse ombudsman.²⁸¹ In een aantal landen zijn de ombudsfunctie en het gerechtelijk recht op die wijze opgevat dat deze schorsende werking geldt. Wil men de bemiddeling, vooral de geïnstitutionaliseerde vormen in het publiekrecht, echter een echte kans geven, dienen naar onze mening ook en vooral de termijnen voor de bestaande georganiseerde administratieve beroepen te worden opgeschort, zolang het (beter) gereguleerde beroep op de bemiddeling voortduurt, en dit binnen bepaalde termijnen.²⁸²

178. Sommigen pleiten voor een (grondwettelijke) erkenning van het klachtrecht bij een ombudsman: dit lijkt ons niet per se op het constitutionele niveau te moeten worden geregeld.²⁸³ Huyse acht verbeteringen mogelijk op het vlak van de regelgeving, vooral in de publieke sector (waarborging van de onafhankelijkheid en de precisering van het actieveld en doorverwijzingsfunctie) en op het vlak van de procedures (registratiesysteem, behandelingsduur, samenwerking met administratie, een eventueel initiatiefrecht, enzomeer).²⁸⁴

179. Om duidelijk zicht te krijgen op interne en externe klachtenbehandeling of eerste- en tweedelijnsklachtenbehandeling, zou de regeling van de interne, eerstelijnsklachtenbehandeling beter wettelijk of decretaal moeten worden geregeld. Dat is zo zowel voor de centrale bevoegdheidsniveaus (op het federaal niveau en wat de Gemeenschappen en de Gewesten betreft)²⁸⁵ als voor de lokale bevoegdheidsniveaus door middel van een klachtenwet of -decreet.²⁸⁶ In het raam van de openbaarheid van bestuur is het dan ook zinvol de beroepsmogelijkheid op een parlementaire ombudsdienst zoveel mogelijk te vermelden in in-

formatieve en besluitvormingsdocumenten van de betreffende overheid, alsook bij de indiening en behandeling van klachten op de eerste lijn. De thans bestaande rechtsongelijkheid, die het gevolg is van het niet overal invullen van de lokale ombudsfunctie, zou kunnen worden opgevangen door een allesomvattend initiatief met mogelijkheden tot eigen invulling dan wel interlokale samenwerking.²⁸⁷ Een zekere verdere stroomlijning van het ombudslandschap is wellicht nodig.

180. Een volgend uitgangspunt, waarmee het beroep op de publiekrechtelijke bemiddeling zou kunnen worden opgewaarderd, heeft te maken met de veralgemening van bezwaarprocedures in de gevallen waarin niet tot bemiddeling kan worden overgegaan. Het valt echter aan te bevelen om daar waar de burger met de diverse overheden in contact komt, te voorzien in een stelsel van georganiseerd en geformaliseerd bezwaarrecht.²⁸⁸ Dat valt te verkiezen boven een systeem van willig beroep. Daarbij moet de vermenigvuldiging van procedures met een impliciete afwijzing als regel worden stopgezet, om het inactieve bestuur niet te belonen voor zijn inactiviteit.²⁸⁹

181. We wezen voorts op de specifieke moeilijkheden van de bemiddeling *in fiscalibus*, voor zover de ombudsfunctie aanstuurt op een bemiddeling, alsmede op het feit dat de ruimte van het fiscale bestuur om tot dading over te gaan beperkt of onbestaand is. Bij een eventuele verruiming van de mogelijkheden mogen geenszins het karakter van openbare orde en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (in het bijzonder het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel) worden geschonden. Een wettelijke verandering is dan ook aangewezen

182. Een kans geven aan de bemiddeling in het publiekrecht heeft ook gevolgen voor de opleiding tot en de bescherming van de titel bemiddelaar. Totnogtoe hebben wetgevende initiatieven zich vooral beperkt tot het statuut van de bemiddelaars, onder meer in familiale aangelegenheden (scheidingsbemiddeling).²⁹⁰ Ook zijn talrijke (opleidings-)initiatieven te noteren, ook in de traditionele juridische beroepsgroepen, een zoektocht naar nieuwe markten of professionele legitimiteit.²⁹¹ Naar onze mening moeten wetgevende initiatieven op dit vlak eerder materiële mogelijkheden en faciliteiten bevatten.

²⁸⁰ Zie de jaarverslagen 1997, 1998 en 1999.

²⁸¹ Zie *Jaarverslag 1999*, 168.

²⁸² Zie *supra* III.C.

²⁸³ Zie de algemene aanbeveling AA 97/2 van de federale ombudsmannen (*Jaarverslag 1999*, 270); er wordt ook gepleit voor de mogelijkheid voor het college van federale ombudsmannen om een prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof: algemene aanbeveling AA 97/5 (*Jaarverslag 1999*, 270); J. CLEMENT, W. PAS, B. SEUTIN en J. VAN NIEUWENHOVE, o.c., 108.

²⁸⁴ L. HUYSE, «De rol van de ombudsdienst in onze samenleving», *l.c.*, 167-170.

²⁸⁵ Zie het voorstel van decreet houdende toekenning van een klachtrecht ten aanzien van bestuursinstellingen, *Parl. St.*, VI. Parl., 1999-2000, nr. 272/1.

²⁸⁶ Zie ook het voorstel nummer 1999-03 van de Vlaamse Ombudsdienst (*Jaarverslag 1999*, 169); in Nederland is dit een afzonderlijke titel in het Algemene Wet Bestuursrecht (zie *Klachtrecht in de Algemene wet Bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, reeks Dossierkennis, 25.837, 1999).

²⁸⁷ Zie hierover: B. HUBEAU, «Een toetsing ...», *l.c.*, 138-142; B. HUBEAU, e.a., «Informatie, klachtbehandeling en ombudsfunctie. Een klacht als geschenk uit de hemel», *De Gemeente*, 1999, afl. 4, 19-24; B. HUBEAU, «Nieuwe discussie over klachtenmanagement is een noodzaak», *Terzake*, 1998, afl. 9, 26-28.

²⁸⁸ Vergelijk in Nederland het kabinetsstandpunt: «Juridisering in het openbaar bestuur», *Tweede Kamer*, 1998-99, nr. 26.360/1; zie ook: *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 0679/001 (voorstel van «Algemene wet bestuursrecht»), art. 61 e.v.

²⁸⁹ Over dit inactieve bestuur, zie vooral: I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1992.

²⁹⁰ K. TIMMERMAN, *l.c.*, 593-594; zie ook: S. BROUWERS, «Scheidingsbemiddeling», in *l.c.*, X-7-1-8; S. BROUWERS, «Het juridisch statuut van de advocaat-scheidingsbemiddelaar», *R.W.*, 1998-99, 625-631.

²⁹¹ Voor «traditionele» en andere «markten» voor juristen: L. HUYSE en H. SABBE, *De mensen van het recht*, Leuven, Van Halewijck, 1997.

B. Wetenschappelijke doorlichting van en verder onderzoek over de ombudsfunctie zijn noodzakelijk

183. We wezen reeds op de noodzaak van verder onderzoek over de ombudsfunctie. Het doel is een verbetering van de kennisverwerving over de gevolgen van de uitspraken en de werkzaamheden van de ombudsman. Men kan denken aan een zogenaamde «ombudseffectmeting»: tussen een intern en een extern opvolgingssysteem in ligt de organisatie van een ombudseffectmeting (vergelijk met milieueffectmeting en -rapportering; kinderrechtereffectmeting en -rapportering). De effectmeting kan plaatshebben aan de kant van het publiek: dan wordt het een soort klantsatisfactiemeetsysteem.

184. Voorts zijn de institutionalisering en verwetenschappelijking van het ombudsgegeven van belang. Terwijl

justitiële uitspraak in tijdschriften permanent het voorwerp is van opname van uitspraken, al dan niet met commentaar, zou dit meer voor ombudsuitspraken moeten gebeuren in eigen of andere tijdschriften. In Nederland heeft enkele jaren het blad «Klachtrecht» bestaan. Een nadeel van een eigen tijdschrift is de mogelijke navelstaarderij als gevolg. Anderzijds wordt het ombudsgegeven in die zin toch het voorwerp van wetenschappelijke studie, wat naar ons oordeel nog te weinig het geval is. Bepaalde landen hebben een eigen ombudsmaninstituut, al dan niet aangehecht bij één of meer universiteiten. Bij de verwetenschappelijking van het instituut kan evenmin de rol van het International Ombudsman Institute over het hoofd worden gezien.

Bernard HUBEAU
Vlaams Ombudsman

DE MINNELIJKE SCHIKKING EN DE BEMIDDELING IN STRAFZAKEN

I. INLEIDING

In navolging van buitenlandse voorbeelden werden ook in het Belgisch strafrechtssysteem procedures ontwikkeld waardoor aan het parket de bevoegdheid wordt verleend om zonder rechterlijke tussenkomst zaken af te handelen. Meer concreet bieden zowel de bemiddeling in strafzaken als de minnelijke schikking de parketmagistraten de mogelijkheid misdrijven op een buitengerechtelijke, lees alternatieve, wijze af te handelen.

De onmacht van de traditionele afdoening in strafzaken om een halt toe te roepen aan de stijging van bepaalde veel voorkomende criminaliteitsfenomenen, stimuleerde de ontwikkeling van dergelijke alternatieve afhandelingsmodaliteiten. Daarnaast werd het zoeken naar zinvolle alternatieven voor de korte gevangenisstraf in de hand gewerkt doordat deze straffen als te duur en hinderlijk voor de wederaanpassing in de maatschappij werden ervaren. De beveiliging van de maatschappij is immers niet gebaat bij een onnuttige, desocialiserend werkende vrijheidsberoving. Ook de stigmatiserende effecten van het doorlopen van de klassieke rechtsgang wou men, in de mate van het mogelijke, vermijden door zich te onthouden van strafvervolging en door de betrokkenen te verwijzen naar de hulpverlening.

In dit zoeken naar een evenwicht tussen rechtshandhaving en rechtsbescherming werden de klassieke beginselen van vergelding en intimidatie aangevuld met de strategie van de individuele preventie en resocialisatie. De bemiddeling in strafzaken en – zij het in beduidend mindere mate – de minnelijke schikking laten zich wat dit betreft duidelijk kenmerken door hun geïndividualiseerd en resocialiserend karakter. Aan de betrokkene worden voorwaarden en/of uitvoeringsmodaliteiten opgelegd die inspelen op de specifieke persoonlijke en sociale toestand van de betrokkene en in zekere mate in relatie staan tot het gepleegde misdrijf.

De recente valorisatie van het slachtoffer in het strafproces en de positieve effecten die men verwacht van een samenbrengen van dader en slachtoffer, hebben de totstandkoming van alternatieve systemen, zoals de bemiddeling in strafzaken, verder begunstigd.

Een alternatieve afhandeling impliceert tenslotte een vermindering van de werklast, zowel op het niveau van de rechtbanken als op parketniveau. De vonnisgerechten worden ontlast. Het openbaar ministerie ziet zijn werklast verminderd. Het dient niet langer voor de bewijsvoering in te staan zoals het zich evenmin over de strafvordering in hoger beroep dient te bekommeren, noch over de strafuitvoering indien er uiteindelijk een veroordeling wordt uitgesproken.

In navolgende bladzijden worden de bemiddeling in strafzaken en de minnelijke schikking nader besproken. Meer in het bijzonder zal, na een situering van beide procedures in hun historisch-maatschappelijke context, het juridisch kader van beide procedures worden toegelicht. Daarnaast zal eveneens de actuele toepassing van beide procedures in België worden geëvalueerd. Vervolgens worden met betrekking tot de bemiddeling in strafzaken, Duitsland en

Oostenrijk, vertegenwoordigers van een traditioneel door het legaliteitsprincipe gekenmerkte continentaal rechtssysteem, vergeleken met Engeland en Wales, representatief voor het op het opportuniteitsprincipe gefundeerde *common law*-systeem met ruime discretionaire bevoegdheden op alle echelons van de strafrechtspleging. Op basis hiervan zullen tenslotte een aantal algemene eindconclusies omtrent beide alternatieve afhandelingsystemen worden geformuleerd.

II. EEN STRAFRECHTIDEOLOGISCHE TERUGBLIK

A. Situering

Wat zich de laatste decennia binnen de strafrechtspleging en de criminologie/victimologie aandient onder de hoofding «herstelbemiddeling», «dader-slachtoffer-bemiddeling», «schade-/conflictbemiddeling» en «reparative»¹ of «restorative justice»² vormt de uitloper van een ontwikkeling waarmee men binnen de rechtspleging in de algemene zin reeds een hele tijd vertrouwd is. Immers, binnen diverse maatschappelijke actievelden worden conflicten, spanningen en problemen al geruime tijd via de mediatietechniek afgehandeld.³ Het gebruik van de (collectieve) overleg- en bemiddelingsstrategie bij de aanpak van conflicten is kenmerkend voor het overlegmodel dat na de Tweede Wereldoorlog werd uitgebouwd in het domein van de arbeids- en sociale verhoudingen. Bemiddeling heeft nu eenmaal het grote voordeel dat het een groot toepassingsgebied kan bestrijken en op een soepele, uiteenlopende wijze kan

¹ E. WEITEKAMP, «Reparative justice. Towards a victim oriented system», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1-1, 1993, 70-93.

² I. AERTSEN en T. PETERS, «Mediation for Reparation: The Victim's Perspective», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998, 106-124; L. WALGRAVE en I. AERTSEN, «Reintegrative Shaming and Restorative Justice. Interchangeable, Complementary or Different?», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 4-4, 1996, 67-85; S. RIXEN, Victim-related mediation procedure «without prejudice to the rights of the offenders» realizable?, *Panopticon*, 1993, 47-65; S. WALTHER, «Reparation and Criminal Justice: Can They Be Integrated?», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1996, 163-172; B.D. MEIER, «Restorative Justice – A New Paradigm in Criminal Law?», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998, 125-139; S. LEVRANT, T. CULLEN, B. FULTON en J.F. WOZNIAK, «Reconsidering Restorative Justice. The Corruption of Benevolence Revisited?», *Crime & Delinquency*, 1999, 3-27; R.M. CARRIERE, M. MALSCH, R. VERMUNT en J.W. DE KEIJSER, «Victim-offender Negotiations: An Exploratory Study on Different Damage Types and Compensation», *International Review of Victimology*, nr. 3-4, 221-235; J. BRAITHWAITE, *Crime, Shame and Reintegration*, New York, Cambridge University Press, 1989, 226 p; M. WRIGHT, J. FAGET, E. WEITEKAMP, e.a., *Victim Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (red.), Leuven University Press, 2000, 382 p.

³ T. PETERS, «Bemiddeling, herstel en strafrechtspleging», *Panopticon*, 1993, 102.

worden uitgewerkt. Het vormt het antwoord op de «*legal pollution*», de overconsumptie van de rechtspleging en een alternatief voor dure en aanslepende rechtsprocedures. Bemiddeling legt de verantwoordelijkheid voor het uitwerken van een oplossing voor een gerezen conflict grotendeels bij de partijen zelf. Omdat de kracht van de bemiddelingsmethode ligt in de mogelijkheid tot actieve participatie aan de conflictbeslechting voor de betrokkenen, bestaat er een grotere waarborg dat, wanneer de partijen een overeenkomst bereiken die een weerspiegeling vormt van de specifieke behoeften van de deelnemers, dit akkoord door hen op langere termijn beter zal worden aanvaard dan een door een rechter opgelegde beslissing.⁴

Maar ook in andere compartimenten van de samenleving is bemiddeling⁵ een evidentie geworden. Zo wordt relatief recent ook bij conflicten in scholen, in het gezin, tussen consumenten en producenten de mediatie als een waardevolle methode van probleemaanpak erkend.⁶ Het Nederlandse recht maakt uitgebreid gebruik van zogenaamde «*Alternative Dispute Resolution*» (hierna: ADR). Hierbij worden conflicten opgelost op een wijze die voor beide partijen aanvaardbaar is, mits een arbiter wordt ingeschakeld, maar zonder dat op een rechter een beroep wordt gedaan. Naar de toekomst toe zou men deze vorm van «ADR-bemiddeling» op een breder terrein willen toepassen.⁷

Een typisch voorbeeld van bemiddeling buiten (maar weliswaar toch op de rand van) het strafrecht is de buurtbemiddeling in Nederland. Hierbij wordt een raad van buurtbewoners opgericht die zich vrijwillig inzet voor het bewaren van de rust binnen een wijk of buurt. Zij horen conflicten tussen buurtbewoners aan, stellen vragen en trachten bij te dragen tot een voor de partijen bevredigende oplossing. Deze vorm van bemiddeling wil irritaties tussen burens tegemoet treden wanneer er zich conflicten voordoen die te licht zijn voor een formeel optreden van politie of

justitie (vb. geluidsoverlast, ruzies over erfafscheidingen, ...). Er hoeft zelfs helemaal geen sprake te zijn van strafbare feiten. Hoofddoel van buurtbemiddeling is de vroegtijdige aanpak van burenp Problemen, om te voorkomen dat een conflict uit de hand loopt en uiteindelijk voor de rechter komt.⁸

De reflectie op de realisatie van een fundamentele oriëntatie van de strafrechtspleging in de richting van een «(herstel)bemiddeling» dient ruim te worden ingekaderd en vraagt om een maatschappelijke en historische situering.

B. VAN EEN RETRIBUTIEF NAAR HET REHABILITATIEF MODEL

In de periode vóór de Franse revolutie werd de wetsovertreding in directe relatie tot de persoon en het gezag van de soeverein geëvalueerd. In elke wetsovertreding schuilde majesteitsschennis en in elke crimineel een kleine potentiële koningsmoordenaar.⁹ Het strafrecht was een zaak tussen het centrale gezag en de enkeling. De straf was gericht op het herstel van het gezag van de soeverein.¹⁰ De wrede bestraffingsmethoden, de foltering, het brandmerken en de terechtstellingen werden in het openbaar uitgevoerd, wat het publieke karakter van de straf bevestigde. De delinquent moest worden onderworpen aan de openbare afkeuring.¹¹ Vandaar ook het ontstaan van de schandpalen. De verplicht gestelde aanwezigheid van het volk bij het voltrekken van de straf had daarnaast evenzeer een intimiderende functie. De gestrafte werd als voorbeeld gesteld, wat de bevolking herinnerde aan de absolute macht van de soeverein. In de tweede helft van de achttiende eeuw werden steeds meer voorstellen geformuleerd om te komen tot een verzachting van de straffen. De monarchale willekeur, geconcretiseerd in de vrijheid van de rechter om te bepalen welke daden strafbaar waren en met welke straffen ze dienden te worden beteugeld, kwam onder sterke kritiek te staan van de strafrechtshervormingsbeweging.¹² Toonaangevende figuren in die oppositiebeweging waren de tenoren van de Verlichting, Montesquieu, Rousseau, Voltaire en Locke, die een grote invloed uitoefenden op de grondlegger van de klassieke school in het strafrecht, C. Beccaria. In zijn werk «*Trattato dei delitti e delle pene*» legde Beccaria de grondbeginselen van de klassieke strafrechtsopvattingen vast.¹³

De straf had, in de visie van Beccaria, vooral een afschrikingsfunctie. Nuttelose en met het maatschappelijk verdrag in tegenspraak zijnde wreedheid en onmenselijkheid bij de straftoemeting en de strafuitvoering waren niet aanvaardbaar. Bentham zou in 1789 in zijn «*Introduction to the principles of morals and legislation*» het utilitaristische ka-

⁴ M. STAELENS, «Mediation: een alternatieve vorm van conflictbeslechting», *Panopticon*, 1987, 322.

