

VERPLICHTE MEDIATION;

EEN WERELD VAN VERSCHIL

De mogelijkheden en wenselijkheid van het verplichtstellen van mediation in
Nederland.



Door:	Annika Sponselee
Studentnummer:	9903399
Datum:	13 Juli 2005
Scriptiebegeleider:	Prof.Mr.A.F.M. Brenninkmeijer

VOORWOORD

Na het succesvol afronden van het laatste vak, was het halverwege januari 2005 dan zover. Er kon echt aan de scriptie begonnen worden. Ik stond dan ook in de startblokken om te beginnen met schrijven en had een duidelijk doel voor ogen: een mooi werk creëren en afstuderen.

Het onderwerp was voor mij al snel duidelijk en daarom heb ik in oktober 2004 de heer Brenninkmeijer al benaderd, om te vragen of ik een scriptie over mediation mocht schrijven. Natuurlijk had ik al bemerkt dat er al erg veel scripties door studenten over mediation waren geschreven, maar toch wilde ik ook erg graag met dit onderwerp aan de slag. Ik wilde echter maar over één ding schrijven met betrekking tot mediation en dit was over het verplichtstellen van mediation in Nederland.

Er gebeurt namelijk op het moment veel in Nederland, met betrekking tot de mediation-voorzieningen, maar nog altijd op een behouden manier, in tegenstelling tot andere landen. Het verplichtstellen in Nederland is namelijk nog geen optie, terwijl deze stap elders al wel is genomen.

Er was een drang in mij om te schrijven over een onderwerp, dat wellicht in de toekomst ook in Nederland aan bod gaat komen en dat een grote verandering tot gevolg kan hebben voor het Nederlandse rechtssysteem. Tevens wilde ik een onderzoek doen naar de mogelijkheden en wenselijkheden van het verplichtstellen van mediation, voordat andere dit van plan waren.

Het verschil in onderwerpskeuze met betrekking tot mediation heeft mij op 26 oktober 2004 dan ook groen licht opgeleverd en hierbij bied ik u het resultaat aan. Ik hoop dat u op basis van deze scriptie uw mening kunt vormen met betrekking tot het onderwerp verplichte mediation in Nederland.

Alvorens u begint met lezen wil ik nog even mijn dank uit spreken aan iedereen die mij gesteund en geholpen heeft om dit resultaat te bereiken. Hierbij wil ik speciaal de heer Brenninkmeijer noemen, die heel enthousiast was over de keuze van mijn onderwerp binnen de mediation, mij erg goed heeft begeleid en tevens heeft helpen zoeken naar een extra stage. Daarnaast wil ik hierbij van de gelegenheid gebruik maken om mijn ouders ontzettend te bedanken voor de onvoorwaardelijke steun de afgelopen jaren en de extra steun gedurende het schrijven van deze scriptie. Met betrekking tot de totstandkoming van deze scriptie wil ik mijn vader extra bedanken, die mij vele uren heeft geholpen met het nalezen en de lay-out van het resultaat wat nu voor u ligt.

A.J.M. Sponselee

Leiden, 30 april 2005.

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD	1
INLEIDING.....	5
1. HOOFDSTUK 1: MEDIATION IN HET KORT	7
1.1 DE DOELEN VAN MEDIATION.....	8
1.2 DE KENMERKEN VAN MEDIATION	9
1.2.1 <i>De nadelen van mediation.....</i>	<i>11</i>
1.2.2 <i>De voordelen van mediation</i>	<i>14</i>
1.3 JURIDISCHE CONFLICTEN, JURIDISCHE PROCEDURES EN MEDIATION	16
1.3.1 <i>Wanneer rechtspraak en wanneer mediation.....</i>	<i>20</i>
2. HOOFDSTUK 2: MEDIATION, DE STAND VAN ZAKEN.....	23
2.1 DE GESCHIEDENIS VAN MEDIATION	23
2.2 HEDEN.....	27
2.3 TOEKOMST	30
2.4 MEDIATION IN DE EU.....	31
2.4.1 <i>De stand van zaken.....</i>	<i>33</i>
2.4.2 <i>Gemeenschappelijk beleid en gemeenschappelijke regels</i>	<i>37</i>
3. HOOFDSTUK 3: MEDIATION NAAST RECHTSPRAAK.....	41
3.1 MEDIATION PROJECTEN BINNEN DE JUSTITIËLE INFRASTRUCTUUR.....	41
3.1.1 <i>Het doel van deze projecten</i>	<i>43</i>
3.1.2 <i>De resultaten van deze projecten</i>	<i>44</i>
3.2 BESCHOUWING VOOR DE TOEKOMST	46
3.2.1 <i>Doorverwijzingsvoorziening</i>	<i>47</i>
3.2.2 <i>Doorverwijzingsprocedure.....</i>	<i>50</i>
3.2.3 <i>Financiële voorzieningen</i>	<i>54</i>
3.2.4 <i>Multi-door courthouse.....</i>	<i>56</i>
3.3 CONCLUSIE.....	58
4. HOOFDSTUK 4: VERPLICHTSTELLEN VAN MEDIATION.....	58
4.1 NADELEN VAN VERPLICHTSTELLEN VAN MEDIATION	61
4.2 VOORDELEN VAN VERPLICHTSTELLEN VAN MEDIATION.....	63
4.3 PROJECTEN EN RESULTATEN BIJ VERPLICHTE MEDIATION	65
4.3.1 <i>The Ontario Mandatory Mediation Program</i>	<i>66</i>
4.3.2 <i>Mandatory Mediation in the First Appellate District of the Court of Appeal</i>	<i>79</i>
4.3.3 <i>Alameda Mandatory Court Mediation</i>	<i>81</i>
4.4 CONCLUSIE.....	83
5. HOOFDSTUK 5: VERONDERSTELDE ONVERENIGBAARHEID TUSSEN ARTIKEL 6 EVRM EN VERPLICHTE MEDIATION	86
5.1 VERPLICHTE MEDIATION IN HET LICHT VAN ARTIKEL 6 EVRM	86
5.1.1 <i>Artikel 6 EVRM.....</i>	<i>86</i>
5.1.2 <i>Verplichte mediation en 6 EVRM</i>	<i>87</i>
5.1.3 <i>Toetsing</i>	<i>88</i>
5.2 CONCLUSIE.....	98

6. HOOFDSTUK 6: VERPLICHTE MEDIATION IN DE NEDERLANDSE JUSTITIËLE INFRASTRUCTUUR	100
6.1 IS HET VERPLICHTSTELLEN VAN MEDIATION WENSELIJK IN NEDERLAND?	100
6.1.1 Redenen waarom verplichtstellen in Nederland niet wenselijk wordt geacht.	101
6.1.2 Redenen waarom verplichtstellen in Nederland wel wenselijk is.	104
6.2 MODEL VAN VERPLICHTE MEDIATION BINNEN DE JUSTITIËLE INFRASTRUCTUUR	108
6.2.1 Model: Mediation als een verplicht voorportaal in de gang naar de rechter.	110
6.2.2 Politiek en wijze van aanpak.....	120
6.2.3 Gevolgen van verplichtstelling.....	121
6.3 AANVULLING OP HET NEDERLANDSE RECHTSSYSTEEM	122
CONCLUSIE.....	123
BRONVERMELDING	126
BIJLAGEN	136

INLEIDING

Ongeveer vanaf 1985 wordt in Nederland op steeds ruimere schaal gebruik gemaakt van mediation. Sindsdien is hier ook al veel over geschreven en ruimschoots onderzoek naar gedaan. Het is gebleken, op basis van een grootschalig onderzoek, dat er in Nederland een grote politieke en maatschappelijke belangstelling voor 'Alternative Dispute Resolution' bestaat.¹ Ondanks het feit dat er ook tegenstanders zijn tegen deze alternatieve vorm van geschillenbeslechting gaat de huidige minister van justitie, de heer Donner, mediation de kans geven zich verder te ontwikkelen en te bewijzen. In de brief van 19 april 2004, die minister Donner naar de Tweede Kamer heeft gestuurd, spreekt hij zijn voornemen uit mediation te stimuleren vanuit de overheid, om zo effectiever gebruik te kunnen maken van dit instrument.² Dit is de reden dat mediation vanaf 1 april 2005, met het opzetten van landelijke doorverwijzingsvoorzieningen, een vast plekje in ons rechtsbestel krijgt. De politiek wil partijen onder andere stimuleren tot het gebruik van de doorverwijzingsvoorzieningen naar mediation, door het beschikbaar stellen van tweehonderd euro aan burgers.³ Minister Donner hoopt in ieder geval, door middel van de landelijke doorverwijzingsvoorzieningen, een begin te maken met het ontlasten van de rechterlijke macht en de kosten hiervan te drukken.

Deze voornemens zijn ook een reactie op de nieuwe tendensen, die zichtbaar zijn in de huidige samenleving. Enerzijds is er een enorme toename van procedures bij de rechtbanken, omdat burgers hun conflict eerder beschouwen als een juridisch conflict en proberen, door middel van gerechtelijke procedures, hun geschillen te beslechten. Anderzijds wordt er juist vanuit de overheid gestimuleerd en initiatieven ontplooid, om de primaire verantwoording voor het handelen van burgers bij hen zelf te leggen.⁴ Er is hoop dat deze 'nieuwe' vorm van geschillenbeslechting een positieve bijdrage kan leveren aan een duurzame, snelle en adequate beslechting van geschillen en een vermindering van de groei van het beroep op de rechter.

Er wordt aldus hard gewerkt aan de ontwikkelingen op het gebied van mediation, echter gaan deze niet nog altijd te langzaam? Dient er niet meer uit een dergelijke vorm van geschillenbeslechting te worden gehaald en moet er niet een voorbeeld worden genomen aan het verplichte gebruik van mediation, zoals dit in andere landen plaatsvindt?

Het doel van deze scriptie is dan ook om antwoord te geven op de vraag of het mogelijk is om mediation verplicht te stellen in Nederland en op de vraag of deze ontwikkeling hier ook wenselijk wordt geacht.

¹ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003.

² Kamerstukken II 2003/04, 29, 528, nr.1, p. 8-13.

³ Bijlage 1.

⁴ *Conflictbemiddeling* 1998, p.5.

In de hoofdstukken 1, 2 en 3 zullen het algemene deel en de huidige ontwikkelingen op het gebied van mediation uitgebreid behandeld worden, maar ook het verleden en de ontwikkelingen op Europees niveau komen ruimschoots aan bod. Deze ontwikkelingen zijn voornamelijk beschreven, om op deze manier naar het centrale vraagstuk van deze scriptie toe te schrijven, zij spelen zeker niet de hoofdrol.

De hoofdrol spelen de antwoorden op de hierboven beschreven hoofdvraag.

Op basis van een weergave tussen de voor- en nadelen van het verplichtstellen van mediation, de resultaten van onderzoekprojecten naar verplichte mediation en een toetsing aan artikel 6 EVRM, heb ik getracht een weloverwogen antwoord te geven op de vraag of verplichte mediation mogelijk is.

Deze weergave, resultaten en toetsing zijn in de hoofdstukken 4 en 5 verwerkt.

In hoofdstuk 6 staat de afweging tussen de voor- en nadelen van verplichte mediation en de weergave van de redenen of verplichte mediation wel of niet wenselijk wordt geacht in Nederland.

Deze afweging en weergave waren nodig om een antwoord te geven op de vraag, indien mediation mogelijk is, of verplichte mediation in Nederland als een wenselijke ontwikkeling kan worden gezien.

Er van uitgaande, dat mediation zowel mogelijk als wenselijk is, is in hoofdstuk 6 ook een model weergegeven voor een eventueel systeem, om verplichte mediation in te passen en uit te voeren.

In hoofdstuk 6 wordt aldus beschreven of mediation in Nederland wenselijk is en hoe dit, bij een positief antwoord op deze vraag, kan worden uitgevoerd.

Mijn mening over dit onderwerp zal gedurende de hoofdstukken duidelijk worden, maar wordt vooral weergegeven in het laatste hoofdstuk en de conclusie.

1. HOOFDSTUK 1: MEDIATION IN HET KORT

*‘ Mediation is een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de onderhandelingen tussen partijen begeleidt teneinde vanuit hun werkelijke belangen tot gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale resultaten te komen’.*⁵

Het uitgangspunt van mediation is dat partijen, onder begeleiding van een onafhankelijke derde, zélf een gezamenlijke oplossing voor het onderlinge conflict proberen te vinden.⁶

Er wordt rekening gehouden met de onderliggende belangen van partijen en dan voornamelijk met de emotionele en relationele belangen.

Het toepassen van de ‘Harvard-methode’ is, in geval van mediation, een vaak gebruikte methode, waar voornamelijk wordt gekeken naar de gemeenschappelijke belangen van partijen. Hierbij concentreert men zich voornamelijk op de reële problemen die tussen de partijen spelen. Er wordt getracht op deze manier te voorkomen dat partijen het op zich zelf gaan betrekken en het probleem persoonlijk gaan benaderen.

De ‘Harvard-methode’ stimuleert een oplossing waarbij de grootste maatschappelijke winst wordt bereikt en waar beide partijen zich in kunnen vinden.⁷

De daadwerkelijke aanpak en toekomst op het gebied van mediation zal worden behandeld in de volgende hoofdstukken, in dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij het fenomeen mediation en het verschil daarvan met rechtspraak.

1.1 DE DOELEN VAN MEDIATION

Het doel van mediation is om, vanuit de werkelijke belangen van partijen, voor ieder van hen tot optimale resultaten te komen. Dit is echter niet het enige doel dat bij mediation kan worden vastgesteld. De meest relevante nevendoelen van mediation staan hieronder opgesteld:⁸

1. Partijen tot een oplossing brengen van hun zakelijke conflict;
2. Het bereiken van rechtvaardige en stabiele uitkomsten;
3. Best mogelijke bevrediging van de individuele behoeftes van de partijen;
4. Maximalisatie van de gezamenlijke opbrengsten (Win-win situatie creëren);
5. Partijen meer competent maken om hun eigen geschillen op te lossen;
6. Partijen leren om in de toekomst beter met conflicten om te gaan;
7. De relatie tussen de partijen (op lange termijn) verbeteren;

⁵ Brenninkmeijer e.a. 2003, p. 1.

⁶ Brandsma 2003, p. 39.

⁷ Brenninkmeijer e.a. 2003, p. 50.

⁸ Prein 2001, p. 51.

8. Meer begrip en respect voor elkaar en elkaars belangen bij beide partijen bewerkstelligen;
9. Partijen de gelegenheid geven hun conflicten uit te spreken;
10. Een rechtvaardig conflicthanteringsproces;
11. Grotere efficiëntie van het rechtssysteem en kostenbesparing;

De elf hierboven staande doelen zijn in principe de nevendoelen van mediation. In elk mediationproces tracht men in ieder geval het hoofddoel na te streven, namelijk dat men vanuit de werkelijke belangen van partijen tot voor ieder voor hen optimale resultaten komt. De nevendoelen worden daarbij ook in het oog gehouden, maar deze zullen verschillen per mediationproces. Er worden namelijk per proces andere doeleinden nagestreefd. Dit is vooral het gevolg van een uiteenlopende context van werkvelden en sociaal-culturele omstandigheden, soorten conflicten en partijen, relatie tussen partijen en de structuur en institutionele setting waarbinnen het plaatsvindt.⁹

Het is de taak van de mediator om per geval van mediation een geschikte aanpak te vinden en van zijn competentie blijkt te geven, door naast het hoofddoel de juiste nevendoeleinden te stellen. Voornamelijk omdat een bepaalde aanpak die geschikt blijkt te zijn binnen de ene context, dit helemaal niet hoeft te zijn binnen een andere context.

1.2 DE KENMERKEN VAN MEDIATION

Mediation is een conflicthanteringsmethode die men kan onderverdelen in twee basisvormen, namelijk de *evaluatieve* en de *faciliterende* mediation.¹⁰

De faciliterende mediation is de vorm van mediation die men in Nederland gebruikt. Bij deze vorm helpt de mediator partijen bij het vinden van de oplossing, zonder dat hij zelf een oordeel geeft over de zaak. Het voordeel hiervan is dat de mediator geheel neutraal blijft.

De evaluatieve mediation gaat verder dan de faciliterende mediation. Hier geeft de mediator namelijk wel zijn oordeel over de zaak en eventueel ook nog een voorspelling wat partijen, volgens hem, van een gerechtelijk vonnis mogen verwachten.

Om de definitie van mediation die is gegeven op pagina 1 te verfijnen komen nu enkele kenmerken van mediation aan bod.¹¹

- **Het waarborgen van belangen:** Partijen die aan een mediationproces deelnemen, zijn op zoek naar maximale gemeenschappelijke winst in een informeel proces. Partijen zoeken zelf actief naar een oplossing op basis van hun belangen, met als doel een oplossing te vinden die de achterliggende belangen van beide zo goed mogelijk waarborgt.

⁹ Prein 2001, p. 51.

¹⁰ Asser e.a. 2003, p. 50.

¹¹ Pel 2004, p. 26-27.

Partijen zullen zich bij het zoeken naar een oplossing richten op het heden en de toekomst, om de (eventuele) relatie tussen partijen te behouden. Het waarborgen van de belangen kan tevens leiden tot een verrassende uitkomst die waarschijnlijk in een procedure bij de rechtbank niet tot stand was gekomen.

- **De neutrale positie van de mediator:** De mediator moet net als de rechter een neutrale positie innemen. Echter de mediator moet zijn eigen ideeën of oordeel, in tegenstelling tot de rechter, niet ter tafel brengen. Hij is louter verantwoordelijk voor het in goede banen leiden van het mediationproces.
- **Het vertrouwelijke proces:** Het mediationproces is een vertrouwelijk proces. De feiten en informatie, die gedurende de sessies wordt besproken, moet vertrouwelijk worden behandeld en mag niet naar buiten worden gebracht, ook niet indien de mediation vroegtijdig wordt afgebroken.
- **De bereidheid en inspanning:** Ten aanzien van een goed resultaat moeten partijen bereid zijn er samen uit te komen en zullen zij zich daar ook voor moeten inspannen.
- **De vaststellingsovereenkomst:** Indien partijen uiteindelijk tot een akkoord komen wordt het eventueel vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst.

Partijen zijn in principe niet aan het resultaat van mediation gebonden totdat een schriftelijke vaststellingsovereenkomst is getekend. Er zijn ook andere vormen mogelijk, maar deze vorm wordt over het algemeen het meest gebruikt. Dit komt omdat voor de vaststellingsovereenkomst hetzelfde geldt als voor het bindend advies: de nakoming kan voor de rechter gevorderd worden.

- **De vrijwilligheid:** In principe is mediation in Nederland nog altijd een vrijwillig proces, dit in tegenstelling tot een aantal andere landen. Men mag met een conflict naar de mediator om daar te proberen tot een oplossing te komen, echter men kan hiertoe (nog) niet worden verplicht. Daarbij zijn partijen, die aan mediation deel nemen, geenszins verplicht om tot een resultaat te komen gedurende de mediation sessie.

1.2.1 De nadelen van mediation.

Mediation mag dan in opkomst zijn, maar er worden toch wel enkele nadelen aan deze vorm van geschillenbeslechting toegekend. Deze zullen hieronder worden behandeld.

Allereerst de onbekendheid van de bevolking met de mogelijkheid tot mediation in geval van een geschil.

Het Platform concludeerde al dat de weg naar de conflictbemiddelaar nog geenszins een gebaand pad is.¹² Partijen weten vaak niet dat er een mogelijkheid bestaat om via bemiddeling te beslechten of zijn niet op de hoogte van de toepassingsmogelijkheden en de meerwaarde ervan.

Dit kan dan ook als een nadeel worden gezien omdat er op deze manier geen gebruik van mediation wordt gemaakt. De afgelopen jaren is de bekendheid van mediation onder de bevolking wel gegroeid, maar wil mediation als een 'waardig alternatief' worden beschouwd dan moet er nog wel een grotere ruchtbaarheid aan worden gegeven.

Ook potentiële doorverwijzers, zoals advocaten en rechters, staan vaak negatief tegenover mediation. Zij beschouwen mediation als concurrentie en vrezen voor de eigen inkomsten, waardoor zij weinig bereid zijn hun cliënten het advies te geven zich met hun conflict naar de mediator te begeven. De echte reden is vaak dat zij zelf ook slecht bekend zijn met de mogelijkheden van mediation en er de meerwaarde niet van zien. Wederom een oorzaak waarom er minder partijen zijn die met een daarvoor geschikte zaak mediation willen proberen. De onwetendheid van advocaten en rechters kan als groot nadeel voor de toepassing van mediation worden beschouwd.

Tevens staat mediation vaak bekend om zijn 'softe' imago. Partijen, die in een hevig conflict zijn verwikkeld, zullen het waarschijnlijk nalaten om aan de andere partij een voorstel te doen om het conflict via mediation op te lossen. Men beschouwt dit namelijk als een teken van zwakheid ten opzichte van de andere partij, omdat het lijkt dat zij de strijd met de rechtbank niet aan durven te gaan.¹³ Bij bemiddeling moet de bemiddelaar er inderdaad voor waken dat beide partijen tot hun recht komen. Het kan natuurlijk ook gebeuren dat er druk op een zwakkere partij wordt uitgeoefend, want een bemiddelaar kan nooit volledig op de hoogte zijn van alles wat er speelt.¹⁴ Daarbij hebben partijen in een conflict vaak maar één doel voor ogen en dat is 'winnen'. Het voorstel tot mediation ontnemt hen ogenschijnlijk de kans om te winnen.

Een groter nadeel van mediation, dan het 'softe' imago, is het tijd- en geldverlies mocht de bemiddeling niet lukken. Het verwijzen naar bemiddeling is altijd mogelijk, echter men kan partijen niet verplichten om tot een oplossing te komen. Partijen kunnen de bemiddeling aldus afbreken en naar de rechter stappen indien ze geen heil meer in zien. Dit betekent een verlies van geld en tijd.

Bovendien kan er in een gerechtelijke procedure, na de poging tot bemiddeling, niet voor 100% worden voorkomen dat er geen misbruik gemaakt wordt van de informatie die tijdens de bemiddeling aan de orde is geweest. Er komt in een bemiddelingsproces veel vertrouwelijke informatie vrij, die naderhand mogelijk in het voordeel van de een en in het nadeel van de andere partij werkt, ondanks de voorgeschreven vertrouwelijkheid.

¹² *Conflictbemiddeling* 1998, p. 33.

¹³ Pel 2001, p. 45.

¹⁴ Pel 2000b, p. 31.

Indien partijen na een mediationproces wel samen tot een oplossing komen is er nog altijd een nadeel waar men volgens tegenstanders van mediation niet om heen kan.

Het gevolg van een 'geslaagde' mediation is namelijk, dat er geen jurisprudentie wordt gevormd waaraan men in volgende vergelijkbare gevallen steun kan hebben.¹⁵ Dit zou kunnen leiden tot een aantasting van het gelijkheidsbeginsel.

Een ander gevolg van het ontbreken van jurisprudentiële steunpunten, is dat men 'het wiel' in elk mediationproces opnieuw moet uitvinden, waardoor er meer tijd in gaat steken dan wenselijk is.

Tevens kan worden geconcludeerd dat er geen bedreigingsfunctie uit gaat van mediation, in tegenstelling tot de rechtspraak. De bedreigingsfunctie wordt gezien als van groot preventief belang, want daardoor zijn partijen ogenschijnlijk eerder bereid hun verplichtingen na te komen.¹⁶

1.2.2 De voordelen van mediation

Naast de nadelen zijn ook legio voordelen van mediation te noemen. Deze voordelen gelden vaak ten opzichte van rechtspraak, echter in deze paragraaf zal dit amper tegen elkaar afgezet worden.

De daadwerkelijke afweging tussen beiden zal pas in paragraaf 1.3 naar voren komen. Allereerst volgen hier enkel de voordelen van mediation.

Ten eerste staan bij ADR de onderliggende belangen van partijen voorop en worden de partijen gestimuleerd zélf tot een oplossing te komen.¹⁷ Het voordeel hiervan is dat er rekening wordt gehouden met de wensen en behoeften van partijen en het gezamenlijke belang voorop wordt gesteld. Bij mediation wordt uit gegaan van een win-win situatie en, zoals al eerder is aangegeven op de vorige pagina's, geeft mediation partijen in een conflict de mogelijkheid geschillen grondig en duurzaam te beslechten.

Ten tweede tracht de mediator gedurende het mediationproces de onderlinge verhouding te verbeteren, waardoor partijen in de toekomst weer een zakelijke relatie of andere verstandhouding kunnen onderhouden.¹⁸ Partijen komen gedurende de mediation procedure vaak uit de strijdhouding, die zij bij het ontstaan van het conflict jegens elkaar hebben aangenomen. Dit is van belang om de relatie tussen partijen zuiver te houden.

*Pel: 'Als partijen in de toekomst samen weer verder moeten, is mediation een betere weg om tot een oplossing te komen. In een handelsconflict bijvoorbeeld schiet geen van de partijen er iets mee op als de handelsrelatie grondig is bedorven.'*¹⁹

¹⁵ Groeneveld 2001, p. 8.

¹⁶ Snijders 2002, p. 483.

¹⁷ Doeleman 1997, p. 506.

¹⁸ Asser e.a. 2003, p. 51.

¹⁹ M. Pel is de landelijke projectleider van het project Mediation naast rechtspraak, vice-president van het gerechtshof in Arnhem en NMI-gecertificeerd mediator en trainer.

Mediation concentreert zich ook op een oplossing die voor beide partijen gunstig is. Op deze manier ontstaat er meer ruimte voor een 'gepaste' oplossing, die in het voordeel van beide partijen is. Een oplossing van een conflict is vaak gunstiger voor de partijen dan een oordeel.

Mediation sluit tevens aan bij de koers die de overheid in deze tijd wenselijk acht. De overheid is van mening dat burgers en instellingen in staat moeten worden gesteld om zelf keuzes te maken, initiatieven te nemen en verantwoordelijkheden te dragen in het maatschappelijke leven. Mediation past feilloos in dit kader omdat partijen hierbij hun eigen conflict trachten op te lossen en niet linea recta naar de rechtbank gaan.

Het grootste voordeel van mediation is eigenlijk dat het in een heel korte tijd tot resultaten kan leiden.²⁰ Dit heeft tot gevolg dat het niet alleen beter is voor partijen, die op die manier eerder hun conflict kunnen beslechten, maar het is ook een goede uitkomst voor de hoge werkdruk van de rechtbanken.²¹ De overbelasting van de rechtbanken moet echter niet de reden zijn voor mediation, want dit zal partijen en mediators niet stimuleren. Het moet worden beschouwd als een wenselijk gevolg van mediation.

Daarbij is de mediation procedure informeel en vertrouwelijk. Het voordeel hiervan is dat de oplossing niet openbaar hoeft te worden gemaakt. Ook hoeft men niet volgens richtlijnen en regels tot een oplossing te komen en blijft alles, waaronder de 'vuile was', in principe binnenskamers.²² Juist omdat het geschil niet in de openbaarheid komt hoeft het, terugkomen op een oorspronkelijk ingenomen (extreem) standpunt, niet te leiden tot gezichtsverlies. Dat telt in onze samenleving misschien niet zo zwaar, maar toch is het een factor om rekening mee te houden. Het laatste voordeel van mediation is dat de uitkomst van mediation af mag wijken van het recht. De resultaten van een mediationproces worden bij overeenstemming vaak vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst.²³ In het Burgerlijk Wetboek is bepaald dat een vaststellingsovereenkomst af mag wijken van dwingend recht (art. 7:900 BW e.v.). Dit heeft tot gevolg dat partijen meer ruimte hebben om tot een redelijke uitkomst te komen. Er geldt wel dat partijen niks overeen mogen komen dat strafbaar is gesteld. De vrijheid wordt namelijk afgebakend door de redelijkheid en billijkheid. In principe komt er hier nog meer bij kijken, maar het belangrijkste is dat de uitkomst van mediation niet per se volgens de letter van de wet hoeft.²⁴

²⁰ Pel 2004, p. 51-52.

²¹ Asser e.a. 2003, p. 48.

²² Huls 2000, p. 100.

²³ Groeneveld 2001, p. 7.

²⁴ Brenninkmeijer e.a. 2003, p. 13.

1.3 JURIDISCHE CONFLICTEN, JURIDISCHE PROCEDURES EN MEDIATION

Indien het over geschillenbeslechting gaat dan kan daar zowel een gerechtelijke procedure als mediation mee worden bedoeld.

Er zijn echter grote verschillen tussen deze twee vormen van geschillenbeslechting. In dit hoofdstuk zal dan ook het onderscheid tussen de juridische procedure en mediation worden behandeld.²⁵ Dit is een belangrijk onderscheid omdat een gerechtelijke procedure andere mogelijkheden biedt voor partijen dan mediation.

Allereerst wordt in dit hoofdstuk het juridische conflict neergezet met daarbij de behandeling in een gerechtelijke procedure. In paragraaf 1.3.1 zal dan worden weergegeven wanneer men het beste voor mediation kan kiezen en wanneer voor rechtspraak.

Onze huidige maatschappij is een steeds complexer wordende samenleving. Door de toenemende economische groei, regelgeving en de vooruitstrevendheid op vrijwel elk gebied is ook het aantal conflicten toegenomen. In ieder geval neemt het aantal conflicten waar partijen mee naar de rechter gaan toe.²⁶

Dit is ook het gevolg van het feit dat het tegenwoordig bijna net zo normaal is om naar de rechter te stappen als het is om naar de supermarkt te gaan. Burgers weten in toenemende mate de weg naar de rechter te vinden. Op dit moment is de overheidsrechtspraak nog altijd de meest gebruikte instantie voor partijen om daar hun conflict te laten beslechten. De vraag is of dit ook altijd de meest efficiënte manier is voor een partij om hun conflict op te lossen.

Conflicten ontstaan als wederzijds afhankelijke partijen er tegelijkertijd tegenstrijdige belangen, opvattingen, doelen en/of rollen op na houden, of lijken te houden.²⁷ De behandeling in het civiele proces staat dan ook ter beschikking van iedereen die er niet in slaagt zijn conflict met een ander, op eigen kracht of met behulp van onafhankelijke derden, tot een oplossing te brengen.

De rechten en plichten van partijen in en rondom deze gerechtelijke procedure zijn meteen duidelijk, omdat de gerechtelijke procedure en alles daaromheen is vastgelegd in wetten en regels. Hierdoor wordt ook de taak en de rechten en plichten van de rechter verhelderend weergegeven.

De rechter dient een neutraal en een onafhankelijk oordeel te geven gedurende het proces. Dit oordeel is louter gebaseerd op het recht en er wordt alleen rekening gehouden met feiten die relevant zijn voor de rechtstoepassing. De rechter is gebonden om tot een dergelijke uitspraak te komen, rechtsweigering is in het civiele proces namelijk niet toegestaan.²⁸ Het vonnis van de rechter is ook direct een executabel vonnis, wat betekent dat het meteen uitvoerbaar is. Het legitimeert de partij(en) tot het uitoefenen van dwang jegens medeburgers met behulp van deze door de overheid ter beschikking gestelde dwangmiddelen.

²⁵ Bijlage 2.

²⁶ Paragraaf 5.1.3, p. 68.

²⁷ Pel 2000a, p. 79.

²⁸ Brenninkmeijer e.a. 2003, p. 19.

Binnen dit formele rechtssysteem moeten partijen hun conflict zo helder en duidelijk mogelijk aan de rechter presenteren. De rechter moet namelijk door middel van een formele toetsing aan geldende rechtsnormen tot een verantwoorde uitspraak komen, die bindend is voor partijen. Daartoe is hij alleen in staat op basis van een duidelijk beeld van de feiten in een zaak, welke belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen en welke juridische argumenten daarbij een rol spelen. De rechter zal op grond hiervan een oordeel vellen, zonder daarbij de emotionele en relationele belangen in afweging te nemen.

Er moet niet over het hoofd worden gezien dat het aantal oplossingen in een gerechtelijke procedure beperkt is. Daar komt nog bij dat ook het debat, zowel inhoudelijk als naar omvang, aan strenge regelgeving onderhavig is. Dit kan in bepaalde situaties tot gevolg hebben dat een geschil wordt beslist zonder dat het onderliggende conflict daadwerkelijk wordt opgelost.

Tegenover de rechtspraak bestaat voor partijen de mogelijkheid om met hun conflict naar een mediator te gaan.

De overeenkomst tussen mediation en rechtspraak is dat beide eenzelfde doel voor ogen hebben, namelijk om het onderliggende conflict uit de wereld te helpen. Het verschil daarbij is dat beide dit doel op een andere manier nastreven.

Het verloop en de kenmerken van de mediation procedure zijn echter in de voorgaande paragrafen al ruimschoots aan bod geweest, daarom zal hier niet nogmaals op in worden gegaan.²⁹

Het is de vraag, na beide systemen op een rij te hebben gezet, welk systeem in welk geval de voorkeur verdient. In het interim-rapport 'een nieuwe balans' waren de schrijvers van mening dat het civiele proces een onmisbaar proces is in deze samenleving.³⁰

Soms is het inderdaad onvermijdelijk om naar de rechter te stappen; er zijn namelijk bepaalde onderwerpen waarover niet onderhandeld kan worden en ook sommige rechtsgevolgen kunnen alleen via de rechter tot stand komen.³¹ Daarbij geldt bij mediation ook dat het meestal niet mogelijk is om derden in de procedure te betrekken. Mediation gaat vooral om het geschil dat heerst tussen de twee betrokken partijen.

In een dergelijk geval verdient een gerechtelijke procedure hier dan toch de voorkeur, mede omdat dergelijke zaken vaak gekenmerkt worden door een ingewikkelde achtergrond.

Er zijn echter ook bepaalde zaken, die nu door de rechter worden behandeld, die tevens geschikt zouden zijn voor een vorm van alternatieve geschillenbeslechting. Dat is de reden waarom er hier nog verder wordt in gegaan op de civiele procedures, die eventueel ook geschikt kunnen zijn voor mediation.

²⁹ In bijlage 2 worden beide methoden van geschillenbeslechting naast elkaar gezet in een schematisch overzicht.

³⁰ Asser e.a. 2003.

³¹ Brenninkmeijer e.a. 2003, p. 19.

Pel heeft een rangschikking gemaakt in civiele procedures.³² Zij heeft een onderscheid gemaakt in vier soorten civiele procedures waarvan er mogelijk drie geschikt kunnen zijn voor mediation. Het ligt natuurlijk ook aan de omstandigheden van het geval, de opstelling van partijen en de kenmerken van en bij een geschil, zoals hierboven is weergegeven, maar grofweg zou deze rangschikking aangehouden kunnen worden.

Er zijn vier soorten procedures te onderscheiden;

- **Pure procedures:** In deze procedures is de rechtsvraag zeer duidelijk. Een juridische uitspraak is de enige oplossing en daarmee is het conflict ook afgedaan.
- **Procesprocedures:** Bij deze procedure hebben partijen een daadwerkelijk juridisch geschil, maar voeren daarbij extra beslispunten aan. Partijen hebben niet het gevoel, op grond van hun oorspronkelijke punt, 'gelijk' te krijgen en voeren oneigenlijke procesbelangen aan.
- **Schaduwprocedures:** Partijen willen iets bereiken wat eigenlijk niet in de rechtbank bereikt kan worden, daarom procederen ze over iets wat er het meest bij in de buurt komt. Men kan dus over het eigenlijke conflict geen gewenste uitspraak verwachten, maar deze procedure zou wel de wensen van een van de partijen kunnen benaderen.
- **Schijnprocedures:** Deze procedure is louter begonnen uit pure frustratie en onmacht. Hier spelen gevoelens een grotere rol dan de zakelijke motieven. Men gaat procederen op grond van emoties en een communicatiestoornis, waardoor een juridische beslissing ook geen einde kan maken aan het conflict.

De pure procedure is de enige procedure waar men louter gaat procederen op een juridische grond. Bij de andere procedures speelt er nog veel meer mee, zoals emoties, frustraties, belangen en een communicatiestoornis. In deze laatste drie gevallen is een civiele procedure niet altijd de beste oplossing omdat er wel een uitspraak kan komen, maar daarmee het onderliggende conflict nog niet is opgelost. Vaak zijn partijen namelijk op zoek naar meer dan alleen een rechterlijke uitspraak, zij zoeken naar een oplossing voor de problemen achter de juridische kwestie. Dit is de reden waarom mediation voor dergelijke gevallen een uitkomst kan zijn.

Deze onderverdeling van procedures zou in de toekomst misschien bruikbaar kunnen zijn bij eventuele doorverwijzingscriteria. Hier wordt in hoofdstuk 4 verder op ingegaan.

Het is dus wel van belang te weten welke zaken het beste door mediation kunnen worden behandeld en welke in principe direct door de rechtspraak behandeld moeten worden. In paragraaf 1.3.1 zal hier dieper op in worden gegaan.

³² Pel 2000a, p. 81.

1.3.1 Wanneer rechtspraak en wanneer mediation

De onderstaande kenmerken, van zowel mediation als rechtspraak, zijn al eerder in dit hoofdstuk behandeld. In deze paragraaf zullen zij echter tegen elkaar worden afgezet. Op deze manier moet duidelijk worden wat de beste keuze is voor geschillenbeslechting in een bepaald geval of onder bepaalde omstandigheden.

Wanneer is een conflict geschikt voor mediation en wanneer is deze geschikt voor de rechtspraak?

Deze vraag dient in de eerste plaats bij partijen te worden neergelegd. Het gaat er namelijk vooral om wat partijen willen en op wat voor manier zij bereid zijn zich op te stellen. Basisvoorwaarden voor een kansrijke mediation zijn namelijk de bereidheid hiertoe en de ruimte tot onderhandelen. Indien bij voorbaat al blijkt dat deze voorwaarden ontbreken in een zaak, dan kan beter direct de rechter worden ingeschakeld.

Dit geldt ook voor partijen die er daadwerkelijk op gebrand zijn om een juridische beslissing te verkrijgen, of indien zij geloven alleen onder leiding van een rechter tot een eventuele schikking te komen. In dergelijke gevallen zal mediation een zinloze poging tot geschillenbeslechting zijn.

Mediation is een goede keuze indien men eigen of wederzijdse belangen voorop wil stellen.

In een gerechtelijke procedure zullen partijen vaak hun belangen vertalen in juridische standpunten.³³

Dit zal vaak tot een verharding van standpunten leiden, vooral omdat men alleen rechtens relevante feiten mag aanvoeren, die meestal niet van belang zijn voor het onderliggende geschil. Hun oorspronkelijke belangen gaan daarbij niet zelden verloren en het kan voorkomen dat de partijen door de juridische bomen (hun ingenomen standpunten met bijhorende feiten) hun oorspronkelijke bos (hun belangen) niet meer herkennen.³⁴

In bepaalde gevallen zal men echter voor de gerechtelijke procedure moeten kiezen, ondanks dat men rekening wil houden met wederzijdse belangen. Dit is voornamelijk indien blijkt dat louter een (openbaar) juridisch vonnis de oplossing kan (of moet) zijn en een precedent wenselijk is.

Mocht een juridisch vonnis echter niet verplicht of wenselijk zijn, dan kan men inderdaad kiezen voor mediation. Een rechter is namelijk gebonden aan het recht bij het uitspreken van het vonnis, bij mediation echter kan men buiten de juridische kaders treden en zelf een creatieve oplossing bedenken. Daarbij is ook de mogelijkheid dat partijen 'moe' zijn van het procederen, voornamelijk wanneer blijkt dat er geen gewenste uitkomst tot stand zal komen. Mediation kan dan gebruikt worden als laatste 'strohalm' tot succes.

³³ Nijman 2004, p. 90.

³⁴ Pel 2000a, p. 80.

Logisch is echter ook dat partijen, die al eerder aan mediation hebben deelgenomen en waarbij een onsuccesvolle uitkomst het resultaat was, met een volgend geschil vaak ook in betere handen zijn bij de rechter.

Een andere, niet onbelangrijke, bijkomstigheid bij de keuze voor mediation is de mogelijkheid tot het behouden of verbeteren van de onderlinge relatie. Door de emotionele betrokkenheid, in geval van een conflict, verslechtert of verbreekt de relatie tussen partijen. In veel zaken is dit een ongewenste consequentie, omdat de partijen vaak op zakelijk of emotioneel gebied verbonden zijn en het voortzetten van de relatie daarom ook wenselijk is. Het laten beslechten van het geschil bij de rechter is in dat geval dan ook geen goede keuze, omdat partijen in de rechtbank vaak in een bepaalde strijdhouding gaan staan om te 'winnen'. Dit bemoeilijkt de relatie tussen partijen achteraf, want er zal hier toch meestal sprake zijn van een winnaar en een verliezer. Mediation is in een dergelijk geval een oplossing omdat partijen alleen door samenwerking er uit kunnen komen, waardoor men daarna weer makkelijker met elkaar verder kan gaan. Mediation gaat vaak toekomstgericht te werk.

Mediation is echter geen oplossing, voor het behoud van een relatie, indien het conflict in die mate is geëscaleerd dat een poging tot samenwerking zinloos is.

Ook privacy en vertrouwelijkheid spelen een rol bij de keuze tot mediation.

Mediation vindt namelijk plaats in een besloten kring, dit in tegenstelling tot de rechtspraak, waar vaak de gehele procedure inclusief het vonnis openbaar is. Partijen die het op prijs stellen dat hun conflict wordt opgelost zonder (negatieve) publiciteit, of partijen die graag willen dat hun conflict wordt behandeld in vertrouwelijke sfeer, kunnen dan ook het beste mediation proberen.

Aan waarheidsvinding draagt het echter op deze manier niet bij. Dit is wel van belang in een gerechtelijke procedure.

Als laatste moet bij mediation ook niet over het hoofd worden gezien dat men tijd en geld hierdoor kan besparen. Mediation neemt gemiddeld 6 uur, verdeeld over enkele maanden, in beslag.³⁵ Een procedure bij de rechtbank kan daarentegen eindeloos lang duren vooral door de mogelijkheden van hoger beroep en cassatie. Dit levert ook vaak een kostenbesparing op omdat een mediator werkt met een uurtarief, dat voor ongeveer 10 uur nog te overzien is. Bij een gerechtelijke procedure is men vaak meer geld kwijt, omdat men daar naast advocatenkosten ook griffiekosten moet betalen en men niet kan weten hoelang het duurt voor er een uitspraak komt. Bij de wens van partijen om kosten en tijd te besparen is mediation duidelijk een optie.

Kortom, mediation kan aldus een oplossing zijn voor partijen die veel waarde hechten aan de wederzijdse belangen gedurende het conflict, aan hun relatie met de wederpartij, aan hun reputatie en aan de hoeveelheid tijd en geld.

In bijlage 3 staat een schematische opstelling ter conclusie.

³⁵ Pel 2004, p. 52.

2. HOOFDSTUK 2: MEDIATION, DE STAND VAN ZAKEN

De term mediation werd rond 1980 geïntroduceerd in Nederland. Voor deze term is tot op de dag van vandaag nog geen nieuwe benaming bedacht en daarom wordt deze Anglo-Amerikaanse term in Nederland nog altijd gebruikt. De term mediation is een dagelijks begrip geworden in onze samenleving, echter mediation werd ook al in Nederland toegepast voor de introductie van deze term, maar dan onder andere benamingen.

In dit hoofdstuk zal de geschiedenis van mediation, met name in Nederland, kort worden belicht, het heden zal worden behandeld en er wordt een blik op de toekomst, op het gebied van mediation, geworpen. Tevens wordt in dit hoofdstuk aandacht besteed aan de ontwikkeling van mediation in de Europese Unie.

2.1 DE GESCHIEDENIS VAN MEDIATION

Mediation, als methode voor het oplossen van geschillen, lijkt een fenomeen van de laatste decennia. Er wordt ingezien dat een oplossing sneller, minder formeel en goedkoper tot stand kan komen dan via de rechter. Deze voordelen werden echter ook in het verleden gezien en erkend. Ze hebben lang geleden al geleid tot initiatieven die we nu kennen als mediation.

Geschillen tussen mensen zijn er al sinds mensenheugenis, maar politie en rechtbanken zijn instituten die pas enkele eeuwen bestaan. Dit is de reden waarom in het verleden geschillen al vaak tussen burgers onderling werden beslecht. Een voorbeeld hiervan is de geschillenbeslechting in de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden. In 1598 was er al een bepaling opgenomen in het Burgerlijk Procesrecht van Leiden waarin partijen verplicht werden een geschil voor te leggen aan een bemiddelaar, alvorens zij er mee naar de rechtbank konden gaan.³⁶

De rechtbank had toentertijd 'vredemakers' aangesteld om de taak van bemiddelaar op zich te nemen. Diens taak was om te proberen geschillen tot een oplossing te brengen voordat partijen zich met hun geschil naar de rechter mochten begeven. Partijen hadden pas het recht om naar de rechter te gaan, indien hun poging om tot een oplossing te komen via bemiddeling was mislukt. Echter ook gedurende het gerechtelijke proces had de rechter nog de taak "Partyen vriendelyck te appointeren, en tot een minlyk Accoord te brengen, in wat staate ook 't Proces zy".³⁷

³⁶ "Dat van nu voort-aen geene civile zaken, rechtsvorderinghen, noch instantien voor de ordinarijs vierschare dezer stede en zullen werden aenghevangen of begonst dan naer dat beyde de partyen al voren zullen zijn gehoord bij zeeckere personen daer toe uyt t collegie van die vande gerechte onder der den tijtel van vredemakers, te stellen ende commiteren."

³⁷ Jagtenberg 1997, p. 2.

Deze tijd staat bekend als de tijd van de Leidse vredemakers, zij waren een voorloper van de, voor ons nog altijd bekende, kantonrechter.³⁸

Het moge duidelijk zijn dat deze manier van bemiddelen geen stand heeft gehouden. Langzaam verdween de bemiddeling tussen partijen en kwam de rechter, die een uitspraak deed in het geschil, op de voorgrond. De vredemakers hebben plaats moeten maken voor de gang naar de formele rechtbank en de trend werd gezet om geschillen te bevechten in de rechtbank, in plaats van samen te proberen tot een oplossing te komen.

Rond 1985 komt er weer een opleving op het gebied van mediation. Dit heeft voornamelijk te maken met verschillende factoren die hieronder beschreven zullen worden.

Allereerst is het verschijnsel mediation kort geleden overgewaaid uit de Verenigde Staten. De Verenigde Staten wordt gezien als de bakermat van mediation, ondanks het feit dat zij het verschijnsel van mediation niet daadwerkelijk hebben uitgevonden. Kijk onder meer naar het aandeel van Nederland rond 1600. De Verenigde Staten hebben mediation wel al eerder dan de rest van de wereld weer erkend en zijn er vroegtijdig een meer gestructureerd gebruik van gaan maken. De meeste deelstaten van de Verenigde Staten hebben daarom ook op verschillende gebieden wetten inzake bemiddeling aangenomen. Bij bepaalde rechtbanken is het zelfs al verplicht gesteld om eerst mediation te gebruiken, alvorens naar de rechter te mogen gaan.³⁹ ADR heeft zich daar in zijn verschillende vormen, met name dankzij de steun van de gerechtelijke autoriteiten, kunnen ontwikkelen. De voornamelijk positieve resultaten daar hebben er toe geleid dat mediation hier ook weer een kans heeft gekregen.

Ten tweede zijn Nederlandse burgers ontevreden over de gang van zaken in het Nederlandse rechtssysteem, zoals de overbelasting van de rechtbanken, de hoge kosten, de langdurige procedure en de formaliteit van het geheel. Er werd gezocht naar een alternatief en dit werd gevonden in mediation. Echter onbekendheid met het middel leidt tot onzekerheid over zijn toepasbaarheid.⁴⁰ Daarbij zijn de mogelijkheden en voor- en nadelen van mediation nog altijd aan onderzoek onderhevig. Deze terughoudendheid ten opzichte van mediation verklaart wellicht het matige tempo waarmee mediation zich in Nederland ontwikkelt.

Ten derde is er de laatste jaren een grote interesse voor mediation uit de hoek van rechtenfaculteiten en psychologiefaculteiten. Steeds meer professoren, studenten en hoogleraren interesseren zich voor het onderwerp, waardoor zij de ontwikkeling van mediation bewust en onbewust stimuleren.

³⁸ De Roo en Jagtenberg 2002, p. 128.

³⁹ o.a. Alameda County Superior Court.

⁴⁰ Arendsen de Wolff 2000, p. 55.

Ten vierde past mediation in de grondgedachte van het poldermodel. Het poldermodel staat voor onze neiging om voor ontwikkelingen een brede consensus te vinden, op basis van overleg en onderhandeling. Mediation sluit hier dan ook naadloos op aan.

Het doel van mediation is namelijk het vinden van een gezamenlijke oplossing, waar beide partijen zich in kunnen vinden, via overleg en onderhandeling.

Als reactie op de ‘wedergeboorte’ van mediation in Nederland is, op 1 oktober 1993 in Rotterdam, het Nederlands Mediation Instituut opgericht door Steve Whittaker.⁴¹ Het hoofddoel van dit instituut is voornamelijk het onderzoeken van mediation als alternatief voor de rechtspraak. De andere taken van het NMI zijn onder andere het informeren van de bevolking over mediation, het stimuleren van mogelijke partijen om er gebruik van te maken en het bevorderen van de kwaliteit van mediation.

De oprichting van het NMI is een aansporing geweest voor de overheid, en dan met name voor het ministerie van justitie, om zich meer met de zaken rondom mediation bezig te houden. De toenmalige minister van justitie, mevrouw Sorgdrager, zag het belang in van de positieve bijdrage die mediation zou kunnen leveren in de Nederlandse samenleving, zoals een vermindering van de druk op de rechters en het duurzaam en snel afdoen van geschillen. Zij achtte het dan ook van belang dat er experimenten met mediation werden ontwikkeld en er een nieuw beleid werd opgezet, om de mogelijkheden en beperkingen van mediation te onderzoeken. Deze experimenten met mediation hebben geleid tot een groot aantal vragen en om antwoord op deze vragen te krijgen heeft Sorgdrager op 12 april 1996 de commissie ‘Platform Alternatieve Geschillenbeslechting’ opgericht.⁴² Het onderzoek, de bevindingen, de suggesties en het advies van het Platform zijn neergelegd in het eindrapport: Conflictbemiddeling.⁴³ Dit rapport beschrijft de experimenten met bemiddeling bij vijf rechtbanken in Nederland en de resultaten daarvan. Op basis van deze resultaten is het Platform van mening dat bemiddeling in Nederland mogelijk is. Het probleem zou de toepassing en de plaats van mediation in het rechtsbestel zijn. Tevens zou mediation nog te weinig worden toegepast en dit zou voornamelijk te wijten zijn aan de onbekendheid met mediation en het ‘softe imago’ ervan. In de ogen van het Platform ligt hier dan ook de taak van de overheid om dit te verbeteren. Er zou dan ook een mogelijkheid moeten komen dat rechters in de toekomst conflictpartijen kunnen doorverwijzen naar bemiddelaars en moet er voor bemiddeling, net als voor rechtsbijstand, een vergoedingsregeling worden ingeschakeld.

⁴¹ Van Bruggen 1997, p. 83.

⁴² Platform Alternatieve Geschillenbeslechting, onder voorzitterschap van professor N.J.H. Huls. Dit Platform heeft een advies/eindrapport opgesteld over de mogelijkheden van ADR in Nederlands rechtstelsel en is aangeboden aan minister A.H. Korthals van justitie.

⁴³ Conflictbemiddeling 1998.

Als reactie op het advies van het Platform zijn er door de bewindslieden van justitie, in een beleidsbrief die zij naar de Tweede Kamer hebben verzonden, vier doelstellingen ontwikkeld voor mediation op de lange termijn.⁴⁴

Deze doelstellingen zijn:

1. De dejuridisering van geschilafdoening;
2. Het op de kwalitatief beste, respectievelijk meest efficiënte wijze afdoen van geschillen;
3. Een meer pluriforme toegang tot het recht waarbij partijen meer eigen verantwoordelijkheid dragen voor de afdoening van hun onderlinge geschillen;
4. Het verminderen van de druk op de rechtspraak;

Al deze inspanningen hebben er toe geleid dat mediation zich heeft ontwikkeld in Nederland, echter, zoals het Platform al concludeerde, waren er meer experimenten nodig, om de plaats van mediation te bepalen binnen de bestaande juridische infrastructuur.

2.2 **HEDEN**

Op basis van het eindrapport van het Platform ADR is er door de bewindslieden van justitie, in dezelfde beleidsbrief als waarin men de doelstellingen aangaf, aangekondigd dat er twee court-annexed mediation projecten in 2000 van start zouden gaan. De reden om deze twee landelijke mediation projecten op te zetten was om een antwoord te krijgen op de vraag of een structurele doorverwijzingsmogelijkheid naar mediation, binnen de justitiële infrastructuur, bestaansrecht heeft.

Deze twee onderzoekprojecten zijn: Mediation naast rechtspraak (mediation RM) en Mediation Gefinancierde Rechtsbijstand (mediation Grb).

Het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum had gedurende deze projecten de taak om de resultaten te onderzoeken, een tussentijdse analyse te geven en het project te begeleiden.⁴⁵

De looptijd van deze projecten was van 2000 tot 2003 en mevrouw M.Pel was de landelijke projectleider.

Bij het project mediation RM vond doorverwijzing naar mediation plaats van geschillen die zijn aangebracht bij de civiele en bestuurssectoren van kantongerechten, rechtbanken en gerechtshoven. Het project mediation Grb richtte zich op doorverwijzing door medewerkers van bureaus voor rechtshulp van cliënten, die zich met hun problemen tot een dergelijk bureau wendden.⁴⁶

⁴⁴ Kamerstukken II 1999/00, 26 352, nr. 19.

⁴⁵ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003.

⁴⁶ Combrink-Kuiters 2002, p. 45.

De bedoeling van deze projecten was dat er in de praktijk werd getest in welke mate er behoefte is aan mediation, wat goede indicaties zijn voor doorverwijzing, wat de uitkomsten van de doorverwezen mediation zijn en hoe een doorverwijzingsvoorziening het beste kan worden georganiseerd. Aan de hand van de resultaten zou er gekeken worden naar een potentiële wetgeving op het gebied van mediation. Dit is in principe een unieke methode omdat over het algemeen in de meeste landen de praktijkervaring wordt voorafgegaan door wetgeving.⁴⁷

Frankrijk, Engeland en Zweden kennen namelijk al een wettelijke mogelijkheid tot doorverwijzing door de rechter. In Duitsland en Oostenrijk is dergelijke wetgeving in voorbereiding.

Deze wetgeving, in andere EU landen, zal in paragraaf 2.4.1 verder worden behandeld.

Beide projecten in Nederland werden echter gezien als een try-out. In de hierboven genoemde landen is de wetgeving betreffende mediation niet voorafgegaan door try-outs. Zij hebben aldus niet de mogelijkheid genomen om de doorverwijzing en de effectiviteit eerst in de praktijk te testen. 'Door deze oefenperiode hebben we de mogelijkheden van doorverwijzing en de effectiviteit ervan in de praktijk kunnen testen. Op basis daarvan kunnen onvoorziene en ongewenste gevolgen waarschijnlijk worden voorkomen en kan er een weloverwogen keuze worden gemaakt betreffende de toekomst van mediation in Nederland', zegt Pel.

Uit het onderzoek van het WODC is gebleken dat er ruimte is voor structurele doorverwijzingsvoorziening naar mediation binnen de justitiële infrastructuur. De hoeveelheid ruimte zal volgens het onderzoek van het WODC echter wel afhankelijk zijn van de condities waaronder mediation wordt aangeboden. Op grond van de condities rondom mediation maken partijen namelijk de afweging of zij zich wel of niet aan mediation willen 'wagen'. Zo dient er ook een goede doorverwijzingsvoorziening te zijn, wil men positieve resultaten kunnen behalen.

Volgens mevrouw Pel is het tevens van belang dat de voorziening zodanig wordt gefinancierd, dat andere taken van de rechterlijke macht niet in het gedrang kunnen komen, en dat de keus voor mediation voor partijen niet om financiële redenen onmogelijk wordt gemaakt.⁴⁸ Al deze overwegingen zijn belangrijk in de afweging om mediation wel of niet een plaats toe te kennen in het rechtsbestel.

Minister Donner is met een positieve reactie gekomen op het onderzoek en heeft duidelijke plannen klaarliggen voor de toekomst. Dit zal in paragraaf 2.3 dan ook verder uitgewerkt worden. In hoofdstuk 3 zullen deze projecten uitvoerig behandeld worden en wordt er verder ingaan op de resultaten. In dit hoofdstuk is er alleen een begin mee gemaakt om aan te tonen hoe mediation zich ontwikkeld.

⁴⁷ Pel & Spliet 2003, p. 1897.

⁴⁸ Pel 2000b, p. 21.

2.3 TOEKOMST

Langzaam dringt het bij de burger en bij de overheid door dat alternatieve vormen van geschilafdoening wellicht een betere en meer duurzame oplossing kunnen bieden voor een bepaald conflict dan een rechterlijke beslissing en dat het de rechterlijke macht tevens ontlast.

Dit is de reden waarom de huidige minister van justitie, minister Donner, het gebruik van alternatieve vormen van geschilafdoening, met name mediation, wil bevorderen.

Dit streven heeft hij, zoals al eerder vermeld, aangegeven in zijn brief naar de Tweede Kamer als reactie op de resultaten van het WODC, betreffende de landelijke mediation onderzoekprojecten.⁴⁹

De nadruk in de brief lag op de stimulans die vanuit de overheid moet komen om mediation bekender te maken en het inzetten van positieve prikkels tot het gebruik van mediation.

Het is volgens Donner dan ook de taak van de overheid om een voorbeeldfunctie te vervullen.

Deze voorbeeldfunctie dient niet alleen aanwezig te zijn in geval van geschillen tussen overheid en burgers, maar ook in geval van interne geschillen binnen een bestuursorgaan.

Deze plannen van minister Donner, zoals hij die op 19 april 2004 aan de Tweede Kamer heeft gepresenteerd, hebben in het Algemeen Overleg instemming bij de Kamer gevonden op 20 januari 2005. Ook de Tweede Kamer is het er over eens dat doorverwijzing bij rechtbanken en juridische loketten een goede bijdrage kan leveren aan de bevordering van alternatieve geschiloplossing.

Het is een feit dat mediation een vaste plaats in de justitiële infrastructuur krijgt!

De realisatie van dit streven zal in 2005 aanvang nemen. Om te beginnen zullen er voorzieningen voor mediation komen bij de gerechten en de juridische loketten voor rechtsbijstand. Het doel van dergelijke informatiepunten is om rechtzoekenden informatie en advies te geven over mediation, waar zij ook eventueel kunnen worden doorverwezen naar een mediator. Daarnaast zullen ook voor rechters en gerechtssecretarissen zogenaamde 'doorverwijzingscursussen' worden georganiseerd. Doorverwijzing door de rechtspraak zal op diverse manieren plaatsvinden; de rechter kan tijdens de zitting partijen wijzen op de mogelijkheid van mediation, maar partijen kunnen ook voorafgaand op mediation geattendeerd worden.

In alle gevallen zal er vanuit de rechtbanken gezorgd worden voor een afspraak tussen mediator en partijen. Ook kunnen partijen en hun adviseurs bij de rechtbanken terecht voor informatie en voorlichting over de mogelijkheden van mediation naast rechtspraak.

Tevens zal er een monitoringsysteem worden opgezet waar de resultaten, zoals ontwikkeling zaaksvolume, slagingspercentages, proceduretoevoegingen, en kosten nauwkeurig genoteerd zullen worden.

Op het moment is er 5,2 miljoen euro gereserveerd voor de uitvoering van deze plannen en wordt er verwacht dat in 2007 de voorzieningen bij alle gerechten zijn gerealiseerd.

De verwachtingen van deze opzet zijn over het algemeen zeer positief, maar of het daadwerkelijk een succes wordt zal de toekomst ons leren. Investerings in mediation zullen in ieder geval voor de komende tijd extra nodig zijn.

2.4 MEDIATION IN DE EU

Ook vanuit de Europese Unie is veel belangstelling voor alternatieve wijze van geschillenbeslechting, waaronder mediation. Dit komt voornamelijk door het opkomende gebruik van mediation in de EU lidstaten en het verlangen van overheid en burgers om de rechtspleging, en de toegang daartoe, te vergemakkelijken.