⁵ Bemiddeling is duidelijk te onderscheiden van onderhandeling, waarbij conflictpartijen zonder tussenkomst van een derde tot een vergelijk trachten te komen. Bemiddeling is ook geen arbitrage. Dit laatste onderstelt immers een overeengekomen delegatie van beslissingsbevoegdheid aan een derde; een bemiddelaar beslist daarentegen niet in de plaats van de partijen, hij faciliteert enkel het proces. Bemiddeling is ten slotte ook geen dading waardoor de betrokkene afstand zou doen zijn recht een aanvullende schadevergoeding te vragen (J. PRADEL, «Travail d'intérêt général et médiation pénale. Aspects historiques et comparatifs», in *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social?*, Ecole des Sciences Criminologiques L. Cornil, Brussel, Bruylant, 1997, 33; I. AERTSEN en L. VAN GARSSE, *Tussen dader en slachtoffer: bemiddeling in de praktijk*, K.U.Leuven, 1996, voetnoot p. 7).

⁶ A. DE SWAEN, *De mens is de mens een zorg*, Amsterdam, Meulenhoff, 1990; I. AERTSEN en T. PETERS, «Herstelbemiddeling in slachtofferperspectief», *Tijdschrift voor Criminologie*, 1997/4, 372.

⁷ *Bemiddeling tussen Dader en Slachtoffer. Bemiddelingsvormen voor, tijdens en na het strafproces*, Directie Preventie, Jeugd en Sanctiebeleid, Ministerie van Justitie, Nederland, 2000, 34.

⁸ Voor een uitvoerige beschrijving en bespreking van buurtbemiddeling, zie: *Bemiddeling tussen Dader en Slachtoffer. Bemiddelingsvormen voor, tijdens en na het strafproces*, Directie Preventie, Jeugd en Sanctiebeleid, Ministerie van Justitie, Nederland, 2000, 45-52.

⁹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Parijs, Gallimard, 1975, 57.

¹⁰ R.C. VAN CAENEGEM, «Geschiedenis van het strafrecht in Vlaanderen van de XIde tot de XIVde eeuw», in C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, Deel I, 36.

¹¹ P. CORNIL, *Déclin ou renouvellement de la répression pénale*, RDP, 1964-65, 718-719.

¹² A. DE NAUW, «De ruime bevoegdheden van de rechter bij de strafvorming», *Panopticon*, 1980, 213.

¹³ C. BECCARIA, *Over misdaden en straffen. Oorspronkelijke titel: Dei delitti e delle pene*, ingeleid en vertaald door J.M. MICHIELS, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 218.

rakter van de straf, met het oog op een preventief werkende en recidive bestrijdende afschrikking, bevestigen en nader toelichten.¹⁴ De verschuivingen in de politiek-maatschappelijke organisatie gingen gepaard met gewijzigde opvattingen over misdaad en straf. De functie die aan de straf, inzonderheid aan de vrijheidsberovende straf, werd toebedeeld, was er één van vergelding en boetedoening. De straf werd gedefinieerd als leed, door de wet bepaald en door de rechterlijke macht opgelegd, als sanctie wegens een gepleegd misdrijf.¹⁵ Onder invloed van het positivistische denken werd op het einde van de negentiende eeuw meer en meer de klemtoon gelegd op de individueel preventieve functie van de gevangenisstraf. Aansluitend groeide de overtuiging dat het nodig was de straffen te individualiseren met het oog op een succesvolle resocialisatie. De positivisten ruilden de abstracte morele verantwoordelijkheid in voor het criterium van de gevaarlijkheid van de delinquent voor de maatschappij. De neo-klassieke school in het strafrecht ontstond na de inwerking van het positivistische denken in de tweede helft van de negentiende eeuw onder leiding van A. Prins en zijn internationale beweging van de «*Union Internationale de droit pénal*» met Von Liszt en Van Hamel. De neo-klassieke school legde een synthese tussen de klassieke strafrechtsopvattingen van wilsvrijheid, toerekeningsvatbaarheid, morele verantwoordelijkheid, vergelding, intimidatie en boete enerzijds en de positivistische opvattingen, die de persoon van de dader en de sociologische context waarin het misdrijf totstandkwam, als determinanten naar voren schoven anderzijds. Op de gedetineerde inwerken, streven naar zijn wederaanpassing in de maatschappij en vooral op die manier de maatschappij beveiligen en behoeden voor recidive (de sociaal-verweer-gedachte): le droit pénal doit continuer à punir le coupable, mais il doit, en outre le reclasser, l'éduquer ou rééduquer, moralement, l'adapter ou le réadapter socialement, améliorer son état physique et psychique.¹⁶ De klassieke mechanismen van vergelding en intimidatie, met hun neutraliserende en eliminerende effecten, misten voldoende efficiëntie.

De individualiseringsgedachte leidde op het vlak van de straftoemeting tot een evolutie waarbij meer mogelijkheden aan de strafrechter werden geboden om de aard van de straf en de strafmaat individueel aan te passen aan de persoon van een delinquent. De wet op de voorwaardelijke veroordeling van 31 mei 1888 betekende in dat opzicht een startpunt.¹⁷

De verdere ontwikkeling van deze visie heeft na de Tweede Wereldoorlog geleid tot een uitgesproken articulatie van een beleid dat nog explicieter werd gericht op de rehabilitatie en de maatschappelijke integratie van de delinquent.¹⁸ Het ge-

dachtegoed van Marc Ancel en zijn beweging van het «Nieuw Sociaal Verweer» zorgden voor een strafrechtideologische onderbouw van het beleid. De beweging vertrok van de basisoptie dat de maatschappelijke reactie op crimineel gedrag essentieel gericht dient te zijn op de recuperatie en de reïntegratie van de delinquent.¹⁹ Men pleitte voor een verdere differentiatie van rehabilitatieve maatregelen die in de plaats konden treden van de klassieke straffen als boete en vrijheidsberoving.²⁰ Om de strafrechter de kans te geven om bij de straftoemeting in te werken op de door de gedragswetenschappen geduide multicausale verklaringen voor delinquent gedrag, was het nodig het bestaande juridisch instrumentarium uit te breiden en de mogelijkheden tot individualisering te verruimen.

De ideologische kritieken²¹ op het resocialisatiemodel op het einde van de jaren '60, begin van de jaren '70, het in de praktijk bestaande gevoel dat het systeem niet functioneerde, de economische crisis van begin de jaren '70, gecombineerd met het argument van de onbetaalbaarheid van het systeem, vormden het referentiekader voor het deels uit het «*justice model*»²² gegroeide «nieuw realisme».²³ Het langs alle kanten bekritiseerde resocialisatiemodel verdween in een aantal landen naar de achtergrond. Einde de jaren '80, begin de jaren '90 was er zeker geen sprake meer van een dominerende ideologie. Verschillende stromingen bestaan naast elkaar. Er is nog steeds de resocialisatiebeweging, met daarnaast het neorealistisch model annex een revival van het klassieke strafrechtsdenken. Daarnaast ontstaat een duidelijke instroom van de mensenrechtenbeweging. Tot slot wordt een steeds nadrukkelijker pleidooi gehouden van de herestilfilosofie. De wet inzake de bemiddeling in strafzaken van 1994 is een voorbeeld van een combinatie van verschillende stromingen. Enerzijds is de wet een pleidooi voor een snelle en efficiënte reactie op veelvuldig voorkomende criminaliteit. Anderzijds beoogt de wet een betere resocialisatie door een beperking van de strafrechtsgang via een geïndividualiseerde afhandeling.²⁴ Tot slot sluit de wet aan bij een trend die zich de laatste jaren manifesteert; het toenemend slachtoffer-geïntereerd karakter van de strafrechtspleging.²⁵ Deze stroming is trouwens veralgemeend merkbaar in de verschillende onderdelen van de institutionele aanpak van problemen waarmee slachtoffers van delicten worden geconfronteerd.²⁶ Vooral de laatste jaren laat het justitieel beleid zich niet onbetuigd om de slachtoffers van delicten de aandacht, de hulp maar ook de

¹⁹ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste*, Parijs, Cujas, 1954, 132; M. ANCEL, «La défense sociale devant la criminalité moderne», *Cahiers de défense sociale*, 1979, 9.

²⁰ T. PETERS, o.c., 556.

²¹ Vanuit bekommernissen eigen aan het repressief-retributief model wordt het gebrek aan rechtszekerheid opnieuw beklemtoond. Het discretionaire karakter van de besluitvorming leidt tot een subjectieve individualisering en staat de toets van een objectieve controle in de weg (T. PETERS, «Probleemoplossing en herstel als functies van de straf», *Panopticon*, 1996, 557).

²² D. FOGEL, *We are the living proof: the Justice model of corrections*, Cincinnati, W.H. Auderson, 1975.

²³ G. MICHEL, «Het debat "straffen of helpen" op oude en nieuwe paden», *Panopticon*, 1989, 1-4; C. ELIAERTS, «Het "nieuw realisme" in het strafrecht en de criminele politiek», *Panopticon*, 1984, 1-9.

¹⁴ R.C. VAN CAENEGEM, *Over koningen en bureaucraten, Oorsprong en ontwikkeling van de hedendaagse staatsinstellingen*, Amsterdam-Brussel, Elsevier, 1977, 304-305.

¹⁵ C. ELIAERTS, «De plaats van de vrijheidsberovende straf in de hedendaagse strafrechtspolitik», in *Liber amicorum H. Bekaert*, Gent, Snoeck-Ducaju, 1977, 146.

¹⁶ L. CORNIL, «Propos sur le droit criminel», *R.D.P.*, 1946-47, 20.

¹⁷ C. ELIAERTS, C. en S. SNACKEN, «De toepassing van de korte gevangenisstraf: een straatje zonder einde?», *Panopticon*, 1982, 5-6.

¹⁸ C. VANHOUDT, *Beginnelen van sociale criminele prophylaxe*, Brussel, Bruylant, 1953, I, 44-45; T. PETERS, o.c., 556.

rechten te geven die hen ten onrechte werden onthouden. In deze sfeer dienen de artikelen 216bis en 216ter Sv. (ingevoerd bij de wet van 10 februari 1994) te worden gesitueerd. Deze wet introduceerde enerzijds de bemiddeling in strafzaken waarbij o.m. het herstel ten aanzien van het slachtoffer als een belangrijke modaliteit wordt gepromoot, en versoepelde anderzijds de toepassingsvoorwaarden van de minnelijke schikking,²⁷ waarbij de belangen van het

slachtoffer worden behartigd. Op strafprocesrechtelijk vlak trachten diverse bepalingen van de Wet Franchimont²⁸ onmiskenbaar aan deze noodzaak te voldoen.

C. Het «restorative justice»-model

De aandacht voor het slachtoffer was in onze strafrechtsbedeling lange tijd niet aan de orde.²⁹ Bij de uitwerking en de invoering van het retributief geïntendeerde, klassieke strafrecht ontwikkelde de strafrechtspleging zich als een belangrijk beheersinstrumentarium in handen van de gecentraliseerde overheid. Dit had tot gevolg dat de inspraak aan de betrokken actoren werd onttrokken. De gerechtelijke overheid nam een beslissing over het misdrijf, zonder inmenging van dader of slachtoffer, maar ook zonder te zoeken naar mogelijke oplossingen voor het conflict tussen dader en slachtoffer dat door het misdrijf tussen hen beiden is ontstaan. Verdere differentiatie van straffen en van maatregelen verliep via een exclusief dadergerichte interesse. Over het slachtoffer werd niet gesproken.³⁰ Het slachtoffer kon enkel nog restitutie verkrijgen via de burgerlijke partijstelling, wat slechts een materieel effect betreft, en waarbij het morele aspect achterwege blijft.³¹ Slachtoffers kregen hierdoor in het geheel van de strafrechtprocedure een passieve rol toebedeeld. Het

strafzaken, 30 april 1999, opgenomen in Omzendbrief COL 8/99 van het college van procureurs-generaal, 7 mei 1999 (<http://just.fgov.be>).

²⁵ I. AERTSEN en T. PETERS, «Restorative Justice: in search of new avenues in judicial dealing with crime», in *Changes in Society, Crime and Criminal Justice in Europe*, C. FIJNAUT, e.a. (red.), I, Antwerpen, Kluwer, 1995, 311-342; T. PETERS, «Probleemoplossing en herstel als functies van de straf», in *Panopticon*, 1996, 560.

²⁶ I. AERTSEN, *Vademecum Politie Slachtofferbejegening*, K.U. Leuven, 1995.

²⁷ Zie over de minnelijke schikking onder meer: P. ARNOU, «Minnelijke schikking» in A. VANDEPLAS en P. ARNOU (red.) *Strafrecht en Strafvordering – Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 1984, losbladig; F. CLOSE, «La transaction en matière pénale», *R.D.P.*, 1986, 47-77; J. CUYPERS, «De rechter buitenspel? Over de toepassing van de minnelijke schikking in de praktijk», *Panopticon*, 1991, 458-460; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 48-51; J. DEMARGNE, «Chronique législative: «T.I.G.» et médiation pénale», *J.P.*, 1994, 13-14; A. DE NAUW, «Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal belge», *R.D.P.*, 1997, 357-375; B. DE RUYVER, J. MEESE en K. VAN IMPE, o.c., 80-83; L. DUPONT, «Hoe minnelijk is de minnelijke schikking?», *Panopticon*, 1984, 469-476; J. MESSINE, «La nature juridique de la transaction en matière pénale», *R.C.J.B.*, 1972, 68; T. VANDER BEKEN en L. VAN DAELE, *Toepassing van de alternatieve afdoening: een oriënterende studie*, Universiteit Gent, 1998, 46 p; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht. In hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1999, 560-563; R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1993, 64-68.

²⁸ Wet 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *B.S.*, 2 april 1998.

²⁹ A. NEYS en T. PETERS, o.c., 357.

³⁰ T. PETERS, o.c., 100.

³¹ A. NEYS en T. PETERS, «De gevangenisstraf bekeken in een herstelrechtelijk perspectief», in A. NEYS, T. PETERS, F. PIETERS en J. VANACKER (red.), *Tralies in de weg*, Universitaire Pers, Leuven, 1994, 90.

²⁴ Zie over de bemiddeling in strafzaken onder meer: C. ADAM en F. TORO, «La sous-utilisation de la médiation pénale: chiffres et processus», *R.D.P.*, 1999, 966-1004; L. ARNOU, «Verval van de strafvordering door strafbemiddeling», *A.J.T.*, 1994-95, 48-50; N. BAUWENS, «Bemiddeling in strafzaken», *R.W.*, 1992-93, 351-357; H. BOSLY, «La médiation pénale et les procédures accélérées», *R.D.P.*, 1993, 431-433; G. BRANDON, «L'office du juge dans la conciliation», *J.T.*, 1995, 505-506; L. DECLERCQ, «Bemiddeling in strafzaken», in *Strafrecht en Strafvordering. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 103-114; L. DECLERCQ, «Transaction et médiation pénale», *Politeia*, 1994, afl. 4, 18-20; G. DEMANET, «La médiation pénale», *R.D.P.*, 1995, 887-923; G. DEMANET, «L'article 216ter du code d'instruction criminelle: nouvelle réalité dans le domaine pénale», in *Sanction et mesures dans la communauté. Etat critique de la question en Belgique*, Brussel, Koning Boudewijnstichting, 1998, 445-456; A. DE NAUW, «Dienstverlening, bemiddeling, transactie en snelrecht: over de samenhang der dingen», *Panopticon*, 1996, 437-472; A. DE NAUW, «Les modes alternatives de règlement des conflits en droit pénal belge», *R.D.P.*, 1997, 357-375; B. DE RUYVER, J. MEESE en K. VAN IMPE, «Uitwerken van een model voor de gerechtelijke afdoening bij delinquentie druggebruikers op de verschillende echelons van de strafrechtsbedeling. Praktijkevaluatie en wetenschappelijke begeleiding», in *Het recht op het rechte pad?*, B. VAN DONINCK, L. VAN DAELE en A. NAJI (red.), Antwerpen, Maklu, 1999, 88-96; V. DE SOUTER, «Strafbemiddeling. De Wet van 10 februari 1994», *Jura Falconis*, 1996-97, 511-514; L. DE WILDE, «Straffen of alternatieven. Enkele bedenkingen», *Excerpta Criminologica*, 1993, 4 p.; T. GOOSEN, «Strafbemiddeling», *Sociaal*, nr. 2, 1995; C. HANOZIN, C. VANNESTE, A. PIERS, e.a. «La loi du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale en Belgique. Evaluation de sa mise oeuvre», *R.D.P.*, 1997, 589-635; G. HOUCHEON, «Le rapport d'évaluation sur la médiation pénale. Commentaire criminologique», *R.D.P.*, 1997, 636-650; G. HOUCHEON en Ch. VANNESTE, «A propos de la médiation pénale», *Journal des Procès*, nr. 231, 12-13; G. HOUCHEON en T. PETERS, «Bemiddeling herstel en strafrechtsbedeling», *Panopticon*, 1993, 101; D. KAMINSKI, Y. CARTUYVELS, Ph. MARY, M. VAN DE KERCKHOVE e.a., «Opgesloten jongvolwassenen en alternatieve gerechtelijke maatregelen», in *Het recht op het rechte pad?*, B. VAN DONINCK, L. VAN DAELE en A. NAJI (red.), Antwerpen, Maklu, 1999, 23-34; P. MANDOUX, «Les lois belges du 10 février 1994» in *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social?*, Ecole des sciences criminologiques L. CORNIL, Brussel, Bruylant, 1997, 53-65; C. MINCKE, «Vers un nouveau type d'utilisation du ministère public. L'exemple de la médiation pénale et de la procédure accélérée», *R.D.P.*, 1998, 644-661; Y. NAESEN en S. JANSSENS, «Een terugblik op twee jaar strafbemiddeling. Wat brengt ons de wetgever», *Politeia*, 1993, 4, 8-11; L. NOUWYNCK, «La médiation pénale: nature, objectifs et premières pratiques», in *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social?*, Ecole des sciences criminologiques L. CORNIL, Brussel, Bruylant, 1997, 435-443; T. PETERS, «Alternatieve sancties en strafbemiddeling», *Fatik*, 1992, 5-6, 23-28; M. VAN DE KERCKHOVE, «Médiation et travaux d'intérêt général. Réflexions et commentaires aux lois du 10 février 1994», *J.T.*, 1995, 61-67; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht. In hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1999, 563-567; L. WEYTS, J. COOLSAET en E. PODEVEYN, «Bemiddeling in strafzaken», in *Panopticon*, 1996, 37-47; *Gemeenschappelijke Omzendbrief inzake de bemiddeling in*

feit dat in de klassieke strafrechtsbedeling het slachtoffer in de marge van het gebeuren verbleef en het geen volwaardige procespartij was, leidde niet zelden tot een gevoel van dubbele victimisatie.³² Men kan zich dan ook terecht afvragen of een strafrechtspleging waarin het herstel naar het slachtoffer toe slechts een marginale plaats innam, enige bijdrage leverde tot de pacificatie die er in de samenleving van wordt verwacht. Immers, zolang de dader niet werd aangesproken op zijn verantwoordelijkheid ten aanzien van het slachtoffer, liet men vele mogelijkheden tot een confronterende probleemaanpak liggen. Meer zelfs, een dader verwickeld in de strijd tegen de strafrechtspleging, was helemaal niet gestimuleerd om na te denken over wat hij een ander door zijn delict had aangedaan en hoe hij de gevolgen ervan kon verhelpen.³³