De prioriteit van de Europese Unie, bij de ontwikkeling van mediation, ligt vooral bij de grensoverschrijdende geschillen, omdat het trage verloop en de hoge kosten van de procedures nog duidelijker zijn bij grensoverschrijdende geschillen, dan bij binnenlandse geschillen. De totstandkoming van de Europese interne markt heeft er namelijk voor gezorgd dat het handelsverkeer, de mobiliteit van burgers en de onderlinge geschillen tussen burgers van verschillende lidstaten is toegenomen.

Het gevolg hiervan is dat er veel meer en veel ingewikkelde internationale zaken voor de rechter komen. Naast deze overbelasting van de rechterlijke instanties ontstaan er ook vaak ingewikkelde situaties als gevolg van jurisdictiegeschillen en wetconflicten, taalproblemen en financiële problemen. Staatshoofden en regeringsleiders van de EU landen zien daarom ook het belang in van regelingen, betreffende geschillenbeslechting, bij grensoverschrijdende geschillen. Tijdens de Europese Raad van Wenen in december 1998 en tijdens de Europese Raad van Tampere in oktober 1999 is dit ook bevestigd. Dit is de reden waarom de ministers van justitie van de lidstaten in mei 2000 de Europese Commissie hebben verzocht een Groenboek op te stellen, met betrekking tot alternatieve wijzen van geschillenbeslechting (ADR) op het gebied van burgerlijk en handelsrecht.⁵⁰

Het doel van het Groenboek was om een inventarisatie te maken van de stand van zaken met betrekking tot ADR in de lidstaten.⁵¹ Daarbij moest het Groenboek er ook voor zorgen dat er een overleg zou plaatsvinden met alle belanghebbende kringen over een aantal vraagstukken van juridische aard met betrekking tot ADR op voornoemde gebieden ter voorbereiding van concrete maatregelen.

⁴⁹ Kamerstukken II 2003/04, 29, 528, nr. 1.

⁵⁰ Groenboek ADR 2002.

⁵¹ Van Beukering – Rosmuller 2003, p. 30.

2.4.1 De stand van zaken

Naar aanleiding van de antwoorden, op een tot de lidstaten gerichte vragenlijst van juni 2000 heeft de Europese Commissie geconstateerd dat er verschillen bestaan tussen de lidstaten wat betreft de toepassing van gehanteerde vormen en voorwaarden van geschillenbeslechting op specifieke terreinen. Zoals in paragraaf 2.2 al is beschreven werd in Nederland eerst geëxperimenteerd met projecten voordat men mediation aan regels wil binden, terwijl andere lidstaten al verder lijken te zijn. Doorverwijzing naar ADR is namelijk in de meeste lidstaten al vaak het voorwerp van een algemene regeling of van ontwerpen van regelingen.

Soms wordt alleen maar de mogelijkheid geboden om gebruik te maken van ADR (bijvoorbeeld in België) of wordt een aanbeveling in die zin geformuleerd (in Spanje, in Italië, in Zweden, in Engeland en in Wales), terwijl het in andere gevallen, bij wet of bij beslissing van de rechter, verplicht is om voorafgaand een beroep op ADR te doen (bijvoorbeeld in Duitsland, en in Griekenland).⁵²

Naar mijn mening kan er, ondanks de verschillen, worden geconstateerd dat de ontwikkelingen in vrijwel alle EU landen dezelfde richting uit gaan. Mediation projecten zijn in studie, zijn recent opgezet of hebben reeds een structurele plaats gekregen.

Het is duidelijk dat vrijwel alle lidstaten het belang van ADR erkennen en er moeite voor doen om deze in hun eigen land verder te ontwikkelen.

Naast de wetenschap dat ADR op nationaal niveau ontwikkeld moet worden beseffen de lidstaten ook dat er veel conflicten in de EU tot stand komen met een grensoverschrijdend karakter.

Dit is de reden dat er in het Groenboek, door de Commissie, één expliciete vraag wordt gesteld naar de wenselijkheid van een communautair optreden, op het gebied van ADR in burgerlijke en handelszaken. De andere in het Groenboek neergelegde vraagstukken hebben vooral betrekking op een aantal andere belangrijke aspecten van ADR, in het kader van grensoverschrijdende conflicten (op het gebied van consumenten-, familie- en arbeidsrecht), zoals de problematiek rond contractuele clausules die in een beroep op ADR voorzien, het probleem van de verjaringstermijnen, het vertrouwelijkheidsvereiste, de rechtsgeldigheid van de instemming van de partijen, de doeltreffendheid van de door middel van ADR bereikte akkoorden, de opleiding van de met ADR-procedures belaste derden, hun accreditatie en de regeling van hun aansprakelijkheid.⁵³

Het was aan de lidstaten om deze te beantwoorden, hun zienswijze erop te geven en in overleg te treden of een gemeenschappelijk optreden wenselijk is.

⁵² Groenboek ADR 2002, p. 16.

⁵³ <http://www.europa.eu.int>

Op basis van de antwoorden op deze vragen en het brede overleg was het aan de Commissie om de lijnen van haar beleid op dit terrein voor de komende jaren uit te zetten.

Er diende onder meer te worden gezien in hoeverre het wenselijk is om gemeenschappelijke beginselen voor de toepassing van ADR binnen de EU op te stellen, of dergelijke initiatieven op communautair of op nationaal niveau zouden moeten plaatsvinden, of deze zouden moeten leiden tot (aanpassing van) communautaire, dan wel nationale regelgeving, of dat men zich op onderdelen zou kunnen of zelfs zou moeten 'beperken' tot het stimuleren van zelfregulering zoals bijvoorbeeld gedragscodes.⁵⁴

Voor de Commissie stond al snel vast dat er gemeenschappelijke beginselen moeten gaan gelden en uniforme waarborgen moeten komen, wil men de toepassing van buitengerechtelijke systemen in grensoverschrijdende conflicten bevorderen en ervoor zorgen dat burgers het vertrouwen in dergelijke systemen kunnen krijgen. De vraag was echter hoe de lidstaten tegenover een dergelijke regelgeving zouden staan.

Nederland heeft, op vraag van de Commissie dan ook haar reactie op het Groenboek gegeven.

In een brief aan de Tweede kamer heeft van minister Donner een concept regeringsreactie aangeboden op het Groenboek.⁵⁵

In deze brief wordt benadrukt dat Nederland het zeker van belang acht dat, naast een goed functionerend systeem van overheidsrechtspraak, de toepassing van alternatieve mogelijkheden voor conflictoplossing wordt gestimuleerd, met name mediation.

Voornamelijk omdat veel conflicten onnodig bij de rechter terechtkomen, als gevolg van de juridiseringstendens in de samenleving, en men burgers wil stimuleren om zelf verantwoordelijkheid te dragen voor hun conflict en de oplossing daarvan.

Echter ondanks het feit dat Nederland voorstander is van alternatieve wijze van geschillenbeslechting stelt zij toch een terughoudende benadering voor op communautair niveau, daar waar het een streven betreft naar gemeenschappelijke regelgeving ten aanzien van de inhoud van ADR-systemen.

Een van de redenen voor deze houding is dat zich in de Nederlandse rechtpraktijk geen problemen voordoen die een gemeenschappelijk optreden wenselijk maken en een regelcomplex op gemeenschapsniveau zouden rechtvaardigen.

Daarbij ziet Nederland ook één van de voordelen van ADR verdwijnen als men communautaire regels op zou stellen, namelijk het voordeel dat de inhoud van ADR-procedures aan zo min mogelijk processuele formaliteiten is gebonden.

⁵⁴ <http://www.minbuza.nl>

⁵⁵ Kamerstukken II 2002/12, 22 112, nr. 253.

De Nederlandse overheid is van mening dat strikte regulering (zowel op nationaal als op Europees niveau) afbreuk zou kunnen doen aan de flexibiliteit van ADR-systemen en daardoor de ontwikkeling van ADR-systemen kunnen afremmen.

Een ander probleem, volgens de Nederlandse regering, is het materiële overeenkomstenrecht. De toepassing van ADR is veelal gebaseerd op een, in een overeenkomst tussen partijen opgenomen, clause en leidt zij veelal tot de totstandkoming van een (vaststellings-)overeenkomst tussen partijen.

Een eventueel probleem, van wederzijdse erkenning in een grensoverschrijdend geschil, loopt in dergelijke gevallen uit in het probleem van geldigheid van de overeenkomst naar het daarop toepasselijke recht.⁵⁶ Voor zover ADR wordt beheerst door het interne contractenrecht van de lidstaten, ziet Nederland geen ruimte en ook geen aanleiding voor initiatieven strekkende tot harmonisatie.

Ook was Nederland nog volop bezig de toepassingsmogelijkheden van ADR, en dan met name mediation, te verkennen en onderzoeken. Zoals in paragraaf 2.2 en 2.3 staat beschreven, liepen er enkele projecten met doorverwijzing naar mediation in de justitiële infrastructuur. Nederland is altijd al voorzichtig geweest met zijn stappen op het gebied van mediation. Daarom werden de mogelijkheden en meerwaarde van het, voorafgaand aan de juridische procedure, verwijzen naar mediation eerst onderzocht voordat men verder acties wilde ondernemen.

Nederland wilde eerst de resultaten van deze onderzoeken afwachten en op basis daarvan besluiten wat de plaats van ADR, en met name mediation, in het rechtsbestel zou moeten zijn. Tevens wilde men op basis van de uitkomsten van de onderzoeken uitmaken wat de rol van de overheid zou moeten zijn.

Om de hier bovenstaande reden is, in het concept regeringsreactie op het Groenboek gesteld, dat een regelcomplex op Europees niveau, gezien het risico van verstarring voor Nederland, op dat moment onwenselijk en evenmin noodzakelijk werd geacht.

Nederland was echter, volgens de brief van minister Donner, wel van mening dat het beleid van de EU zich op dat moment zou moeten richten op bevordering van de toepassing van ADR bij grensoverschrijdende conflicten, maar dan niet op basis van een communautaire regelgeving op het gebied van mediation.

Nederland is natuurlijk niet de enige lidstaat die een standpunt heeft ingenomen jegens het Groenboek. Volgens de Commissie zijn er meer dan 160 reacties op het Groenboek gekomen, waaronder natuurlijk van de lidstaten, maar ook van organisaties op het gebied van ADR, advocaten, rechters etc..⁵⁷ De reacties zijn verdeeld, voornamelijk op de vraag of communautair optreden op het gebied van ADR wenselijk is.⁵⁸

⁵⁶ Kamerstukken II 2002/12, 22 112, nr. 253.

⁵⁷ Response Greenpaper 2002.

⁵⁸ Groenboek ADR 2002, Vraag 1.

Enerzijds zijn er lidstaten die geen regelgeving voor ADR op Europees niveau willen, maar eventueel wel ervaringen willen uitwisselen. Daartegenover staan de lidstaten die een gemeenschappelijk beleid, het liefst met minimale regels, toejuichen om zo tussen de onderlinge staten een bepaalde homogeniteit te creëren op het gebied van ADR.

Echter mocht er, ondanks eventuele tegenstand, toch gemeenschappelijke wetgeving op het gebied van ADR komen, dan zijn de meeste lidstaten wel van mening dat de potentiële gemeenschappelijke wetgeving de al bestaande ontwikkelingen in een lidstaat moet respecteren.⁵⁹

Het werd aldus zeer wenselijk geacht dat de eventuele regelgeving niet alles, wat er op nationaal niveau is bereikt, gaat ondermijnen en het de contractsvrijheid van partijen niet gaat belemmeren.

2.4.2 Gemeenschappelijk beleid en gemeenschappelijke regels

Op 22 oktober 2004 is het dan zover. De Europese Commissie heeft een onderwerprichtlijn vastgesteld betreffende ‘bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken’.⁶⁰

Op grond van het Groenboek en de consultaties met lidstaten heeft de Commissie toch besloten een voorstel tot een richtlijn te doen. Het gaat hier nog om een voorstel tot een richtlijn, wat betekent dat deze nog de geijkte Europese instanties moet passeren, voordat hij een definitieve status kan krijgen.

Indien deze richtlijn een definitieve status krijgt dan brengt dit met zich mee dat deze de lidstaten gaat binden. Richtlijnen worden namelijk omgezet in nationale wetgeving of worden rechtstreeks toegepast zonder omzetting.

Het doel van dit voorstel voor een richtlijn is om tot een betere toegang tot geschilbeslechting te komen en deze te bevorderen. Men tracht dit enerzijds te verwezenlijken via bepalingen die het doel hebben voor een goede relatie tussen bemiddeling en gerechtelijke procedures te zorgen en door in de Gemeenschap, met betrekking tot een aantal belangrijke aspecten van de burgerlijke procedure, gemeenschappelijke minimumvoorschriften vast te stellen.

Anderzijds wil men het gebruik van bemiddeling actief bevorderen door de rechterlijke instanties van de lidstaten de nodige instrumenten te verschaffen, zonder dit evenwel verplicht te stellen of er specifieke sancties aan te verbinden. Om deze doelstellingen te realiseren acht de Commissie uniforme basisregels, die zowel in grensoverschrijdende als in nationale zaken van toepassing zijn, doeltreffender dan individuele initiatieven van de afzonderlijke lidstaten.

⁵⁹ Summary of responses to the Greenpaper.

⁶⁰ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken. (SEC (2004) 1314), Com (2004) 718.

De Commissie heeft expliciet gekozen voor een richtlijn als het meest geschikte rechtsinstrument om deze bepaalde concrete doelstellingen te bereiken, terwijl de beslissing over de middelen om deze te verwezenlijken aan de lidstaten wordt overgelaten. De implementatietermijn is gesteld op 1 september 2007. Deze termijn lijkt ook haalbaar gezien de beperkte omvang van de richtlijn en de geringe noodzakelijke aanpassing van nationale regelgeving.⁶¹

De Commissie is van mening dat deze richtlijn het gebruik van bemiddeling zal bevorderen. Op het moment is bemiddeling, volgens de Commissie, namelijk nog vaak een ‘onbenut potentieel’ als methode om geschillen op te lossen. Zij beschouwt bemiddeling echter niet als een alternatief voor gerechtelijke procedures. Dit is de reden dat zij niet voornemens is de gerechtelijke procedures, die toch onder uitsluitende bevoegdheid van de lidstaten staan, te ondermijnen. Rechtspraak en bemiddeling moeten naast elkaar leren leven, want bepaalde geschillenbeslechtingmethoden blijken een goed alternatief te zijn voor rechtspraak, wat in een moderne samenleving zeker wenselijk is. Echter niet alle geschillen zullen geschikt zijn voor deze alternatieve wijzen van geschillenbeslechting. Daarom zal in lijn van het voorstel de rol van de Gemeenschap beperkt blijven. De bepalingen van het voorstel zijn strikt beperkt tot wat nodig is om de doelstellingen te bereiken. De enige in het voorstel opgenomen concrete maatregel om bemiddeling te bevorderen is de verplichting van de lidstaten om de rechterlijke instanties *de mogelijkheid* te geven de partijen bemiddeling voor te stellen.⁶² De Commissie hoopt, door het stimuleren van een ruimer gebruik van bemiddeling, de voordelen die geschillenbeslechting met zich meebrengt, waaronder onder ander het behoud van een duurzame relatie en het waarborgen van belangen (zie hoofdstuk 1), meer te kunnen benadrukken en daarvan gebruik te maken.

De vraag is wat de mening is van Nederland over deze richtlijn en wat zouden de eventuele consequenties kunnen zijn voor de Nederlandse nationale wetgeving indien de richtlijn wordt aanvaard?

In principe sluit het voorstel materieel goed aan bij de visie van Nederland, met betrekking tot alternatieve vormen van conflictoplossing. Tevens deelt Nederland de mening van de Commissie dat de partijen niet zouden moeten worden verplicht tot mediation. Partijen verplichten tot mediation wordt door beide strijdig geacht met het wezen van mediation.

Het instrument moet gebaseerd zijn op de vrijwillige deelname van partijen. Tevens wordt er met de aankomende nationale maatregelen op het gebied van mediation, zoals de doorverwijzingsvoorzieningen (zie paragraaf 2.3) in grote lijnen voldaan aan de in het richtlijnvoorstel opgenomen bepalingen en zijn er aan het Europese voorstel ook geen verdere nationale financiële consequenties verbonden.

⁶¹ Ministerie van Buitenlandse zaken, DIE-641/04, nr 22112, 35 0(1).

⁶² Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken. (SEC (2004) 1314), Com (2004) 718, p. 3.

Echter waar de Commissie uniforme basisregels doeltreffender acht dan de individuele initiatieven van de lidstaten is Nederland een ander mening toegegaan.

Nederland is vooralsnog van mening dat Gemeenschapsoptreden niet noodzakelijk is, om de door de Commissie beoogde doelstellingen te verwezenlijken.⁶³

De redenen voor deze terughoudendheid wat betreft een gemeenschappelijk optreden op het gebied van bemiddeling, zijn in paragraaf 2.4.1 al aangegeven.

Mocht deze richtlijn uiteindelijk doorgang vinden dan zal echter ook Nederland hier de gevolgen van ondervinden. Het brengt namelijk met zich mee dat de Nederlandse nationale wetgeving waarschijnlijk op een aantal punten moeten worden aangepast.

Er zijn twee artikelen opgenomen in het voorstel tot een richtlijn die tot gevolg zullen hebben dat het Nederlandse procesrecht en met name het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aangepast moet worden. Het betreft artikel 6 van de richtlijn, dat de uit de mediation verkregen informatie uitsluit als bewijsmiddel in burgerlijke gerechtelijke procedures. Ook betreft het artikel 7, dat de schorsing van de verjaringstermijnen regelt wanneer mediation wordt gestart. Deze artikelen maken verdere regulering dus noodzakelijk omdat deze in het Wetboek van Burgelijke Rechtsvordering verwerkt moeten worden indien de richtlijn wordt aanvaard. Nederland zal bij de inwerkingtreding van de richtlijn dan ook in een wettelijk verschoningsrecht moeten voorzien.⁶⁴ Daarnaast zorgt het 'privilege' van artikel 6 er waarschijnlijk ook voor dat een nauwkeurige definitie van mediation en een heldere afbakening van het beroep van mediator moeten komen. Deze regulering wil Nederland in principe voorkomen, het is echter aan de raad van Ministers om over het voorstel tot deze richtlijn te beslissen.

⁶³ Ministerie van Buitenlandse zaken, DIE-641/04, nr 22112, 35 0(1).

⁶⁴ Brenninkmeijer 2004, p. 7.

3. HOOFDSTUK 3: MEDIATION NAAST RECHTSPRAAK

In dit hoofdstuk zal verder worden ingegaan op de twee grote landelijke mediation projecten: Mediation naast Rechtspraak (RM) en Mediation gefinancierde rechtsbijstand (Grb), waar in hoofdstuk 2 een begin mee gemaakt is. In dit hoofdstuk wordt er dieper ingegaan op de opzet van de projecten, de wijze van aanpak en de resultaten. Voor een volledige analyse moet ik echter verwijzen naar het WODC onderzoek.⁶⁵ In dit hoofdstuk hoop ik wel te kunnen benadrukken wat men van deze projecten heeft kunnen leren en hoe dit in de toekomst weer gebruikt kan worden.

3.1 MEDIATION PROJECTEN BINNEN DE JUSTITIËLE INFRASTRUCTUUR

In hoofdstuk 2 is al uitgelegd wat de bedoeling is van de projecten en welk doel zij dienen. In dit hoofdstuk wordt hier nog kort op ingegaan, daarom is het mogelijk dat er iets herhaald wordt.

Vanaf september 1999 is begonnen met de voorbereidingen voor deze landelijke projecten.

De bedoeling van het project RM was om geschillen die zijn aangebracht bij de civiele en bestuurssectoren van kantongerechten, rechtbanken en gerechtshoven, door te verwijzen naar mediation. Om een dergelijk optimaal beeld te krijgen van de mogelijkheden van doorverwijzing naar mediation, heeft men gedurende dit project op diverse manieren geprobeerd door te verwijzen. Er is zowel schriftelijk als mondeling doorverwezen, er is bij verschillende soorten gerechten doorverwezen, er is op verschillende momenten gedurende de procedure doorverwezen, en er is door verscheidene personen doorverwezen, zoals rechters en gerechtmedewerkers. De vijf arrondissementen die deelnamen aan dit project waren Arnhem, Zwolle, Assen, Utrecht en Amsterdam.

Bij het project Grb heeft men zich gericht op de doorverwijzing door medewerkers van bureaus voor rechtshulp van cliënten die met hun problemen naar een dergelijk bureau kwamen. In dit project was het moeilijker om te variëren met doorverwijzen. Er waren maar twee momenten waarop mediation kon worden aangeboden en dat was, of tijdens de intake, of tijdens het spreekuur. De bureaus die aan dit project meededen waren Haarlem, Middelburg en Zwolle.

Zoals in hoofdstuk 2 al aan bod kwam was het WODC verantwoordelijk voor het begeleiden van het onderzoek en om de resultaten en de ervaringen in beeld te brengen in een eindrapport.⁶⁶

⁶⁵ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003.

⁶⁶ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003.

De belangrijkste bronnen van informatie hiervoor waren de monitoringsystemen RM en Grb, waarmee gegevens konden worden verzameld over de gerealiseerde mediations, een aparte doorverwijzingsdatabase, eerdere onderzoeken, schriftelijke bronnen, interviews en enquêtes.

Dit evaluatieonderzoek bestond voor elk van de twee landelijke projecten uit een *procesevaluatie* en een *effectevaluatie*.⁶⁷ Ten aanzien van procesevaluatie heeft men zich gericht op de effectiviteit en efficiëntie van de opzet, inrichting en uitvoering van de projecten.

Bij de effectevaluatie stond centraal welke zakenmerken van invloed zijn op de effectiviteit en de efficiëntie van mediation en op de tevredenheid van de betrokkenen.

Beide wijzen van evaluatie hangen nauw samen omdat de wijze van uitvoering van de projecten de manier en resultaten van de mediations beïnvloedde.

3.1.1 Het doel van deze projecten

De reden van het opzetten van deze twee grote landelijke projecten was om een aantal gevarieerde en variabele doorverwijzingsprojecten binnen de rechterlijke organisatie en binnen het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand te ontwikkelen, op te zetten en uit te voeren. Dit moest tot doel hebben om ervaring op te doen met verschillende wijzen van doorverwijzing naar mediation en tevens om een antwoord te verkrijgen op de vraag, of mediation binnen de justitiële infrastructuur bestaansrecht heeft.⁶⁸ Het doel van het evaluatieonderzoek was om bij te dragen aan dit inzicht en eventueel te ontdekken, dat als mediation bestaansrecht heeft, op welke wijze dit het meest efficiënt en effectief kan worden gerealiseerd.

Bij de uitvoering en evaluatie van deze projecten heeft men altijd de vier beleidsdoelstellingen, die zijn ontwikkeld voor mediation op de lange termijn en in hoofdstuk 2 staan vermeld, in het vizier gehouden.⁶⁹ Bij deze projecten gaat het vooral om het, op de kwalitatief beste manier respectievelijk op de meest effectieve wijze, afdoen van geschillen. De tweede beleidsdoelstelling stond dan ook hoog in het vaandel, gedurende deze projecten en bij het evaluatieonderzoek.

De drie andere beleidsdoelstellingen zijn natuurlijk ook in het oog gehouden, maar zijn in principe direct gerelateerd aan mediation of het effect ervan is pas later zichtbaar. Zo is de eerste doelstelling eigenlijk een kenmerk van mediation, namelijk de dejuridisering van geschilafdoening. In geval van mediation wordt immers niet gewerkt met juridische standpunten.

⁶⁷ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 27.

⁶⁸ Pel 2001, p. 42.

⁶⁹ Kamerstukken II 1999/00, 26 352, nr. 19.

Ook de derde doelstelling is een kenmerk van mediation, namelijk het dragen van de eigen verantwoordelijkheid voor het oplossen van het eigen geschil. Gedurende de projecten is dit ook niet als doelgesteld, omdat het vanzelf uit het mediationproces voortkomt.

De laatste doelstelling, namelijk het verminderen van de druk op de rechtbank, was ook geen doel gedurende de projecten, maar men hoopte dit uiteindelijk op de lange termijn wel als resultaat te mogen verwelkomen.

3.1.2 De resultaten van deze projecten

Van te voren was duidelijk dat de projecten als geslaagd zouden worden beschouwd, indien uit de resultaten van de doorverwijzingen, tijdens de onderzoeksperiode, kan worden afgeleid dat doorverwijzing naar mediation een structurele plaats zou moeten krijgen.⁷⁰

Uit de resultaten, zowel de cijfers als het onderzoek zelf, blijkt dat er door de verwijzingsvoorzieningen van de projecten voldoende is doorverwezen en daarbij is door het merendeel van de doorverwijzingen een succesvol resultaat behaald. De schematisch weergegeven resultaten zijn te vinden in het WODC rapport, met name in de bijlagen.

In het project Rechterlijke Macht zijn er 973 doorverwijzingen gerealiseerd voor de einddatum. Dit is ver boven het streefgetal van 500 doorverwijzingen. Het is duidelijk dat de doorverwijzers in staat waren om naar mediation door te verwijzen en dat er ook nog tijdens de procedure voor mediation werd gekozen. Van dit aantal doorverwijzingen is er in 61% (594 zaken) van de gevallen overeenstemming bereikt, waarvan er in 6% (58 zaken) van de gevallen een gedeeltelijke overeenstemming is bereikt. Gemiddeld spraken de partijen 6,3 uur met elkaar en het tijdsbestek, tussen het eerste en het laatste gesprek, bedroeg gemiddeld drie maanden. Na afloop van het RM project is ook de balans opgemaakt of partijen tevreden waren en zo'n 81% van de partijen heeft aangegeven in de toekomst, bij een soortgelijk geschil, weer te kiezen voor mediation.

In het project gefinancierde rechtsbijstand zijn er 171 zaken doorverwezen, dit is lager dan men van te voren als doel gesteld had. Het streefdoel was 480 doorverwijzingen, maar om verschillende redenen, waaronder het feit dat eigenlijk een heleboel zaken die bij het bureau rechtshulp binnen komen niet geschikt zijn voor doorverwijzing, is dit niet gehaald. Wel is in 78% (133 zaken) van de mediation zaken tot overeenstemming gekomen, waarbij er in 63% (108 zaken) overeenstemming is bereikt over alle geschilpunten. Bij dit project spraken de partijen gemiddeld 2,6 uur met elkaar en bedroeg het tijdsbestek, tussen het eerste en laatste gesprek, gemiddeld zeven dagen. Het verschil, in vergelijking met het project RM, komt doordat de zaken hier vaak minder complex zijn dan bij de rechterlijke macht.

⁷⁰ Brenninkmeijer e.a. 2003.

Ook hier geeft het merendeel van de partijen aan in de toekomst opnieuw gebruik te maken van mediation, namelijk 85% van de partijen.⁷¹

Het project RM is meer succesvol gebleken dan het project Grb.

Toch mag de conclusie, dat een structurele doorverwijzingsvoorziening naar mediation bestaanrecht heeft, genomen worden en daarom wordt er nu aan de realisatie hiervan gewerkt.

Er worden zoals al was aangestipt in paragraaf 2.3, vanaf januari 2005 bij elke rechtbank, gerecht en juridisch loket doorverwijzings-voorzieningen aangebracht. Vanaf 1 april zullen partijen door rechters daadwerkelijk worden aangemoedigd om van mediation gebruik te maken.⁷²

Er zal niet meer worden gewerkt met doorverwijzing bij de bureaus rechtshulp, zoals in het project Grb, vanwege de daarbij falende resultaten. Er is veel van dit project geleerd, echter het wordt als een zinloze onderneming beschouwt om hier mee door te gaan. Er zal louter worden doorverwezen vanuit de rechtbank, gerechten en loketten.

Het bestaansrecht van mediation staat echter los van de weg naar succes.

Er zal in de toekomst hard gewerkt moeten worden om mediation in onze maatschappij inderdaad in te passen. Daarom is het belangrijk dat de 'bagage', die is verzameld in de landelijke mediation projecten, wordt meegenomen.

3.2 BESCHOUWING VOOR DE TOEKOMST

Het experimenteren met dergelijke projecten, zoals deze landelijke mediation projecten, zijn om hun leerzame ervaring erg wenselijk geweest. Wat heeft men geleerd van deze projecten en hoe kan dat worden gebruikt in de toekomst, om mediation in het rechtsbestel in te passen?

Het is belangrijk om aan te stippen dat de projecten een succes zijn geworden, met name het project RM, door de goede start, de nauwkeurige realisatie en organisatie en de volledige inzet van en bij de projecten. Tevens hebben de goed gekwalificeerde mediators en de activiteiten op het gebied van promotie hieraan bijgedragen.

In het rapport van het WODC is meerdere keren benadrukt dat het van belang is dat er een flankerend beleid wordt opgezet, om op die manier succes te realiseren bij doorverwijzingsvoorzieningen naar mediation. Dit beleid moet tot doel hebben dat er een breed en permanent draagvlak wordt aangemeten binnen de rechterlijke macht, bij rechtzoekenden en bij de advocaten of adviseurs waardoor men met het geschil naar de mediator wil gaan of daartoe wil verwijzen. Er moet vertrouwen komen in het gebruik van en de verwijzing naar de mogelijkheid tot mediation.

⁷¹ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003.

⁷² Bijlage 4.

Mijns inziens moet het beleid daarom ook voldoen aan bepaalde voorwaarden, wil men in de toekomst gaan zegevieren. Deze overwegingen zullen in de onderstaande paragrafen uitvoerig worden behandeld.

3.2.1 Doorverwijzingsvoorziening

Allereerst moet er een *gedegen* doorverwijzingsvoorziening opgezet worden, deze moet duidelijk vindbaar en herkenbaar zijn voor rechtzoekenden. Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit de ervaringen die zijn opgedaan in Engeland na de hervormingen op basis van de Woolf-reform.⁷³ Daar is het tot op heden nog niet gelukt om, in kwantitatieve en kwalitatieve zin, effectief een conflictoplossing op maat te creëren.⁷⁴ Zo waren er daar geen maatregelen die een dergelijke verandering ondersteunden, er was geen goede opleiding aanwezig voor rechters en doorverwijzers en ook de voorlichting aan het grote publiek ontbrak.⁷⁵ Het lijkt mij van belang dat Nederland van de fouten in Engeland leert en een andere aanpak verkiest.

Om successen te gaan realiseren is het dan ook belangrijk dat er overal goed van start wordt gegaan en dat er geen halve maatregelen worden genomen. Vanaf april 2005 wordt er een begin gemaakt met het opstarten van doorverwijzingsvoorzieningen bij enkele gerechten.⁷⁶ Het doel is dat eind 2007 bij alle rechtbanken en gerechten dergelijke voorzieningen zullen zijn.

Er moet worden benadrukt, ten opzichte van de rechtzoekenden, dat de doorverwijzingsvoorziening een gewaarborgde plaats heeft gekregen in het rechtsbestel. 'Mediation is geen eendagsvlieg, maar een gerespecteerd alternatief voor rechtspraak, indien een zaak zich daarvoor leent'. Wil men gaan profiteren van een gedegen doorverwijzingsvoorziening, dan zal dit doel centraal moeten komen staan in het beleid en moet dit duidelijk uitgedragen worden naar rechtzoekenden.

Er moet ook niet worden onderschat dat mediation nog vrij onbekend is. Daarom zal er voldoende ruchtbaarheid moeten worden gegeven over de mogelijkheden ervan.

Voorlichting, promotie, campagne en reclame, bijvoorbeeld via televisie, radio en (vak)bladen, zijn op grote schaal nodig, om rechtzoekenden met mediation bekend te maken en aan te tonen dat het een respectabel en geïmplementeerd alternatief is. Bovendien kan voorlichting aan de burgers er ook toe leiden dat er minder procedures aanhangig worden gemaakt, omdat aan de burger duidelijk kan worden gemaakt dat een procedure niet altijd nut heeft.⁷⁷

⁷³ Pel&Spliet 2003, p. 1900.

⁷⁴ Pel&Spliet 2003, p. 1902.

⁷⁵ Pel&Spliet 2003, p. 1902.

⁷⁶ Zie bijlage 4.

⁷⁷ Dijkstra 1999, p. 7.

De voorlichting zal zich niet alleen moeten richten op rechtzoekenden en burgers in het algemeen, maar er zal ook voorlichting moeten komen voor rechters, advocaten en adviseurs.⁷⁸ Het is belangrijk dat ook zij de positieve kant van mediation inzien, omdat zij er het meeste mee te maken hebben.

Daarnaast is het belangrijk dat er vertrouwen en volledige acceptatie teweeg wordt gebracht in de mogelijkheid van mediation.

Om vertrouwen en acceptatie bij rechtzoekenden te kweken zal duidelijk moeten blijken dat doorverwijzers, waaronder de rechter of in een eerder stadium een gerechtmedewerker, over voldoende kennis beschikken om zaken, die geschikt zijn voor mediation, te selecteren en deze ook kunnen doorverwijzen.⁷⁹ Benadrukt moet worden dat een partij niet alleen 'veilig' is in de handen van een rechter, maar ook onder de hoede van een mediator tot een oplossing kan komen. Ook de kwaliteit van de doorverwijzingen, de kwaliteit van de procedure en de kwaliteit van de doorverwijzers moeten prioriteit zijn bij het opzetten van doorverwijzingsvoorzieningen, zeker als men er voor wil zorgen dat er voor mediation gekozen wordt. Het moet bekend worden bij het publiek dat de kwaliteit van hoogstaand niveau is, om zo eventuele gegadigden te stimuleren tot mediation.

Daaromheen en tevens om dit te realiseren zal er sprake moeten zijn van een deskundig team dat administratieve en faciliterende ondersteuning biedt en er voor zorgt dat er een vast aanspreekpunt komt binnen de doorverwijzende organisatie.

Er moet duidelijk zorg voor worden gedragen dat men niet kan twijfelen over de professionaliteit van het mediationproces.

Een kinderlijk opgezette voorziening, zonder gekwalificeerde mediators, zonder regels en zonder toezicht, zal al snel uit het gezichtsveld van de rechtzoekenden verdwijnen. Daarom is het van belang dat men een duidelijke opzet maakt voor de voorziening, die aan regels gebonden is en waaruit blijkt dat men een geschil kan toevertrouwen aan opgeleide en capabele mediators.

Het is ook van belang dat een monitoringssysteem wordt behouden, om doorverwijzers op de hoogte te houden van het aantal doorverwijzingen en de resultaten daarvan.⁸⁰

Dit is belangrijk omdat men daardoor ook sneller in kan grijpen, aanpassingen kan maken en de doorverwijzers en mediators kan stimuleren. Een monitoringssysteem, voor de weergave van enkel resultaten, is echter niet voldoende. Naar mijn mening moet er ook een systeem worden opgezet waar mediators onderling zaken kunnen bespreken en ervaringen uit kunnen wisselen.

Een mogelijkheid creëren voor mediators en doorverwijzers om te overleggen, van elkaar te leren en contact te onderhouden is in mijn ogen een goede zaak en in principe een vereiste om de kwaliteit van de mediators te waarborgen.

⁷⁸ Pel&Spliet 2003, p. 1897.

⁷⁹ Pel&Spliet 2003, p. 1900.

⁸⁰ Pel&Spliet 2003, p. 1902.

Het is bij mediation ook niet mogelijk om, net als bij de rechtspraak, jurisprudentie te vergaren, maar een optekening met uitleg van elke zaak in een bepaalde categorie, zoals bijvoorbeeld civiel- en bestuursrechtelijk, is wellicht een goed initiatief. Een duidelijke gerangschikte database moet daarom worden opgezet, waardoor mediators en doorverwijzers kunnen leren van de zaken en ideeën van hun collega's, en ervaring kunnen opdoen door andermans aanpak.

Daarnaast kan men op die manier ook gemakkelijk in contact komen met collega mediators of doorverwijzers. Men kan dan, bijvoorbeeld via het intypen van kernwoorden over de soort partijen en over de aard van het geschil, vergelijkbare gevallen bekijken en/of contact met elkaar opnemen.

3.2.2 Doorverwijzingsprocedure

Bij het opzetten van een gedegen doorverwijzingsvoorziening is niet alleen een goede voorziening belangrijk, om tot gewenste resultaten te komen, maar er spelen meerdere elementen mee zoals doorverwijzingscriteria, de aard van de zaak en het moment van doorverwijzen.

Op basis van de projecten, het onderzoek en de resultaten heeft men veel kunnen leren over wat, hoe en wanneer het beste kan worden doorverwezen.

De projecten hebben zich vooral gericht op zaken die zich afspeelde in de volgende gebieden: civiele sector, familiezaken, bestuurlijke zaken en belastingzaken. Men kan vaststellen dat dit de gebieden zijn waar de zaken zich afspelen, die geschikt kunnen zijn voor mediation. Mediation in een strafrechtelijke zaak is bijvoorbeeld geen optie, omdat een juridisch oordeel hier vaak benodigd is.

Daarom is het belangrijk dat men doorverwijzingsvoorzieningen voorbehoudt aan bepaalde gebieden van het recht, zoals bijvoorbeeld de bovenstaande gebieden. De zaken die zich afspelen op dergelijke gebieden hebben in geval van mediation de meeste kans op slagen. Daarom moet men zich niet concentreren op overige gebieden, die bij mediation een kleinere slagingskans met zich meebrengen.

Gedurende de projecten is ook gebleken dat het moeilijk is om harde criteria te geven over wanneer men wel en niet moet doorverwijzen. Men werkt daarom liever met indicaties. Echter, het is nog steeds lastig om te bepalen aan de hand van welke indicaties en contra-indicaties het verstandig is om als doorverwijzer een partij naar mediation te verwijzen en als partij om er zelf voor te kiezen.

Er is namelijk ook heel veel afhankelijk van de omstandigheden van het geval zoals onder andere de opstelling van partijen, de (werkelijke) motieven en de aanleiding en aard van het geschil.

Uit het onderzoek is gebleken, mijn inziens is dit een belangrijke overweging voor de toekomst, dat er vaak wordt doorverwezen of wordt gekozen voor mediation indien:⁸¹

⁸¹ Pel 2004, p.83.

- men bereid is om te onderhandelen;
- er een (duurzame) relatie bestaat tussen de partijen;
- het belang van partijen onvoldoende gediend wordt met een puur juridische oplossing;
- men vermoedt dat de gerechtelijke procedure geen echte oplossing zal geven voor het onderliggende probleem;
- men van mening is dat er sprake is van een communicatieprobleem;
- men gelooft dat mediation een snellere en betere oplossing kan bieden;
- een partij belang hecht aan een vertrouwelijke behandeling.

Vanzelfsprekend zijn er ook oorzaken dat er niet wordt doorverwezen of gekozen wordt voor mediation. Dit is vaak het geval indien:

- partijen niet bereid zijn om te onderhandelen;
- men er geen vertrouwen heeft dat het geschil door mediation kan worden opgelost;
- het conflict al in te hoge mate is geëscaleerd;
- een juridische uitspraak benodigd of wenselijk is.⁸²

Op basis van deze indicaties kan inderdaad worden gepeild of een geschil überhaupt kans maakt om bij een mediator tot een oplossing te komen.

Echter, mocht men als partij voldoen aan een doorverwijzingsindicatie, dan betekent dit niet direct dat partijen ook bereid zullen zijn om over te gaan tot mediation.

Daar komt nog bij dat, als men al bereid is naar een mediator te gaan, dit geen natuurlijke garantie is op een succesvol resultaat. Wel kan er uit de onderzoeken worden geconcludeerd dat zaken die voldoen aan (enkele) doorverwijzingscriteria, inderdaad een hogere slagingskans hadden bij mediation, maar dit is geen geschreven regel.

Al met al bieden de doorverwijzingsindicaties en de contra-indicaties een houvast voor de keuze om (doorverwijzing naar) mediation te proberen, maar zij zijn louter richtlijnen en geen feilloze mechanismen. Wellicht is het een idee om in de toekomst er van uit te gaan dat vrijwel alle zaken, die voortkomen uit de gebieden van het recht die eventueel geschikt zijn voor mediation, geschikt zijn voor mediation, behalve de zaken waar er sprake is van een echte contra-indicatie.⁸³ Men kan dan wel nauwkeurig willen bepalen welke zaken wel en welke zaken niet geschikt zijn voor mediation, uiteindelijk blijkt de grootste succesfactor voor een geslaagde mediation de onderhandelingsbereidheid van partijen te zijn.⁸⁴

Men kan niet schematisch weergeven wanneer er gegarandeerd succes wordt geboekt en wanneer niet. De reden hiervoor is dat er geen verplichting op rust en men overgeleverd is aan de grillen van partijen.

⁸² Groeneveld 2001, p. 7.

⁸³ Pel 2004, p. 75.

⁸⁴ Van Ginkel&Combrink-Kuiters 2004, p. 26.

Natuurlijk ben ik niet van mening dat men maar roekeloos moet gaan doorverwijzen, vooral niet gezien de kosten. Wellicht moet daarom het accent meer worden gelegd op de contra-indicaties dan op de doorverwijzingsindicaties, vooral omdat er zoveel afhankelijk is van de bereidheid van de partijen.

Het is dus in principe ook een kwestie van het vergroten van de bereidheid van de partijen. De vraag is of het mogelijk is om deze te vergroten. Naar mijn mening is dit enigszins mogelijk.

De bereidheid van partijen kan niet worden vergroot, indien er geen onderhandelingsruimte is of het conflict al te ver is geëscaleerd.

Het is wel mogelijk de bereidheid van partijen te vergroten, die in principe niet bereid zijn om aan mediation deel te nemen, omdat bijvoorbeeld de mogelijkheid van mediation onbekend is, men achterdochtig is betreffende de voorzieningen, men twijfelt aan de kwaliteit en resultaten en men niet graag iets nieuws wil proberen.

Het is in handen van de overheid, rechtbanken en juridische loketten om te zorgen voor bekendheid van mediation, overredingskracht en stimulans daartoe en duidelijkheid over een gedegen en volledige verantwoorde doorverwijzingsvoorziening en de kwaliteit daarvan. Hiermee vergroot je, mijns inziens, zeker de bereidheid van bepaalde partijen. Het is in principe een vicieuze cirkel, waar men positieve resultaten uit kan halen.

De vraag of mediation zal leiden tot een eventueel positief resultaat is echter niet alleen afhankelijk van de bovenstaande indicaties, maar ook van het moment waarop doorverwijzing wordt aangeboden.

Een belangrijke ontdekking tijdens de projecten is de conclusie van de onderzoekers dat er, zowel in een vroeg stadium van conflicten als ook nog tijdens een gerechtelijke procedure, ruimte is voor mediation. Echter, de grootste tijd- en kosten besparing wordt geleverd als mediation in een zo vroeg mogelijk stadium van het geschil wordt aangeboden.⁸⁵

Onderzoek heeft uitgewezen dat het in een preprocesueel stadium relatief moeilijk is voor partijen om voor mediation te kiezen, maar als er dan voor mediation wordt gekozen, dan leiden deze mediations tot betere resultaten. Partijen die, bijvoorbeeld na een schriftelijke uitnodiging, direct voor mediation kiezen hebben een significant hoger slagingspercentage (78%), dan degene die op advies van de rechter voor mediation kiezen.⁸⁶ Zij hebben minder contacturen nodig en zijn meer tevreden over de duur en het verloop van het mediationproces, dan partijen die ter zitting zijn doorverwezen.⁸⁷ Indien er namelijk tijdens een gerechtelijke procedure voor mediation wordt gekozen dan is de duur van het mediationproces langer en de slagingskans wat lager (61%).

Deze uitkomsten zijn natuurlijk belangrijk om in het oog te houden. Het beste is aldus om in de toekomst zoveel mogelijk te proberen partijen te laten kiezen voor mediation in het preprocesuele stadium.

⁸⁵ Combrink-Kuiters&Niemeijer 2003a, p. 81.

⁸⁶ Pel 2003, p. 25.

⁸⁷ Combrink-Kuiters&Niemeijer 2003b, p. 12.

Dit zal niet alleen kosten en tijd besparen, maar het zal ook tot een grotere tevredenheid van partijen leiden. De slagingskans van mediation is dus vaak afhankelijk van het moment waarop mediation wordt aangeboden en of de zaak op basis van doorverwijzingscriteria daarvoor geschikt is.

Desondanks moet niet uit het oog worden verloren dat het beste resultaat toch wordt bereikt, indien partijen er zelf voor kiezen.

3.2.3 Financiële voorzieningen

Naast een goede doorverwijzingsvoorziening en kennis, wanneer en op basis waarvan er moet worden doorverwezen, zijn er nog meer voorzieningen nodig om mediation succesvol te laten worden in het Nederlandse rechtstelsel, namelijk een weloverwogen financieel beleid.

Tijdens de projectperiode was doorverwijzing en gebruik van mediation gratis. Dit is bewust gedaan om te zorgen dat rechtzoekenden niet om financiële redenen van mediation zouden afzien.

Het probleem dat hierdoor is ontstaan, is dat de resultaten van het onderzoek gebaseerd zijn op het gratis gebruik van mediation. Er is dus geen empirisch onderzoek gedaan naar mediation, waarbij er geheel of gedeeltelijk moest worden betaald. Er is op deze manier een scheef beeld ontstaan, omdat er uiteindelijk in de toekomst wel voor betaald zal moeten worden.

Het is een mogelijkheid dat partijen dan niet meer kiezen voor mediation, indien daar een (hoog) prijskaartje aanhangt. Partijen zijn ook vaak nog onbekend met mediation en zullen daar niet snel een (groot) bedrag voor willen neerleggen. Daarom is het van belang dat er gekozen wordt voor een aantrekkelijk financieel beleid, dat laag genoeg is om de keuze voor mediation te maken en hoog genoeg is om partijen te prikkelen om de mediation voorvarend af te doen.⁸⁸

Zoals in de inleiding van deze scriptie al staat vermeld heeft men ten tijde van dit schrijven besloten om gedurende een aanlooperperiode van vijf jaar een stimuleringsbedrag beschikbaar te stellen aan partijen die, op advies van de rechter, kiezen voor de mogelijkheid om met hun geschil naar een mediator te gaan. De resultaten van deze maatregel zullen in een monitor genoteerd worden en op basis daarvan wordt na enige tijd afgewogen of aanpassingen nodig zijn, of dat de maatregel dient te verdwijnen. Daarnaast zal er voor minder draagkrachtigen, in de Wet op de rechtsbijstand (Wrb) een tegemoetkoming in de kosten worden geregeld met toepassing van een draagkrachtcriterium.

De stimuleringsbijdrage van € 200, - is in mijn ogen een zeer goed initiatief, deze is echter maar van tijdelijke aard, waardoor er later een stimulans zal wegvallen.

⁸⁸ Pel 2003, p. 31.

Een ander belangrijk punt om aan te stippen is dat partijen de griffierechten al betaald hebben, terwijl de kans bestaat dat zij alsnog willen kiezen voor een doorverwijzing naar een mediator.

Er zal hier een oplossing voor gevonden worden, want het is in principe weggegooid geld als partijen bij een mediator al tot een oplossing voor hun geschil komen.

3.2.4 Multi-door courthouse

In mijn ogen zal het meeste succes worden behaald met doorverwijzingsvoorzieningen, door een volledig gebruik van het concept ‘multi-door courthouse’.

Dit is een concept waarbij de rechtbank een voorportaal introduceert, dat bepaalt welk traject de zaak in dient te gaan.⁸⁹ Het fenomeen multi-door courthouse is ontwikkeld door professor Frank Sander, die dit presenteerde in 1976.⁹⁰ Hij gelooft in een rechtbank die, partijen en rechtzoekenden, de mogelijkheid geeft om op meerdere manieren hun conflict op te (laten) lossen. Men kan dit voorstellen als de hal in een rechtbank die zicht geeft op verschillende deuren met achter elke andere deur een andere mogelijkheid om een geschil op te lossen.

In principe zijn de Nederlandse doorverwijzingsvoorzieningen al een uitvloeisel van het multi-door courthouse, echter naar mijn mening niet volledig genoeg.

Op het moment is het bij de doorverwijzingsvoorzieningen de bedoeling dat er wordt doorverwezen door een gerechtsmedewerker of door een rechter naar een externe mediator. Dit kan plaatsvinden vóór of tijdens de gerechtelijke procedure.

Ik ben van mening dat het behalen van succesvolle resultaten met mediation voor het grootste gedeelte samenhangt met het tijdig aanbieden van mediation, tegen zo laag mogelijke kosten voor partijen.

Willen de doorverwijzingsvoorzieningen in Nederland succesvol worden dan moet men partijen doorverwijzen vóór de gerechtelijke procedure en vóór dat men griffiekosten heeft moeten betalen. Er moet daarom een mogelijkheid voor partijen worden gecreëerd dat ze altijd bij een daartoe opgerichte centrale eenheid binnen komen met hun geschil.

Hier dienen zij de kans te krijgen om, in samenwerking met een professionele medewerker, uit te zoeken wat voor hen de beste manier is om hun geschil op te lossen. Een mogelijkheid is dat partijen direct naar de rechtbank worden doorverwezen, maar er kan ook blijken dat een zaak geschikt is voor mediation en/of dat de partijen zijn bereid mediation te proberen. Op deze manier zal men wellicht eerder besluiten om naar een mediator te gaan, voordat men de gerechtelijke molen in gaat.

Een goed georganiseerd, juridisch kwalitatief hoogstaand voorportaal kan voorkomen dat zaken ten onrechte aan de rechter worden voorgelegd.⁹¹

⁸⁹ Huls 2000, p. 105.

⁹⁰ Frank E. A. Sander is Professor of Law and Associate Dean bij de Harvard Law School.

⁹¹ Huls 1999, p. 55.

Doorverwijzen tijdens de gerechtelijke procedure moet een uitzondering worden, doorverwijzen vóór de gerechtelijke procedure moet benadrukt worden.

Deze mogelijkheid, dat partijen kunnen worden doorverwezen naar mediation vóór de gerechtelijke procedure door een loketmedewerker, een schriftelijke uitnodiging of een gerechtmedewerker, is er nu ook al.

Toch wordt er op dit moment het meeste gebruik gemaakt van de mogelijkheid om zich als partij te laten doorverwijzen tijdens de procedure. Daarom lijkt mij een multi-door courthouse een betere optie in het streven naar de meest succesvolle resultaten. Een centrale eenheid, die van te voren beziet voor welke manier van geschilafdoening een zaak geschikt lijkt, is de manier om tijd en geld te besparen en een hogere graad van tevredenheid te creëren bij partijen.

Partijen hebben namelijk een hogere slagingskans indien zij vóór de procedure worden doorverwezen dan dat zij tijdens de procedure worden doorverwezen. Ze behoeven ook geen griffiekosten te betalen en over het algemeen worden deze mediations eerder afgedaan dan de mediations die zijn doorverwijzen gedurende de gerechtelijke procedure (zie paragraaf 3.2.2).

3.3 CONCLUSIE

Naar mijn mening zijn de bovenstaande overwegingen, betreffende de doorverwijzingsvoorziening, zeer belangrijk en dienen uitgevoerd te worden, om mediation in de justitiële infrastructuur een succes te laten worden. Nederland heeft nu de kans, gezien de net gestarte doorverwijzing bij de rechtbanken en loketten, om een serieus mediation systeem op te zetten. Het is dan ook belangrijk dat dit vanaf het begin goed wordt aangepakt, anders wordt het een doodgeboren kind.

Begeleiding, regelgeving, voorlichting, enthousiasme en inzet zijn allemaal belangrijke voorwaarden om dit systeem te laten slagen.

Naar alle waarschijnlijkheid zal dit systeem in het begin kinderziektes vertonen, maar indien hier adequaat op gereageerd wordt en men het blijft begeleiden zal ook deze periode overgaan en kan dit uitgroeien tot een zeer gedegen voorziening naast de rechtspraak.

Het is van belang dat in de toekomst in de gaten wordt gehouden wat de beste resultaten oplevert en dat er voor wordt gezorgd dat men de wijze waarop deze positieve resultaten tot stand zijn gekomen stimuleert.

Alleen een gedegen en volledig gerespecteerd en bekend systeem kan ervoor zorgen dat mediation de eer krijgt die het verdient!

4. HOOFDSTUK 4: VERPLICHTSTELLEN VAN MEDIATION.

In Nederland is mediation nochtans een vrijwillig proces, niemand kan tegen zijn zin gedwongen worden om aan mediation deel te nemen. In een aantal andere landen, bijvoorbeeld in de Verenigde Staten en Australië, worden daarentegen ‘court-annexed’ bemiddelings-regelingen, mediation of soortgelijke alternatieve vormen van geschillenoplossing wel verplicht gesteld of althans ‘dringend’ aanbevolen. Een lichtere vorm hiervan is dat door de rechter aan partijen ‘dringend’ wordt aanbevolen om een mediation voorlichtingsbijeenkomst bij te wonen om hen uitleg te geven en hopelijk te enthousiasmeren.⁹² Dit is het geval ACAS-conciliatie in Engeland en de rettsmekling in Noorwegen. Partijen hebben dan nog wel de mogelijkheid hierna om van mediation af te zien.

Daadwerkelijk verplichte mediation houdt in dat partijen verplicht worden om deel te nemen aan een mediation sessie, vóór of tijdens een gerechtelijke procedure. Er wordt aldus niet bedoeld dat partijen verplicht zijn om door middel van mediation tot een oplossing te komen van hun geschil.⁹³

In Californië werd verplichte mediation in 1981 ingevoerd, in geval van bepaalde aspecten bij familiezaken, en Florida was de eerste staat die in 1987 mediation verplicht stelde voor civiele zaken. Ongeveer tien Amerikaanse staten hebben het voorbeeld van Florida gevolgd en verplichten nu ook in civiele zaken, bijvoorbeeld Alabama, Indiana en North-Carolina. Daarvan zijn er vijf staten die mediation ook verplicht hebben gesteld in geval van familiezaken.⁹⁴

Tevens bestaan er ook al verplichte mediation programma's in landen buiten de Verenigde Staten, zoals in Australië. Er wordt daar, bijvoorbeeld in Queensland en Victoria, al vele jaren gewerkt met verplichte mediation, onder andere op het gebied van familiezaken.⁹⁵ In Noorwegen bestaat er ook al een wettelijke verplichting tot mediation, namelijk in echtscheidingsprocedures, inhoudende dat ouders met kinderen jonger dan 16 jaar, die een voornemen tot scheiden hebben, eerst naar een bemiddelaar moeten gaan.⁹⁶ In de Verenigde Staten, Australië en Noorwegen is men erg enthousiast over de resultaten van verplichte mediation en deze vorm van mediation is in deze gebieden dan ook een geaccepteerd fenomeen. In sommige gebieden werd er direct gestart met het verplichtstellen van mediation en in andere landen is er eerst een onderzoek daartoe opgezet. Een zeer grootschalig onderzoek was het Ontario Mandatory Mediation Program.⁹⁷ Dit project is op 4 januari 1999 opgezet in Toronto en Ottawa, om partijen te stimuleren hun geschil, met behulp van een mediator, in het rechtsgeding voortijdig bij te leggen en op die manier tijd en geld te besparen.

⁹² Jagtenberg en de Roo 2003, p. 59.

⁹³ Chin-A-Fat 2004, p. 351.

⁹⁴ Goedgegacht forum for Social Reflection 2004, p. 8.

⁹⁵ <http://www.familycourt.gov.au/presence/connect/www/home/>

⁹⁶ Jagtenberg en de Roo 2003, p. 60.

⁹⁷ <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/>

Om dit te verwezenlijken is Rule 24.1 ingevoerd in de Ontario Court Rules for the Ontario Superior Court of Justice. Op basis van deze regel waren, in geval van civiele zaken (geen familiezaken), partijen verplicht tot mediation voordat zij zich naar de rechtbanken mochten begeven, uitgezonderd de zaken die hiervan door de rechtbank vrijstelling kregen. Gedurende dit project zijn er ongeveer 3000 zaken behandeld, bestudeerd en vergeleken met zaken, waarbij er geen verplichting was tot mediation.⁹⁸

De regels variëren ook per verplicht mediation programma/project. Op bepaalde plaatsen is het gebruikelijk om alle zaken van een bepaald rechtsgebied, zoals civiel recht of familierecht, door te verwijzen terwijl er elders alleen een individuele selectie plaatsvindt.⁹⁹ Ook kan er door verschillende personen worden doorverwezen, op de ene plaats is dit een rechter, op de andere plaats zal dit een onafhankelijke persoon zijn. De resultaten en bevindingen van verplichte mediation programma's en onderzoek projecten zullen in paragraaf 4.3 worden besproken.

Het verplichtstellen van mediation brengt tegenstanders en voorstanders met zich mee. Ondanks de veel voorkomende tegenstand blijkt dat er toch al vaak gebruik wordt gemaakt van de verplichte mediation, echter niet in Nederland. De vraag of verplichte mediation in Nederland wenselijk is of zelf is aan te raden wordt pas in hoofdstuk 6 behandeld. In dit hoofdstuk volgt een algemeen deel met de voordelen en nadelen van verplichtstellen en de uitleg en evaluatie van enkele verplichte mediationprojecten.

4.1 NADELEN VAN VERPLICHTSTELLEN VAN MEDIATION

Allereerst wordt er door de tegenstanders van verplichte deelname aan mediation de fundamentele onverenigbaarheid van verplichte deelname met de ADR filosofie benadrukt, namelijk de vrijwillige deelname.¹⁰⁰ Volgens hen is ADR alleen een succesvol middel indien het een vrijwillig proces is en partijen zelf een bemiddelaar kunnen kiezen, op een moment dat het hen het beste uitkomt en op een manier die hen nergens toe dwingt. Verplichte mediation zal niet naar behoren werken omdat de resultaten van verplichte mediation, waaronder slagingspercentages, worden verwacht lager te zijn dan de resultaten die zijn behaald met vrijwillige mediation.¹⁰¹

Los daarvan is in zijn algemeenheid de vraag hoe verplichte bemiddeling zich verhoudt tot het uitgangspunt van mediation, namelijk dat partijen daadwerkelijk bereid moeten zijn om onder begeleiding van een onafhankelijke derde tot een gezamenlijke oplossing te komen.¹⁰²

⁹⁸ *Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program 2001.*

⁹⁹ Duve 1999, p. 15.

¹⁰⁰ Duve 1999, p. 16.

¹⁰¹ Jagtenberg en de Roo 2003, p. 62.

¹⁰² Smith 1998, p. 879.

Er wordt door de tegenstanders aangevoerd dat partijen, indien zij niet daadwerkelijk bereid zijn tot mediation, hier ook minder open voor zullen staan. De kans is groot dat dit in geval van verplichte mediation bij onbereidwillige partijen onsuccesvolle resultaten tot gevolg heeft.¹⁰³

Dit blijkt uit de behandeling gedurende de sessie waar de mediator meer werk zal moeten verzetten, dan bij partijen die samen hebben gekozen voor mediation.

De mediator zal namelijk niet alleen zijn energie moeten steken in het trachten partijen tot een oplossing te laten komen. Hij zal eerst door enige weerstand van partijen heen moeten breken, voordat hij aan de beoogde missie kan beginnen.¹⁰⁴ Er kan geconcludeerd worden dat, in geval van verplichtstellen van mediation, er een extra hindernis moet worden genomen, namelijk het aanwakkeren van bereidheid bij partijen. Hierdoor verwachten tegenstanders meer zaken die gedoemd zijn om te mislukken.¹⁰⁵ Dit zal dan ook nog eens extra tijd en kosten met zich mee brengen omdat er alsnog een gerechtelijke procedure moet worden gestart.¹⁰⁶

Een ander nadeel van het verplichtstellen van mediation kan zijn dat er een risico bestaat dat mediation louter een formaliteit wordt om toegang tot de rechter te verkrijgen. Dit houdt in dat het mogelijk is dat ook conflicten bij de bemiddelaar terechtkomen, waarbij op voorhand al contra-indicaties aanwezig zijn. Bemiddeling levert dan wederom slechts tijdverlies en onnodige kosten op.