Het is pas sinds de Tweede Wereldoorlog dat binnen de criminologie een groeiende interesse werd betoond voor het slachtoffer van delinquentie. Terwijl voorheen de nadruk lag op het doorgronden van delinquent gedrag en in verband daarmee werd gezocht naar genuanceerde reactiemodellen, kwam het accent te liggen op de implicaties van dat delinquent gedrag voor derden-slachtoffers. In Europa vond de aandacht voor de slachtofferpositie haar uitdrukking in tal van initiatieven van slachtofferhulp, terwijl in de Verenigde Staten en Canada deze slachtofferaandacht in de richting van initiatieven ter versterking van de positie van het slachtoffer in de strafrechtspleging evolueerde. Het feit dat in deze «common law»-landen de figuur van de burgerlijke partijstelling ontbreekt, verklaart dat de druk in die landen ook groter was om initiatieven ter ondersteuning van het slachtoffer te nemen.³⁴

Het is in deze sfeer dat de diverse herstelbemiddelingsprojecten in de Verenigde Staten en in Canada op het einde van de jaren '70 en in de loop van de jaren '80 dienen te worden gesitueerd.³⁵ De vele «mediation» en «Victim Offender Reconciliation Projects» (hierna: V.O.R.P.) kenden er een succesvolle en intensieve toepassing.³⁶ De op-

komst en het succes van V.O.R.P. waren onmiskenbaar een uitdrukking van de behoefte van het slachtoffer en van de dader om in het proces een meer actieve rol te spelen. Binnen V.O.R.P. werd de nadruk gelegd op het persoonlijk rekenschap afleggen en restitutie³⁷ doen aan het slachtoffer. Deze verantwoording bood de dader de mogelijkheid de menselijke consequenties van zijn gedrag te begrijpen naast het opnemen van zijn verantwoordelijkheid voor het resultaat ervan.³⁸ De *face-to-face meetings* stelden de slachtoffers in staat om expressie te geven aan hun gevoelens, twijfels en vrees. Ook de maatschappij ondervond baat bij deze vorm van *mediation*. De kostprijs van het gevangeniswezen nodigde ertoe uit om non-custodiale alternatieven te ontwikkelen, waarvan werd vermoed dat ze minder duur waren en werd verhoopt dat ze efficiënter zouden zijn in het streven naar een succesvolle reïntegratie van delinquenten.³⁹

Eens dat deze «mediation» was getransfereerd naar Europa, ontwikkelde zich in de loop van de jaren '80 en '90, niet enkel in België, maar ook bijvoorbeeld in Groot-Brittannië, Duitsland en Oostenrijk een praktijk van herstelbemiddeling.⁴⁰

De tot dan toe gehanteerde regeling inzake de burgerlijke partijstelling voldeed inhoudelijk duidelijk niet aan de morele behoeften van het slachtoffer. In de jaren '90 groeide in België een algemeen verspreid inzicht dat men verder diende te gaan dan een aparte benadering van dader en slachtoffer. Men wilde de dader met zijn verantwoordelijkheden confronteren ten aanzien van de samenleving en specifiek met het slachtoffer, alsook het slachtoffer opnieuw in het strafproces betrekken. Men wilde het conflict terug geven aan de betrokkenen. Toenmalig Minister van Justitie M. Wathelet kondigde in 1992 een aantal maatregelen af die het vertrouwen van de burger in justitie moesten herstellen.⁴¹ De afhandeling van strafzaken moest sneller, eenvoudiger en efficiënter gebeuren en er moest meer aandacht komen voor het slachtoffer van een misdrijf. In het regeerakkoord van 9 maart 1992 werd, met het oog op de bestrijding van veel voorkomende (kleine) criminaliteit, o.a. een systeem van bemiddeling in strafzaken voor kleine misdrijven vooropgesteld, naast de toepassing van de gemeenschapsdienst. De klemtoon lag toen echter wel op snelheid van afhandeling (vandaar dat bemiddeling en snelrecht vaak in één adem met

³² A. NEYS en T. PETERS, *o.c.*, 362.

³³ H. BOUTELLIER, *Solidariteit en slachtofferschap. De morele betekenis van criminaliteit in een postmoderne cultuur*, Nijmegen, Sun, 1993, 251p.

³⁴ T. PETERS, «Bemiddeling, herstel en strafrechtspleging», *Panopticon*, 1993, 101.

³⁵ B. DE RUYVER, «Bemiddeling in strafzaken: Verruimde mogelijkheden tot een geïndividualiseerde afhandeling in strafzaken op het niveau van het parket», in *Excerpta Criminologica*, nr. 16, 1996, 4.

³⁶ M.S. UMBREIT, W. BRADSHAW en R.B. COATES, «Victims of Severe Violence Meet the Offender: Restorative Justice through Dialogue», *International Review of Victimology*, nr. 4, 1999, 321-344; J. JUNGER-TAS, «Alternatieve sancties in internationaal perspectief», *Proces*, 1991, 219-220; D. MARTIN, «La Médiation délinquant victime entre déjudiciarisation et réparation», *Journal des Procès*, 1991, 20-24.

³⁷ H.J. SCHNEIDER, «Restitution instead of Punishment. Re-orientation of Crime Prevention and Criminal Justice in the Context of Developments», in *Victims and Criminal Justice*, G. KAISER, e.a. (red.), II, Freiburg, Max Planck Institut, 1991, 363-380; E. WEITTEKAMP, «Recent developments on restitution and victim-offender reconciliation in the USA and Canada: an assessment», in *Victims and Criminal Justice*, G. KAISER, H. KURY en H.J. ALBRECHT, (eds.), II, Freiburg, Max Planck Institut, 1991, 423-456.

³⁸ M. STAELENS, «Mediation: een alternatieve vorm van conflictbeslechting», *Panopticon*, 1987, 321-334.

³⁹ B. DE RUYVER, «Alternatieve straffen. Een modetrend of een volwaardig instrument», in *Liber Amicorum J. D'Haenens*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 91.

⁴⁰ H.J. KERNER, E. MARKS en J. SCHECHLING, «Victim-Offender-reconciliation in Germany-stocktaking and criminal-political consequences», in *Victims and Criminal Justice*, G. KAISER, H. KURY en H.J. ALBRECHT (red.), Freiburg, Max Planck Institut, 1991, 477-506; M. LÖSCHNIG-GSPANDL en M. KILCHLING, «Victim-Offender Mediation and Victim Compensation in Austria and Germany – Stocktaking and Perspectives for Future Research», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 5-1, 1997, 58-78; T. MARSHALL, «The evolution of restorative justice in Britain», *European Journal of Criminal Policy and Research*, 4-4, 1996, 21-43; T. PETERS, *o.c.*, 102; N. CHRISTIE, «Conflicts as property», *British Journal of Criminology*, 1977, vol. 17, 1 e.v.

⁴¹ *Parl. St., Senaat*, 1992-1993, nr. 652/1.

elkaar worden vernoemd).⁴² In deze context situeerde zich het experiment rond bemiddeling in strafzaken dat einde 1991 werd begonnen in het ressort van het Hof van Beroep te Gent. Dit experiment beoogde een alternatieve afdoening die het midden hield tussen de V.O.R.P. (cfr. *supra*) en de pretoriaanse probatie. Dit experiment zou uiteindelijk leiden tot een wettelijke regeling van de bemiddeling in strafzaken in 1994 (cfr. *infra*).

Belangrijk is dat er sinds het begin van de jaren '90 sprake is van drie belangensferen, namelijk het slachtoffer, de dader en de maatschappij. Het is daarbij aan de Staat om te waken over het plaatsvinden van de conflictregeling en het voorkomen van machtsmisbruik.⁴³ Deze evolutie kan worden getypeerd als een overgang van een bipolair model, gekenmerkt door een enkele dader-maatschappij-relatie, naar een tripolair systeem dat de private relatie tussen dader en slachtoffer, als de horizontale dimensie, combineert met de publieke relatie dader-maatschappij, als de verticale dimensie, waarbij zowel de dader- als slachtoffer-dimensie met elkaar verbonden zijn.⁴⁴

Nog volgens deze opvatting dienen op elk niveau van de rechtspleging, namelijk het niveau van de opsporing, de vervolging en de berechting, de rechten van de slachtoffers op bijstand en dienstverlening te worden geactualiseerd. De herstelbemiddeling die sinds 1993 als een project werd begonnen en de bemiddeling in strafzaken die in 1994 (in deze context) werd geïnstitutionaliseerd, trachtten elk op hun manier een invulling te geven aan deze vernieuwde inzichten.⁴⁵

III. DE BEMIDDELINGSPRAKTIJK IN BELGIE

A. Bemiddeling in strafzaken en het project herstelbemiddeling: algemene doelstellingen

1^o De onderliggende filosofie van de bemiddeling in strafzaken

Bemiddeling in strafzaken is een alternatieve vorm van tussenkomst door de gerechtelijke overheid om een oplossing te bieden voor een conflictsituatie, veroorzaakt door een misdrijf, waarbij een beroep wordt gedaan

⁴² B. DE RUYVER, «De alternatieve straffen. Een modetrend of een volwaardig instrument?», in *Liber Amicorum J. D'Haenens*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 108.

⁴³ L. WALGRAVE, «Herstelrecht»: een derde weg in het gerechtelijk antwoord op jeugddelinquentie? Op zoek naar een uitweg uit de beschermings-/bestraffingsimpasse», *Panopticon*, 1992, 24-42.

⁴⁴ M. KILCHLING en M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Legal and practical perspectives on victim/offender mediation in Austria and Germany*, 1999, 2; K. SESSAR, «Tertiary Victimization: A Case of the Politically Abused Victim», in *Criminal Justice, Restitution and Reconciliation*, B. GALAWAY en J. HUDSON (red.), New York, Monsey, 38.

⁴⁵ Deze inzichten kregen onder meer in de Oriëntatienota Strafbeleid en Gevangenisbeleid van 1996 de nodige steun. De nota propageerde een positieve, constructieve, toekomstgerichte, oplossingsgerichte en herstelgerichte aanpak van de dader boven een punitief-repressieve bestraffing die niets oplevert voor het slachtoffer en vaak stigmatiserende gevolgen heeft voor de dader (W. MEYVIS, «Naar een participatieve justitie», in *Van oriëntatienota naar penaal beleid?*, T. PETERS en J. VANACKER (red.), Panopticon/K.U. Leuven, 1996, I.50).

op de verantwoordelijkheid en de medewerking van de partijen.⁴⁶ Hoewel deze definitie de indruk wekt dat we ons reeds in de context van het derde model, namelijk dat van het restoratieve paradigma (cfr. *supra*, II, C), bevinden, dient eerder tot een gemengd model te worden besloten. De verklaring hiervoor is te vinden in de combinatie van verschillende strafrechtsideologische stromingen, waarbij met de strafrechtelijke interventie verschillende doelstellingen worden beoogd. Zoals eerder reeds gesteld, combineert de bemiddeling in strafzaken zowel de doelstelling van snelle, efficiënte, afschrikkende interventie als die van rehabiliterende en slachtoffergerichte effecten.

Het samenbrengen van dader en slachtoffer biedt verscheidene voordelen. In de eerste plaats voor het slachtoffer, dat in de klassieke strafrechtspleging amper aan bod komt en het procesgebeuren ondergaat. De confrontatie met de dader verschaft inzicht in het waarom en helpt in een aantal gevallen traumatische ervaringen te overwinnen. De dader van zijn kant krijgt de kans om de gevolgen van zijn daad in te zien, is bijna verplicht rekenschap af te leggen aan het slachtoffer en restitutie te doen voor het nadeel dat hij heeft berokkend. Ook voor de dader heeft de confrontatie een veel diepgaander effect dan het opwekken van een vaag schuldgevoel tegenover een soms anoniem slachtoffer.⁴⁷

Maar de bemiddeling in strafzaken leunt wel degelijk aan bij de klassieke gerechtelijke aanpak, aangezien zij ondergeschikt blijft aan de vrijheidsberovende straf. Het openbaar ministerie dient immers over te gaan tot vervolging bij mislukking van een bemiddeling in strafzaken, waardoor de vrijheidsberoving als een soort automatische terugvalpositie functioneert indien de bemiddeling faalt. Bovendien kan worden vastgesteld dat niet zelden een dienstverlening of een bijkomende minnelijke schikking wordt gehanteerd als punitief additief, als restant van de repressief-retributieve benadering.⁴⁸ Dit niet altijd prioritair stellen van de herstelbenadering en van het dader-slachtoffer-overleg heeft waarschijnlijk veel te maken met een onvoldoende wettelijke articulatie ervan.⁴⁹ De strafbemiddeling kenmerkt zich immers eveneens door een «*restorative approach*» in de mate dat herstel en dader-slachtoffer-bemiddeling op het voorplan treden. Evenwel dient wat dit betreft onmiddellijk te worden gewezen op de diverse gevallen waarbij in het raam van een strafbemiddeling niettemin aan het slachtoffer wordt voorbijgegaan en met instemming van de verdachte maatregelen

⁴⁶ *Parl. St., Senaat*, 1992-93, nr. 652/1, *Memorie van Toelichting*, 3.

⁴⁷ B. DE RUYVER, «De alternatieve straffen. Een modetrend of een volwaardig instrument?», in *Liber Amicorum J. D'Haenens*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 108.

⁴⁸ T. PETERS, «Probleemoplossing en herstel als functies van de straf», *Panopticon*, 1996, 576.

⁴⁹ «De procedure van bemiddeling in strafzaken strekt tot vereenvoudiging en versnelling van de sociale reactie op de stads- en heterdaatsdelinquentie, een reactie die niet noodzakelijk een bestraffend karakter behoeft, als zij maar herkenbaar is. Zij strekt ertoe het vertrouwen van de burger in het recht te herwinnen en de geloofwaardigheid van de gerechtelijke tussenkomst te herstellen» (*Parl. St., Senaat*, 1992-93, nr. 652/1).

worden opgelegd die vooral curatief of hulpverlenend zijn bedoeld voor de daders.⁵⁰

2^o Het project «herstelbemiddeling»

In 1993 werd te Leuven een kleinschalig experiment gestart onder de benaming: «herstelbemiddeling». Dit project is gebaseerd op een gelijknamig experiment in het ressort Den Haag in Nederland⁵¹ en beoogt de afhandeling voor meer ernstige feiten dan die waarop de bemiddeling in strafzaken doorgaans wordt toegepast.⁵² Het project beperkt zich weliswaar tot dossiers die in elk geval voor de rechter zullen komen en zullen worden gevonnist. De selectie van de dossiers gebeurt op het niveau van het parket, en het is vanuit het parket dat dader en slachtoffer worden uitgenodigd voor een deelname. Dader en slachtoffer worden bijeengebracht door een neutrale derde, zijnde de bemiddelaar. Het is eveneens een vorm van vrijwillige dienstverlening aan slachtoffer en dader van een misdrijf, waarin aan beide partijen bijstand wordt verleend om, door middel van onderlinge communicatie, te komen tot een herstel van de schade of tot een oplossing. In het algemeen wil herstelbemiddeling dus een bijdrage betekenen tot de rechtspleging op basis van engagement, opname van verantwoordelijkheid en van probleemoplossing door de betrokken partijen.⁵³ De herstelbemiddeling beoogt van meetaf aan dader en slachtoffer via de actie van de bemiddelaar met elkaar in contact te brengen om samen het proces van herstel op gang te brengen. Van de strafrechtelijke context vraagt de herstelbemiddeling dat zij ruimte biedt aan het bemiddelingsproces en dat zij met de informatie over het verloop van dit bemiddelingsproces in de verschillende fasen van de strafrechtspleging rekening houdt. Gedurende deze bemiddeling loopt de strafrechtspleging gewoon verder. De herstelbemiddeling vindt in die zin plaats buiten de gerechtelijke context. Het doel van de herstelbemiddeling dient met andere woorden te worden gesitueerd binnen de contouren van de strafrechtsbedeling zelf en mag niet worden opgevat als een louter op «*diversion*» georiënteerde afhandeling. Vanuit dit opzicht functioneert de herstelbemiddeling niet als een alternatief voor, maar is het complementair aan de strafrechtspleging. Ingeval de bemiddeling tot een schriftelijke overeenkomst leidt, wordt deze overeenkomst aan het parket en aan de partijen bezorgd. Bij de behandeling ten gronde zou deze overeenkomst in acht moeten worden genomen.⁵⁴

⁵⁰ L. WALGRAVE, «Over "reintegrative shaming" en "restorative justice". Een pleidooi voor klaarheid in terminologie en in theorie», *Tijdschrift voor Criminologie*, 1996/4, 348.

⁵¹ «Bemiddeling tussen Dader en Slachtoffer. Bemiddelingsvormen voor, tijdens en na het strafproces», Directie Preventie, Jeugd en Sanctiebeleid, Ministerie van Justitie, Nederland, 2000, 29.

⁵² B. DE RUYVER, L. VAN DAELE en T. VANDER BEKEN, *Toepassing van de alternatieve afdoening*, Koning Boudewijnstichting, 1998, 17.

⁵³ L. VAN GARSSE, «Herstelbemiddeling. Op het scherp van de snee tussen justitie en welzijnswerk», *Sociaal*, 1996/1, 8-14.

⁵⁴ B. DE RUYVER, L. VAN DAELE en T. VANDER BEKEN, *Toepassing van de alternatieve afdoening*, Koning Boudewijnstichting, 1998, 17.