Ook de vertrouwelijke behandeling van mediation wordt wel beschouwd als een reden om mediation niet verplicht te willen stellen. Bepaalde zaken dienen namelijk openbaar en publiekelijk te worden behandeld, om hier van te leren als maatschappij zijnde, en een boodschap uit te dragen.¹⁰⁷ Echter door het verplichtstellen van mediation zullen er waarschijnlijk minder zaken worden behandeld in de rechtzaal, met als gevolg dat door de vertrouwelijke behandeling van veel zaken bij (verplichte) mediation de kans wordt ontnomen om net zoals bij rechtspraak normen en waarden te bekrachtigen en deze te propaganderen.

De laatste twee redenen waarom er tegenstanders zijn van verplichte mediation worden niet in dit hoofdstuk behandeld. Deze redenen behelzen de problematiek met artikel 6 EVRM en het gelijkheidsbeginsel. In hoofdstuk 5 en 6 zal hier apart op in worden gegaan.

¹⁰³ Smith 1998, p. 879.

¹⁰⁴ Smith 1998, p. 874.

¹⁰⁵ Smith 1998, p. 879.

¹⁰⁶ Willems e.a. 2002, p. 753.

¹⁰⁷ S. Peltz 1999.

4.2 VOORDELEN VAN VERPLICHTSTELLEN VAN MEDIATION

Mediation is al vele jaren een onderdeel van veel samenlevingen. Naast Nederland zijn er meer landen, die zich bewust zijn van de kracht en werking van het mediationproces. Er wordt dan ook hard gewerkt aan de ontwikkeling, onderzoek en vestiging van deze vorm van alternatieve geschillenbeslechting. Zo zijn er in verschillende landen reeds succesvolle resultaten behaald met (onderzoek naar) verplichte mediation en dit is de reden waarom er veel voorstanders zijn voor het verplichtstellen van mediation.¹⁰⁸

Daarbij wordt mediation door hen beschouwd als zeer nuttig proces en alleen met het verplichtstellen van mediation zou het maximale uit dit proces behaald kunnen worden.¹⁰⁹ Zij zijn van mening dat (vrijwillige) mediation op het moment ondergebruikt is en zich, omdat mensen niet stil staan bij de mogelijkheid ervan, niet verder kan ontwikkelen. De mogelijkheid is onbekend omdat er te weinig ruchtbaarheid wordt gegeven aan de mogelijkheid ervan, en men spant uit gewoonte en gemeenschappelijke consensus eerder een gerechtelijke procedure aan.¹¹⁰ Daarbij zijn ook vaak advocaten of juridische adviseurs niet voldoende op de hoogte van de mogelijkheden. Hierdoor gaat de stelling ‘Onbekend maakt onbemind’ op!¹¹¹

Verplichting kan als gevolg hebben dat het mediation proces wel ten volle wordt gebruikt, een gerechtelijke procedure niet meteen wordt aangewend en deelname niet meer afhankelijk is van de wil van advocaten en juridische adviseurs. Bij het verplichtstellen van mediation kunnen ook inhoudelijke leemtes worden opgevuld door partijen tijdens hun eerste verplichte sessie duidelijk te maken wat bemiddeling voor hen kan betekenen.¹¹²

Door het verplichtstellen van mediation zal er volgens voorstanders tevens één van de nadelen van mediation zelf wegvallen. In hoofdstuk 2 werden de nadelen van mediation als vrijwillig proces besproken en één van de nadelen zou zijn dat een voorstel tot mediation een teken van zwakte zou impliceren, ten opzichte van de andere partij. Indien mediation een verplicht proces zou worden, dan heeft dit tot gevolg dat partijen geen voorstel daartoe behoeven te doen, waardoor er geen kans bestaat dat de ene partij zwakker staat dan de andere partij.

Naast de volledige benutting van het mediationproces kan verplichting ook gezien worden als een noodzaak, om de overheidsrechtspleging zoveel mogelijk vrij te houden van geschillen die daar ‘niet thuishoren’, en om op deze manier de overbelasting van de rechtspraak te verminderen.¹¹³

¹⁰⁸ The Ontario Mandatory Mediation Program e.a. Deze worden verderop in dit hoofdstuk behandeld.

¹⁰⁹ Nirman 2000, p.4.

¹¹⁰ Pel 2004, p. 73.

¹¹¹ Pel 2004, p. 75.

¹¹² Jagtenberg en de Roo 2003, p.59.

¹¹³ Asser e.a. 2003, p. 48.

Het voordeel is dat er minder zaken behoeven te worden afgedaan in de rechtzaal en het levert ook een tijd- en kostenbesparing op.¹¹⁴ Verplichte mediation kost partijen namelijk over het algemeen minder tijd en geld. Er moeten namelijk geen griffiekosten worden betaald, de mediator heeft minder declarabele uren dan een advocaat en over het algemeen duren de mediation sessies korter dan een gerechtelijke procedure.¹¹⁵

Naast het bewerkstelligen van een hopelijk significante besparing in de operationele kosten van de rechtspleging, door verplichtstellen van mediation, kan worden verwacht dat ook de algemene kosten van mediation zelf dalen. Verplichte mediation is namelijk op het gebied van kosten effectiever dan vrijwillige mediation, omdat de administratieve en operationele kosten worden verdeeld over een groter aantal zaken.

Verplichte mediation wordt niet alleen gezien als een oplossing voor de overbelaste rechtbanken en een mogelijkheid om kosten te verminderen, maar het kan ook een tegengewicht bieden voor de toenemende juridisering van de samenleving.¹¹⁶ Op deze manier worden er meer conflicten door mediation afgedaan en is de weg naar dejuridisering van de samenleving geopend.

Er kan geconcludeerd worden dat er ook veel redenen zijn om mediation te verplichten. Om nu een weloverwogen keuze te maken, of mediation wel of niet verplicht moet worden, is het belangrijk om de resultaten en bevindingen, op het gebied van verplichte mediation, van andere landen te evalueren en een afweging te maken.

4.3 PROJECTEN EN RESULTATEN BIJ VERPLICHTE MEDIATION

Zoals hiervoor al is benadrukt, zijn er in enkele landen belangrijke verplichte mediation programma's opgezet, om op die manier verplichte mediation uit te proberen en te bezien of het een mogelijkheid kan zijn voor in de toekomst. In deze paragraaf zullen er enkele projecten behandeld worden. De nadruk zal hierbij liggen op de slagingspercentages, de mogelijke besparing van tijd en kosten en de mate van tevredenheid van partijen. Het is niet mogelijk om elk project te behandelen, daarom zullen alleen enkele belangrijke en grote projecten worden behandeld. Tevens zal, van de drie programma's die hieronder worden behandeld, alleen het Ontario Mandatory Mediation Program uitgebreid worden behandeld.

De twee andere worden summierder behandeld, omdat hier vrijwel dezelfde resultaten en bevindingen uit zijn voortgekomen, als bij het eerste project.

¹¹⁴ *Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program 2001*, p. 37.

¹¹⁵ Pel 2004, p. 52.

¹¹⁶ Van Unen 2004, p. 40.

4.3.1 *The Ontario Mandatory Mediation Program*¹¹⁷

In de inleiding van dit hoofdstuk is al vermeld dat het Ontario Mandatory Mediation Program een grootschalig project was. Op basis van Rule 24.1 werden partijen, die aan het begin van de gerechtelijke procedure stonden, verplicht om naar een mediator te gaan.

Op deze manier werd partijen de mogelijkheid gegeven om eerder over hun geschil te discussiëren en eventueel tot een uitkomst te komen. Deze regel gold alleen voor (case managed) civiele zaken.

De aanleiding van dit onderzoek is het feit, dat veel partijen nog onderhandelen gedurende de gerechtelijke procedure.

Volgens het onderzoek wordt er gedurende deze periode gemiddeld 90% van de zaken geschikt. Gezien het feit dat er in een rechtzaak nog zo veel wordt geschikt, trachtte men gedurende dit project te bewerkstelligen dat partijen in de mediation sessie(s) tot een overeenstemming kwamen, om zo de gerechtelijke procedure te schikken en de verdere rechtzaak te voorkomen.

Men heeft aldus de tijd vergeleken die partijen nodig hebben om een gerechtelijke procedure te schikken als ze naar een mediator zijn geweest, en de tijd die nodig is om tot een schikking te komen, gedurende een rechtzaak, zonder deelname aan mediation. Hierbij werd er gekeken naar de tijd, die er over heen gaat vanaf het moment van de conclusie van antwoord tot de uiteindelijke schikking tussen partijen.

Tevens heeft men gezien hoeveel tijd het partijen überhaupt kost om tot overeenstemming te komen in de mediationprocedure. Op deze manier hoopten de onderzoekers van het Ontario Mandatory Mediation Program aan te kunnen tonen dat het mogelijk is dat partijen een vergaande en langdurige rechtzaak kunnen voorkomen. Er werd aldus gewerkt aan een snellere afdoening van een zaak.

De looptijd van dit project was 23 maanden en werd uitgevoerd in de Superior Courts of Justice in Toronto en Ottawa in Canada. Het verschil tussen beide steden was dat Ottawa al bekend was met het gebruik van verplichte mediation en Toronto hier nog geen ervaring mee had. In Ottawa werden er namelijk al twee jaar civiele zaken verplicht doorverwezen.

De civiele zaken die onder Rule 24.1 vielen:¹¹⁸

- | | |
|-----------------------|--------------------------|
| • Contract Commercial | • Other |
| • Collection | • Real Property |
| • Medical Malpractice | • Trust&Fiduciary Duties |
| • Motor Vehicle | • Wronful Dismissal |
| • Negligence | • Remaining Case Types |

¹¹⁷ *Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program 2001.*

¹¹⁸ *Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program 2001, p.6.*

- **Besparing van tijd en slagingspercentage**

Een van de vragen die centraal stond in dit onderzoek was de vraag of er in civiele zaken, die onder Rule 24.1 vielen, eerder werd geschikt dan in de vergelijkbare zaken, die niet onder de Rule 24.1 vielen en of het tijdsverloop van de gerechtelijke procedure hierdoor afnam.

Deze vragen kunnen positief beantwoord worden. Dit onderzoek heeft uitgewezen dat civiele zaken die tot mediation werden verplicht, eerder werden geschikt dan civiele zaken, die niet aan dit programma deelnamen.

Dit betekent een besparing van tijd voor partijen en de rechtbank omdat een zaak die wordt geschikt, als gevolg van (gedeeltelijke) overeenstemming bij de mediation, niet verder door de rechtbank moet worden beslecht.

De manier waarop deze conclusie tot stand is gekomen is op basis van een nauwkeurig opgezette vergelijkingsmethode.

Er is aldus een controle groep opgezet waarin civiele zaken, die aan geen enkele vorm van mediation deelnamen, werden vergeleken met de civiele zaken, die wel onderhavig waren aan verplichte mediation.¹¹⁹

Deze controle groep bestond uit 791 civiele zaken van vóór 1999, die dus niet binnen de 24.1 regel vielen. Het verplichte mediation programma, dat werd afgezet tegen deze controle groep, bestond uit 1016 civiele zaken, die wel onderhavig waren aan Rule 24.1.

De onderstaande conclusie is het resultaat van dit onderzoek. Tevens staan de resultaten in tabel 4.1 schematisch weergegeven.

*‘ For all cases combined, dramatically higher percentages of cases were disposed of in the mandatory mediation sample (1016 cases) than in the control group (791 cases) at the six-, nine-, and twelve-month marks: 25% vs. 15% at six months, 38% vs. 23% at nine months, and 49% vs. 34% at twelve months’.*¹²⁰

¹¹⁹ Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program 2001, p. 35.

¹²⁰ Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program 2001, p. 37.

Tabel 4.1:

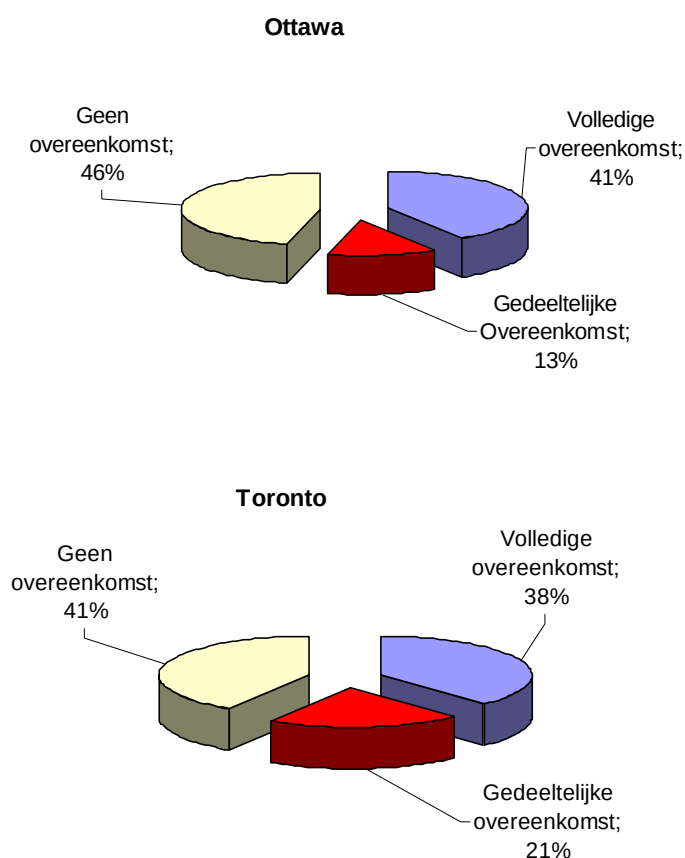
Time between First Defence and Final Case Disposition: % of Toronto Cases Finally Disposed within Different Follow-up Periods after First Defence: Comparison of (Pre- Mediation Program) Control Group Cases with Cases Filed and Defended under the Mandatory Mediation Program.						
			Percentage geschikte zaken			
Zaak type	Controle groep versus Verplichte mediation	Aantal zaken	0-3 maanden	0-6 maanden	0-9 maanden	0-12 maanden
Contract Commercial	Controle groep	110	4.5%	12%	22%	34%
	Verplichte mediation	187	6.1%	26%	42%	51%
Collections	Controle groep	117	14.5%	23%	34%	43%
	Verplichte mediation	107	13.1%	33%	42%	58%
Mediacal Malpractice	Controle groep	54	0%	4%	11%	19%
	Verplichte mediation	22	4.5%	9%	14%	27%
Motor Vehicle	Controle groep	101	5.0%	9%	21%	31%
	Verplichte mediation	249	4.8%	21%	31%	41%
Negligence	Controle groep	134	6.7%	10%	14%	24%
	Verplichte mediation	137	10.2%	29%	41%	46%
Other	Controle groep	110	6.4%	15%	26%	41%
	Verplichte mediation	169	7.1%	26%	37%	50%
Real Property	Controle groep	25	8.0%	28%	36%	44%
	Verplichte mediation	29	17.2%	41%	45%	52%
Trust&Fiduciary Duties	Controle groep	25	4.0%	8%	12%	20%
	Verplichte mediation	18	0%	6%	39%	44%
Wrongful Dismissal	Controle groep	91	8.8%	26%	33%	47%
	Verplichte mediation	91	8.8%	28%	48%	60%
Resterende zaken	Controle groep	24	4.2%	4%	4%	8%
	Verplichte mediation	13	0%	8%	23%	39%
Totaal aantal zaken	Controle groep	791	7.0%	15%	23%	34%
	Verplichte mediation	1016	7.6%	25%	38%	49%

Er is in het onderzoek niet alleen weergegeven dat er, als gevolg van geslaagde deelname aan verplichte mediation, eerder wordt geschikt in de gerechtelijke procedure waardoor de tijd tussen het aanhangig maken van een gerechtelijke procedure en de uiteindelijke schikking af is genomen. Er is ook weergegeven hoeveel procent van de zaken, los van de uiteindelijke schikking, in 7 dagen al overeenstemming hebben bereikt met verplichte mediation.

In Ottawa zijn er 1111 zaken in het totaal, die in het verplichte mediation programma vielen, en in Toronto was dit bijna het dubbele aantal namelijk 1957 zaken.

Tabel 4.2 geeft weer dat zowel in Toronto als in Ottawa een aanmerkelijk aantal van de zaken, bijna 4 op de 10 zaken volledig en ongeveer 2 zaken op de 10 gedeeltelijk, wordt afgedaan binnen 7 dagen. Het aantal zaken in het verplichte mediation programma, waarin volledige of gedeeltelijke overeenstemming is bereikt heeft daar dus slechts 7 dagen of minder over gedaan.

Tabel 4.2 Slagingspercentage verplichte mediation binnen 7 dagen.



Partijen zagen ook het voordeel in van (tijdige) verplichte mediation. Het verplicht beginnen met het bespreken van het geschil in een vroeg stadium van het proces, heeft volgens partijen geleid tot positieve resultaten. In tabel 4.3 staat de mening van partijen hierover schematisch weergegeven.

Tabel 4.3

Een van de voordelen van verplichte mediation in dit project is dat het van partijen vereist dat de onderhandelingen over het geschil eerder van start gaan dan normaliter het geval is.		
antwoord	Percentage	
	Ottawa	Toronto
Volledig of enigszins oneens	11%	16%
Nog eens of oneens	16%	25%
Volledig of enigszins eens	73%	60%
Totaal aantal antwoorden	173	333

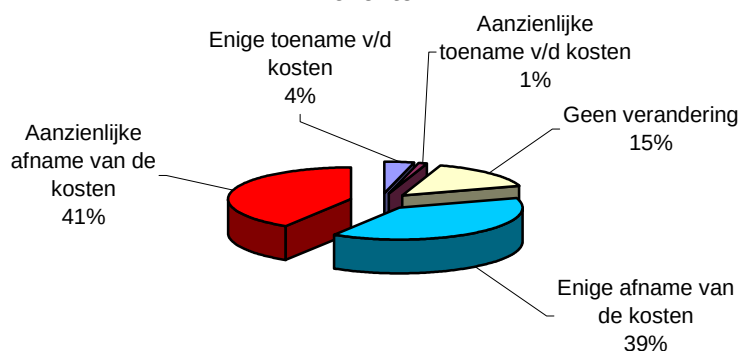
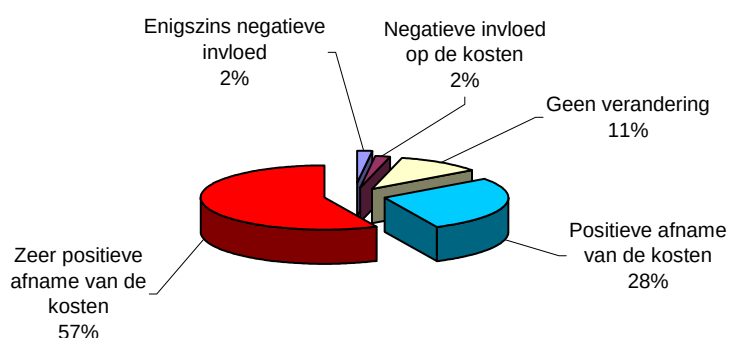
- **Kostenbesparing**

Naast de conclusie dat civiele zaken sneller schikken na verplichte mediation en ook snel tot overeenstemming komen in de mediation procedure, is er in het evaluatie rapport ook weergegeven dat partijen op deze manier ook een aanzienlijke hoeveelheid geld besparen. Deze stelling is door de advocaten en partijen bevestigd in de evaluatie van een vragenlijst, met betrekking tot dit onderwerp. Uit deze vragenlijst is gebleken dat in 85% van de zaken partijen van mening waren dat verplichte mediation een positieve invloed heeft op het verlagen van de kosten van de partijen. In 57% van die zaken bleek dit een zeer grote positieve invloed te zijn.

Uit de vragenlijst die advocaten ingevuld hebben bleek een ongeveer gelijke instelling hierover.

Slechts in 5 % van de zaken is gebleken dat partijen en advocaten van mening waren dat de kosten hoger werden. In tabel 4.4 staan de meningen van partijen en advocaten schematisch weergegeven.

Tabel 4.4

Advocaten: Invloed van verplichte mediation op de kosten van cliënten**Partijen: Invloed van verplichte mediation op het verlagen van de kosten van partijen**

In tabel 4.5 staat de gemiddelde besparing van partijen, ter beschikking gesteld door 343 advocaten op basis van een enquête, schematisch weergegeven. Er wordt aldus weergegeven hoeveel er ongeveer bespaard wordt in zaken. De resultaten zijn erg indrukwekkend. In beide steden samen wordt de besparing, in ongeveer 25% van de zaken, op \$4000 en minder geschat en wordt er meer dan \$10000 bespaard in 37% andere zaken.¹²¹

¹²¹ *Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program 2001, p. 61.*

Tabel 4.5 (Let op: dit zijn bedragen van 3 jaar geleden en zijn naar de maatstaven van Canada weergegeven)

Gemiddelde besparing van partijen			
Besparing	Ottawa	Toronto	Totaal
	Aantal zaken	Aantal zaken	Aantal zaken
\$0 tot \$ 1500	9(7%)	17(8%)	26(7%)
\$1.500 tot \$4000	25(18%)	36(17%)	61(18%)
\$4000 tot \$10000	51(37%)	76(36%)	127(127%)
\$10000 tot \$20000	34(25%)	46(23%)	80(23%)
\$20000 tot \$30000	8(6%)	14(7%)	22(6%)
Meer dan \$30000	9(7%)	18(9%)	27(8%)
Totaal aantal zaken	136	207	343

- **Mate van tevredenheid**

Na te hebben geconcludeerd dat er naast een snellere afdoening van zaken ook op grote schaal kosten worden bespaard door verplichte mediation, is het tot slot belangrijk om de vraag te beantwoorden of de partijen ook tevreden waren over de gehele gang van zaken in de mediationprocedure.

Er zijn vier directe vragen gesteld in een enquête aan partijen en diens advocaten, om op die manier de tevredenheid van partijen en advocaten over verplichte mediation te peilen.

De resultaten van de vragen zijn uitgewerkt in de onderstaande tabellen, deze zijn een gemiddelde van beide steden.

Vragen:

1. Bent u in het geheel tevreden over uw ervaring met verplichte mediation? (tabel 4.6)
2. Beschouwt u het proces als rechtvaardig? (tabel 4.7)
3. Zou u zich in de toekomst onder gelijke omstandigheden wederom tot verplichte mediation wenden? (tabel 4.8)
4. Beschouwt u de resultaten, die u hebt behaald door de verplichte mediation, als geschikter in uw geval, dan het geval zou zijn als u hieraan niet had deelgenomen? (tabel 4.9)

Tabel 4. 6

Vraag 1: Bent u in het algemeen tevreden over uw ervaring met verplichte mediation?		
Antwoorden	Partijen	Advocaten
Ja	74%	70%
Neutraal	13%	11%
Nee	14%	19%

Tabel 4.7

Vraag 2: Beschouwt u het proces als rechtvaardig?		
Antwoorden	Partijen	Advocaten
Ja	50%	52%
Neutraal	27%	25%
Nee	23%	23%

Tabel 4.8

Vraag 3: Zou u zich in de toekomst onder gelijke omstandigheden wederom tot verplichte mediation wenden?		
Antwoorden	Partijen	Advocaten
Ja	81%	76%
Neutraal	10%	9%
Nee	9%	15%

Tabel 4.9

Vraag 4: Beschouwt u de resultaten, die u hebt behaald door de verplichte mediation, als geschikter in uw geval, dan het geval zou zijn als u hieraan niet had deelgenomen?		
Antwoorden	Partijen	Advocaten
Ja	35%	49%
Neutraal	48%	37%
Nee	17%	14%

Uit de tabellen is af te lezen dat partijen en advocaten tevreden waren over de ervaring met verplichte mediation en dat er ook een groot percentage van partijen en advocaten in de toekomst weer zal kiezen voor verplichte mediation. De resultaten bij vraag 2 en 4 waren minder positief dan vraag 1 en 3, bij deze vragen lag het percentage van partijen en advocaten, dat hier neutraal tegen over stond, duidelijk hoger.

Echter ook daar was toch de meerderheid van de partijen en advocaten het eens met de vragen.

4.3.1.1 Enkele andere bevindingen

Buiten de bovenstaande rapportage zijn er nog meer bevindingen gedaan gedurende het onderzoek. Deze zullen in deze paragraaf kort behandeld worden.

Allereerst is ook gebleken dat mediators, met meer ervaring, meer succesvolle uitkomsten realiseerden. Hoe meer ervaring een mediator heeft, des te beter het resultaat!¹²²

Hieruit blijkt ook dat een goed opgezet opleidings- en trainingsprogramma voor mediators meer dan alleen wenselijk is bij het opzetten van een systeem met verplichte mediation. Partijen zijn ook vaak meer tevreden over een (ervaren) mediator die zij zelf hebben mogen uitkiezen, in plaats van een toegewezen mediator.

Tevens is gebleken dat partijen ook tevreden konden zijn over het proces, terwijl zij er maar gedeeltelijk in zijn geslaagd om hun geschil gedurende de mediation op te lossen. Er is ook vaak in zaken gedeeltelijke overeenstemming bereikt, zelfs wanneer al was gebleken dat de partijen nooit een volledige overeenstemming zouden bereiken.

.

4.3.1.2 Conclusie

Het belang van dit onderzoek mag, naar mijn mening, niet onderschat worden.

Samengevat is gebleken dat:

- verplichte mediation heeft geleid tot een afname in tijd die er voor nodig is om een zaak te schikken;
- verplichte mediation heeft geleid tot een afname van de kosten van partijen;
- verplichte mediation in een vroeg stadium heeft geleid tot totale overeenstemming in een groot aantal zaken;
- veel partijen en advocaten hun algehele tevredenheid hebben uitgesproken over verplichte mediation.

Een van de belangrijkste voordelen van dit Ontario Mandatory Mediation Program is dat partijen werden gedwongen om eerder te beginnen met onderhandelen over hun geschil, zodat een schikking niet op het laatste moment in het proces plaats behoeft te vinden, zoals in de meeste andere zaken het geval is.

Er werd dan ook aanbevolen, door het Evaluerend Commitee, dat Rule 24.1 zijn werking blijft behouden na de looptijd van het programma en dat het ook inwerking gaat in andere steden.¹²³

Het resultaat van deze aanbeveling is dat Rule 24.1 inderdaad zijn werking heeft behouden in zowel Ottawa als Toronto. Daarbij is Rule 24.1 in het begin van 2003 ook in Windsor en Essex City in werking getreden.

¹²² *Report of the Evaluation Committee for the Mandatory Mediation Rule Pilot Project* 2001 p. 44.

¹²³ *Report of the Evaluation Committee for the Mandatory Mediation Rule Pilot Project* 2001 p. 12.

4.3.2 Mandatory Mediation in the First Appellate District of the Court of Appeal¹²⁴

Dit programma vond plaats van 1 juli 1999 tot 30 juni 2001 in de Amerikaanse staat Californië. Van tevoren geselecteerde civiele zaken werden hier verplicht doorverwezen naar mediation, vóórdat een rechter werd ingeschakeld.

Deze civiele zaken kwamen alleen in aanmerking als partijen hoger beroep hadden aangetekend bij één van de Superior Courts in de staat Californië (Superior Courts of San Francisco, Alameda, Contra Costa, San Mateo, Marin, and Solano Counties).

Het programma was opgezet met het doel om:

- de kosten van partijen en rechtbanken te verlagen.
- de gemiddelde tijdsduur tot de zaak is afgedaan te verminderen.
- de vijandige cultuur gedurende de gerechtelijke procedure te verminderen.
- Het aantal oplossingen zonder juridische tussenkomst te laten toenemen.

Gedurende deze proefperiode werden er 1328 civiele zaken gescreend voor deelname aan de verplichte mediation, van dit aantal werden er 288 civiele zaken daadwerkelijk toegelaten tot het project. Ook in dit project werd er alleen geëxperimenteerd met civiele zaken.

De meest voorkomende zaken waren zaken betreffende ondernemingen/contracten, werk-gelegenheid, onroerend goed, familie recht, testamenten en verzekeringen.

- **Besparing van tijd en slagingspercentage**

Gedurende de proefperiode is gebleken dat het slagingspercentage, als gevolg van de verplichte mediation, 43% was.¹²⁵ Dit werd beschouwd als een zeer succesvol slagingspercentage, met name omdat deze zaken zich al in een verder stadium bevonden van het proces, namelijk het hoger beroep. In het geval van een succesvolle mediation nam de tijd, vanaf het aantekenen van het beroep tot het moment van schikken van de zaak, af met gemiddeld 10 maanden. Het gemiddelde van de hiervoor meestal 'benodigde' 14 maanden nam daardoor af tot een gemiddelde van 4 maanden, dat nodig bleek te zijn voor de schikking van een zaak.

¹²⁴ Report and Recommendations, Mandatory Mediation in the First Appellate District of the Court of Appeal 2001.

¹²⁵ Report and Recommendations, Mandatory Mediation in the First Appellate District of the Court of Appeal 2001, p. 9.

- **Kostenbesparing**

Uit de resultaten van het onderzoek is ook duidelijk naar voren gekomen dat de voortijdige verplichte mediation de partijen een aanzienlijke kostenbesparing heeft opgeleverd.

De partijen die door mediation in een eerder stadium tot een oplossing zijn gekomen dan normaal het geval zou zijn hebben gezamenlijk \$7.1 miljoen bespaard aan kosten.¹²⁶

Na de aftrek van de kosten van de mediations, die niet zijn geslaagd, blijft er dan nog altijd een gemiddelde van \$6.2 miljoen over aan kostenbesparing.

- **Mate van tevredenheid**

De evaluatie van het proces door deelnemers en mediators is ook erg succesvol gebleken.

Een ruime meerderheid van de deelnemers (82%) heeft aangegeven in de toekomst zich wederom met hun (gelijknamige) geschil naar de mediator begeven. Verder is er uit de evaluatie en aanbevelingen van partijen gebleken dat, naar hun mening, het verplichte mediation programma zijn vooropgestelde doelen glansrijk heeft behaald.

4.3.2.1 Enkele andere bevindingen

Na het lezen van beide bovenstaande rapporten ben ik van mening dat over het algemeen deze bevindingen in beide rapporten praktisch hetzelfde zijn. Om deze reden zal er hier niet verder op in worden gegaan.

4.3.2.2 Conclusie

Het kort samenvatten van het bovenstaande stuk, zoals het geval was bij het Ontario Mandatory Mediation Program, wordt hier achterwege gelaten vanwege de al summiere behandeling.

Er is wel gebleken dat de aanbevelingen in dit project vrijwel dezelfde inhoud hebben als de aanbevelingen in het Ontario Mandatory Mediation Program. Er wordt hier namelijk tevens een aanbeveling gedaan om het programma in werking te houden en tevens uit te breiden. Er wordt op het moment ook aan de realisatie van deze aanbeveling gewerkt.

4.3.3 Alameda Mandatory Court Mediation¹²⁷

In de inleiding van dit hoofdstuk staat vermeld dat, sinds 1981, mediation verplicht werd in California voor scheidende echtparen, die in strijd waren over de voogdij van hun kinderen. Zij werden verwezen, voordat zij een gerechtelijke procedure mochten ingaan.

¹²⁶ Report and Recommendations, Mandatory Mediation in the First Appellate District of the Court of Appeal 2001, p. iii.

¹²⁷ Duryee 1991.

Er is toentertijd echter geen monitoringsysteem opgezet om de resultaten en het effect van verplichte mediation te evalueren.

Dit is de reden dat er een onderzoek is opgezet, om op deze manier resultaten en uitkomsten van verplichte mediation bij een County Superior Court te verzamelen en te evalueren.

In 1988 is de Evaluation of One Court Service dan ook van start gegaan bij het Alameda County Superior Court. De looptijd van het onderzoek was van januari 1988 tot december 1989.

- **Besparing van tijd en slagingspercentage**

Er waren 4559 nieuwe zaken en 2031 oude zaken (zaken van voor 1 januari 1988), die voor mediation in aanmerking kwamen. Van de 6590 zaken is 33% geselecteerd om deel te nemen aan mediation, in het totaal 2175 zaken.

De resultaten zijn positief gebleken: 76% van de families zijn tot volledige of gedeeltelijke overeenstemming gekomen, terwijl er maar in 23% van de zaken geen enkele overeenstemming is bereikt. Daarbij werd er per geslaagde zaak gemiddeld ongeveer 4.3 maanden aan tijd bespaard in vergelijking met partijen die hun zaak wel door de rechter lieten beslechten.¹²⁸

4.3.3.1 Enkele andere bevindingen

Er zijn nog enkele positieve bevindingen, die zullen hieronder worden weergegeven.¹²⁹

- Ouders die hebben deelgenomen aan verplichte mediation, zijn 2 keer zo tevreden met het mediationproces en de resultaten dan de ouders die daar niet aan hebben deelgenomen.
- In dit onderzoek is ook gebleken dat partijen de overeenkomsten, die zijn voortgevloeid uit het mediationproces, vaker nakomen dan de regelingen van de rechtbank.
- Een ruime meerderheid van de ouders, die hebben deelgenomen aan verplichte mediation, zijn van mening dat mediation hen helpt om de aandacht meer op de wensen en belangen van de kinderen te richten.
- De kans dat de relatie tussen partijen verbeterd is bij mediation 2 keer zo groot gebleken dan bij gerechtelijke tussenkomst.
- Ook gedurende deze evaluatie periode is, in vergelijking met de kosten van een rechtzaak, gebleken dat er door partijen aanzienlijke kosten worden bespaard.

¹²⁸ Duryee 1991, p. 16.

¹²⁹ Duryee 1991, p. 39.

4.3.3.2 Conclusie

Ook in het geval van familiezaken en voogdij heeft verplichte mediation tot goede resultaten geleid. Het slagingspercentage is hoog, de kosten- en tijdbesparing is wederom aanzienlijk en ook hier zijn partijen met een tevreden gevoel achtergebleven.

Gedurende dit onderzoek is ook gebleken dat de meeste ouders het er over eens zijn dat mediation in het belang is van het kind. Voornamelijk omdat er op deze manier ook meer rekening wordt gehouden met de belangen van het kind, dan het geval zou zijn in een rechtzaak.

4.4 CONCLUSIE

Naar aanleiding van de bovenstaande resultaten en bevindingen concludeer ik dat er, op basis van empirisch onderzoek, is gebleken dat verplichte mediation, op bepaalde rechtsgebieden, heilzame en gewenste uitkomsten te weeg brengt.

In al de drie besproken onderzoeksprojecten is naar voren gekomen dat verplichte mediation tot een kortere duur van een zaak resulteert indien de gerechtelijke procedure al in werking is. Er werd namelijk eerder een schikking bereikt door partijen die aan (verplichte) mediation hebben deelgenomen. In sommige gevallen heeft verplichte mediation zelfs geleid tot een afname in duur van 10 maanden.

Tevens blijkt dat partijen snel (binnen 7 dagen) en in groten getale tot overeenstemming zijn gekomen in de mediationprocedure zelf, wat van belang is als partijen verplicht worden verwezen vóór zij de gerechtelijke procedure mogen starten.

Met betrekking tot de slagingspercentages kan men tevens tevreden zijn. (38%, 41%, 43% en 76%). Helaas is er geen enkel onderzoek dat de resultaten hiervan heeft vergeleken met vrijwillige mediation.

In Nederland was het slagingspercentage in de projecten RM en Grb 61%. In het Alameda Mandatory Court Mediation is dit percentage al hoger gebleken. In vergelijking met de andere projecten vallen de resultaten bij de verplichte mediation lager uit dan in de Nederlandse projecten met vrijwillige mediation. Echter, deze Nederlandse projecten zijn niet objectief te vergelijken met de verplichte mediation programma's, omdat een vergelijking tussen verplichte en vrijwillige mediation van te voren niet als doel is gesteld.

Daarbij vertekenen de resultaten natuurlijk ook enigszins het beeld. Een slagingspercentage is niet alleen een percentage, maar geeft ook het aantal geslaagde resultaten weer. Aan de hand van een voorbeeld wordt dit uitgelegd.¹³⁰ Stel gerecht A behandelt duizend zaken per jaar.

¹³⁰Jagtenberg en de Roo 2003, p. 63.

Hiervan worden er 150 (15%) vrijwillig doorverwezen, en daarvan wordt 50% geschikt ten overstaan van de mediator: het gaat dan uiteindelijk om 75 geschikte zaken. Vervolgens behandelt gerecht B eveneens duizend zaken, waarvan al deze zaken (100%) verplicht worden doorverwezen.

Het schikkingpercentage bedraagt hier 15%. Dan gaat het in deze variant uiteindelijk om 150 geschikte zaken, dus nominaal tweemaal zoveel als in de vrijwillige variant.

Ook verplichte deelname leidt aldus vaak tot een groot slagingspercentage. Dit is belangrijk omdat op deze manier juist de kosten en de tijdsduur afnemen en men de overbelasting van de rechtbanken kan reduceren.

Naast de afname in de duur van de behandeling worden ook de kosten aanzienlijk beperkt ten opzichte van de rechtspraak. Deze kostenafname is ook nog duidelijk zichtbaar na de aftrek van de kosten, die zijn gemaakt als gevolg van onsuccesvolle (verplichte) mediations.

Ook heeft de meerderheid van de partijen, die hebben deelgenomen aan de projecten, aangegeven zeer tevreden te zijn over het (verplichte) mediation proces in het algemeen, de resultaten daarvan en de behandeling van hun zaak. Dit is ook gebleken uit het feit dat ruimschoots de helft van alle partijen heeft aangegeven in de toekomst wederom met hun (gelijknamige) geschil naar een mediator te willen gaan.

In de bovenstaande verplichte mediation programma's is er tweemaal gewerkt met een selectieprocedure, om op deze wijze de geschikte zaken er uit te halen. Deze methode werpt zijn vruchten af, omdat op deze manier hogere slagingspercentages worden bereikt, doordat de spreekwoordelijke 'rotte appels' er uit worden gezocht.

Mijns inziens kan, op basis van de resultaten, de conclusie genomen worden dat verplichte mediation een nuttig proces is, dat partijen eerder helpt dan dat het hen tot last is. Verplichtstelling is het niet alleen gunstig voor de partijen, maar deze vorm van mediation levert ook de overheid en de rechtbanken gunstige resultaten op. Daarom ben ik van mening dat het verplichtstellen van mediation louter leidt tot het maximaliseren van de voordelen van mediation.

Het feit dat ik van mening ben dat verplichte mediation een goede zaak is leidt, voor mij, direct naar de vraag of verplichte mediation in Nederland ook wenselijk is. Deze vraagstelling zal in hoofdstuk 6 dan ook ruimschoot worden gezien en afgewogen. Alvorens deze afweging te maken zal ik mij in hoofdstuk 5 onder andere richten op een van de zwaarste argumenten van tegenstanders van verplichte mediation tegen verplichtstellen. Dit argument is geen nadeel dat verplichte mediation (eventueel) met zich mee brengt, maar een reden waarom tegenstanders van mening zijn dat verplichte mediation überhaupt onmogelijk is. Deze reden is het bestaan van artikel 6 van het Europees Verdrag voor Rechten van de Mens. Volgens de tegenstanders zou het verplichtstellen van mediation in strijd zijn met dit artikel. De vraag is of dit, een gegrond argument blijkt te zijn of louter een poging is om verplichtstelling te voorkomen.

5. HOOFDSTUK 5: VERONDERSTELDE ONVERENIGBAARHEID TUSSEN ARTIKEL 6 EVRM EN VERPLICHTE MEDIATION

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vaak, door tegenstanders van mediation, veronderstelde onverenigbaarheid tussen artikel 6 EVRM en verplichte mediation. Deze onverenigbaarheid is met betrekking tot de verwachte strijd die, indien mediation wordt verplicht gesteld, zou kunnen ontstaan met de rechten, die in artikel 6 EVRM zijn beschreven.

Wordt het recht op toegang tot de rechter daadwerkelijk geschonden, door middel van verplichte mediation, en maakt artikel 6 EVRM het verplichtstellen van mediation daarom onmogelijk?

In dit hoofdstuk volgt de behandeling van dit vraagstuk met daarbij algemene uitleg en toetsing.

5.1 VERPLICHTE MEDIATION IN HET LICHT VAN ARTIKEL 6 EVRM

5.1.1 Artikel 6 EVRM

*‘ Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld’.*¹³¹

Artikel 6 EVRM maakt deel uit van het Europees Verdrag voor Rechten van de Mens, dat in 1953 in werking is getreden. Dit artikel schept voor iedereen in de Europese Unie het recht en de verplichting dat zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht wordt behandeld.¹³²

Aangezien dit verdrag doorwerkt in alle lidstaten van de EU, dienen deze staten artikel 6 EVRM en diens rechten te waarborgen en respecteren. Met andere woorden, de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op een bepaald geschil kan voor een nationale staat verstrekende consequenties hebben, omdat de betreffende procedure moet voldoen aan de door artikel 6 EVRM gestelde vereisten.¹³³

¹³¹ Artikel 6 EVRM, Europees Verdrag voor Rechten van de Mens.

¹³² Kuijer 2004.

¹³³ Viering 1994, p. 1.

5.1.2 Verplichte mediation en 6 EVRM

In hoofdstuk 4 ben ik tot de conclusie gekomen dat verplichte mediation als een heilzaam en productief proces kan worden gezien. Voordat er echter wordt gekeken naar de mogelijkheden en wenselijkheid van deze vorm van mediation in Nederland dient eerst duidelijk te worden of verplichte mediation ook daadwerkelijk mogelijk is.

De vraag die nu gesteld en getoetst gaat worden is of verplichte mediation, in het licht van artikel 6 EVRM, is toegestaan. Wetgeving, waarin een verplicht regime wordt vastgelegd, dient namelijk in overeenstemming te zijn met de algemene rechtsbeginselen en met het rechtstreeks werkend verdragsrecht.

Tegenstanders van verplichte mediation voeren aan dat verplichte mediation in strijd is met artikel 6 EVRM, namelijk in strijd met het recht op toegang tot de rechter. Het verplichtstellen van mediation zou volgens hen tot gevolg hebben dat dit recht geschonden wordt.

Om antwoord te krijgen op de vraag of dit werkelijk het geval is, met het gevolg dat verplichte mediation in Nederland geen bestaansrecht heeft, zal dit worden getoetst in paragraaf 5.1.3.

5.1.3 Toetsing

Is mediation daadwerkelijk in strijd met artikel 6 EVRM?

Op basis van verschillende redenen ben ik van mening dat verplichte mediation *niet* in strijd is met artikel 6 EVRM. Deze zullen hieronder behandeld worden.

Redenen waarom verplichte mediation niet in strijd is met artikel 6 EVRM:

1. In principe geeft artikel 6 EVRM louter het recht op een eerlijk en tijdig proces, dit zijn de rechten die letterlijk in de tekst van het artikel zijn beschreven.¹³⁴ Het daadwerkelijke recht op toegang tot de rechter, wat vaak als een gegeven recht door artikel 6 EVRM wordt gezien, is echter niet letterlijk verwoord in dit artikel en kan hier alleen uit worden afgeleid. Het Europese Hof voor Rechten van de Mens heeft namelijk vanuit een arrest bepaald dat in artikel 6 EVRM daadwerkelijk het recht op toegang tot de rechter besloten ligt.¹³⁵ Het is aldus gewaarborgd dat iedereen toegang heeft tot de rechter.¹³⁶ Op basis daarvan beroepen tegenstanders van verplichte mediation zich vaak in hun argumenten op het feit dat partijen als gevolg van verplichte mediation de toegang tot de rechter wordt onthouden en artikel 6 EVRM dan ook wordt geschonden.¹³⁷

¹³⁴ Kuijer 2004, p. 4.

¹³⁵ EHRM, 21 februari 1975, zaak 4451/70 (Golder v. Verenigd Koninkrijk), par. 36.

¹³⁶ Kuijer 2004, p. 58.

¹³⁷ Schelven 2004, p. 38.

Echter het lijkt mij dat dit recht wordt gegarandeerd aan iedereen, aldus ook aan personen/partijen die alvorens verplicht hebben deelgenomen aan mediation.

Het recht op toegang tot de rechter wordt namelijk niet geschonden omdat partijen, ondanks een dergelijke ‘voorprocedure’, met uitstel van de gerechtelijke procedure, of zijprocedure, nog altijd het recht behouden om alsnog naar de rechter te gaan, indien zij er niet in slagen tot een oplossing te komen.¹³⁸ Wellicht worden zij zelfs eerder geholpen, omdat de overbelasting van de rechtbanken zal afnemen als gevolg van verplichte mediation.

Naar mijn mening is er dan ook geen inbreuk gemaakt op het recht op toegang tot de rechter van artikel 6 EVRM.

2. Het recht op toegang tot de rechter is aldus alleen door jurisprudentie in artikel 6 EVRM gewaarborgd.¹³⁹ Naast dit afgeleide recht op toegang tot de rechter in artikel 6 EVRM staat echter in dit artikel wel letterlijk het recht op een behandeling van een rechtzaak binnen *redelijke termijn* vermeld.¹⁴⁰

Artikel 6 EVRM schept, waar het de redelijke termijn aangaat, zowel een recht (van een ieder op behandeling van zijn zaak onder andere binnen een redelijke termijn) als een verplichting (dat een zaak binnen een redelijke termijn wordt behandeld).¹⁴¹

Uitgangspunt is dat artikel 6 EVRM een aanspraak van de burger jegens de lidstaat vestigt op een eerlijke behandeling van zijn zaak binnen de redelijke termijn.¹⁴²

De behandelingstermijn van een zaak mag daarom niet onredelijk lang of onredelijk kort zijn.¹⁴³

Het Europese Hof voor Rechten van de Mens heeft tevens beslist, dat indien een andere procedure noodzakelijk aan de gerechtelijke procedure voorafgaat, het moment van het starten van die voorafgaande procedure als beginpunt van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM geldt.¹⁴⁴ Met andere woorden, ook verplichte mediation valt onder deze termijn.

Gezien het feit dat de duur van mediation wordt meegerekend in deze termijn zijn tegenstanders van verplichte mediation daarom van mening dat door verplichte mediation de behandelingstermijn van een zaak onredelijk lang zou worden.¹⁴⁵ De tijdigheid van rechtspraak zou gefrustreerd worden door het verplicht bijwonen van mediation. Dit zou aldus strijd opleveren met artikel 6 EVRM en verplichte mediation dan ook onmogelijk maken.

In mijn ogen is dit geen steekhoudend argument.

¹³⁸ Schelven 2004, p. 40-41.

¹³⁹ EHRM, 21 februari 1975, zaak 4451/70 (Golder v. Verenigd Koninkrijk), par. 36.

¹⁴⁰ Jansen 2000, p. 21.

¹⁴¹ De Werd 1999, p. 19.

¹⁴² Viering 1994.

¹⁴³ De Werd 1999, p. 19.

¹⁴⁴ Jansen 2000, p. 27.

¹⁴⁵ Willems e.a 2002, p. 754.

Met betrekking tot tijdigheid geldt inderdaad dat structurele vertraging in de overheidsrechtspleging aan de lidstaat wordt toegerekend, en dat daarbij in de beoordeling ook voorprocedures worden betrokken.¹⁴⁶ De vraag is dan ook wanneer er sprake is van (een schending van de) redelijke termijn.

De vraag of er sprake is van een redelijke termijn wordt door het Hof van Justitie getoetst aan de hand van de volgende criteria:

*“The reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of particular circumstances of the case and having regard to the criteria laid down in the Court’s case-law, in particular the complexity of the case, the behaviour of the applicant and the conduct of the relevant authorities”.*¹⁴⁷

Een zijn aldus een drietal criteria voor de toetsing van de vaststelling van de redelijkheid van een termijn, namelijk de *complexiteit van een zaak, de gedragingen van de burger en de gedragingen van de lidstaat*.¹⁴⁸ De beoordeling door het Europese Hof voor Rechten van de Mens hangt aldus mede af van de bijzondere omstandigheden van de zaak, en ook van de proceshouding van de appellant in die zaak..¹⁴⁹

Er dient aldus een beoordeling per geval plaats te vinden of deze schending plaatsvindt, want de redelijkheid van de lengte van de termijn waarbinnen de zaak behandeld moet worden is geen gegeven. Deze dient steeds in elke casus te worden vastgesteld ‘*in the light of particular circumstances of the case*’.¹⁵⁰ Om deze reden zorgt verplichte mediation dus niet per definitie voor schending van de redelijke termijn. Het Europese Hof voor Rechten van de Mens moet op basis van criteria tot het besluit komen of er een schending heeft plaatsgevonden zoals in de onderstaande zaken die aanhangig zijn geweest bij het Europese Hof voor Rechten van de Mens en waar er bepaald is dat er een schending heeft plaatsgevonden van de redelijke termijn^{151/152}:

- EHRM 26 oktober 2004, zaak 56698/00 (Hutten v. Nederland).
- EHRM 29 juli 2003, zaak 48086/99 (Beumer v. Nederland).

Er zijn echter ook al vele zaken geweest waar er op basis van de bovenstaande criteria is besloten door het Europese Hof voor Rechten van de Mens dat er geen schending heeft plaatsgevonden.

- EHRM 19 september 2000, zaak 29522/95 (I.J.L en andere v. Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 23 mei 2000, zaak 31070/96 (Pelt v. Frankrijk).

¹⁴⁶ Jagtenberg en de Roo 2003, p. 64.

¹⁴⁷ De Werd 1999, p. 21.

¹⁴⁸ De Werd 1999, p. 20.

¹⁴⁹ Jagtenberg en de Roo 2004, p. 92.

¹⁵⁰ De Werd 1999, p. 20.

¹⁵¹ <http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/SUBJECTMATTER2004.pdf>

¹⁵² <http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/SUBJECTMATTER2003TABLE.pdf>

In de eerste twee bovenstaande zaken is geoordeeld dat er schending heeft plaatsgevonden nadat de zaak zeker tussen de 5 en 10 jaar aanhangig is geweest.

Mediation neemt hoogstens enkele weken in beslag, wat absoluut niet noemenswaardig is.¹⁵³ Met name niet als dit boven op de termijn wordt geteld voor de gehele behandeling van een zaak. Bij bepaling van de redelijke termijn gaat het namelijk om de totale termijn en hierbij zullen de enkele weken die mediation duurt niet veel uitmaken. Mediation neemt dus niet veel tijd in beslag en het is dus vrijwel onmogelijk dat alleen op basis van de tijd die mediation kost de redelijke termijn geschonden zou worden.

Daarnaast heeft het Europese Hof voor Rechten van de Mens in het arrest Erkner en Hofauer bepaald dat de datum van het maken van bezwaar ook als omstandigheid wordt aangemerkt die de redelijke termijn reeds doet aanvangen.¹⁵⁴ Het EHRM heeft aldus bepaald dat naast de rechterlijke procedure tevens de bestuurlijke voorfase (bezwaarschriftprocedure) onder het bereik van de redelijke termijn valt.¹⁵⁵ Bezwaar is het gebruik maken van de ingevolge een wettelijk voorschrift bestaande bevoegdheid voorziening tegen een besluit te vragen bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen.¹⁵⁶

Een bezwaarschriftprocedure is aldus ook een verplichte voorprocedure die tijd in beslag neemt welke wordt opgeteld bij de termijn voor de gehele behandeling van een zaak.¹⁵⁷

In principe dus zoals bij verplichte mediation waarbij er ook eerst een verplichte voorprocedure is alvorens men naar de rechter mag. Op basis van de duur van *enkel* de periode van de bezwaarschriftprocedure zal ook geen schending van de redelijke termijn worden aangenomen. Het lijkt me dan ook onwaarschijnlijk dat dit bij verplichte mediation wel het geval zou zijn. Schending van de redelijke termijn wordt aldus bepaald op basis van de gehele duur van behandeling van een zaak en de korte duur hierbovenop van ofwel bezwaar of verplichte mediation zal hiervoor niet doorslaggevend zijn.

3. Tegenstanders zijn ook van mening dat er door het verplichten van mediation '*financiële drempels*' worden opgeworpen die de aanlooproute naar de overheidsrechter alleen maar duurder maken.¹⁵⁸ Deze overweging heeft echter weinig grond om op te staan, met name door de jurisprudentie van het Europese Hof voor Rechten van de Mens.

¹⁵³ Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003, p.16.

¹⁵⁴ EHRM 23 april 1987, zaak 9616/81 (Erkner&Hofauer v. Oostenrijk).

¹⁵⁵ Barkhuysen en Jansen 2002, p. 842.

¹⁵⁶ Sanders 2004, p. 11.

¹⁵⁷ Ministerie van Justitie en Ministerie van Binnenlandse Zaken 2004, p.11.

¹⁵⁸ Jagtenberg en de Roo 2004, p. 92.

De toegang tot de rechter, afgeleid uit artikel 6 EVRM, is namelijk geen absoluut gegeven (zie punt 1) en kan ook aan bepaalde beperkingen onderhevig zijn.¹⁵⁹ Dit is echter louter een overweging van het Hof en dit kan dan ook niet uit de letterlijke tekst van artikel 6 EVRM worden afgeleid.¹⁶⁰

*“ Certainly, the right of access to the courts is not absolute but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access ‘by its very nature calls for regulation by the state, regulation which may vary in time and in place according to the needs and resources of the community and of individuals’ .”*¹⁶¹

De aard van deze beperkingen is wel aan een aantal criteria onderhevig, namelijk¹⁶²:

- Het recht op toegang mag door de beperking niet in zijn kern worden aangetast.
- Het beoogde doel van de beperking moet rechtvaardig zijn.
- Er dient een proportionele verhouding te bestaan tussen doel en gebezigde middelen.

Kortom, de beperkingen van het recht op toegang tot de rechter dienen in overeenstemming te zijn met de eis van een behoorlijke rechtsbedeling.¹⁶³ Enkele voorbeelden van beperkingen zijn het stellen van termijnen en het vastleggen van verjaren¹⁶⁴, het verzekeren van goede procesorde¹⁶⁵ en het creëren van rechtszekerheid.¹⁶⁶ Tevens mag het betalen van het griffierecht als ontvankelijkheidsvoorwaarde worden gesteld, mits het bedrag niet prohibitief hoog is.¹⁶⁷

Ook ontvankelijkheidsvoorwaarden, die ertoe dienen overbelasting van de rechter te voorkomen, worden door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens vaak beschouwd als in overeenstemming met de vereiste criteria en zijn ook een toelaatbare beperking.

In 1997 is dit, onder andere, weergegeven in het arrest van het Hof: Casa of Brualla Gómez de la Torre versus Spanje.¹⁶⁸ Uit dit arrest is gebleken dat er maatregelen mogen worden genomen door rechtbanken die er voor zorgen dat niet elk beroep/elke zaak bij de rechtbank mag worden toegelaten. Er was in dit arrest een financiële grens getrokken door een rechtbank, met als gevolg dat er slechts zaken mochten worden behandeld die te maken hadden met huurzaken die boven de 500.000 peseta's vielen. Het Hof was het eens met de beslissing van deze rechtbank om zaken af te wijzen die onder deze financiële grens vielen.

¹⁵⁹ Van Dijk 2003, p. 956.

¹⁶⁰ Kuijer 2004, p. 51.

¹⁶¹ EHRM 28 mei 1985, zaak 8225/78 (Ashingdane v. Verenigd Koninkrijk), par. 57.

¹⁶² EHRM 19 december 1997, zaak 26737/95 (Casa of Brualla Gómez de la Torre v. Spanje). (Recent bevestigd in o.a. EHRM 15 juli 2003, zaak 33400/96 (Ernst e.a. v. België), par. 48.

¹⁶³ Smits 1996, p. 59.

¹⁶⁴ EHRM 22 oktober 1996, zaak 21920/93 (Stubbings e.a. v. Verenigd Koninkrijk), par. 51-57.

¹⁶⁵ EHRM 13 juli 1995, zaak 18139/91 (Tolstoy Miloslavsky v. Verenigd Koninkrijk), par. 61.

¹⁶⁶ EHRM 10 juli 2001, zaak 40472/98 (Tricard v. Frankrijk), par. 29.

¹⁶⁷ EHRM 19 juni 2001, zaak 28249/95 (Kreuz v. Polen), par. 58-66.

¹⁶⁸ EHRM 19 december 1997, zaak 26737/95 (Casa of Brualla Gómez de la Torre v. Spanje).

Er is aldus bepaald dat er financiële maatregelen mogen worden genomen in overeenstemming met de vereiste criteria om artikel 6 EVRM te beperken, waaronder ook ontvankelijkheidsvoorwaarden vallen, die ertoe dienen om de overbelasting van rechters te voorkomen.

Kortom, aan de toegang tot de rechter mogen formele voorwaarden worden gesteld, waaronder financiële drempels, mits deze het recht in concreto niet in de kern aantasten, een rechtmatig doel dienen en in dat licht bezien evenredig zijn. Mede gezien de relatief beperkte duur van mediation zal een onevenredige inbreuk niet licht worden aangenomen.¹⁶⁹

4. Bovenstaande argumenten zijn aldus niet voldoende om verplichte mediation in strijd te achten met artikel 6 EVRM.

Het grootste argument wat er echter wordt gebruikt, om verplichte mediation terzijde te schuiven met een beroep op artikel 6 EVRM, is de toetsingsomvang van het bereikte resultaat bij verplichte mediation. In dit geval wordt verplichte mediation niet aangevochten via de ingangszijde, zoals bij bovenstaande punten het geval was, maar via de uitgangszijde.¹⁷⁰

Mediation als verplichte voorprocedure kan inderdaad worden beschouwd als een nuttige voorfase of een alternatief voor de rechter, echter het eindresultaat van een dergelijke voorprocedure dient zich te lenen voor een *effective judicial review* door een instantie van overheidsrechtspraak, die zelf aan alle relevante artikel 6 EVRM-vereisten voldoet.¹⁷¹

Mocht het zo zijn dat aan dit vereiste niet kan worden voldaan (aan de uitgangszijde) dan geldt in principe dat partijen (aan de ingangszijde) vrijwillig voor verplichte mediation gekozen moeten hebben.¹⁷² De vraag die aldus speelt is of de eindresultaten van verplichte mediation zich lenen voor een integrale rechterlijke toetsing, omdat er anders een strijd wordt geacht te bestaan met artikel 6 EVRM. In de meeste gevallen zal dit niet het geval zijn. Partijen die namelijk van een gemedieerde schikking af willen zullen zich in de meeste gevallen op dwaling beroepen en bij een beroep op dwaling zal het onderhandelingsgedrag, leidend tot de schikking, in beeld moeten worden gebracht. In geval van verplichte mediation is dit dan ook onmogelijk omdat daarbij alles onder de contractuele geheimhoudingsplicht van betrokken valt.¹⁷³ De eis van een *effective judicial review* is in geval van verplichte mediation dan ook onmogelijk.

¹⁶⁹ Jagtenberg en de Roo 2004, p. 93.

¹⁷⁰ Jagtenberg en de Roo 2003 p. 64.

¹⁷¹ Jagtenberg en de Roo 2003, p. 64.

¹⁷² EHRM 27 februari 1980, zaak 6903/75 (Deweert v. België), De Weer, serie A, Vol. 35 en Commission Report 12 december 1983, Bramelid&Malmstrom, serie DR, vol.38; EHRM 28 juni 1980, 11761/85 (Obermeier v. Oostenrijk), serie A, vol.179.

¹⁷³ Jagtenberg en de Roo 2004, p. 93.

Toch sluit deze eis van effective judicial review verplichte mediation niet uit. Via een andere manier is het toch mogelijk om mediation verplicht te stellen zonder in het vaarwater van artikel 6 EVRM te komen. Deze stelling zal hieronder worden behandeld.

Partijen tekenen voorafgaand aan (verplichte) mediation een overeenkomst en, indien partijen tot overeenkomst gekomen zijn dan tekenen zij een vaststellingsovereenkomst, waar het resultaat in is opgenomen.¹⁷⁴ In principe wordt in beide overeenkomsten partijen nog immer het recht op toegang tot de rechter gegarandeerd. Echter in geval van verplichte mediation is dit dus lastig met betrekking tot effective judicial review van het resultaat.

Partijen behouden namelijk wel het recht op toegang tot de rechter, maar er kan dus geen toetsing plaatsvinden van het resultaat, als een van de partijen alsnog besluit naar de rechter te willen indien zij van de gemedieerde schikking af zou willen. Dit levert namelijk strijd op met artikel 6 EVRM en verplichte mediation zou dan ook niet mogelijk zijn.

Een oplossing zou zijn om in elke vaststellingsovereenkomst, met daarin het bereikte resultaat, een waiver op te nemen, die men na elke succesvolle verplichte mediation ondertekent.