3^o Conclusie

De vraag luidt «of de bemiddeling in strafzaken in de eerste plaats bedoeld is om een bemiddeling te organiseren tussen dader en slachtoffer met het oog op herstel van de aan het slachtoffer toegebrachte schade, dan wel of het veeleer gaat om een bemiddeling tussen dader en samenleving, waarbij de dader zich akkoord verklaart met een vrijheidsbeperkende maatregel en waardoor de strafverdering naderhand komt te vervallen.»⁵⁵

Deze tweedeling, namelijk herstel van de aan het slachtoffer toegebrachte schade enerzijds en bemiddeling tussen dader en samenleving anderzijds, vindt haar verklaring in de oorsprong van de wet inzake de bemiddeling in strafzaken zelf. Deze wet is immers een samensmelting van een «slachtofferwet» aan de ene kant en een officialisering van de praetoriaanse probatie langs de andere kant.⁵⁶

Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat de bemiddeling in strafzaken en het project herstelbemiddeling prioritair andere dimensies beklemtonen in het proces van bemiddeling. De herstelbemiddeling beoogt in de eerste plaats een bij de klassieke strafrechtelijke afhandeling verwaarloosd rechtsgoed, namelijk de verzoening en de maatschappelijke pacificatie tussen de rechtstreeks betrokkenen, zijnde de dader en het slachtoffer, te realiseren. De bemiddeling in strafzaken legt op haar beurt de nadruk op de afhandeling van de zaak op parketniveau door middel van een overeenkomst die rekening houdt met de belangen van het slachtoffer. De nadruk ligt echter veeleer op een snelle alternatieve afhandeling die inhoudelijk slachtoffergericht kan zijn.⁵⁷

Bemiddeling kan gebeuren op een directe (*face-to-face*) dan wel op een indirecte (*go-between*) wijze.⁵⁸ In het eerste geval is er sprake van een dader en een slachtoffer die via de bemiddelaar worden bijeengebracht met het oog op een oplossing van het conflict. Maar de alternatieve sanctie die in het raam van een bemiddeling wordt voorgesteld door de bemiddelaar is niet altijd het gevolg van een overleg tussen dader en slachtoffer. Zij is wel het gevolg van het contact tussen de parketmagistraat en de dader. Er is ook niet altijd sprake van een rechtstreeks slachtoffer van een misdrijf dat in aanmerking komt voor bemiddeling (vb. bij bepaalde schendingen van de drugwetgeving)⁵⁹, en als er een slachtoffer is, dan wordt het niet altijd rechtstreeks bij de bemiddeling als zodanig betrokken. In het raam van een her-

⁵⁵ G. DECOCK, «Alternatieve straffen en maatregelen: Een rechtspositionele benadering», in *Van oriëntatienota naar penaal beleid?*, T. PETERS en J. VANACKER (red.), Panopticon/K.U. Leuven, 1996, I.34.

⁵⁶ B. DE RUYVER, «Bemiddeling in strafzaken: Verruimde mogelijkheden tot een geïndividualiseerde afhandeling in strafzaken op het niveau van het parket», in *Excerpta Criminologica*, nr. 16, 1996.

⁵⁷ S. DAVREUX, C. DEWULF, E. FIEUWS, e.a., *Evaluatie van de toepassing van de wet houdende regeling van een procedure voor de bemiddeling in strafzaken in België van 1 januari 1995 tot 31 december 1995*, Brussel, Ministerie van Justitie, 1995, 14.

⁵⁸ L. WALGRAVE, «Restorative Justice Conferences. Een nieuwe parel aan de herstelrechtelijke kroon», *Tijdschrift voor Criminologie*, 1999/3, 268-284; I. AERTSEN en T. PETERS, o.c., 374; T. PETERS, «Criminaliteit aanpakken is op de eerste plaats herstellen», *Tijdschrift voor Criminologie*, 1994/1, 70-74.

⁵⁹ Cfr. *Infra*.

stelbemiddeling wordt daarentegen steeds gepoogd een bemiddeling tussen dader en slachtoffer tot stand te brengen.

B. Bemiddeling in strafzaken: wettelijke regeling

De wet van 10 februari 1994 voegde een nieuw art. 216ter in het Wetboek van Strafvordering in waardoor de procedure van bemiddeling in strafzaken in het Belgisch recht werd geïnstitutionaliseerd.⁶⁰ Volgend op de wet van 10 februari 1994 werd ook een K.B. uitgevaardigd houdende uitvoeringsmodaliteiten inzake de procedure voor de bemiddeling in strafzaken.⁶¹ Recent werd de gemeenschappelijke omzendbrief inzake de bemiddeling in strafzaken van 28 oktober 1994 geactualiseerd door de gemeenschappelijke omzendbrief van 7 mei 1999. Immers, na vier jaar ervaring kon worden vastgesteld dat er in de parketten verschillende praktijken ontstonden met betrekking tot het doel, de selectie van dossiers of de procedure op zichzelf. Teneinde tot een harmonisering van de bemiddelingspraktijk te komen werd een nieuwe gemeenschappelijke omzendbrief inzake de bemiddeling in strafzaken uitgewerkt.⁶²

Met de bemiddeling in strafzaken streeft de wetgever verschillende doeleinden na. Zo tracht men in eerste instantie, door het slachtoffer onmiddellijk bij de afhandeling van het misdrijf te betrekken, een snelle schadevergoeding van het slachtoffer te waarborgen.⁶³ Zoals hierboven reeds gesteld, wenste men daarnaast aan de parketten de mogelijkheid te geven om sneller⁶⁴ en demonstratiever op te treden om zo bij te dragen tot de regulering van het maatschappelijk leven, waardoor het vertrouwen van de burger kon worden herwonnen. Tenslotte impliceert een bemiddelingsprocedure het toepassen van een alternatieve sanctie, waardoor korte gevangenisstraffen kunnen worden vermeden.

1^o Voorwaarden

Opdat de procureur des Konings een bemiddeling in strafzaken kan toepassen, dienen voorafgaandelijk een aantal voorwaarden⁶⁵ te worden nageleefd. In de eerste plaats dient het parket⁶⁶ de mening te zijn toegedaan dat het

⁶⁰ Immers, de wet is het gevolg van een experiment dat vanaf september 1991 plaatsvond in het ressort van het Gentse Hof van Beroep (B. DE RUYVER, «Alternatieve straffen: zijn er grenzen aan de creativiteit», *o.c.*, 24; N. BAUWENS, «Bemiddeling in strafzaken», *o.c.*, 63-81).

⁶¹ *B.S.*, 1 november 1994.

⁶² Cfr. *infra*.

⁶³ *Parl. St., Senaat*, 1992-93, nr. 652/1, Memorie van Toelichting, 1-3.

⁶⁴ Bij wet van 11 juli 1994 betreffende de politierechtbanken en houdende een aantal bepalingen betreffende de versnelling en de modernisering van de strafrechtspleging werd het snelrecht geïntroduceerd. Deze procedure werd los gezien van de bemiddeling in strafzaken en werd bedoeld voor meer ernstig delinquent gedrag.

⁶⁵ L. DECLERCQ, *o.c.*, 105-106; B. DE RUYVER, «Bemiddeling in strafzaken: Verruimde mogelijkheden tot een geïndividualiseerde afhandeling in strafzaken op het niveau van het parket», *o.c.*, 2-4; A. DE NAUW, «Dienstverlening, bemiddeling, transactie en snelrecht: over de samenhang der dingen», *o.c.*, 444-446, 448-452.

⁶⁶ *Parl. St., Senaat*, 1992-93, nr. 652/2, 30 en 32; *Parl. St., Kamer*, 1992-93, nr. 1128/3, 4.

gepleegde misdrijf niet van die aard schijnt te zijn dat het gestraft moet worden met een hoofdstraf van meer dan twee jaar correctionele gevangenisstraf *in concreto*, of met een zwaardere straf (art. 216ter § 1, eerste lid Sv.). Evenwel dient art. 216ter Sv. te worden gelezen in samenhang met art. 80 Sw. dat de toepassing van verzachtende omstandigheden regelt. Hierdoor is de bemiddeling in strafzaken eveneens mogelijk voor alle misdaden waarvan de straf vijftien of twintig jaar opsluiting niet te boven gaat. Bovendien wordt vereist dat de zaak niet het voorwerp uitmaakt van een gerechtelijk onderzoek. Het mag evenmin reeds aanhangig zijn gemaakt bij de strafrechtbank. In deze gevallen is een strafbemiddeling immers niet langer mogelijk. Bovendien kan het openbaar ministerie, in de gevallen waarin de bijzondere verbeurdverklaring kan worden toegepast, de dader verzoeken om afstand te doen van de goederen die kunnen worden verbeurdverklaard (art. 216ter, § 3, Sv.). Wanneer het misdrijf kosten van analyse of van deskundigenonderzoek heeft veroorzaakt, wordt de maatregel slechts voorgesteld wanneer de dader zich ertoe verbonden heeft deze kosten te betalen. Tenslotte dient de dader bereid te zijn om de veroorzaakte schade te vergoeden.

2^o Mogelijke maatregelen

Wanneer de voornoemde voorwaarden zijn vervuld, beschikt het parket over vier maatregelen die naar aanleiding van de bemiddeling in strafzaken kunnen worden genomen.⁶⁷ Deze modaliteiten zijn te beschouwen als alternatieve maatregelen binnen een alternatieve afhandeling. Deze verschillende modaliteiten hebben elk een compleet verschillende logica en doelstelling.⁶⁸

Allereerst kan de procureur des Konings de verdachte oproepen en hem/haar verzoeken de veroorzaakte schade te vergoeden of te herstellen en hiervan het bewijs te leveren. Het herstellen van de schade dient niet noodzakelijk via financiële weg te gebeuren, maar kan ook bestaan in het aanbieden van verontschuldiging of in een herstel *in natura*. De procureur kan in voorkomend geval bemiddelen bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding en bij de wijze waarop dit herstel zal gebeuren (art. 216ter § 1, Sv.). «In voorkomend geval» betekent dat wanneer het slachtoffer bekend is,⁶⁹ het moet worden opgeroepen.⁷⁰ Wat dat laatste aspect betreft, is ook voor de verdachte de oproeping een verplichting. Meer zelfs, indien de verdachte aan deze oproeping geen gevolg geeft en niet verschijnt, kan de bemiddelingsprocedure niet worden voortgezet.

⁶⁷ Cfr. *infra*.

⁶⁸ E. FIEUWS, «Bemiddeling in strafzaken», in *Van oriëntatienota naar penaal beleid?*, T. PETERS en J. VANACKER (red.), Panopticon/K.U. Leuven, 1996, 1.76.

⁶⁹ Het slachtoffer dat aanvankelijk niet gekend was, of derden die niet betrokken waren in de strafbemiddelingsprocedure, kunnen na het vervallen van de strafvordering een burgerlijke vordering instellen. In deze gevallen kan de dader zijn aansprakelijkheid niet betwisten, tenzij hij bewijst dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen fout en schade. Het slachtoffer dat van meetaf aan bij de procedure over de schade betrokken was, kan, na het beëindigen van de strafbemiddeling, een nieuwe of bijkomende vordering instellen tot het verkrijgen van een volledige schadevergoeding (L. DECLERCQ, *o.c.*, 107).

⁷⁰ *Parl. St., Senaat*, 1992-93, nr. 652/1, 5 en nr. 652/2, 57.

Wanneer de dader zich beroept op een ziekteverschijnsel, een drank- of drugverslaving ter verklaring van het gepleegde misdrijf, kan het parket de dader verzoeken, evenwel niet verplichten, een geneeskundige behandeling of een passende therapie,⁷¹ die de zes maanden niet mag overschrijden, te volgen (art. 216ter § 4, Sv.). Hoewel de wet enkel gewag maakt van een alcohol- of drugverslaving, kunnen ook andere vormen van verslaving, zoals een gokverslaving of afwijkende gedragspatronen, bijvoorbeeld van seksuele aard, onder deze modaliteit van bemiddeling in strafzaken worden ondergebracht.⁷²

Een derde modaliteit waarover het openbaar ministerie beschikt, bestaat in het voorstel aan de dader om een dienstverlening uit te voeren of een scholing of opleiding te volgen. De duur van deze dienstverlening, scholing of opleiding bedraagt maximum 120 uur en is uit te voeren binnen een termijn van minimum één en maximum zes maanden (art. 216ter § 1, derde lid Sv.). Zowel het verrichten van een dienstverlening als het volgen van een opleiding of een vorming dienen te worden voorafgegaan door een maatschappelijk onderzoek. Deze enquête heeft tot doel informatie te verzamelen omtrent de noden en behoeften van de dader op grond waarvan de mogelijkheden tot dienstverlening, opleiding of vorming worden ingeschat. De procureur stelt, na ruggespraak met de justitieassistent, de dienstverlening, opleiding of vorming voor aan de dader, en beslist over het aantal uren en de aard van de te leveren prestaties of de te volgen opleiding of vorming.

Deze drie modaliteiten van bemiddeling kunnen afzonderlijk of in onderlinge combinatie worden opgelegd.

Naast deze drie maatregelen die in art. 216ter § 1, Sv. zijn opgesomd, kan de bemiddelingsmagistraat nog andere maatregelen voorstellen.⁷³ Zo behoren een berisping van de dader, een practoriaanse probatie (voorwaardelijk sepot), waarbij zogenaamde «creatieve maatregelen»⁷⁴ worden opgelegd, en een minnelijke schikking⁷⁵ tot de mogelijkheden.

Wanneer de dader het voorstel van het openbaar ministerie aanvaardt en de afgesproken voorwaarden naleeft, leidt dit tot het verval van de strafvordering. In het andere geval kan het parket overgaan tot vervolging. Het tijdstip waarop de strafvordering vervalt, is niet altijd precies te bepalen. Zo vervalt de strafvordering wanneer de verdachte de schade volledig heeft vergoed of hersteld. Wanneer de betaling van de schadevergoeding evenwel in schijven plaatsvond, vervalt de strafvordering bij de laatste afbetaling. Bestaat de voorwaarde in het volgen van een opleiding of het ondergaan van een behandeling, dan vervalt de strafvordering van zodra de procureur vaststelt dat de ver-

dachte gedurende een aantal maanden stipt de afspraken van de opleiding of van de behandeling heeft nageleefd.⁷⁶

C. Evaluatie

1^o Cijfers

Vooraf dient te worden opgemerkt dat in België relatief weinig onderzoek werd verricht waarin de praktijk van de bemiddeling in strafzaken werd geëvalueerd.⁷⁷ Wat dit betreft, dient echter wel te worden gewezen op de jaarlijkse federale evaluatierapporten inzake de toepassing van de bemiddeling in strafzaken, welke worden opgesteld door de bemiddelingsadviseurs bij het parket van de vijf hoven van beroep.⁷⁸

Wat de toepassing van de bemiddeling in strafzaken betreft, kan alvast uit deze evaluatierapporten worden afgeleid dat in de loop der jaren vaker werd teruggegrepen naar de bemiddeling.⁷⁹ Het totaal aantal voor bemiddeling in strafzaken geselecteerde delicten steeg van 5.393 in 1995 naar 5.880 in 1996 tot 6.765 in 1997 en 7060 in 1998, om vervolgens in 1999 opnieuw te dalen tot 6583.⁸⁰ Het hoge aantal dossiers in 1995, amper een jaar na de inwerkingtreding van de wet, getuigt van een relatief snelle ontplooiing van deze wet en van haar belang. Toch dient te worden geconcludeerd dat deze mogelijkheid tot alternatieve afhandeling nog steeds ondermaats wordt benut.

2^o Selectiecriteria

Uit een onderzoek, waarin de Brusselse bemiddelingspraktijk⁸¹ wordt beschreven, blijkt dat de toepassing van het snelrecht (als een concurrent voor de bemiddeling?) een krachtige filter vormt voor de bevoorrading van de dienst strafbemiddeling en dit zowel op kwalitatief als op kwantitatief vlak. Sommige magistraten zijn immers van oordeel dat de daders van relatief ernstige feiten snel voor de cor-

⁷⁶ *Parl. St., Senaat*, 1992-93, nr. 652/2, 26 en 36.

⁷⁷ D. KAMINSKI, Y. CARTUYVELS, PH. MARY, M. VAN DE KERCKHOVE e.a., o.c., 23-34; B. DE RUYVER, J. MEESE en K. VAN IMPE, o.c., 88-96; C. ADAM en F. TORO, o.c., 966-1044; C. HANOZIN, C. VANNESTE, A. PIERS, e.a., o.c., 589-635.

⁷⁸ C. DEWULF, E. FIEUWS, T. GOOSEN, e.a., *Evaluatie van de toepassing van de Wet houdende regeling van een procedure voor de bemiddeling in strafzaken in België van 1 januari 1995 tot 31 december 1995*, Ministerie van Justitie, 1996, 84 p.; S. DAVREUX, C. DEWULF, T. GOOSEN, e.a., *Evaluatie van de toepassing van de wet houdende de regeling van een procedure voor de bemiddeling in strafzaken in België van 1 januari 1996 tot 31 december 1996*, Ministerie van Justitie, 1997, 54 p. (bijlagen); S. DAVREUX, C. DEWULF, T. GOOSE, e.a., *Evaluatierapport van de toepassing van de wet houdende de regeling van een procedure voor de bemiddeling in strafzaken in België van 1 januari tot 31 december 1997*, Ministerie van Justitie, 1998, 212 p.

⁷⁹ C. HANOZIN, C. VANNESTE, A. PIERS, e.a., o.c., 629; B. DE RUYVER, J. MEESE en K. VAN IMPE, o.c., 90.

⁸⁰ De neerwaartse trend in 1999 wordt toegeschreven aan o.m. de overheveling van de diensten bemiddeling in strafzaken naar de Dienst Justitiehuisen. Deze overdracht bracht heel wat onzekerheden en ongemakken mee, en bovendien worden justitieassistenten meer dan vroeger uitgenodigd om te participeren aan overlegmomenten, vergaderingen,...

⁸¹ D. KAMINSKI, Y. CARTUYVELS, PH. MARY, M. VAN DE KERCKHOVE e.a., o.c., 27-28; C. ADAM en F. TORO, o.c., 985-987.

⁷¹ Op de dader rust geen resultaatsverbintenis, maar veeleer een inspanningsverbintenis. Er wordt slechts verwacht dat hij de behandeling gedurende de vooropgestelde periode trouw volgt (*Parl. St., Senaat*, 1992-93, nr. 652/2, 36).

⁷² L. DECLERCQ, o.c., 105-106; B. DE RUYVER, «Bemiddeling in strafzaken: Verruimde mogelijkheden tot een geïndividualiseerde afhandeling in strafzaken op het niveau van het parket», o.c., 3.

⁷³ *Parl. St., Senaat*, 1992-93, nr. 652/15.

⁷⁴ Zo kan worden gedacht aan het aanbieden van verontschuldigen, het beoefenen van een sport, het behalen van goede schoolresultaten, het bewijs leveren dat naar werk wordt gezocht, allerlei «onthoudingen»,...