Een waiver is een vrijwillige verklaring (afstandsverklaring) waarin men een materieel recht opgeeft of uitsluit, zoals bijvoorbeeld het recht op toegang tot de rechter.¹⁷⁵

Dergelijke waivers zijn niet expliciet opgenomen in het Europees Verdrag voor Rechten van de mens, maar ook niet uitgesloten.¹⁷⁶ Het Europese Hof voor Rechten van de Mens heeft in de Deweer zaak dan ook uitgesproken waivers te accepteren.¹⁷⁷

Echter een waiver is alleen acceptabel indien deze aan enkele vereiste voldoet.¹⁷⁸ Deze worden hieronder weergegeven:

- De waiver moet in overeenstemming zijn met het nationale recht van de betreffende personen.¹⁷⁹
- Er mag geen afstand worden gedaan van alle rechten en vrijheden die in het Europees Verdrag voor Rechten van de Mens zijn opgenomen.¹⁸⁰
- Een waiver is niet onder alle omstandigheden mogelijk. Dit moet per geval worden gezien.¹⁸¹
- Een waiver moet vrijwillig tot stand komen op basis van een persoon zijn eigen wil, zonder enige vorm van dwang.¹⁸²

¹⁷⁴ Nijman 2004, p. 90.

¹⁷⁵ Kuijer 2004, p. 66.

¹⁷⁶ Kuijer 2004, p. 67.

¹⁷⁷ EHRM 27 februari 1980 6903/75 (Deweer v. België).

¹⁷⁸ Kuijer 2004, p. 67.

¹⁷⁹ EHRM 10 februari 1983, zaak 7299/75 (Albert & Le Compte v. België).

¹⁸⁰ EHRM 10 februari 1983, zaak 7299/75 (Albert & Le Compte v. België).

¹⁸¹ EHRM 21 februari 1990, zaak 11855/85 (Håkansson & Sturesson v. Zweden).

¹⁸² EHRM 10 februari 1983, zaak 7299/75 (Albert & Le Compte v. België).

- De persoon die afstand doet van zijn rechten moet hier volledig bewust van zijn en de verklaring van afstand moet gebeuren op onmiskenbare wijze.¹⁸³

Mijn inziens is het aldus mogelijk om een waiver in een vaststellingsovereenkomst op te nemen, waarin het recht op toegang tot de rechter wordt uitgesloten na verplichte mediation.

Een waiver is tenslotte ook geaccepteerd in geval van arbitrage.¹⁸⁴ De Commissie en het Europese Hof voor Rechten van de Mens hebben namelijk bepaald dat een dergelijke waiver, waarbij er afstand wordt gedaan van het recht op toegang tot de rechter, in een arbitrage clause in een overeenkomst ook niet in strijd is met artikel 6 EVRM.¹⁸⁵ In geval van arbitrage dient de waiver wel vóóraf vrijwillig te worden getekend. Er wordt hierbij afstand gedaan op het recht tot toegang tot de rechter, omdat hier natuurlijk altijd een bindend advies wordt uitgebracht aan het einde van de arbitrage. Partijen moeten zich hierin schikken en mogen niet meer naar de rechter als ze aan arbitrage hebben deelgenomen.

In geval van verplichte mediation zou een dergelijke waiver pas getekend moeten worden nadat partijen tot een succesvolle uitkomst zijn gekomen, om toegang tot de rechter daarna te voorkomen en een effectieve judicial review uit te sluiten. Er hoeft hierbij niet vooraf te worden getekend omdat partijen na onsuccesvolle mediation alsnog naar de rechter kunnen gaan. De waiver moet dan wel op basis van vrije wil worden geaccepteerd, maar indien de vaststellingsovereenkomst, met een daarbij opgenomen waiver, wordt getekend door partijen is dat mijns inziens een teken dat zij ook uit vrije wil de waiver accepteren. Partijen zijn tenslotte niet verplicht om de vaststellingsovereenkomst te tekenen.

Op basis van een waiver in de vaststellingsovereenkomst wordt effectieve judicial review aldus uitgesloten en is verplichte mediation niet in strijd met artikel 6 EVRM.

5.2 CONCLUSIE

Op basis van de bovenstaande toetsing, van verplichte mediation aan artikel 6 EVRM, concludeer ik dat artikel 6 EVRM geen invloed kan of mag hebben op het verplichtstellen van mediation.

Artikel 6 EVRM geeft inderdaad het recht op toegang tot de rechter, maar het verbiedt niet de mogelijkheid van verplichte toegang tot de mediator.

De aangekondigde strijd door tegenstanders als gevolg van het verplichtstellen van mediation en artikel 6 EVRM is, naar mijn mening, louter een poging tot het voorkomen van de verplichtstelling van mediation. Het is geen onderbouwde en op waarheid gebaseerde reden, waardoor het verplichtstellen van mediation ook echt onmogelijk is.

¹⁸³ EHRM 21 februari 1990, zaak 11855/85 (Hakansson&Stureson v. Zweden).

¹⁸⁴ Kuijer 2004, p. 140.

¹⁸⁵ Kuijer 2004, p. 141. Zie ook EHRM 27 februari 1980 6903/75 (Deweert v. België).

De redenen, waarom ik het verplichtstellen van mediation niet in strijd met artikel 6 EVRM acht, staan hieronder nogmaals in het kort vermeld:

- Men behoudt, ondanks de voorprocedure of zijprocedure van verplichte mediation, het recht op toegang tot de rechter.
- Verplichte mediation zorgt niet per definitie voor schending van de redelijke termijn, omdat elk geval apart moet worden gezien, mediation meestal korte tijd in beslag neemt en het tijdsbestek voor bezwaar ook niet leidt tot schending.
- Artikel 6 EVRM, mag, onder bepaalde voorwaarden, beperkt worden. Er mogen dan ook maatregelen worden genomen, waaronder ook financiële maatregelen vallen, die ertoe dienen om de overbelasting van rechters te voorkomen.
- Indien er een waiver in de vaststellingsovereenkomst wordt opgenomen is het mogelijk om toegang tot de rechter te uit te sluiten en strijd met artikel 6 EVRM te voorkomen omdat er dan geen *effective judicial review* meer nodig is.

Na de conclusie te hebben genomen dat het verplichtstellen van mediation geen strijd oplevert met artikel 6 EVRM, bestaat er dan ook de mogelijkheid, ook voor Nederland, om deze weg ook daadwerkelijk in te slaan. Echter naast het bestaansrecht van de mogelijkheid dient het verplicht stellen van mediation ook wenselijk te zijn. In hoofdstuk 6 zal dit dan ook worden gezien voor de Nederlandse maatschappij.

Het is onmogelijk voor mij om te onderzoeken of de gehele Nederlandse bevolking van mening is dat verplichte mediation wenselijk is. Daarom wil ik hoofdstuk 6 voornamelijk gezien of het verplichtstellen van mediation heilzaam en verstandig is, voor de Nederlandse maatschappij in zijn geheel, en daarom wenselijk geacht kan worden.

6. HOOFDSTUK 6: VERPLICHTE MEDIATION IN DE NEDERLANDSE JUSTITIËLE INFRASTRUCTUUR

Na een volledige analyse van mediation en verplichte mediation in de voorgaande hoofdstukken, zal in dit hoofdstuk worden gezien of de verplichte vorm van alternatieve geschillenbeslechting ook daadwerkelijk in Nederland toekomst kan hebben. Daarbij wordt ook gezien op wat voor wijze deze mogelijkheid het beste tot uiting kan komen.

6.1 IS HET VERPLICHTSTELLEN VAN MEDIATION WENSELIJK IN NEDERLAND?

Zoals in hoofdstuk 2 en 3 al ruimschoots aan de orde is gekomen, is men vanaf 1 januari 2005 bezig met het bewerkstelligen van doorverwijzingsvoorzieningen. Dit werd na de evaluatie van de twee landelijke mediationprojecten als een wenselijke ontwikkeling geacht, met name door de politiek.

Gezien de resultaten van het verplichtstellen van mediation in bepaalde landen, en de positieve gevolgen daarvan, moet wellicht ook worden gezien of deze vorm van mediation in Nederland wenselijk is.

De huidige minister van justitie, de heer Donner, heeft echter al aangegeven dat hij geen voorstander is van verplichte mediation: “Laat ik voorop stellen dat het doorlopen van een mediation in mijn ogen nooit een absolute voorwaarde kan zijn om toegang te verkrijgen tot de rechter”.¹⁸⁶

Echter niet alle politici zijn deze mening toegedaan, zoals de fractievoorzitter van D66 Boris Dittrich, die toekomst ziet in bijvoorbeeld verplichte scheidings- en omgangsbemiddeling.¹⁸⁷ Er zijn meer voorstanders van verplichte mediation, zoals onder andere de CDA-fractie, echter toch blijft het aantal in Nederland beperkt. Zo is gebleken dat oud minister van justitie, de heer Korthals, gelukkig is met de huidige ontwikkelingen op het gebied van mediation, echter hij ziet nog geen realiseerbare mogelijkheid in het verplichtstellen van mediation in Nederland.¹⁸⁸

Hierboven worden alleen nog maar de meningen van enkele politici weergegeven, echter deze geven mijns inziens wel een beeld van de verdeeldheid in de maatschappij over de wenselijkheid van het verplichtstellen van mediation. Wat zijn de redenen dat Nederland niet over wil gaan tot deze vorm van mediation?

In paragraaf 6.1.1 worden de redenen weergegeven waarom het verplichtstellen van mediation in Nederland niet wenselijk wordt geacht. In paragraaf 6.1.2. zal ik proberen deze te weerleggen en te gezien of dit een basis op levert waarom verplichte mediation in Nederland wel wenselijk is.

¹⁸⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29 528, nr. 2.

¹⁸⁷ <http://www.borisdittrich.nl/>

¹⁸⁸ Bijlage 5.

6.1.1 Redenen waarom verplichtstellen in Nederland niet wenselijk wordt geacht.

Er zijn enkele reden en overwegingen waarom ik vermoed dat de gemiddelde Nederlander, waaronder ook politici, rechters en advocaten, tegen verplichte mediation in Nederland is.

In deze paragraaf zullen de mogelijke redenen worden behandeld, die er toe leiden dat verplichte mediation als ongewenst wordt gezien in Nederland. Deze redenen zijn hieronder uitgewerkt.

- **Nadelen van (verplichte) mediation** (zie paragraaf 1.2.1 en paragraaf 5.1)

De grootste nadelen die gerelateerd worden aan (verplichte) mediation zijn onder andere de onbekendheid van mediation, de strijd met het beginsel van mediation namelijk de vrijwillige deelname, de onmogelijkheid van het creëren van bereidheid tot mediation bij partijen, tijd-en kostenverlies door het mislukken van mediation en geen openbare behandeling van een zaak. Ook andere nadelen spelen een rol zoals het softe imago van mediation en de afwezigheid van een bedreigingsfunctie.

Deze nadelen leiden bij vele tot de overweging dat verplichte mediation meer nadelige gevolgen heeft dan positieve gevolgen en daarom wordt deze mogelijkheid al bij voorbaat van de baan geschoven.

- **Artikel 6 EVRM**

Zoals in hoofdstuk 5 is aangegeven wordt verplichte mediation dikwijls in strijd met artikel 6 EVRM geacht. Het verplichtstellen van mediation zou tot gevolg hebben dat het recht op toegang tot de rechter wordt geschonden, omdat verplichte mediation deze toegang zou verhinderen.

Gezien het feit dat het ‘schenden’ van een verdragsrecht voor vele een kwalijk gevolg is, leidt deze veronderstelling ertoe dat men, zonder empirisch onderzoek en toetsing naar deze veronderstelling, verplichte mediation onmogelijk acht.

- **Het gelijkheidsbeginsel**

Mediation zou tot tevens tot schending leiden van het gelijkheidsbeginsel. Het gelijkheidsbeginsel verwijst naar de eis van gelijke behandeling van vergelijkbare gevallen.¹⁸⁹ Een veel gehanteerde algemene omschrijving van het gelijkheidsbeginsel grijpt terug op die van Aristoteles: gelijke gevallen moeten gelijk behandeld worden, en ongelijke ongelijk naar de mate van hun ongelijkheid.¹⁹⁰ Om te bezien welke gevallen gelijk zijn dient men aan rechtspraak en doctrine te toetsen.¹⁹¹ Mediation heeft echter tot gevolg dat er geen jurisprudentie wordt gevormd waaraan men in volgende vergelijkbare gevallen steun kan hebben.¹⁹² Dit heeft tot gevolg dat volgens bepaalde tegenstanders mediation niet verplicht kan worden gesteld.

¹⁸⁹ Corstens 1999, p. 65.

¹⁹⁰ Loenen 1998, p. 19.

¹⁹¹ Loenen 1998, p. 32.

¹⁹² Groeneveld 2001, p. 8.

- **Nederlandse terughoudendheid**

Zoals hierboven al is vermeld is de onbekendheid van mediation ook een rede om niet achter het invoeren van een verplichte variant te staan. Dit wordt hier nog extra uitgewerkt met betrekking tot de Nederlandse samenleving. Om dit namelijk toe te spitsen op de Nederlandse cultuur dan vermoed ik dat hier voornamelijk het spreekwoord, *‘wat de boer niet kent, dat eet hij niet’*, opgaat.

Nederlanders zijn van nature een terughoudend volk dat leeft voor zekerheid en stabiliteit. Het invoeren van een systeem, waar men onbekend mee is, levert vaak tegenstand op.

‘Waarom moeten er veranderingen komen als het nu ook goed gaat’, is vaak de denkwijze van veel Nederlanders, zonder dat men een daadwerkelijke kijk heeft op de huidige situatie.

Nederlanders hebben vaak hun mening al klaar voordat zij ook maar enigszins met de vernieuwingen bekend zijn. Dit blijkt bijvoorbeeld nu ook al uit de uitslag van het referendum over de Europese grondwet.¹⁹³ Deze zienswijze is ook vaak het gevolg van een enigszins conservatief kabinet, waar kabinet Balkenende ook vaak voor wordt uitgemaakt.¹⁹⁴

Nederlanders beweren vooruitstrevende en vooruitdenkende mensen te zijn, maar in werkelijkheid worden veranderingen niet echt gewaardeerd en zal men eerder kiezen voor de bekende methoden van conflictafdoening.¹⁹⁵

Het verplichtstellen van mediation is bij een groot deel van de Nederlandse bevolking onbekend en leidt daarom eerder tot tegenstand dan dat men met deze ‘vooruitgang’ mee wil gaan.

6.1.2 Redenen waarom verplichtstellen in Nederland wel wenselijk is.

De bovenstaande redenen tegen verplichte mediation, die weergeven waarom er nog immer weinig voorstanders zijn, zijn niet allemaal gegronde redenen om verplichte mediation niet in te voeren.

Daarom zullen in deze paragraaf de bovenstaande argumenten worden weerlegd en wordt beschreven waarom verplichte mediation in Nederland wel wenselijk kan zijn.

- **Voordelen van (verplichte) mediation versus nadelen van (verplichte) mediation**

In paragraaf 1.2.2 en paragraaf 5.2 staan de voordelen van (verplichte) mediation uitvoerig beschreven. Ik ben van mening dat de voordelen van (verplichte) mediation opwegen tegen de nadelen hiervan, als deze nadelen al duidelijk tot uiting komen.

Een groot voordeel is dat, door middel van het verplichtstellen van mediation, het mogelijk is om het maximale uit een dergelijk proces te halen, met het gevolg dat de onbekendheid van het fenomeen mediation ook zal verdwijnen.

¹⁹³ <http://www.parlement.com/9291000/modulesf/h17d1wlf>

¹⁹⁴ Moerland 2003, p.11.

¹⁹⁵ Pel 2004, p. 73.

Hier voor in de plaats zal een rechtssysteem ontstaan waar de nadruk ligt op het zelf zoeken naar een oplossing voor het geschil, met de mogelijkheid tot behoud van de onderlinge relatie. Hierdoor vervalt ook de noodzaak van een bedreigingsfunctie.

Een rechtssysteem wordt dan opgezet waar rechtbanken bewust worden vrijgehouden van geschillen, die daar niet thuishoren of de mogelijkheid hebben om op een andere manier te kunnen worden beslecht. Een sneller, goedkoper, informeler en vertrouwelijker proces dan de rechtspraak zal ontstaan, waarbij de trend tot juridisering in de samenleving afneemt. Er van uitgaande dat er een selectie plaatsvindt van het rechtsgebied, alvorens de verplichte verwijzing naar mediation, verlaagt ook de kans op zaken die mislukken en die daardoor meer geld kosten.

Daarbij zal het verplichtstellen van mediation gegarandeerd leiden tot een afname van de kosten. Dit als gevolg van de verdeling van algemene kosten over een groter aantal zaken, die aan verplichte mediation moeten deelnemen. Dit is uitgebreid beschreven in paragraaf 5.2.

De overheid, rechters en rechtzoekende burgers zullen er, door het verplichtstellen van mediation, allemaal hun voordeel mee doen.

Naar mijn mening zijn er dan ook maar twee argumenten van tegenstanders, die daadwerkelijk de moeite waard zijn om uitgebreid te bespreken en te weerleggen, namelijk het feit dat men partijen niet kan dwingen tot een positieve opstelling gedurende de mediation sessie en het nadeel van de vertrouwelijke behandeling van de zaak.

Het dwingen van personen tot een coöperatieve opstelling is inderdaad een onmogelijke missie.

Echter indien mediation eenmaal verplicht wordt gesteld en er een selectieprocedure wordt gehanteerd, dan denk ik dat weinig partijen de mediation sessie zullen bijwonen zonder daadwerkelijk te trachten tot een oplossing te komen. Dit met name omdat verplichte mediation uiteindelijk deel uit zal gaan maken van het Nederlandse rechtssysteem, waar men zelf ook deel van uit maakt. Partijen zullen waarschijnlijk ook snel realiseren dat meewerken aan bemiddeling wellicht wel meer voor hen kan betekenen dan een rechtzaak en zullen zich bij het verplichtstellen neerleggen. De meeste partijen met een geschil willen een snelle en gepaste oplossing voor hun geschil. Aangezien dit de pijlers zijn waar mediation op rust, zal voor partijen snel duidelijk worden dat zij er louter voordeel meedoen om zich coöperatief op te stellen. Daarbij is het ook een kwestie van gewenning aan het bestaan van verplichte mediation en is het niet alleen afhankelijk van bereidheid van partijen. Daarnaast is, volgens Pel, onderhandelingsruimte ook niet altijd nodig om mediation met succes te kunnen afronden.¹⁹⁶ Uit onderzoek is namelijk gebleken dat met name bij conflicten tussen bestuursorganen en burgers, die in eerste instantie mediation weigeren vanwege een verondersteld gebrek aan onderhandelingsruimte, mediation toch succesvol blijkt.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Pel 2004, p. 78.

¹⁹⁷ Combrink-Kuiters&Niemeijer 2003a.

Tevens acht ik de eis van een openbare behandeling in plaats van een vertrouwelijke behandeling geen steekhoudend argument tegen het verplichtstellen van mediation.

Het voordeel van een openbare behandeling van zaken is de mogelijkheid tot het vormen van jurisprudentie en het bekrachtigen van normen en waarden. Deze mogelijkheid acht ik ook zeer belangrijk voor de toekomst.

Dit zal echter ook zijn doorgang kunnen blijven vinden bij zaken, die door een rechter dienen te worden beslecht en die belangrijk blijken in maatschappelijk opzicht, omdat deze een belangrijke boodschap uitdragen. Er zal blijken dat zij niet geschikt zullen zijn voor mediation.

Zaken waarin een inbreuk op een verdragsrecht plaatsvindt, zaken waar mensenrechten worden geschonden, zaken met slachtoffers als gevolg van mishandeling, verkrachting, diefstal enzovoort, zijn niet de zaken waar een mediator kan helpen tot een oplossing te komen.

Deze argumenten lijken mij daarom niet overheersend, om een systeem met verplichte mediation in Nederland te beletten.

Daarbij zijn er nog enkele redenen, die hierboven in paragraaf 6.1.1. al zijn behandeld, die tevens geen gegronde redenen zijn tot het afwijzen van een dergelijk systeem. Deze zullen hieronder worden weerlegd:

- **Artikel 6 EVRM**

In hoofdstuk 5 is de veronderstelde strijd tussen mediation en artikel 6 EVRM al ruimschoots aan de orde gekomen.

Na het toetsen van verplichte mediation aan artikel 6 EVRM ben ik tot de conclusie gekomen dat verplichte mediation niet in strijd is met artikel 6 EVRM. Dit kan en mag dan ook niet als reden worden aangevoerd om het verplichtstellen van mediation te voorkomen.

- **Het gelijkheidsbeginsel**

Tevens wordt dus gedacht dat het verplichtstellen van mediation moeilijk te combineren is met het gelijkheidsbeginsel, omdat er bij mediation geen jurisprudentie wordt opgebouwd.¹⁹⁸

Het verplichtstellen van mediation acht ik echter niet bezwaarlijk in combinatie met het gelijkheidsbeginsel.

In geval van mediation trachten partijen, met behulp van een mediator, op zoek te gaan naar een individuele en gepaste oplossing, een oplossing waar partijen allebei mee instemmen. Het is dan ook niet nodig om deze zaken te vergelijken met 'vergelijkbare' vorige zaken, omdat de juiste oplossing voor het geschil niet opgelegd wordt maar zelf wordt gevonden. De mediator hoeft er niet voor te zorgen dat de oplossing die partijen zelf hebben gevonden, in overeenstemming is met voorgaande zaken.

¹⁹⁸ Groeneveld 2001, p. 8.

Partijen die namelijk aangeven een gepaste oplossing te hebben voor hun geschil, zijn er blijkbaar zelf ook tevreden mee, ongeacht de oplossingen die andere partijen in vergelijkbare zaken hebben gevonden.

Een geslaagde mediation is een mediation waar partijen een oplossing hebben gevonden voor hun geschil waar ze beide tevreden mee zijn. Deze dient dan ook niet op basis van een voorgaande zaak te zijn, omdat tevredenheid afhankelijk is van een oplossing toegespitst op de eigen zaak.

- **Nederlandse terughoudendheid**

Zoals hierboven al is beschreven, is de Nederlandse bevolking vrij terughoudend met betrekking tot veranderingen en vernieuwingen. Dit blijkt onder andere uit de reactie bij het invoeren van de Euro en de uitslag van het Europees referendum.

Vele vinden waarschijnlijk het verplichten van mediation ook te ingrijpend en de discussie, over het wel of niet verplichtstellen van mediation, levert dan ook vaak heftige tegenreacties op. Deze reacties zijn echter vaak louter gebaseerd op onwetendheid, de angst voor het onbekende en de angst voor de gevolgen.

Verplichte mediation is inderdaad ingrijpender dan vrijwillige mediation, maar indien het een toevoeging kan betekenen voor het rechtssysteem, vooral omdat het in het belang is van zowel partijen als de rechtbanken, moet het dan nog immer worden geboycot?

Daarbij zijn burgers ook snel geneigd om regelgeving en wetten te accepteren, indien er uiteindelijk wordt geloofd dat deze regels en wetgeving de maatschappij ten goede komen. Er moeten ook belastingen worden betaald en autogordels worden gebruikt, omdat het door de overheid verplicht is gesteld en waar de meeste burgers zich dan ook aan houden.

Het zal een kwestie worden van gewenning, net zoals met het invoeren van de Euro, maar uiteindelijk zal het de moeite meer dan waard zijn. Ik acht de kans dan ook groot dat als mediation uiteindelijk wordt verplicht, dit na verloop van tijd ook algemeen geaccepteerd wordt in de Nederlandse samenleving.

6.2 MODEL VAN VERPLICHTE MEDIATION BINNEN DE JUSTITIËLE INFRASTRUCTUUR

De stelling, of verplichte mediation in Nederland wenselijk is, is eigenlijk te globaal, waardoor er in principe nog geen gegronde stelling ‘voor of tegen’ in genomen kan worden. Het verplichtstellen van mediation wordt dikwijls al bij voorbaat afgedaan, zonder dat er enigszins nuancering is aangebracht op dit gebied. Er wordt namelijk geen onderscheid gemaakt in het verplichtstellen op verschillende rechtsgebieden, op verschillende manieren en op verschillende momenten.

Menigeen is aldus tegenstander op basis van een louter globale stelling, namelijk wel of geen verplichte mediation, zonder dat men op de hoogte is van de inhoudelijke feiten. Daarom is het zeer belangrijk om dit fenomeen duidelijk af te bakenen en er een model voor te schetsen.

Er moet duidelijk worden gesteld op welk rechtsgebied mediation verplicht moet worden, wanneer er wordt doorverwezen en hoe de procedure gaat verlopen. Naar mijn mening kan en mag pas dan, op basis van een dergelijke duidelijke afbakening, een mening over verplichte mediation worden gevormd.

Mijns inziens is het inderdaad onmogelijk om mediation op elk rechtsgebied of op elk moment te verplichten. In het strafrecht bijvoorbeeld, is mediation geen wenselijk initiatief vanwege de relatie tussen de dader en het slachtoffer en de gewenste boetedoening. Dit moet ik echter nuanceren, want sinds 1997 is er een samenwerkingsproject van start gegaan, Herstelbemiddeling, van Reclassering en Slachtofferhulp.¹⁹⁹ Herstelbemiddeling, oftewel dader-slachtofferbemiddeling is een vorm van mediation die gericht is op het bij elkaar brengen van een slachtoffer en een dader van een delict.²⁰⁰ Het doel hiervan is een op herstel en verwerking gericht begeleidingsproces, waarbij dader en slachtoffer op *vrijwillige* basis met elkaar in contact worden gebracht door een neutrale mediator.²⁰¹

Ook in dergelijke gevallen is mediation aldus mogelijk, echter dergelijke bemiddeling vindt doorgaans pas plaats ná de veroordeling van de rechter.²⁰² Dit is aldus niet de mediation waarbij een gang naar de rechter wordt voorkomen en die ook verplicht kan worden gesteld. Daarom lijkt mij verplichte mediation in het geval van bijvoorbeeld civiele zaken, echtscheidings- en omgangsregelingen, kleine vorderingen en bestuurszaken het meest gedegen alternatief. Uit onderzoeken, die zijn beschreven in paragraaf 5.3, is dit ook al gebleken voor civiele zaken en familiezaken.

Daarbij is het verplichtstellen van verplichte mediation vooral verstandig op het moment vóór dat men aan een gerechtelijke procedure begint, om zo de hoogste slagingspercentages te realiseren..

Indien verplichte mediation dan ook daadwerkelijk een overweging is, dan dient er een gedegen model te worden gemaakt, waar verplichte mediation in past en in uitgevoerd kan worden.

Op basis van dit model kan dan een weloverwogen beslissing worden gemaakt of verplichte mediation ook daadwerkelijk doorgang moet vinden.

¹⁹⁹ Frijns 1998, p. 141.

²⁰⁰ Brenninkmeijer e.a. 2003, p. 286.

²⁰¹ Brenninkmeijer e.a. 2003, p.287.

²⁰² Brenninkmeijer e.a. 2003, p. 293.

6.2.1 Model: Mediation als een verplicht voorportaal in de gang naar de rechter.

In deze paragraaf zal een model worden geschetst, waarin er een systeem wordt weergegeven voor verplichte mediation in Nederland. Hierin wordt voornamelijk mijn zienswijze weergegeven over hoe een systeem met verplichte mediation er in Nederland uit zou moeten zien. Er zal worden weergegeven op wat voor manier ik dit systeem in werking zou willen zien, met welke voorzieningen en voor welke rechtsgebieden dit moet gelden. In hoofdstuk 6.3 zal worden beschreven hoe een systeem met verplichte mediation gerealiseerd kan worden en wat de gevolgen hiervan zijn in Nederland.

Opzet van een systeem met verplichte mediation en de organisatie van de rechtspraak als gevolg van dit systeem.

1. Manier van doorverwijzen

Er wordt dikwijls verkondigd dat niet alle zaken geschikt zijn voor mediation. Dit lijkt mij echter niet een daadwerkelijk argument tegen het verplichtstellen van mediation, maar eerder een reden om een duidelijke en geschikte selectieprocedure op te zetten.

Er zijn verschillende manieren van doorverwijzing op basis van een selectieprocedure in geval van verplichte mediation. Er kan namelijk worden doorverwezen naar mediation op basis van groepsselectie en op basis van individuele selectie.

In het geval van groepsselectie bij verplichte mediation dienen alle zaken, die onder een bepaald rechtsgebied vallen, te worden doorverwezen naar een mediator.

Bijvoorbeeld in het Comprehensive Justice Center in Birmingham County in New Jersey worden alle 'small claim cases' verplicht doorverwezen naar een mediator, net zoals alle 'custody cases' in Californië.²⁰³

Individuele selectie is een andere vorm van selectie, die plaatsvindt voordat men verplicht wordt verwezen naar mediation. In dit geval worden zaken doorverwezen op basis van de individuele feiten van een zaak en moet er zaak-voor-zaak worden bekeken of deze zaken wel of niet verplicht worden doorverwezen naar mediation. De Nederlandse rechtspraak en maatschappij lijken mij het meest gebaat bij een combinatie van beide manieren van doorverwijzen naar mediation.

Kortom, het lijkt mij het beste als mediation verplicht wordt gesteld voor bepaalde rechtsgebieden en dat er daarna ook nog individuele selectie plaatsvindt, waardoor de zaken, die geschikt zijn voor mediation, er worden uitgelicht en worden doorverwezen naar de mediator.

²⁰³ Duve 1999 p. 15.

De rechtsgebieden die ik geschikt acht voor mediation zijn kleine civiele zaken, lage vorderingen, familiezaken, echtscheidings²⁰⁴-, gezags-en omgangszaken bestuurlijke zaken en belastingzaken.

Dit baseer ik op de onderzoeken die zijn weergegeven in hoofdstuk 4, waar in geval van bovenstaande verschillende rechtsgebieden goede resultaten zijn behaald, en op diverse literatuur.²⁰⁵

Ik wil hierbij nog extra benadrukken dat in geval van echtscheidingszaken verplichte mediation niet alleen een wenselijke oplossing kan zijn maar vaak ook, bijvoorbeeld in geval van ouders met kinderen, meer dan alleen wenselijk. Daarbij worden in Amerika bij bemiddeling in dergelijke gevallen ook zeer hoge succespercentages behaald.²⁰⁶ In San Francisco 90%, in Dade County in Florida 86% en in Los Angeles 54%.²⁰⁷

Indien wordt vastgelegd dat dit soort zaken verplicht worden doorverwezen, dan kan er daarna per zaak worden bezien, onder andere op basis van doorverwijzings- en contra-indicaties, of de zaak daadwerkelijk verplicht wordt doorverwezen naar de mediator.