⁷⁵ Art. 216bis Sv.; cfr. *infra*.

rectionele rechter dienen te worden gebracht, terwijl anderen dan weer van oordeel zijn dat deze dossiers in aanmerking komen voor een strafbemiddeling.

Een tweede obstakel zou kunnen worden gevonden in het feit dat een selectie van de dossiers die in aanmerking komen voor een strafbemiddeling, door de meeste magistraten heel vaak niet zozeer wordt gebaseerd op de inhoud van het strafdossier, maar wel op de resultaten van het verhoor van de dader, terwijl de magistraten het vaak juist de tijd ontbreekt om over te gaan tot een verhoor.⁸²

Soms betonen magistraten bij de selectie van de dossiers die in aanmerking komen voor de strafbemiddeling de nodige interesse voor de afzonderlijke dienstnotities die dikwijls bij de processen-verbaal worden gevoegd en waarin door de politiediensten al een voorafgaande selectie wordt gesuggereerd. Om te kunnen anticiperen op de slaagkansen van een bemiddeling achten de magistraten vooral de gegevens over de sociale omgeving van de delinquent belangrijk.⁸³

De aanwezigheid van eerdere veroordelingen maakt de magistraten meer repressief en dus minder geneigd om het dossier door te verwijzen naar strafbemiddeling. Anders gesteld, recidivisten maken het voorwerp uit van een relatief zware etikettering die de magistraten belet om sereen een alternatieve maatregel, die wordt beschouwd als een gunst, in overweging te nemen.⁸⁴

Hoewel de wet op ruime schaal de strafbemiddeling toestaat, is het niveau van de ernst van de overtreding, dat op een zeer subjectieve manier wordt geëvalueerd, bepalend voor de beslissing van de parketmagistraten.⁸⁵ Uit de praktijk blijkt dat de strafbemiddeling in hoofdzaak wordt toegepast naar aanleiding van eigendomsdelicten (enkelvoudige en gekwalificeerde diefstallen), vrijwillige slagen en verwondingen, oplichtingen, enz.⁸⁶ De hoogste toename dient nochtans te worden gesitueerd bij de drugsmisdriven, wat door sommigen als een negatieve evolutie wordt bestempeld. Immers, net zoals de verkeersdelicten, zou de afwezigheid

van een rechtstreeks slachtoffer net een tegenindicatie zijn om deze dossiers voor een bemiddeling te selecteren.⁸⁷

In de lijn van de filosofie van de bemiddeling zal deze eveneens worden aangewend indien de relatie dader-slachtoffer een bijzonder belang vertoont. Meer concreet wordt de bemiddeling doorgaans toegepast als de partijen elkaar kennen,⁸⁸ indien de aan het slachtoffer veroorzaakte schade door de dader kan worden hersteld en hierdoor een secundaire victimisatie kan worden vermeden, of indien het slachtoffer zelf hierom verzoekt.⁸⁹ Nochtans dient te worden vastgesteld dat de bemiddeling nog steeds wordt aangewend in procedures waarbij geen slachtoffers betrokken zijn. Het toenemend aantal drugsmisdriven en verkeersdelicten heeft tot gevolg dat minder slachtoffers bij de procedure worden betrokken.

Meestal wordt de bekentenis de feiten te hebben gepleegd niet als onontbeerlijk beschouwd voor de keuze van de strafbemiddeling. Indien de dader blijk geeft van een schuldbesef en de wil tot verbetering, bestaan er meer kansen om in aanmerking te komen voor een bemiddelingsprocedure.

Hierbij aansluitend, kan een bedenking worden geformuleerd bij het feit dat de dader bij een bemiddeling in strafzaken in principe zelf zijn eventuele drank- of drugverslaving dient in te roepen. Dit impliceert dat van hem een zeker inzicht in eigen gedrag en verantwoordelijkheid wordt verwacht, wat lang niet voor alle druggebruikers evident is.⁹⁰ Tevens dient de dader met zijn bemiddeling in te stemmen. Hoewel dit vrijwillige karakter dikwijls als een van de voordelen van de bemiddeling wordt vermeld, moet dit aspect – gezien de geringe aantrekkelijkheid van het alternatief – ernstig worden gerelativeerd.⁹¹

Dikwijls wordt ook rekening gehouden met de eventuele beroepsactiviteit van de dader als een criterium voor doorverwijzing naar strafbemiddeling. Ofwel wil men het buitensporig risico voor het verlies van werk door een effectieve veroordeling voorkomen, ofwel beschouwt men de beroepsbezigheden als een belangrijke integrerende factor. Bovendien speelt het al dan niet hebben van beroepsbezigheden een doorslaggevende rol bij de verificatie van de middelen waarover de dader beschikt met het oog op de vergoeding van het slachtoffer.⁹²

⁸² D. KAMINSKI, Y. CARTUYVELS, PH. MARY, M. VAN DE KERCKHOVE e.a., o.c., 28.

⁸³ B. DE RUYVER, J. MEESE en K. VAN IMPE, o.c., 90-91.

⁸⁴ Zo zouden een eerdere seponering met berisping, een minnelijke schikking of een bemiddeling niet gevolg worden door een bemiddeling. D. KAMINSKI, Y. CARTUYVELS, PH. MARY, M. VAN DE KERCKHOVE e.a., o.c., 30; C. ADAM en F. TORO, o.c., 995-996.

⁸⁵ D. KAMINSKI, Y. CARTUYVELS, PH. MARY, M. VAN DE KERCKHOVE e.a., o.c., 31.

⁸⁶ C. ADAM en F. TORO, o.c., 996; C. HANOZIN, C. VANNESTE, A. PIERIS, e.a., o.c., 594-595.

⁸⁷ C. DEWULF, E. FIEUWS, T. GOOSEN, e.a., *Evaluatie van de toepassing van de Wet houdende regeling van een procedure voor de bemiddeling in strafzaken in België van 1 januari 1995 tot 31 december 1995*, Ministerie van Justitie, 1996, 50. Uit het karige cijfermateriaal van 1999 zou daarentegen tot een ommekeer kunnen worden besloten. In de meeste arrondissementen lijken de drugsmisdriven te zijn weggevallen, of alleszins sterk gedaald. Deze ommekeer wordt toegeschreven aan de drugcirculaire van 8 mei 1998 enerzijds en de gemeenschappelijke omzendbrief inzake de bemiddeling in strafzaken van 30 april 1999 anderzijds. Opvallend is wel dat de verkeersmisdriven nog steeds het voorwerp uitmaken van een bemiddelingsprocedure. In enkele arrondissementen zou dit soort misdrijven zelfs een forse groei hebben gekend in het afgelopen jaar.

⁸⁸ C. HANOZIN, C. VANNESTE, A. PIERIS, e.a., o.c., 596-597, 611-612.

⁸⁹ C. ADAM en F. TORO, o.c., 997-998; D. KAMINSKI, Y. CARTUYVELS, PH. MARY, M. VAN DE KERCKHOVE e.a., o.c., 31-32.

⁹⁰ B. DE RUYVER, J. MEESE en K. VAN IMPE, o.c., 95; A. SCHEPERS, «Druggebruikers en bemiddeling in strafzaken», in *Drugbeleid 2000 – Congresboek*, B. DE RUYVER, M. HAP, T. MARCHANDISE, A. SCHLEIPER en G. VERMEULEN (red.), 372; H. TOUSSAINT, «Hulpverlening en ordehandhaving hebben elk een eigen wetmatigheid», *Proces*, 1990, 111.

⁹¹ B. DE RUYVER, J. MEESE en K. VAN IMPE, o.c., 91. Zo is de motivatie volgens sommige magistraten voornamelijk «zo snel als mogelijk terug de straat op te geraken». Het feit dat verschillende daders een bemiddeling in strafzaken weigeren vanuit de wetenschap dat de korte gevangenisstraffen toch niet worden uitgevoerd, stemt tot nadenken.

⁹² D. KAMINSKI, Y. CARTUYVELS, PH. MARY, M. VAN DE KERCKHOVE e.a., o.c., 33.

Met betrekking tot de leeftijd blijkt uit onderzoek dat sommige magistraten vinden dat, om een criminele carrière te voorkomen, zo snel mogelijk moet worden ingegrepen. Anderen zijn daarentegen van oordeel dat jongeren nog een tweede kans moet worden geboden via een bemiddelingsprocedure. In het algemeen kan men echter stellen dat de aanwezigheid van jongeren in strafbemiddeling meer te maken heeft met het ontbreken van antecedenten dan met de leeftijd.⁹³

Opvallend is tenslotte het hoge, stijgende aantal stopzettingen tijdens de voorbereidende fase.⁹⁴ De meeste redenen voor een stopzetting hangen af van de wil van de partijen en vooral van de dader. Er zijn meer stopzettingen wanneer dader en slachtoffer bij de procedure worden betrokken en zij elkaar vooraf niet kenden. Verontrustend is het hoge aantal seponeringen volgend op een stopgezet dossier.⁹⁵

Eens dat een akkoord door de partijen werd bereikt, wordt de maatregel vaak correct uitgevoerd. De nummer één van de maatregelen is zonder meer de dader-slachtofferbemiddeling. De therapie sluit de rij van de maatregelen af. De kans op mislukking neemt echter wel toe naarmate verschillende voorwaarden worden gecumuleerd.⁹⁶

Tenslotte dient ook te worden gewezen op de vaststelling dat nog steeds heel wat magistraten niet de reflex hebben, vaak ondanks diverse door de bemiddelingsmagistraten georganiseerde informatievergaderingen, om ook dossiers die betrekkelijk zwaar zijn op het vlak van de feiten of de antecedenten van de dader, door te verwijzen voor een bemiddeling. Dit vergroot niet enkel het risico van het zogenaamde *net-widening-effect*, maar het betekent ook dat de mogelijkheden van de bemiddeling niet ten volle worden benut.⁹⁷ De bemiddeling in strafzaken kan namelijk worden beschouwd als de laatste mogelijkheid tot afdoening op het niveau van het parket. Bovendien zijn de energie-investering van de verschillende intervenanten en de middelen die worden aangewend te belangrijk opdat te lichte misdrijven worden geselecteerd. In die zin mag bij het toepassen van

deze modaliteit dan ook de strengste maatstaf worden gehanteerd.⁹⁸ Daarentegen bestaat het gevaar dat een dossier dat *ab initio* licht genoeg was om te worden geseponneerd, alsnog tot een sepot leidt wanneer de voorgestelde bemiddeling mislukt. In zo'n geval boet de bemiddelingsprocedure duidelijk aan geloofwaardigheid in, aangezien de dader er bij de bemiddeling op werd gewezen dat het niet naleven van de maatregel een dagvaarding tot gevolg heeft.⁹⁹ Als na een mislukte bemiddeling toch wordt gedagvaard, vrezen sommigen bovendien dat de rechter rekening zal houden met de vergeefse poging van het parket, wat tot een hardere respons op eenzelfde feit zou leiden.¹⁰⁰ Wat de aanwending betreft van de bemiddeling in drugszaken, bestaat nog bij een grote meerderheid van de magistraten onduidelijkheid omtrent de juiste toepassing van de «nieuwe drugcirculaire»¹⁰¹ op dat vlak.

Om de voorrangsfunctie van de strafbemiddeling als afhandelingsmodaliteit (bij druggerelateerde criminaliteit) te onderstrepen, zou het daarom interessant zijn om te bepalen dat de magistraat die beslist te dagvaarden, moet motiveren waarom hij niet heeft geopteerd voor een bemiddeling.¹⁰²

D. Conclusies

Via de strafbemiddeling krijgt de dader de kans om middels een *face-to-face*-situatie de gevolgen van zijn daad in te zien en er ten aanzien van het slachtoffer rekenschap voor af te leggen. Daarenboven creëerde de wetgever de mogelijkheid om snel te reageren op delinquent gedrag, zonder dat de verdachte noodzakelijkerwijze voor de rechter dient te verschijnen, waardoor hij de negatieve ruchtbaarheid, verbonden aan een dergelijke openbare terechtzitting, vermijdt. De bemiddelingsprocedure bespaart het parket de tijdrovende taak een dagvaarding te moeten opstellen of een gerechtelijk onderzoek te vorderen, maar stelt het daarentegen in staat het dossier op korte tijd zelf af te handelen.¹⁰³

⁹³ D. KAMINSKI, Y. CARTUYVELS, PH. MARY, M. VAN DE KERCKHOVE e.a., o.c., 33-34.

⁹⁴ Het hoge aantal stopzettingen hoeft niet per se negatief te worden beschouwd: in eerste instantie is de vrijwillige medewerking van de partijen aan de procedure een van de grote pijlers waarop deze berust. Ten tweede verloopt de procedure met de dader én het slachtoffer, en dienen beiden zich akkoord te verklaren met het voorstel. Het slachtoffer krijgt dus wel degelijk inspraak in het verdere verloop.

⁹⁵ C. DEWULF, E. FIEUWS, T. GOOSEN, e.a., *Evaluatie van de toepassing van de Wet houdende regeling van een procedure voor de bemiddeling in strafzaken in België van 1 januari 1995 tot 31 december 1995*, Ministerie van Justitie, 1996, 84 p.

⁹⁶ Het zogenaamde «pilling-up»-effect (C. DEWULF, E. FIEUWS, T. GOOSEN, e.a., *Evaluatie van de toepassing van de Wet houdende regeling van een procedure voor de bemiddeling in strafzaken in België van 1 januari 1997 tot 31 december 1997*, Ministerie van Justitie, 1998). De meeste combinaties bestaan uit een dader-slachtofferbemiddeling en een andere «alternatieve» maatregel. Slechts in een minderheid worden therapie, dienstverlening en vorming onderling gecumuleerd.

⁹⁷ C. DEWULF, E. FIEUWS, T. GOOSEN, e.a., *Evaluatie van de toepassing van de wet houdende regeling van een procedure voor de bemiddeling in strafzaken in België van 1 januari 1995 tot 31 december 1995*, Ministerie van Justitie, 1996, 80-81.

⁹⁸ B. DE RUYVER, J. MEESE en K. VAN IMPE, o.c., 90.

⁹⁹ F. SCHINS, *Enkele beschouwingen over de rechtsbedeling en over de activiteiten van het openbaar ministerie in het rechtsgebied van het Hof van Beroep te Gent*, Rede uitgesproken door de procureur-generaal F. Schins op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Gent op 1 september 1997, 28-33.

¹⁰⁰ K. VAN CAUWENBERGHE, *Drugsvadecum*, Deurne, Kluwer, 1997, 19.

¹⁰¹ «Gemeenschappelijke richtlijn over het vervolgingsbeleid inzake bezit en detailhandel van illegale verdovende middelen», 17 april 1998, *onuitgeg.* Volgens deze richtlijn dient de bemiddeling te worden voorbehouden voor druggerelateerde criminaliteit. Niet alle magistraten schikken zich naar deze richtlijn. Zo zijn er die het inschakelen van een bemiddeling bij druggerelateerde criminaliteit niet altijd opportuun achten, aangezien het, na een afweging van de individueel-maatschappelijke belangen, niet langer verantwoord is om de betrokkene een strafbemiddeling voor te stellen. Het plegen van druggerelateerde (verwervings)criminaliteit wijst er immers juist op dat de gebruiker in een stadium is terechtgekomen waarin legale middelen niet meer volstaan om het gebruik te financieren. Daartegenover blijven sommige magistraten ervan overtuigd dat de bemiddeling ook ten aanzien van zuivere drugdelicten moet kunnen worden toegepast. Zie voor meer details: B. DE RUYVER, J. MEESE en K. VAN IMPE, o.c., 90.

¹⁰² B. DE RUYVER, J. MEESE en K. VAN IMPE, o.c., 90; W. MEYVIS, o.c., 1-51.

¹⁰³ B. DE SMET, «De versnelling van de strafrechtspleging met instemming van de verdachte», *Panopticon*, 1994, 433-434.

Via de bemiddeling in strafzaken worden tenslotte niet alleen de desocialiserende effecten van een korte vrijheidsberoving vermeden, maar wordt bovendien juist het accent gelegd op een geïndividualiseerde resocialisatie.

Ten aanzien van de bemiddelingspraktijk kunnen niettemin heel wat kritische kanttekeningen worden geformuleerd.

Allereerst wordt door sommigen het enorm ruim toepassingsgebied van de bemiddeling in strafzaken bekritiseerd. In die zin wordt betwijfeld of het wel degelijk een goede evolutie is dat sinds de wet van 10 februari 1994 zelfs misdaden, op voorwaarde dat ze in het concrete geval (dit is volgens de appreciatie van de procureur) niet moeten worden bestraft met meer dan twee jaar gevangenisstraf, in aanmerking komen voor een bemiddeling.¹⁰⁴

Bovendien kan men in de bemiddeling drie modaliteiten onderscheiden: de bemiddeling zelf, de schaderegeling en de alternatieve sancties die, hetzij afzonderlijk, hetzij gecombineerd, kunnen worden toegepast.¹⁰⁵ Dit houdt verband met het feit dat de wetgever terzake uiteenlopende doeleinden heeft nagestreefd en is afgestapt van de basisidee die ten grondslag ligt van de bemiddeling, namelijk het herstelrecht.¹⁰⁶ De wetgever heeft dit uitgangspunt echter vermengd met diverse alternatieve vormen van strafrechtelijke afhandeling, namelijk de behandeling van de vermoedelijke dader en de gemeenschapsdienst.¹⁰⁷

Tijdens de parlementaire voorbereiding werden eveneens bedenkingen geformuleerd omtrent de rol die het openbaar ministerie bij de bemiddeling in strafzaken speelt. Meer in het bijzonder werd opgeworpen dat door het opleggen van een maatregel (die door de verdachte als een sanctie wordt ervaren), de procureur het bevoegdheidsterrein van de rechter betreedt.¹⁰⁸ Meer zelfs, aangezien de bemiddelingsmagistraat juist bij de beoordeling of de bemiddelingsvoorwaarden al dan niet correct werden nageleefd, dient uit te gaan van de straf die hijzelf, *in concreto*, zou wensen opgelegd te zien, evolueert zijn rol zeer dicht bij de rechtsprekende functie van de zittingsmagistraat. Uit onderzoek blijkt dat de bemiddelingsmagistraat niet zelden een veroordelende houding aanneemt en er niet voor terugdeinst zich te spiegelen aan de rol van de rechter.¹⁰⁹ Een dergelijke attitude gaat evenwel lijnrecht in tegen de onderhandelingsfilosofie van de bemiddelingsprocedure. Sommigen zijn dan ook van oordeel dat, omdat de procureur de beslissingsnemende instantie is, hij niet als bemiddelaar kan worden aangemerkt.¹¹⁰ Kortom, de bemiddeling in strafzaken kent de procureur enorme machten toe die hem

enerzijds onduidelijke bevoegdheden van bemiddelaar tussen dader en slachtoffer geven, en anderzijds met opdrachten bekleedt die normalerwijze aan een rechter toekomen.¹¹¹

Bovendien dient te worden gewezen op het feit dat de verdachte niet over de verweermiddelen beschikt die normalerwijze voorhanden zijn om de rechterlijke beslissingen te betwisten.¹¹² De strafbemiddeling houdt tevens een reeks afwijkingen in op de regelen inzake de latere burgerlijke vorderingen, omdat ze een onweerlegbaar vermoeden van fout impliceren. Bepaalde auteurs uiten hun twijfel omtrent de invloed die een dergelijke procedure op de persoon van de dader heeft, daar gesteld wordt dat een strafoplegging die «binnenkamers» plaatsgrijpt, doorgaans leidt tot onzichtbaar recht en daarom weinig effect sorteert.¹¹³

Een van de bedoelingen van de bemiddeling als alternatieve afhandelingsvorm is de toepassing van de (korte) gevangenisstraf terug te dringen. Uit de praktijk blijkt evenwel dat het gevaar voor *net-widening*, waardoor ten gevolge van de bemiddelingsprocedure uiteindelijk meer personen in het strafrechtstelsel terechtkomen, reëel is. Immers, nog te vaak is er sprake van een «voorzichtigheidsreflex» en wordt de bemiddeling nog te vaak aangewend voor minder ernstige delicten, terwijl anders de dader buiten vervolging zou zijn gesteld, een opschorting of een straf met uitstel zou hebben verkregen.¹¹⁴

Tenslotte kan een kritiek worden geformuleerd die de bestaansreden zelf van de bemiddelingsprocedure raakt. Zoals hierboven gesteld, werd de bemiddeling geconcipieerd vanuit de bekommernis accuraat op te treden ten aanzien van de zogenaamde kleine criminaliteit. De combinatie van deze doelstelling met de toepassing van alternatieven is evenwel niet zo vanzelfsprekend. Bemiddeling impliceert juist een proces waarbij men langzaam naar een overeenkomst evolueert.¹¹⁵

IV. BEMIDDELING IN STRAFZAKEN IN EEN INTERNATIONAAL PERSPECTIEF

Het leek ons interessant de bemiddeling in strafzaken in een aantal andere landen onder de loep te nemen. In eerste instantie wordt stilgestaan bij de regeling in Duitsland en Oostenrijk, als vertegenwoordigers van een traditioneel door het legaliteitsprincipe gekenmerkt continentaal rechtstelsel. Daar tegenover worden Engeland en Wales ge-

¹¹² *Parl. St., Senaat*, 1992-93, nr. 652/2, nr. 6, 19 en 20.

¹¹³ C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 566 waar deze verwijst naar de interventies van VELLINGA-SCHOOTSTRA, *Handelingen van de Nederlandse juristenvereniging*, 1995/1, Zwolle, Tjeenk Willink, 21-22.

¹¹⁴ B. DE RUYVER, J. MEESE en K. VAN IMPE, *o.c.*, 90 en 93; G. DECOCK, «Gemeenschapsdienst: een alternatief?», *Panopticon*, 1993, 410; F. PIETERS, «De positionering van de vrijheidsberovende straf binnen de recente beleidsontwikkelingen», *Panopticon*, 1995, 245; A. De Nauw, *o.c.*, 456; C. DE WULF, *e.a.*, *o.c.*, 21; E. BOUTMANS, «Knelpunten bij de veranderingen in de strafrechtelijke afhandeling», in *Drugbeleid 2000 - Congresboek*, B. DE RUYVER, M. HAP, T. MARCHANDISE, A. SCHLEIPER en G. VERMEULEN (red.), 401; E. FIEUWS, «Strafbemiddeling», in T. PETERS en J. VANACKER, *o.c.*, I-76; B. DE RUYVER, «Bemiddeling in strafzaken: verruimde mogelijkheden tot een geïndividualiseerde afhandeling op het niveau van het parket», *o.c.*, 7.

¹¹⁵ T. PETERS, *o.c.*, 1993, 100.

¹⁰⁴ C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 566.

¹⁰⁵ *Parl. St., Senaat*, 1992-93, nr. 652/2, 9.

¹⁰⁶ G. DEMANET, *o.c.*, 896.

¹⁰⁷ A. DE NAUW, *o.c.*, 455.

¹⁰⁸ L. DECLERCQ, *o.c.*, 105.

¹⁰⁹ C. DEWULF, E. FIEUWS, T. GOOSEN, *e.a.*, *Evaluatie van de toepassing van de wet houdende regeling van een procedure voor de bemiddeling in strafzaken in België van 1 januari 1996 tot 31 december 1996*, Ministerie van Justitie, 1996, 51.

¹¹⁰ G. HOUCHON en C. VANNESTE, *o.c.*, 12-13.

¹¹¹ G. DEMANET, «La médiation pénale en droit belge ou le magistrat de liaison, un nouvel entremetteur», *R.D.P.*, 1995, 230-264.

plaatst, representatief voor het op het opportuniteitsprincipe gefundeerde *common law*-systeem, met ruime discretionaire bevoegdheden op alle echelons van de strafrechtspleging.

A. Duitsland en Oostenrijk

Ook de Duitse wetgever implementeerde diverse bepalingen inzake vergoeding en bemiddeling die kunnen worden aangewend doorheen de volledige strafrechtspleging, met inbegrip van het niveau van de straftoemeting en de strafuitvoering.¹¹⁶ Meer in het algemeen beschikken de Duitse justitiële overheden over een tweeledige structuur van zogenaamde «herstelmaatregelen».¹¹⁷ De eerste categorie bepalingen heeft betrekking op de bemiddeling en de vergoeding in de context van de alternatieve afhandeling. De tweede categorie wordt pas relevant van zodra de dader effectief werd veroordeeld.¹¹⁸

Met betrekking tot de eerste groep beschikken zowel het Duitse openbaar ministerie als de Duitse rechters, daarbij terugvallend op het opportuniteitsprincipe, over een (beperkte) mogelijkheid om zaken niet langer te vervolgen wanneer de dader bepaalde voorwaarden respecteert (art. 153a 1 StPO). Ook wanneer de rechter reeds werd geadieerd, kan deze op grond van art. 153a 2 StPO beslissen geen verder gevolg te geven aan de zaak, evenwel voor zover de dader de hem opgelegde conditie(s) naleeft. Meestal bestaat deze voorwaarde tot buitenvervolginstelling in het betalen van een geldsom aan de staat of een publieke instelling (art. 153a 1 No.2 StPO). Nochtans behoort een schadevergoeding aan het slachtoffer eveneens tot de mogelijkheden (art. 153a 1 No.1 StPO).

De strafwetwijziging van 1994¹¹⁹ introduceerde de participatie aan een dader-slachtoffer bemiddeling, de zogenaamde *Täter-Opfer-Ausgleich*¹²⁰ (art. 153b StPO, art. 46a StGB), als additionele voorwaarde voor buitenvervolginstelling. Deze bemiddelingsprocedure kan worden aangewend in alle gevallen waarin de te verwachten straf niet meer dan een jaar gevangenisstraf bedraagt of waarin enkel een geldboete¹²¹ dient te worden opgelegd. Op basis van recente statistieken inzake de uitgesproken veroordelingen dient te worden besloten dat meer dan 95% van alle vervolgte

zaken, althans in theorie, in aanmerking zou komen voor deze vorm van alternatieve afhandeling.¹²²

Daarnaast voorziet het Duitse Strafwetboek in verschillende bepalingen die een bemiddeling, dan wel een (burgerlijke) schadevergoeding, als een deel van de veroordeling van de dader, opleggen.¹²³

Meer in het algemeen dient het gedrag van de veroordeelde na het plegen van het misdrijf hierbij in rekening te worden gebracht, zeker voor wat diens pogingen tot het vergoeden van de schade betreft, alsook voor wat zijn betrachtingen aangaan om een vergelijk met de schadelijgende partij uit te werken (art. 46 2 StGB).¹²⁴

Overeenkomstig de strafwetwijziging in 1994 kan in alle gevallen waarin een gevangenisstraf van minder dan een jaar of een geldboete moet worden opgelegd, de straf worden gereduceerd, of zelfs worden kwijtgescholden, wanneer de dader dergelijke pogingen heeft ondernomen om het slachtoffer te vergoeden, of getracht heeft tot een vergelijk met het slachtoffer te komen (art. 46a StGB).

Officiële statistieken die inzicht verschaffen omtrent de frequentie waarmee de hierboven vermelde herstelmaatregelen in Duitsland worden toegepast, zijn eerder schaars. Meer in het bijzonder is er geen afdoende informatie met betrekking tot dader-slachtoffer bemiddeling voorhanden. Wel kunnen terzake ramingen worden gemaakt op grond van het aantal behandelde zaken binnen lokale bemiddelingsprogramma's. In deze context moet worden gewezen op een wetenschappelijk onderzoeksproject dat een nationale registratie van alle bemiddelingsdossiers beoogt.¹²⁵ Uit vroeger cijfermatig onderzoek kon echter worden afgeleid dat in de periode tussen 1984 en 1990 nationaal om en bij de 300 dossiers van volwassen daders via een bemiddelingsprocedure werden beslecht. Ongeveer twee derden van het totale aantal bemiddelingen had betrekking op jongvolwassenen. Op parketniveau werden in de periode tussen 1993 en 1997 om en bij de 5647 compensaties, met een ontslag van strafvervolg tot gevolg, uitgevoerd. In vergelijking met de parketmagistraten zijn de Duitse rechters ongeveer 3,5 maal meer geneigd om over te gaan tot een alternatieve afhandeling. Nochtans kan worden vastgesteld dat, in tegenstelling tot de stijgende trend op parketniveau,

¹¹⁶ S. WALTHER, «Reparation in the German Criminal Justice System: What is and what remains to be done», *International Review on Victimology*, 1999, 123.

¹¹⁷ M. KILCHLING, «Germany», in *The Role of the Public Prosecutor in the European Criminal Justice Systems*, T. VANDER BEKEN en M. KILCHLING (red.), Brussel, Koninklijke Vlaamse Academie van België voor Wetenschappen en Kunsten, 2000, 79-80.

¹¹⁸ B. BANNENBERG, «Victim-Offender Mediation in Germany», in *Victim Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (red.), Leuven University Press, 2000, 255-257.

¹¹⁹ Verbrechensbekämpfungsgesetz, *BGBI.*, 1994, Teil I, 3186 e.v.

¹²⁰ M. GROENHUIJSEN, «Victim-Offender Mediation: Legal and Procedural Safeguard. Experiments and Legislation in some European Jurisdiction», in *Victim Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (red.), Leuven University Press, 2000, 72.

¹²¹ Dit wil zeggen een dagboete tot 360 «units» (art. 46a StGB).

¹²² M. KILCHLING – M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *o.c.*, 10.

¹²³ M. KILCHLING, «Aktuelle Perspektiven für Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung im Erwachsenenstrafrecht», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1996, 309-317.

¹²⁴ Een schadevergoeding kan ook worden opgelegd als een probatievoorwaarde (art. 57 en 56b s.2 No. 1 StGB) of als een voorwaarde in de context van een voorwaardelijke invrijheidstelling (art. 57 en 56b s.2 No. 1 StGB).

¹²⁵ M. LÖSCHNIG-GSPANDL en M. KILCHLING, «Victim/Offender Mediation and Victim Compensation in Austria and Germany – Stochtaking and Perspectives for Future Research», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1997, 58-78; M. KILCHLING – M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Legal and Practical Perspectives on Victim/Offender Mediation in Austria and Germany*, 1999, 15 en de daar geciteerde werken: A. HARTMANN, «Forschungskonzept der Bundesweiten TOA-Statistik», in *Zehn Jahre Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung*, E. HASSEMER, E. MARKS en K. MEYER (red.), Bonn, 1997, 413-477; A. HARTMANN en H. STROEZEL, «Die Bundesweite Täter-Opfer-Ausgleich-Statistik» in *Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland*, Bonn, 1998, 149-202; G. KAISER, «Täter-Opfer-Ausgleich nach dem SPD-Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1994, 304-309.

de Duitse rechters steeds minder geneigd zijn over te gaan tot de toepassing van dergelijke maatregelen. Tussen 1989 en 1997 daalde het aantal van 6.300 tot 5.200. Op basis van dit cijfermateriaal komen sommigen alvast tot de conclusie dat, ondanks de toenemende impact en het onmiskenbare belang dat thans aan herstelrechtelijke alternatieve maatregelen moet worden toegekend, zij hun relevantie hebben verloren in Duitsland.¹²⁶ Tot dergelijke conclusies werd evenwel besloten zonder de invloed van het nieuwe art. 46a StGB op de toepassing ervan af te wachten.

Geïnspireerd door de uiterst positieve ervaringen met een conflictbeslechtingsproject, gestart in 1985 en intussen ingevoerd in de Oostenrijkse Jeudbeschermingswet, vond de bemiddelingsgedachte ingang in het Oostenrijkse strafrecht.¹²⁷

De dader-slachtoffer-bemiddeling (*Aussergerichtlicher Tatausgleich*) werd allereerst geïmplementeerd als een alternatieve afhandelingswijze op het niveau van het parket. Opmerkelijk is evenwel de beroepsmogelijkheid die werd voorzien voor de betrokkenen voor het geval het parket de bemiddelingsprocedure niet initieerde, maar daarentegen besloot het dossier te verzenden naar de rechtbank. Wanneer aan de voorwaarden¹²⁸ van art. 42 StGB is voldaan, beschikt de rechtbank over de mogelijkheid om de bemiddelingsprocedure te starten. Deze wettelijke beroepsmogelijkheid werd geïntroduceerd vanuit de bekommernis om zowel daders als slachtoffers een (afdwingbaar) recht op een bemiddelingsprocedure te verschaffen. Er dient op te worden gewezen dat deze mogelijkheid voor beide partijen om een toepassing van een bemiddelingsprocedure te verzoeken, uniek is in Europa.

Wanneer de mogelijkheid tot het aanwenden van «herstelmaatregelen» in Oostenrijk wordt vergeleken met de hierboven beschreven situatie in Duitsland, dient onmiddellijk te worden vastgesteld dat in Oostenrijk de bemiddelingsmethodiek meer ingeburgerd is, wat dan ook tot uiting komt in een groter aantal op bemiddeling en herstelrechtelijk geïnspireerde wetsartikelen. Bovendien moet worden gewezen op het feit dat de Duitse term «*Täter-Opfer-Ausgleich*» impliceert dat steeds een slachtoffer bij de bemiddelingsprocedure betrokken is, terwijl een Oostenrijkse «*Aussergerichtlicher Tatausgleich*» niet strikt moet worden beperkt tot die gevallen waarin er sprake is van individuele slachtoffers.

In het bijzonder verdienen drie wetsbepalingen specifieke aandacht.¹²⁹ Allereerst is er art. 167 StGB overeenkomstig

welk een limitatief aantal opgesomde misdrijven niet wordt vervolgd wanneer de schade veroorzaakt door deze delicten op vrijwillige basis door de dader werd vergoed alvorens het dossier door de politiediensten aan het parket werd toegezonden (*tätige Reue*). Het basisartikel inzake mediatie was tot voor kort het hierboven reeds geciteerde art. 42 StGB («*Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*»). Dit artikel gaat evenwel verder dan een gewone alternatieve afhandeling. Immers, normaal gesproken behouden de feiten die het voorwerp uitmaakten van een alternatieve afhandeling hun strafbaar karakter; op grond van art. 42 StGB wordt het misdrijf dat via bemiddeling werd afgehandeld retroactief nooit als een strafbare gedraging gekwalificeerd. Ook dit gaat veel verder dan bijvoorbeeld de Duitse regelgeving (art. 46a StGB), waarin de schuld van de dader ondanks een met succes beëindigde bemiddelingsprocedure niet verdwijnt. Praktisch betekent dit onder meer dat in Duitsland van het feit melding zal worden gemaakt op het strafblad, wat niet het geval is in Oostenrijk. Tenslotte bevat de Oostenrijkse wetgeving de mogelijkheid om een definitief geworden strafrechtelijke veroordeling te verzachten indien mocht blijken dat de veroordeelde na deze (principeel) onherroepelijk geworden gerechtelijke beslissing de nodige maatregelen heeft genomen tot het herstel van de gevolgen van zijn misdrijf (art. 34 No. 14 en 15 StGB en art. 410 StPO).

Op 1 januari 2000 trad een wetswijziging in het Oostenrijkse Wetboek van Strafvordering, de zogenaamde «*Strafprozeßnovelle 1999*», in werking, waardoor art. 42 StGB, althans voor zover het als rechtsgrond voor de bemiddelingsprocedure fungeert, werd vervangen en een uitgebreid arsenaal van nieuwe alternatieve afhandelingsmodaliteiten (art. 90a – 90m StPO) werd geïntroduceerd. Op basis van deze nieuwe wettelijke bepaling beschikken het openbaar ministerie en de rechtbank momenteel over de mogelijkheid om af te zien van de verdere strafvordering, mits wordt overgegaan tot een strafbemiddeling (dan wel een andere alternatieve maatregel).¹³⁰ Overeenkomstig deze nieuwe artikelen is de instemming van dader en slachtoffer een noodzakelijke vereiste opdat de bemiddeling of één van de overige alternatieve afhandelingsmodaliteiten¹³¹ kan worden aangewend. Bovendien mogen (tot op heden) deze vier verschillende alternatieve afhandelingsmodaliteiten niet met elkaar worden gecumuleerd.

¹²⁶ M. KILCHLING – M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Legal and Practical Perspectives on Victim/Offender Mediation in Austria and Germany*, 1999, 15-18.

¹²⁷ C. PELIKAN, «Victim-Offender Mediation in Austria», in *Victim Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*. The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (red.), Leuven University Press, 2000, 129.

¹²⁸ Art. 42 StGB bepaalt onder meer dat van vervolging dient te worden afgezien indien het misdrijf een «misdemeanor» betreft, strafbaar met maximum drie jaar gevangenisstraf, het misdrijf slechts minimale consequenties heeft teweeggebracht, de schade van het slachtoffer (bijna) integraal werd vergoed of er althans serieuze spanningen in die zin werden geleverd, en de bestraffing niet noodzakelijk lijkt te zijn om te voorkomen dat de dader in de toekomst nieuwe feiten zou plegen.

¹²⁹ M. KILCHLING en M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *o.c.*, 1999, 12-13.

¹³⁰ M. LÖSCHNIG-GSPANDL, «Austria», in *The Role of the Public Prosecutor in the European Criminal Justice Systems*, *o.c.*, 21-23; M. KILCHLING en M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *o.c.*, 24. Zo wordt vereist dat het misdrijf niet dient te worden berecht door het «Schöffengericht» of het «Schwurgericht», beide bevoegd voor de ernstige misdrijven, maar de dader daarentegen dient te verschijnen voor het «Landesgericht», dit is wanneer de feiten aanleiding geven tot een gevangenisstraf die evenwel vijf jaar niet overschrijdt. Bovendien mag het delict niet het overlijden van een persoon tot gevolg hebben gehad, noch moet de bestraffing van de dader noodzakelijk zijn om toekomstig crimineel gedrag van de dader te vermijden. Ten slotte mag geen onduidelijkheid bestaan omtrent de omstandigheden waarin het misdrijf werd gepleegd en mag de dader slechts een lichte schuld verwijtbaar zijn.

¹³¹ Zo behoren het betalen van een geldsom (Geltbetrag), het vervullen van een dienstverlening, of het doorlopen van een probatieperiode van een tot twee jaar gedurende welke specifieke voorwaarden (Pflichten) dienen te worden nageleefd naast de «Aussergerichtlicher Tatausgleich» tot de mogelijkheden.

In de periode 1992-1996 werden 11.500 dossiers afgehandeld via de bemiddelingsprocedure. Hiermee is Oostenrijk de onbetwiste leider voor wat betreft de toepassing van de bemiddelingspraktijk binnen Europa. Er werden duidelijk meer bemiddelingen uitgevoerd tussen volwassenen dan tussen jongeren. Doorheen de jaren is er trouwens een opmerkelijke stijging van het aantal bemiddelingsdossiers merkbaar, die onbetwistbaar nog zal toenemen in het licht van de hierboven geschetste wettelijke vernieuwingen.

B. Engeland en Wales

De bevoegdheden van het openbaar ministerie, de *Crown Prosecution Service*, in Engeland¹³² zijn heel wat minder omvangrijk in vergelijking met de mogelijkheden waarover het parket in de continentaal Europese landen beschikt. De verklaring hiervoor kan worden gevonden in het feit dat, vóór de oprichting van de *Crown Prosecution Service* in 1985, de Engelse politiediensten zowel de opsporings- als de vervolgingstaken combineerden. Het Engelse openbaar ministerie fungeert in feite enkel als een onafhankelijk controleorgaan voor de door de politie genomen beslissingen. De principiële bevoegdheid om te opteren voor een alternatieve afhandeling is bijgevolg gelegen op het niveau van de politie en werd niet aan het openbaar ministerie toevertrouwd. Dit betekent dat de Engelse politiediensten volledig autonoom kunnen opteren voor een buitenvervolginstelling (*no further action*), dan wel een berisping (*reprimand* en *final warning*), een geldboete (*fixed penalty notice*) of een «*restorative conferencing*»,... Deze ruime discretionaire bevoegdheid waarover de Engelse politie beschikt, is de resultante van een totale afwezigheid van wettelijke bepalingen inzake strafvervolgning, met inbegrip van het domein van de alternatieve afhandeling.¹³³ In het Engelse rechtssysteem speelt, in tegenstelling tot bijvoorbeeld Duitsland en Oostenrijk, waarin het traditioneel legaliteitsbeginsel primeert, op alle echelons het opportuniteitsprincipe een grotere rol. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat het systeem van alternatieve afhandeling via waarschuwing (*diversion through cautioning*), al dan niet gekoppeld aan een daderslachtoffer-bemiddeling (*mediation*), binnen de Engelse politiediensten werd ontwikkeld. Immers, in plaats van het dossier met het oog op een verdere vervolging door te zenden naar het openbaar ministerie, beschikt de Engelse politie tevens over de mogelijkheid om de dader een waarschuwing (*caution*) te geven. Deze waarschuwing kan evenwel worden gevolgd door een bemiddelingsprocedure.¹³⁴ Door dader en slachtoffer op die manier met elkaar in contact te brengen, verkrijgt deze loutere waarschuwing een additionele herstelrechtelijke component.

De verschillende Engelse politie-eenheden ontwikkelden elk hun eigen alternatieve afhandelingspraktijk. Eén van

deze politiediensten is de *Thames Valley Police* die thans kan worden beschouwd als een van de voorlopers op het vlak van de bemiddelingspraktijk. Zo werd de praktijk van de alternatieve afhandeling via waarschuwing door het korps herzien en werden recent vier nieuwe modaliteiten ontwikkeld: de *community conference*, de *restorative conference*, de *restorative caution* en de *instant caution*.¹³⁵

C. Conclusies

Uit het summieriende rechtsvergelijkend overzicht kunnen enkele opvallende conclusies worden getrokken.

Zowel de «*civil law*»-landen, waarvan de bemiddelingspraktijk in Duitsland en Oostenrijk nader werd bekeken, als de «*common law*»-landen, waarvan Engeland als voorbeeldland werd geselecteerd, zijn vertrouwd met de bemiddelingspraktijk.

Dit wekt toch enige verbazing. Immers, in Engeland, waar het openbaar ministerie een veel minder sterke positie bekleedt en het legaliteitsbeginsel niet speelt, is het verstaanbaar dat er op de diverse echelons van de strafrechtspleging, maar blijkbaar vooral dan op het politieniveau, ruime discretionaire bevoegdheden voorhanden zijn. Daarentegen is het moeilijker te verklaren waarom zich in landen die steeds werden beheerst door een traditioneel legaliteitsprincipe, zich alternatieve afhandelingspraktijken, zoals de bemiddeling, hebben ontwikkeld. Nochtans is het antwoord op deze kwestie relatief voor de hand liggend. Geconfronteerd met een oververzadiging van het strafrechtelijk apparaat zochten ook deze landen naar alternatieve oplossingen voor de strafrechtshandhaving, waarbij het vervolgingsbeleid (in toenemende mate) door het opportuniteitsprincipe werd beheerst. Dit bood immers de mogelijkheid om, geïnspireerd door de groeiende bekommernis omtrent de positie van het slachtoffer, vanuit een herstelrechtelijke benadering diverse alternatieve afhandelingsmodaliteiten te introduceren.

Terwijl het zwaartepunt van de bemiddeling zowel in Duitsland als in Oostenrijk dient te worden gesitueerd op het niveau van het openbaar ministerie, komt de mediatie op parketniveau in Engeland zelden voor. Zoals hierboven reeds werd toegelicht, dient de reden hiervoor te worden gezocht in het onderscheiden rechtssysteem: in Engeland behoren niet enkel de opsporing maar ook essentiële aspecten van de vervolging tot de bevoegdheden van de politiediensten, terwijl de strafvordering in Duitsland en Oostenrijk, net zoals in de andere *civil law*-landen, een monopolie van het openbaar ministerie is.

Ook binnen de Europees continentale rechtspraktijk blijken er opmerkelijke verschillen te bestaan inzake de toepassingsmogelijkheden van de bemiddeling. Zowel in Duitsland als in Oostenrijk is de strafbemiddeling niet enkel wettelijk voorzien op het opsporingsniveau, maar ook op het niveau van de straftoemeting, en in Oostenrijk is zelfs op het niveau van de strafuitvoering de mogelijkheid tot bemiddeling wettelijk uitgewerkt. Daarentegen is in België¹³⁶ de bemiddeling in strafzaken enkel op het vervolgingsniveau op een legale basis gefundeerd. Uitzonderlijk is er eveneens de beroepsmogelijkheid, die in Oostenrijk voor de betrokkenen werd gereserveerd, waardoor zij hun «recht op

¹³² A. SANDERS, «England and Wales», in *The Role of the Public Prosecutor in the European Criminal Justice Systems*, o.c., 57-72.

¹³³ M. LIEBMANN en G. MASTERS, «Victim-Offender Mediation in the UK», in *Victim Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (red.), Leuven University Press, 2000, 343.

¹³⁴ M. WRIGHT, *Justice for victims and offenders. A restorative response to crime*, 1991, 171.

¹³⁵ M. LIEBMANN en G. MASTERS, o.c., 353.

¹³⁶ Cfr. *infra*.

bemiddeling» voor de rechter kunnen afdwingen. In tegenstelling tot bijvoorbeeld Oostenrijk en België, is in Duitsland steeds een slachtoffer bij de bemiddelingsprocedure vereist. De vergoeding van dit slachtoffer op eigen initiatief van de dader, zijnde een vorm van het zogenaamde «actief be-rouw», werd door de Belgische wetgever als een bemiddelingsmodaliteit¹³⁷ in rekening gebracht, terwijl in Oostenrijk en Duitsland dit gebaar zelfs postfactum kan worden gehonoreerd door een definitief geworden rechterlijke beslissing te verzachten.

III. MINNELIJKE SCHIKKING

A. Doelstellingen, voorwaarden, modaliteiten en gevolgen

Art. 216bis Sv., gewijzigd bij wet van 10 februari 1994, regelt het systeem van de minnelijke schikking.¹³⁸ De minnelijke schikking is een wijze van verval van de strafvordering die erin bestaat dat de strafvordering ten laste van de verdachte van een misdrijf vervalt ingevolge een voordien gesloten en uitgevoerd akkoord tussen deze verdachte en het openbaar ministerie, waarbij de verdachte tijdig een door het openbaar ministerie vastgestelde geldsom betaalt.¹³⁹ De dader kan ook worden gevraagd afstand te doen van de verbeurd te verklaren goederen.

Door middel van de minnelijke schikking beoogde de wetgever, net zoals via de bemiddeling in strafzaken, de overbelasting van de rechtbanken en de kosten van het rechtsapparaat te verminderen.

De minnelijke schikking is geen veroordeling. Het vastgestelde bedrag is dan ook geen sanctie, noch een administratieve boete of transactie. Het betreft een bijzondere door

de wetgever gecreëerde vorm van buitengerechterlijke afdoening.¹⁴⁰

De minnelijke schikking is geen nieuwe rechtsfiguur. Ondanks diverse vroegere pogingen werd de transactie pas in 1935 voor het eerst in het Belgisch strafrechtssysteem geïntroduceerd.¹⁴¹ Nadien werden de toepassingsmogelijkheden van de minnelijke schikking stelselmatig uitgebreid.¹⁴² Dit gebeurde, zoals hierboven reeds werd gesteld, het laatst bij de wet van 10 februari 1994 waardoor de wet van 28 juni 1984 werd gewijzigd.¹⁴³

Het voorstel tot minnelijke schikking is in principe steeds unilateraal: art. 216bis Sv. legt het initiatief om een minnelijke schikking voor te stellen volledig en uitsluitend in handen van het openbaar ministerie. De verdachte heeft hierop dus geen recht, het is het parket dat het «compositiebedrag»¹⁴⁴ voorstelt, dat door de verdachte te nemen of te laten is.

Opdat een strafbaar feit voor een afdoening via de minnelijke schikking in aanmerking zou komen, dient overeenkomstig art. 216bis Sv. cumulatief aan vier voorwaarden te zijn voldaan.

In eerste instantie dient de eventueel aan een ander veroorzaakte schade in beginsel volledig te zijn vergoed. Deze voorwaarde werd behouden, maar versoepeld door de wet van 10 februari 1994. Voortaan kan de minnelijke schikking ook worden voorgesteld op voorwaarde dat de dader in een geschrift zijn burgerlijke aansprakelijkheid voor het schadeverwekkend feit heeft erkend en hij daarenboven het bewijs heeft geleverd van de vergoeding van het niet-betwiste gedeelte van de schade en de regeling ervan. De bedoeling van deze wijziging was de aanwending van de minnelijke schikking te activeren. Er kon immers worden vastgesteld dat de voorwaarde van een voorafgaande en volledige vergoeding van de schade een remmend effect had op de toepassing.¹⁴⁵ Zo kon de benadeelde door het stellen van een overdreven schade-eis het voorstellen van een minnelijke schikking verhinderen of was de verdachte verplicht aan de benadeelde meer te betalen dan dat waarop deze recht had opdat de minnelijke schikking zou kunnen plaatshebben. De minnelijke schikking was ook vaak onmogelijk wanneer de schade, vooral bij letsels, pas na een (expertise)onderzoek kon worden bepaald.¹⁴⁶ Anderzijds bepaalt de wet dat het slachtoffer in ieder geval zijn rechten kan laten gelden voor de bevoegde rechtbank. In dat geval is het aanvaarden van de minnelijke schikking een onweerlegbaar vermoeden van fout (art. 216bis, § 4 Sv.).¹⁴⁷ De burgerlijke rechtbank en de

¹³⁷ Dan wel een toepassingsvoorwaarde van een minnelijke schikking.

¹³⁸ P. ARNOU, *o.c.*, 3. Een belangrijke aanvullende rechtsbron zijn de circulaire van de parketten-generaal inzake de toepassing van de minnelijke schikking.

¹³⁹ De aanbevolen term is eigenlijk «verval van de strafvordering tegen betaling van een geldsom» (V.S.B.G.). De term «minnelijke schikking» of «transactie» is misleidend omdat zij doet denken aan een dading. Een minnelijke schikking is echter geen dading in de zin van art. 2044 B.W., namelijk een contract waarbij de partijen bij een geschil een einde aan dat geschil maken. De minnelijke schikking kan geen dading uitmaken, aangezien dit laatste onverenigbaar is met de basisfilosofie van het strafprocesrecht: de strafvordering is immers van openbare orde, zodat de overeenkomsten betreffende de strafvordering uitgesloten zijn. P. ARNOU, *o.c.*, 2-4; L. DUPONT, *o.c.*, 469-47; M. FRANCHIMONT, e.a., *Manuel*, 73; C. VAN DE WYNGAERT, *o.c.*, 560; T. VERSEE, «Minnelijke schikking», *A.P.R.*, 1954, 11-12.

¹⁴⁰ De minnelijke schikking verschilt tevens van de onmiddellijke inning. Deze figuur is voornamelijk bekend in verkeerszaken (art. 65 Wegverkeerswet) en bestaat erin dat de verbalisant zelf aan de overtreder de mogelijkheid biedt om onmiddellijk of zeer kort na de overtreding, een geldsom te betalen die, voor zover er geen tussenkomst is van het openbaar ministerie, de strafvordering zal doen vervallen. Het betreft met andere woorden een bijkomende mogelijkheid tot alternatieve afhandeling in strafzaken (P. ARNOU, *o.c.*, 38). Ten slotte bestaan er ook de zogenaamde administratieve boete en de administratieve transactie. Bij de eerste leidt het stilzitten van de betrokkene tot het definitief worden van de boete, terwijl bij de tweede het bedrag slechts verschuldigd is indien de betrokkene uitdrukkelijk heeft ingestemd. Beide worden niet door het parket, maar door een administratieve overheid voorgesteld en hebben meestal tot gevolg dat de strafvordering vervalt.

¹⁴¹ K.B. nr. 59 van 10 januari 1935, *B.S.*, 13 januari 1935.

¹⁴² K.B. nr. 7, 21 juni 1939, *B.S.*, 30 juni 1939; Wet van 7 juni 1949, *B.S.*, 30 juni 1949; Wet 30 december 1957, *B.S.*, 13-14 januari 1958 en Wet 28 juni 1984, *B.S.*, 22 augustus 1984.

¹⁴³ H.D. BOSLY, «Un projet de loi étendant considérablement le champ d'application de la «transaction» en matière pénale», *J.T.*, 1983, 725-727; L. CLOSE, *o.c.*, 51-54.

¹⁴⁴ A. VERSEE, *o.c.*, 50.

¹⁴⁵ G. HALLOY, «Assurance obligatoire et transactions correctionnelles», *J.T.*, 1969, 312.

¹⁴⁶ J. CUYERS, «De rechter buitenspel? Over de toepassing van de minnelijke schikking in de praktijk», *Panopticon*, 1991, 458-600; W. BROSENS, «Enkele recente evoluties in verschillende domeinen van het strafrecht», *R.W.*, 1988-89, 319-320.

¹⁴⁷ P. ARNOU, *o.c.*, 444; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 563; *Parl. St.*, *Senaat*, 1992-93, nr. 652/2, 65-66.

slachtoffers zijn dus niet gebonden door de schadebeoordeling van het parket.

Daarnaast mag een minnelijke schikking slechts worden voorgesteld indien het misdrijf strafbaar is met hetzij een geldboete, hetzij een gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaar, hetzij met die beide straffen. Van zodra de wettelijk voorziene bestraffing voor het feit de maximumstraf van vijf jaar overschrijdt, is de minnelijke schikking uitgesloten.¹⁴⁸ Deze maximumgrens werd door de wet van 28 juni 1984 op vijf jaar gesteld. De bedoeling van de wetgever was om een eenvoudige diefstal ook onder het toepassingsgebied van de minnelijke schikking te laten sorteren.¹⁴⁹ Sommigen zijn evenwel van oordeel dat het niet de bedoeling van de wetgever kan geweest zijn om de toepassing van de minnelijke schikking tot alle feiten waarop een gevangenisstraf van maximum vijf jaar *in abstracto* is gesteld, te veralgemenen.¹⁵⁰

Bovendien kan geen minnelijke schikking worden voorgesteld wanneer de zaak reeds bij de rechtbank aanhangig werd gemaakt of wanneer het instellen van een gerechtelijk onderzoek werd gevorderd (art. 216bis, § 2 Sv.).

Tenslotte dient het openbaar ministerie van oordeel te zijn dat de feiten bewezen zijn, kunnen worden vervolgd, en dat enkel een geldboete of enkel een geldboete met verbeurdverklaring dient te worden gevorderd. Dit betekent onder meer dat wanneer het parket van oordeel is dat het gepleegde misdrijf met een gevangenisstraf, zelfs een voorwaardelijke, dient te worden bestraft, de minnelijke schikking niet kan worden aangewend. Daarentegen belet het feit dat op een misdrijf enkel een gevangenisstraf is gesteld geenszins een minnelijke schikking voor te stellen. Immers, in de gevallen dat er na de toepassing van verzachtende omstandigheden (art. 85 Sw.) enkel nog een geldboete zou moeten worden gevorderd, is een minnelijke schikking wel mogelijk.¹⁵¹

De minnelijke schikking zal worden voorgesteld aan diegene die verantwoordelijk moet worden geacht voor het misdrijf. Dit impliceert dat thans ook rechtspersonen in aanmerking komen voor een minnelijke schikking.¹⁵² Het toepassingsgebied van de minnelijke schikking ten aanzien van rechtspersonen is trouwens veel groter, aangezien een rechtspersoon enkel, eventueel na omzetting van de door de wet bepaalde gevangenisstraf via art. 41bis Sw., met een geldboete kan worden bestraft.¹⁵³

Het bedrag van de minnelijke schikking wordt bepaald door het openbaar ministerie dat daarbij aan een wettelijk minimum en een wettelijk maximum gebonden is. Wanneer het misdrijf kosten van analyse of onderzoek heeft veroorzaakt, bestaat de mogelijkheid het bedrag van de minnelijke schikking met het bedrag van die kosten, of een gedeelte ervan, te verhogen (art. 216bis, § 1, vierde lid, Sv.). Het is eveneens het parket dat de betalingstermijn voor het

compositiebedrag vastlegt. Het parket dient evenwel ook hier een wettelijk minimum en maximum te respecteren. Hetzelfde geldt voor de voorwerpen die dienen te worden verbeurdverklaard.

Zolang de betalingstermijn loopt, dient het openbaar ministerie het aan de verdachte gedane voorstel te respecteren en kan het, behalve indien de verdachte binnen deze termijn te kennen geeft het voorstel niet te accepteren, de strafvordering niet verderzetten.¹⁵⁴ Alleen een betaling, een afstand of een afgifte binnen de bepaalde termijn doet de strafvordering vervallen. Ten onrechte menen sommigen dat nog rekening mag worden gehouden met betalingen die enkele dagen te laat binnenkomen.¹⁵⁵ De bepaling is immers van openbare orde waardoor er geenszins mag van worden afgeweken.¹⁵⁶ Weliswaar kan het openbaar ministerie, na een te late betaling, altijd beslissen de zaak te seponeren, met behoud van de gedane betaling, maar de dader heeft er geen recht op niet te worden vervolgd.¹⁵⁷ Wanneer tijdig werd voldaan aan alle wettelijke voorwaarden van de minnelijke schikking, vervalt de strafvordering (art. 216bis, § 1, zesde lid, Sv.). Daar de minnelijke schikking niet kan worden gecatalogeerd als een straf, wordt er ook geen melding van gemaakt op het strafregister.

B. Evaluatie

Het staat buiten kijf dat de wet van 28 juni 1984 die het toepassingsgebied van de minnelijke schikking fel had uitgebreid, niet heeft geleid tot een spectaculaire toename van het gebruik van deze afhandelingswijze.¹⁵⁸ Evenmin heeft de versoepeling van de oorspronkelijke voorwaarde van een integrale, voorafgaande vergoeding van de eventuele schade door de betrokkene, de toepassing van het systeem drastisch doen verhogen. Het feit dat het aanvaarden van de minnelijke schikking wordt gelijkgeschakeld met een onweerlegbaar vermoeden van fout, is hieraan misschien niet vreemd.¹⁵⁹ Bovendien is de efficiëntie van de minnelijke schikking volgens sommigen sterk gecorreleerd met de rechterlijke beslissing die bij een niet-acceptatie van het voorgestelde bedrag doorgaans wordt gevelde. Immers, vanuit de wetenschap dat vele rechters naar aanleiding van een eerste misdrijf uiteindelijk een voorwaardelijke straf opleggen, zal de dader er vaak voor opteren het bedrag niet te betalen. Voor het parket resulteert deze praktijk enkel in bijkomend werk en bijgevolg in een vertraging van zijn werkzaamheden. Bovendien zou gewag kunnen worden gemaakt van een discriminatie tussen zij die uiteindelijk betalen en hierdoor zwaarder zullen worden bestraft, en zij die de zaak op haar beloop laten.¹⁶⁰

¹⁵⁴ A. VERSEE, *o.c.*, 63-64. Aanvaardt de verdachte niet, dan zal het openbaar ministerie de zaak verder zijn gewone gang laten gaan. Dit betekent evenwel dat het parket ook nog steeds tot een buitenvervolginstelling kan besluiten.

¹⁵⁵ F. CLOSE, *o.c.*, 60; A. VERSEE, *o.c.*, 65.

¹⁵⁶ Cass., 4 april 1979, *R.W.*, 1979-80, noot A. VANDEPLAS.

¹⁵⁷ R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 50.

¹⁵⁸ A. DE NAUW, *o.c.*, 467.

¹⁵⁹ A. DE NAUW, *o.c.*, 468.

¹⁶⁰ J. CUYPERS, «De rechter buitenspel? Over de toepassing van de minnelijke schikking in de praktijk», *Panopticon*, 1991, 458-459.

¹⁴⁸ A. VERSEE, *o.c.*, 25.

¹⁴⁹ *Parl. St., Senaat*, 1982-83, nr. 381/2.

¹⁵⁰ A. DE NAUW, *o.c.*, 449.

¹⁵¹ F. CLOSE, *o.c.*, 56.

¹⁵² Wet 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, *B.S.*, 22 juni 1999.

¹⁵³ De vraag rijst of dit geen discriminatie impliceert en voor de toepassing van de minnelijke schikking ten aanzien van rechtspersonen in een maximumgeldboete moet worden voorzien.

De minnelijke schikking wordt als ongepast beschouwd voor drugdelicten, aangezien de meeste druggebruikers reeds met financiële problemen te kampen hebben.¹⁶¹ Dit heeft immers enkel tot gevolg dat de betrokkene verder verstrikt raakt in de neerwaartse spiraal van maatschappelijke kwetsbaarheid. In een aantal gevallen wordt toch teruggeslagen naar de minnelijke schikking, en dit meestal omdat men de kosten van de urinecontroles wil recupereren.¹⁶²

Soms betracht men door het voorstel tot het betalen van een geldsom een sensibiliserend effect (voornamelijk bij jongeren) teweeg te brengen, doordat ze voor het betalen van de som dikwijls bij ouders of verwanten moeten gaan aankloppen.

Vaak is het preventieve en recidivevoorkomende effect van een minnelijke schikking echter nihil. Zeker bij druggebruikers kan worden vastgesteld dat de confrontatie met een minnelijke schikking zelden een effect had op hun gebruik. Ook het sensibiliserend effect dat sommige magistraten de minnelijke schikking toemeten, moet sterk worden genuanceerd.¹⁶³

C. Conclusie

Niettegenstaande de vele voordelen van de minnelijke schikking, met name haar vermogen de rechtbanken te ontlasten van de behandeling van vele, minder belangrijke zaken, naast het feit dat er toch een maatschappelijke reactie volgt op het misdrijf, zonder dat dit evenwel leidt tot een sociale afkeuring van de dader, worden ten aanzien van dit systeem diverse bezwaren geuit.

Zo komt volgens sommigen de toepassing van de minnelijke schikking neer op het laten primeren van een efficiënte en gemakkelijke afdoening van een zaak boven een correcte en rechtvaardige behandeling.¹⁶⁴ Andere auteurs zijn ervan overtuigd dat onschuldige personen ervoor zullen opteren om de voorgestelde minnelijke schikking te betalen om derwijze de negatieve gevolgen van een procedure te vermijden, terwijl vermogende schuldigen de mogelijkheid wordt geboden om via de minnelijke regeling hun bestrafing te ontlopen.¹⁶⁵

Net zoals bij de bemiddeling wordt gewezen op de té grote machtsverhouding, die met een minnelijke schikking gepaard

gaat, aan het openbaar ministerie.¹⁶⁶ Ook hier wordt het respect voor de rechtspositie van de verdachte in vraag gesteld. Immers, in welke mate kan er sprake zijn van een vrije instemming op een (ongemotiveerd) transactievoorstel van het parket waarbij de betrokkene bij weigering, principieel, voor de rechter moet verschijnen? Het feit dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest Deweer¹⁶⁷ nochtans oordeelde dat de dreiging dat er bij weigering van de minnelijke schikking een strafproces komt, en dat bij voortzetting van de strafvordering het parket zelfs vrij is een straf te vorderen die zwaarder is dan het oorspronkelijk voorstel tot afdoening, geen verboden vorm van dwang uitmaakt, blijft voor sommigen weinig overtuigend.¹⁶⁸

Tot slot wordt ook de door de wetgever¹⁶⁹ bepaalde mogelijkheid voor het parket om, ondanks het verschil in toepassingsgebied, van een bemiddeling over te stappen op een minnelijke schikking bekritiseerd. Bij een minnelijke schikking gaat het meestal niet om ernstige misdrijven die zich lenen tot een transactie aangezien het openbaar ministerie eventueel genoeg kan nemen met de betaling van een geldsom. Meer ernstige delicten, waarbij de persoonlijkheid van de dader en de omstandigheden die hem tot dit delinquent gedrag hebben gebracht centraal staan, maken daarentegen het voorwerp uit van een bemiddeling.

IV. ALGEMENE EINDCONCLUSIES

Na vier jaar ervaring kon worden vastgesteld dat de basisfilosofie van de bemiddeling in strafzaken hoe langer hoe meer verloren ging. Zo kwam, onder meer door het toenemend aantal drug- en verkeersdelicten, de dader-slachtofferrelatie steeds minder vaak aan bod. Bovendien werd er te weinig gewerkt in dossiers die een daadwerkelijk alternatief zijn voor zowel vervolging als voor de korte gevangenisstraf. Het leek er daarenboven op dat het beleid inzake de bemiddelingsprocedure eerder voortspoot uit pragmatische overwegingen dan uit een algemeen strafrechtelijk beleid. Hierdoor ontstonden binnen de parketten verschillende praktijken met betrekking tot de doelstelling, de selectie van de dossiers, alsook met de procedure op zich. Teneinde tot een harmonisering van deze verschillende praktijken te komen, besliste de minister van Justitie, in overleg met het college van procureurs-generaal, om de ministeriële omzendbrief van 28 oktober 1994 aan te passen. Bovendien diende de bestaande bemiddelingspraktijk te worden afgestemd op het Octopus-akkoord. Dit akkoord onderschrijft immers een uitbreiding van de mogelijkheid van de afhandeling buiten proces door onder meer de bemiddeling in strafzaken aan te wenden. De nieuwe circulaire,¹⁷⁰ waarin onder meer de doelstellingen, de procedure en de taken van

¹⁶¹ B. DE RUYVER, in «Verslag namens de werkgroep belast met het bestuderen van de drugproblematiek», uitgebracht door de heren M. MINNEN en J. VANDEURZEN, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 1062/1-3, 935.

¹⁶² B. DE RUYVER, J. MEESE en K. VAN IMPE, *o.c.*, 82.

¹⁶³ B. DE RUYVER, J. MEESE en K. VAN IMPE, *o.c.*, 80-83.

¹⁶⁴ L. HALLEUX, «La transaction introduite dans le Droit Pénal», *Ann. Dr. Sc. Pol.*, 1939, 70-72. Art. 5 van de wet tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen bepaalt dat wanneer een rechtspersoon verantwoordelijk wordt gesteld uitsluitend wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon, enkel diegene die de «zwaarste fout» heeft begaan worden veroordeeld. Dit betekent dat wanneer de bemiddelingsmagistraat eventueel een minnelijke schikking zou voorstellen aan een rechtspersoon, hij is overgegaan tot de appreciatie van het begrip «zwaarste fout», wat normalerwijze enkel aan de rechter toekomt.

¹⁶⁵ M. FRANCHIMONT, *o.c.*, 72.

¹⁶⁶ L. DUPONT, *o.c.*, 471-473.

¹⁶⁷ E.H.R.M., 27 februari 1980, *Publ. Cour*, A, vol. 35, §§ 50b en 54.

¹⁶⁸ A. DE NAUW, *o.c.*, 461-462.

¹⁶⁹ *Parl. St., Senaat*, 1992-93, nr. 652/2, 21 en 31.

¹⁷⁰ Gemeenschappelijke Omzendbrief nr. COL 8/99 van het college van procureurs-generaal bij de hoven van beroep. Zie ook de wet van 7 mei 1999 waarbij de bemiddeling in strafzaken wordt geherstructureerd en wordt ondergebracht binnen de justitiehuizen. Deze hervorming had o.m. tot gevolg dat de functie van bemiddelingsassistent wordt herleid tot een van de opdrachten van het justitiehuis.

de betrokken actoren werd hernomen en bijkomend werd verduidelijkt,¹⁷¹ trad in werking op 17 mei 1999. Tot op heden zijn geen cijfergegevens voorhanden op grond waarvan tot een kentering in de bemiddelingspraktijk zou kunnen worden geconcludeerd.¹⁷²

De hierboven geformuleerde kritieken verklaren de schaarse aanwending van de minnelijke schikking en hypothekeken bovendien het intrinsiek potentieel van deze alternatieve afhandelingsmodaliteit. Om deze pijnpunten te

neutraliseren, lijkt een wettelijke tussenkomst aangewezen. Sommigen zijn alvast van oordeel dat de procedure van het strafbevel¹⁷³ te verkiezen valt boven een buitengerechtelijke afdoening door het parket.¹⁷⁴ Het grote voordeel van deze procedure is dat het strafbevel door een rechter, en niet door een parketmagistraat wordt uitgevaardigd. De procedure beoogt eveneens een ontlasting van de rechtscolleges, maar dit door een besparing op de tijd die voor een terechtzitting wordt uitgetrokken.¹⁷⁵

Prof. Dr. B. DE RUYVER
Hoogleraar Strafrecht U.Gent

Kristof VAN IMPE
Assistent Strafrecht U.Gent

¹⁷¹ Concreet is het een streefdoel om via de omzendbrief een aantal prioriteiten binnen de bemiddeling in strafzaken vast te leggen. Deze zijn onder meer: het voorbehouden van de procedure voor dossiers met een geïdentificeerd slachtoffer, het herstel van de materiële en morele schade aan het slachtoffer en aan de samenleving en het bieden van de mogelijkheid opdat zij hun conflict zelf zouden kunnen oplossen, waar mogelijk het terugdringen van de toepassing van de gevangenisstraf en het voorzien in een gelijkwaardige toegang tot de procedure voor dader en slachtoffer.

¹⁷² Uit de eerste cijfergegevens van 1999 zou daarentegen, onder voorbehoud, kunnen worden besloten dat de nagestreefde doeleinden van de procedure van bemiddeling in strafzaken bereikt worden. In die zin kennen de dossiers niet enkel meestal een geïdentificeerd slachtoffer, de procedure is tevens een alternatief voor de vervolging. Bovendien wordt de dader-slachtoffer-bemiddeling alsmat verder ontwikkeld en gedifferentieerd. Nochtans blijft de werking in de verschillende parketten nog zeer uiteenlopend. Deze verschillen zijn nog steeds merkbaar in de caseload, de graad van ernst van de dossiers, de werkwijze, in het bepalen van het aantal uren dienstverlening en vorming,...

¹⁷³ Het strafbevel wordt verleend door de rechter, op vordering van het openbaar ministerie, na een verkorte, zuiver schriftelijke en niet-contradictoire procedure, maar buiten de aanwezigheid van de verdachte. Dit bevel, waarbij een geldboete of een korte gevangenisstraf kan worden opgelegd, wordt aan de verdachte betekend. Weigert hij het voorstel te aanvaarden, dan wordt de gewone procedure gevolgd (C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 567).

¹⁷⁴ D. VAN DAELE, «Strafbefehl en Ordnungswidrigkeiten in Duitsland: ook relevant voor België?», in *De hervorming van het openbaar ministerie*, C. FIJNAUT, en D. VAN DAELE (red.), Leuven, Universitaire Pers, 1999, 99-145.

¹⁷⁵ C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 567.

U bent zelfstandige, oefent een vrij beroep
uit of staat aan het hoofd van een KMO?

Ontdek de voordelen van een telefooncentrale voor uw onderneming!

► Een telefooncentrale vereenvoudigt
sterk uw **dagelijkse werk**. Zo'n centrale
beheert immers al uw telecom (telefoon,
fax, internet, enz.), zonder dat u er
omkijken naar hebt.

► Belgacom laat u graag kennismaken
met haar **gamma ISDN-telefoon-**
centrales dat speciaal is afgestemd op
ondernemingen zoals de uwe.

► De Belgacom telefooncentrales zijn
bijzonder gebruiksvriendelijk. Zij geven u
toegang tot de meest geavanceerde
technologie. **Daardoor communiceert u**
vlotter en verhoogt u uw rendabiliteit.

**Wenst u bijkomende informatie of
gepersonaliseerd advies?**

Ga even langs bij de dichtstbijzijnde
Telebusiness, bezoek onze site op
www.belgacom.be/pabx of bel ons
op het nummer:

 **0800-22 500**
Gratis

U inspireert ons elke dag.

 **BELGACOM**

Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht

JAN SMITS (ED.)
SOPHIE STIJNS (ED.)

2000; ISBN 90-5095-134-1; 396 blz.; 3.250 BEF; 179 NLG

Juristen worden dagelijks geconfronteerd met onvolkomen contracten. Het aantal overeenkomsten met tekortkomingen, ook in internationale handelsrelaties, levert dagelijks kopzorgen voor advocaten, notarissen en magistraten. Een aantal eminente juristen heeft deze problematiek op een scherpe en innovatieve wijze geanalyseerd vanuit het Belgische en Nederlandse verbintenissenrecht.

Dit handige boek concentreert zich op een bespreking van contractuele "remedies". Deze term behoort niet tot de traditionele contractenrechtelijke terminologie, maar het gebruik er van heeft als voordeel dat daarmee diverse acties kunnen worden aangeduid die toekomen aan contractanten in geval van een "teleurstellende overeenkomst". Nakoming, ontbinding, schadevergoeding, wilsgebreken, opschorting, en onvoorziene omstandigheden worden aldus onder één noemer gebracht. Daarvoor bestaat reden omdat deze acties onderling nauw samenhangen en slechts in een alomvattende bespreking op juiste wijze kunnen worden geanalyseerd. Deze mix van algemeen en bijzonder maakt de bundel tot een standaardwerk voor zowel wetenschappelijk als praktisch geïnteresseerde lezers.

Dit boek is dan ook onmisbaar voor iedere jurist die op een professionele wijze bezig is met het contractenrecht.



Onteigeningsvergoedingen

Koninklijke Beroepsvereniging van Limburgse Landmeters (ed.)

2000; ISBN 90-5095-156-2; ca. 190 blz.; ca. 1950 BEF

De overheid maakt steeds vaker gebruik van onteigeningen: niet alleen voor de SST of Doel, maar ook de aanleg van fietspaden, sociale woonwijken, de realisatie van structuurplannen, e.d. nopen de Staat, het Vlaamse Gewest, gemeenten, OCMW's, sociale bouwmaatschappijen, enz. om te onteigenen.

Art. 16 G.W. bepaalt dat de onteigeningsvergoeding billijk moet zijn. Rechtbanken doen voor het bepalen van die billijke vergoeding meestal beroep op deskundigen die als opdracht krijgen "de" onteigeningsvergoeding te bepalen. Dit is meestal geen sinecure. Rechtbanken, advocaten, overheid, onteigenden én deskundigen durven omtrent de juiste vergoeding wel eens grondig van mening verschillen. Over de vergoeding op zich werd de laatste decennia weinig gepubliceerd, doch het probleem voor het bepalen van een juiste vergoeding wordt steeds complexer.

Vaak balanceert men op de zeer dunne koord tussen het juridische en technische aspect bij het bepalen van de vergoeding. Welk is het uitgangspunt voor het bepalen van de vergoeding? Moet een voorliggende tuin tegen bouwgrondprijs vergoed worden of niet? Beïnvloedt de milieureglementering de vergoeding? Hoeveel bedraagt wederbeleggingsvergoeding? Zijn wachtintresten nog van deze tijd? En waaraan moet het deskundig verslag inzake onteigeningen nu eigenlijk voldoen?

Op al deze vragen biedt dit boek een antwoord. Bovendien treedt ook het Aankoopcomité in dit boek voor het eerst met duidelijke standpunten naar buiten.

Met bijdragen van: R. Palmans, M. Bosmans, A. De Bruyne, P. Philippaerts, A. Vastersavendts, J. Ghysels en M. Denys.