De slagingskans is dan min of meer verdubbeld. Allereerst omdat deze rechtsgebieden de rechtsgebieden zijn waar zaken op basis van mediation de meeste slagingskans hebben. Daarnaast wordt dan alsnog per zaak bekeken of deze zaak de moeite waard is om door te verwijzen, zoals bij het Mandatory Mediation in the First Appellate District of the Court of Appeal.²⁰⁸

Mocht daarna blijken dat een partij inderdaad wordt doorverwezen naar mediation, dan is deze partijen ook verplicht om hieraan deel te nemen.

Wellicht om toch tegemoet te komen aan de partijen die op basis van een gegronde reden niet willen deelnemen, is het mogelijk om alsnog een uitgang hiervoor te creëren. Partijen dienen dan aan te kunnen tonen dat hun zaak niet geschikt is voor mediation, zoals bijvoorbeeld huiselijk geweld.

Dergelijke regelingen zijn reeds in Amerika in de wetgeving, van bepaalde staten die voorzien in verplichte mediation, opgenomen.²⁰⁹ Door het omdraaien van de bewijslast, dat in de rechtbank dient te worden bewezen, wordt partijen de kans gegeven om ontheffing te verkrijgen.

Dit heeft tot gevolg dat partijen, die aan deze eis kunnen voldoen, niet aan mediation behoeven deel te nemen. Deze mogelijkheid zal echter niet vaak gebruikt worden, alleen in de vaak onmogelijke gevallen, gezien het feit dat dit weer een extra stap is voordat er een oplossing/vonnis kan komen en partijen liever hun geschil snel tot een eind brengen.

²⁰⁴ Chin- A-Fat 2002.

²⁰⁵ O.a. Pel 2004, p. 47-50.

²⁰⁶ Chin- A-Fat 2002, p. 352.

²⁰⁷ Hendricks 1994, p. 494.

²⁰⁸ Zie paragraaf 5.3.2.

²⁰⁹ Chin-A-Fat 2002, p. 352.

In sommige gebieden, bijvoorbeeld Arkansas, is er ook een bepaling opgenomen dat partijen in ‘*good faith*’ moeten deelnemen om te voorkomen dat het doorlopen van een bemiddeling slechts een formaliteit zou zijn.²¹⁰ Dergelijke bepalingen kunnen door wet-en regelgeving of voorschriften worden vastgelegd, waarin wordt bepaald dat partijen gedurende de mediation hun ‘best’ moeten doen.²¹¹ Het probleem is echter op welke wijze kan worden bepaald of partijen in ‘*good faith*’ hebben deelgenomen. Het is zelfs mogelijk dat hierdoor de eis van vertrouwelijkheid, die bij mediation geldt, wordt geschonden, omdat een bemiddelaar bij een schending door partijen voor een rechter moet uitleggen waarom zij niet hun best zouden hebben gedaan.²¹² Gezien de moeilijkheid om partijen te beoordelen of zij hun best wel hebben gedaan en het dilemma met betrekking tot het vertrouwelijke mediatieproces acht ik een dergelijke bepaling niet mogelijk. Daarbij acht ik het ook niet nodig, omdat de opstelling van partijen niet afhankelijk is van een dergelijke bepaling, maar van de kwaliteit van de doorverwijzings-voorziening, de kwaliteit van de mediator en de wijze van benadering naar partijen toe.

Een ongeveer gelijke regeling is er bijvoorbeeld ook in Engeland, deze vindt echter plaats vóór de mediation.²¹³ Rechters mogen op basis van de Woolf-reform navragen wat partijen er aan gedaan hebben om het conflict zelf op te lossen. Mocht de rechter van mening zijn dat partijen zich onvoldoende hebben ingespannen dan kan de partij die niet heeft meegewerkt, ook ondanks het winnen van de procedure, worden veroordeeld in de proceskosten. Deze manier van aanpak acht ik echter in de toekomst voor Nederland ook niet wenselijk, omdat dit ook moeilijk te bewijzen valt.

Natuurlijk is niet alleen de manier van doorverwijzen belangrijk, maar ook het moment van doorverwijzen speelt een grote rol.

2. Moment van doorverwijzen

Er zijn twee belangrijke momenten van doorverwijzen naar mediation:

Doorverwijzen voorafgaand aan de procedure en doorverwijzen tijdens de procedure.

Doorverwijzen voorafgaand aan de gerechtelijke procedure is de manier zoals het bij het multi-door courthouse plaatsvindt, waar verschillende vormen van (alternatieve) geschillenbeslechting naast elkaar worden aangeboden.²¹⁴

Aan de ‘poort’ vindt de (groeps en/of individuele) selectieprocedure plaats, alvorens partijen naar de rechter mogen.

²¹⁰ Chin-A-Fat 2002, p. 352.

²¹¹ Kovach 2004, p. 114.

²¹² Chin-A-Fat 2002, p. 352.

²¹³ Pel&Splet 2003, p 1898.

²¹⁴ Zie paragraaf 3.2.4.

Een functionaris, die speciaal met de intake is belast, gaat in overleg met de betrokkenen na voor welke procedure van geschillenbeslechting de zaak en de partijen het meest in aanmerking komen. Dit is het geval in sommige Amerikaanse staten, zoals Florida en Texas.

Daar worden zaken van een bepaald rechtsgebied automatisch doorverwezen naar mediation, maar er wordt ook door een rechter of intaker beslist welke van deze zaken, uit een dergelijk rechtsgebied, daadwerkelijk worden verplicht tot deelname aan mediation.²¹⁵ Deze functionaris dient natuurlijk wel verstand te hebben van de mogelijkheden en feiten in een zaak en van de kansen die partijen hebben bij mediation. Wellicht is de taak van de intaker het beste in te vullen door een combinatie van een rechter en een mediator in één persoon of het gezamenlijk vervullen van deze taak. Het moge als vanzelfsprekend worden beschouwd dat een rechter, die in zijn functie als intaker heeft verwezen, na onsuccesvolle mediation niet meer mag optreden om partijdigheid te voorkomen.

Bij doorverwijzen *tijdens* de procedure gaat de rechter na of de zaak en de partijen geschikt zijn voor mediation. Dit is het geval nu in Nederland bij de onlangs opgezette landelijke doorverwijzingsvoorzieningen. Het is gebleken dat de grootste tijds- en kostenbesparing wordt geleverd als mediation in een zo vroeg mogelijk stadium van het geschil wordt aangeboden.²¹⁶

In paragraaf 3.2.2 is hier al een heel stuk aan gewijd, daarom concludeer ik hier alleen nogmaals dat zaken, die zijn verwezen in een preprocesueel stadium, een hogere slagingskans hebben.²¹⁷

Daarom is het belangrijk dat partijen zo snel mogelijk worden doorverwezen alvorens zij al in een juridische strijd voor de rechter zijn gewikkeld.

Dit sluit ook het beste aan bij de manier van doorverwijzen, zoals beschreven in punt 1 van deze paragraaf, namelijk op basis van groeps en individuele selectie. Deze vormen van selectie kunnen allebei plaatsvinden voordat men met een gerechtelijke procedure mag aanvangen.

De wijze, waarop er wordt gehandeld bij het principe van het multi-door courthouse, acht ik wenselijk voor model van verplichte mediation in de Nederlandse samenleving.

‘Mediation als een verplicht voorportaal, voor zaken uit bepaalde rechtsgebieden en tevens op basis van individuele selectie, in de gang naar de rechter’.

Het verwijzen naar mediation gedurende de gerechtelijke procedure moet eigenlijk zo veel mogelijk worden vermeden, om op deze manier kosten (waaronder de griffiekosten), tijd te besparen en de continuïteit van het systeem te waarborgen.

²¹⁵ Baas 2002, p. 20.

²¹⁶ Combrink-Kuiters&Niemeijer 2003a, p. 81.

²¹⁷ Pel 2004, p. 92.

3. Overige overwegingen

Na het schetsen van de manier en het moment van doorverwijzen voor het model, dat een mogelijk systeem voor verplichte mediation weergeeft, zal er nu worden ingegaan op de overige gewenste ontwikkelingen, die dit systeem compleet maken.

In principe gelden hier dezelfde voorwaarden die zijn weergegeven in paragraaf 3.2, waaronder het vereiste van een professionele opzet, een goede financiële voorziening, goede promotie en voorlichting, duidelijke doorverwijzingscriteria, kwalitatieve goede mediators en intakers, een monitoringssysteem enzovoort. Wat in paragraaf 3.2.1 met betrekking tot de Woolf-reform is vermeld geldt ook in het geval van een systeem met verplichte mediation. Met betrekking tot verplichte mediation kan Nederland leren van de manier waarop Engeland heeft getracht doorverwijzingsvoorzieningen op te zetten.²¹⁸

De opzet voor een systeem met verplichte mediation verschilt natuurlijk met die van het systeem wat op het moment in Nederland wordt gerealiseerd, de opzet van landelijke doorverwijzingsvoorzieningen.

De doorverwijzing is daar vrijwillig en vindt plaats op een ander moment en op een andere manier. Echter de overwegingen die verder in paragraaf 3.2 zijn weergegeven gelden ook voor het systeem met verplichte mediation met betrekking tot de wenselijke voorzieningen daaromheen.

In hoofdstuk 3 staat ook dat er ter stimulering van het gebruik van mediation een bijdrage door de staat wordt verstrekt van € 200, - indien men aan mediation deel neemt.²¹⁹

Nog immer vind ik het een verstandig initiatief om op deze manier partijen te stimuleren tot mediation bij het opzetten van de landelijke doorverwijzingsvoorzieningen.

Echter in het geval van verplichte mediation vervalt deze bijdrage natuurlijk omdat een stimuleringsbijdrage bij een verplichte verwijzing niet nodig is.

Wellicht is het bij een systeem met verplichte mediation mogelijk om deze bijdrage op een andere manier te gebruiken. Om zo het uiterste te halen uit een stelsel met verplichte mediation.

Een mogelijkheid is om deze bijdrage om te zetten in een bijdrage aan partijen, die er in geslaagd zijn om tot een oplossing te komen door middel van verplichte mediation. Dit lijkt wellicht idealistisch, maar mij dunk dat het een stimulans zal zijn voor partijen om zich extra in te zetten gedurende de mediation sessies. Het kweken van bereidheid bij partijen zal een van de grootste moeilijkheden zijn bij een systeem met verplichte mediation, al zal uiteindelijk de gewenning waarschijnlijk overwinnen.

Een (tijdelijke) stimulans voor partijen, op het gebied van financiën, kan dan ook een duwtje in de rug betekenen, wat vrijwel zeker succesvol zal zijn.

²¹⁸ Pel&Spliet 2003, p. 1902.

²¹⁹ Zie ook Bijlage 1.

Daarbij zijn er nog twee mogelijkheden op financieel gebied die mij een overweging waard lijken bij het opzetten van een systeem met verplichte mediation. Allereerst ben ik van mening dat mediation ook vergoed moet worden indien een partij in het bezit is van een rechtsbijstandsverzekering.

Mediation dient, bij het opzetten van een systeem met verplichte mediation, ook onder deze verzekering te vallen om op deze manier de rechtspraak en mediation, wat betreft geldzaken, gelijk te trekken. Op het moment hebben nog niet alle verzekeraars deze mogelijkheid in hun pakket opgenomen. ARAG was een van de eerste die een dergelijk uniek pakket heeft aangeboden, echter eigenlijk dienen alle rechtsbijstandverzekeraars de mogelijkheid tot het aanbieden of vergoeden van mediation in hun pakket op te nemen.²²⁰

Naast het opnemen van de mogelijkheid tot mediation in de verzekering is het ook belangrijk om mediation voor mensen met lage inkomens ruim toegankelijk te maken. Dit kan gerealiseerd worden door middel van een regeling die het gebruik van pro Deo mediators mogelijk maakt of een regeling waar er een vergoeding voor armlastige partijen wordt vrijgemaakt. Wederom dienen deze maatregelen ertoe om mediation en rechtspraak gelijk te trekken en mediation, net als de rechtspraak, voor iedereen financieel mogelijk te maken.

Het mag duidelijk zijn dat zonder een duidelijk draagvlak, een uitgewerkte opzet, professionele begeleiding en aanpak ook het opzetten van een systeem met verplichte mediation in Nederland gedoemd is tot mislukking.

4. Conclusie

Het systeem met verplichte mediation dient gewaarborgd te zijn met een uitgebreide en kwalitatief hoogstaande selectieprocedure. De selectie van geschikte zaken moet plaatsvinden op basis van een groeps- en individuele selectie, waardoor zaken vanuit bepaalde rechtsgebieden altijd dienen te worden onderworpen aan een individuele selectie.

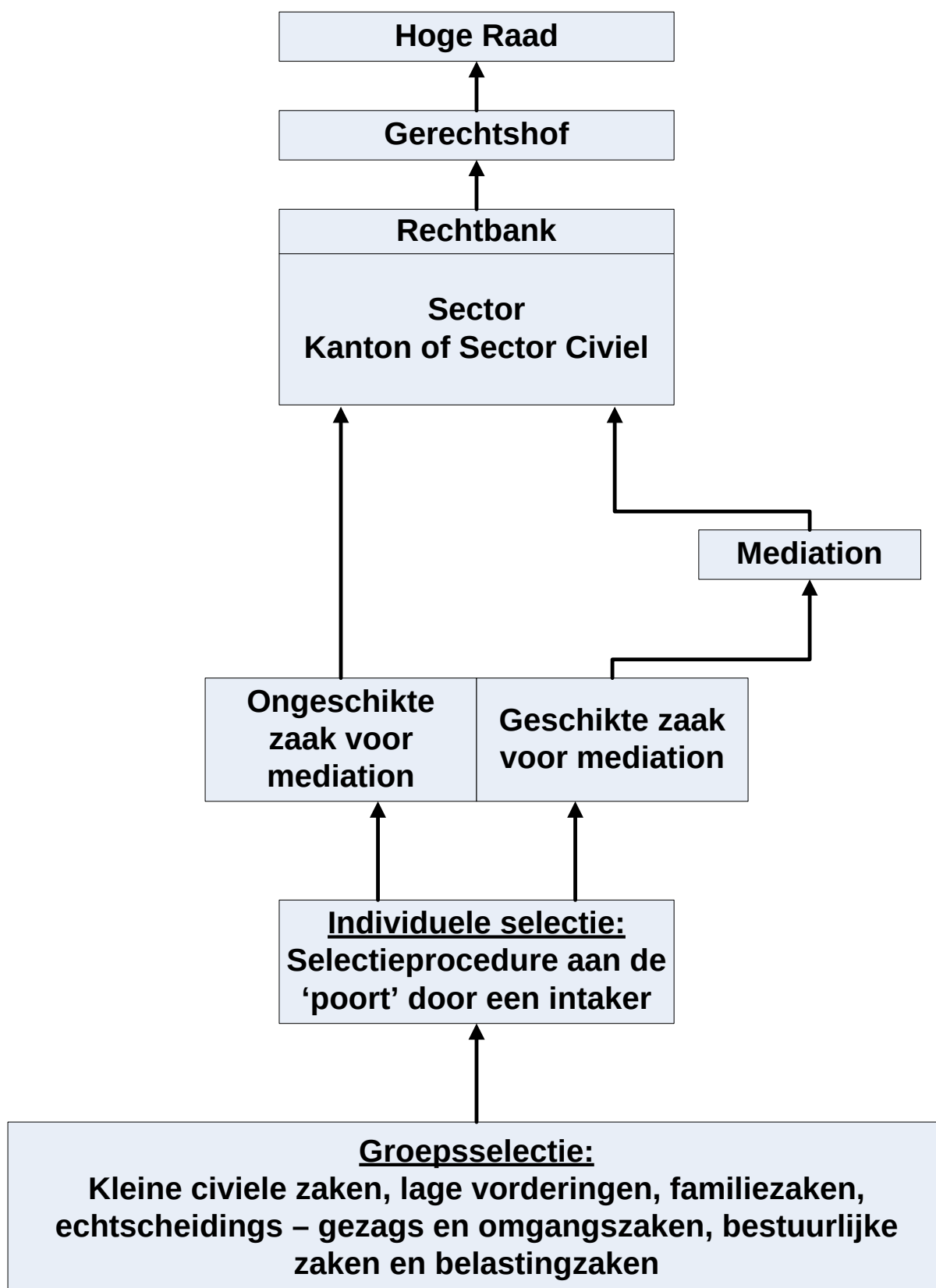
Deze individuele selectie vindt plaats door een intaker die op basis van indicaties en feiten uit de zaak bepaald of een zaak verplicht wordt doorverwezen naar een mediator. Indien de intaker bepaalt dat een zaak geschikt is voor mediation dan zijn partijen verplicht om deel te nemen aan een mediation sessie.

Mocht dan blijken dat partijen er op basis van mediation niet uit komen, dan mogen zij zich naar de rechter begeven. Partijen, waarvan op basis van de individuele selectie blijkt dat hun zaak niet geschikt is voor mediation, mogen zich direct naar de rechter begeven ondanks het feit dat hun zaak zich op een bepaald rechtsgebied afspeelt.

Deze opzet tot een model van een systeem met verplichte mediation lijkt mij een juiste afbakening van het gebied 'verplichte mediation' en op deze manier ook het meest succesvol.

Op de volgende pagina staat een schematisch overzicht van het bovenstaand geschetste model.

²²⁰ Nieuwsbrieven Mediation 2002, p. 2.

Schematisch overzicht van het model voor de organisatie van de rechtspraak in geval van verplichte mediation

6.2.2 Politiek en wijze van aanpak

Zoals vermeld in de inleiding van dit hoofdstuk zijn er voor- en tegenstanders, ten opzichte van het verplichtstellen van mediation, met name in de politiek. Het is voornamelijk belangrijk dat deze personen hier positief tegenover staan, wil verplichte mediation in Nederland een kans krijgen.

Het invoeren van een systeem met verplichte mediation heeft namelijk tot gevolg dat op een ministerie, op verzoek van een minister of staatssecretaris, door de ambtenaren een voorstel dient te worden gemaakt over een wetsherziening/-verbetering.

Het opzetten van de landelijke doorverwijzingsvoorzieningen vanaf 1 april heeft niet tot gevolg gehad dat er een wetsherziening moest komen. Dit zal echter niet het geval zijn bij het invoeren van een systeem met verplichte mediation. Het instellen van een verplicht voorportaal, alvorens men naar de rechter kan gaan, heeft namelijk vergaande gevolgen voor het rechtssysteem en vereist dan ook een basis in nieuw wetgeving. Een dergelijke nieuwe 'voorprocedure' dient te worden vastgelegd in de wet. Dit is de reden dat het belangrijk is dat de politiek overtuigd is van de wenselijkheid van een systeem met verplichte mediation. Dit wetsvoorstel dient te worden ingediend ter herziening/verbetering van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en wellicht ook voor de wet op de Rechterlijke Organisatie. Als de ministerraad akkoord gaat met indiening, dan moet het voorstel voor advies worden voorgelegd aan de Raad van State. Hierna zal een openbare behandeling in de Tweede en Eerste Kamer volgen en bij positieve eindstemming ten opzichte van het voorstel tot herziening/verbetering dient het voorstel te worden bekrachtigd door de Koningin.²²¹ Hierna volgt de bekendmaking van de wetsherziening door plaatsing in het Staatsblad. Het invoeren van een systeem met verplichte mediation heeft aldus vergaande gevolgen, ook met betrekking tot nieuwe wetgeving. Indien verplichte mediation op de juiste manier doorgang wil vinden, dan zal op bovenstaande wijze gehandeld moeten worden.

Deze 'omslachtige' manier waarop verplichte mediation dient te worden ingevoerd zal voor vele wederom een argument zijn om hiervan af te zien. Het is echter de enige manier om de continuïteit van het systeem te garanderen, wat tevens als een groot voordeel kan worden gezien.

6.2.3 Gevolgen van verplichtstelling

Het opnemen van verplichte mediation in de wet, waar het bijvoorbeeld wordt opgenomen als het hierboven beschreven model, zal het Nederlandse rechtssysteem voor altijd veranderen.

Het creëren van een voorprocedure, voordat men in geval van bepaalde rechtsgebieden en onder bepaalde condities naar de rechter kan gaan, zal veel tegenstand met zich mee brengen, vooral omdat dit systeem louter door een wetsherziening tot stand kan worden gebracht.

²²¹ Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 2001, p. 555-562.

Het heeft niet alleen tot gevolg dat er nieuw systeem moet worden opgezet, maar het betekent ook dat het oude systeem moet worden veranderd en aangepast. De opzet van een dergelijk systeem zullen niet alleen veel moeite en geld kosten, maar ook de aanpassingen aan het oude systeem vergt meer dan alleen een wetsherziening.

Tevens zal het een grote impact hebben op de manier van het afhandelen van vele conflicten. Partijen, die een conflict hebben op een hierboven beschreven rechtsgebied, dienen er van bewust te worden dat hun conflict wellicht eerst door een mediator wordt gezien, alvorens zij naar een rechter mogen. De gevolgen hiervan in maatschappelijk opzicht en reacties van eventuele partijen kunnen louter op basis van ervaring en resultaten, die met verplichte mediation worden behaald, worden weergegeven. Een ding is zeker, de invoering van een systeem met verplichte mediation zal de toekomst van de Nederlandse rechtspraak en de wijze van geschillenbeslechting voor altijd veranderen.

6.3 AANVULLING OP HET NEDERLANDSE RECHTSSYSTEEM

Allereerst ben ik van mening dat, door het verplichtstellen van mediation in Nederland, deze vorm van geschillenbeslechting tot het uiterste wordt benut. Op het moment wordt er minder gebruik van mediation gemaakt, omdat partijen daar louter op basis van vrijwilligheid aan deelnemen. Mijns inziens moet het totale beeld van verplichte mediation de aanzet geven dat mediation wordt verplicht gesteld. Dit zal er toe leiden dat alle voordelen van mediation ten volle uitkomen.

Tevens zal bij de verplichte doorverwijzing naar mediation een geheel andere cultuur ontstaan om geschillen te beslechten. Partijen worden gedwongen om te proberen samen tot een oplossing te komen, waardoor er in de toekomst wellicht wordt voorkomen dat mensen überhaupt tussenkomst nodig hebben. Een cultuur wordt gecreëerd, waar mensen zich er van bewust worden dat zij zelf verantwoordelijk zijn voor geschillen en dat zij, waar dat mogelijk is, dan ook zelf moeten zorgen voor een oplossing.

Daarbij zal het gebruik van een systeem met verplichte mediation dan ook leiden tot een afname van de overbelasting van de rechtbanken. Dit is een zeer wenselijke ontwikkeling, gezien de in de toekomst verwachte toename van zaken bij de rechtbanken en de rechten, beschreven in artikel 6 EVRM, met betrekking tot het garanderen van een tijdige behandeling van zaken door de rechtbanken.²²²

Verplichte mediation acht ik aldus, op basis van verscheidene redenen en onderzoeken die in de voorgaande hoofdstukken staan weergegeven, een waardevolle aanvulling op het Nederlandse rechtssysteem.

²²² Zie hoofdstuk 5.

CONCLUSIE

Buiten enkele kleine veranderingen door de jaren heen is ons rechtssysteem al vele eeuwen gebaseerd op hetzelfde principe. Dit principe gaat er van uit dat, indien er een geschil is tussen twee partijen, de tussenkomst van een rechter tot de uitkomst zal leiden.

Het geschil in de handen leggen van een rechter, waardoor men bewerkstelligt dat er een vonnis uitkomt waar men zich wellicht niet in kan vinden, is het risico van een dergelijke procedure.

Naar mijn mening is het vreemd dat men al die jaren bereid is geweest om het eigen lot uit handen te geven. Het moge dan wel vanzelfsprekend zijn dat bepaalde categorieën zaken ook niet zonder rechterlijke tussenkomst tot een eerlijke oplossing kunnen komen, er zijn ook veel geschillen die deze gang naar de rechter in principe niet hoeven te maken. Waarom nemen partijen van dergelijke zaken dan genoeg met een 'opgelegde' oplossing?

Gebleken is dat het invoeren van een systeem met verplichte mediation mogelijk is in Nederland.

Artikel 6 EVRM en het gelijkheidsbeginsel vormen geen obstakel voor invoering hiervan en daarbij is het ook mogelijk om dit vast te leggen in de Nederlandse wet.

Over deze wenselijkheid van een systeem met verplichte mediation is natuurlijk discussie mogelijk, maar naar mijn mening zal het verplichtstellen van mediation louter positieve resultaten voor Nederland tot gevolg hebben. De consequenties wegen mijns inziens niet op tegen de heilzame werking van verplichte mediation.

Tijden veranderen, de aard van geschillen veranderen, de algemene omstandigheden veranderen, de zelfstandigheid van de burger neemt toe en mediation wordt al landelijk doorgevoerd. Moet er dan niet worden toegegeven aan de wenselijkheid van een dergelijk systeem in verplichte vorm, zonder dat men te zwaar weegt aan de weg daar naar toe of aan de drastische, maar positieve, gevolgen.

Ik ben dan ook van mening dat het invoeren van mediation in Nederland een wenselijke ontwikkeling is. De rechtspraak dient, los van de niet voor mediation geschikte zaken, als een ultimum remedium te worden gebruikt, waarbij de gerechtelijke procedure louter wordt gebruikt indien er geen andere mogelijkheid is.

Na het bestuderen van de mogelijkheid en wenselijkheid van een systeem van verplichte mediation rest er nog maar een vraag:

Is Nederland er ook echt klaar voor om, een dergelijk systeem in te voeren?

Deze vraag is in principe de hoofdvraag, die ik onbeantwoord moet laten.

Het is niet aan mij om te bepalen of de Nederlandse maatschappij klaar is voor de invoering van een dergelijk systeem. Deze last wil ik niet op mijn schouders dragen.

Gedurende het schrijven van deze scriptie heb ik aangetoond dat er geen obstakels zijn, die het verplichtstellen van mediation in Nederland weerhouden. Tevens meen ik te hebben aangetoond dat verplichte mediation ook wenselijk is in deze maatschappij.

Echter het bepalen of Nederland klaar is voor verplichte mediation en of rechtzoekende klaar zijn voor de gevolgen van een dergelijk systeem is een vraag, die louter opgelost kan worden door de invoering hiervan. Pas achteraf zal blijken of Nederland er klaar voor was.

Zal Nederland dan ook bereid zijn deze stap te wagen, wacht zij nog enkele jaren of wordt de mogelijkheid meteen van de baan geschoven? De toekomst zal het leren, mijn inbreng is voltooid.

Het is af te wachten of het verplichtstellen van mediation toekomstmuziek blijft of dat er binnenkort een componist op zal staan om zijn lied ten gehore te brengen.

Ik zou graag willen afsluiten met de volgende citaten/ het volgende citaat ter overweging:

'An eye for an eye makes the whole world blind'.

--Mahatma Gandhi--

BRONVERMELDING

Lijst van verkort aangehaalde en geraadpleegde literatuur

Arendsen de Wolff 2000

G. Arendsen de Wolff, 'Drempels verlagen bij doorverwijzing', *Tijdschrift voor Mediation* 2000, aflevering 3, p. 55-56.

Asser e.a. 2003

W.D.H. Asser e.a., *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Baas 2002

N. Baas, *Mediation in civiele en bestuursrechtelijke zaken* (Een internationaal literatuuronderzoek), Den Haag: WODC onderzoeknotities 2002.

Barkhuysen en Jansen 2002

T. Barkhuysen en A.M.L. Jansen, 'Rechtsmiddelen tegen rechterlijke en bestuurlijke traagheid: Het EVRM noopt tot aanpassing van het Nederlandse recht', *NJB* 2002, nr 17, p. 841-848.

Brandsma 2003

M. Brandsma, 'Justitiebeleid inzake ADR. Op zoek naar de grenzen van verantwoordelijkheid', *Justitiële Verkenningen* 2003, nr. 8, p. 35-41.

Van Beukering – Rosmuller 2003

E. van Beukering – Rosmuller, 'Enkele formele aspecten van mediation, mede in het licht van het Groenboek ADR. Vertrouwelijkheid en geheimhouding; kwaliteitsborging van mediation', *Tijdschrift voor Mediation* 2003, nr 2, p. 30-36.

Brenninkmeijer 1999

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Tijdige geschillenbeslechting zonder rechter: ADR en tijdigheid van de rechtspraak', *Trema* 1999, nr 10a, p. 42-46.

Brenninkmeijer 2004

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Europese ontwerprichtlijn mediation', *ADR Actueel* september 2004, nr. 6, p. 6-7.

Brenninkmeijer e.a. 2003

A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2003.

Van Bruggen 1997

J. van Bruggen (red.), *Praktisch opgelost: mediation als methode voor conflicthantering*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1997.

Chin-A-Fat 2004

B.E.S. Chin-A-Fat, *Scheiden: (ter)echter zonder rechter? Een onderzoek naar de meerwaarde van scheidingsbemiddeling*, (proefschrift) Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.

Combrink-Kuiters 2002

L. Combrink-Kuiters, 'Het evaluatieonderzoek landelijke projecten mediation rechterlijke macht en mediation gefinancierde rechtsbijstand: de stand van zaken', *Tijdschrift voor Mediation* 2002, nr. 3, p. 45-49.

Combrink-Kuiters&Niemeijer 2003a

L. Combrink-Kuiters en B. Niemeijer, 'De evaluatie van de twee landelijke mediationprojecten', *Tijdschrift voor Mediation* 2003, nr. 4, p. 76-82.

Combrink-Kuiters&Niemeijer 2003b

L. Combrink-Kuiters en B. Niemeijer, 'Mediation in de justitiële infrastructuur', *Justitiële Verkenningen* 2003, nr. 8, p. 9-20.

Combrink-Kuiters, Niemeijer & Ter Voert 2003

L. Combrink-Kuiters, E. Niemeijer & M.J. ter Voert, *Ruimte voor mediation: evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Conflictbemiddeling 1998

Conflictbemiddeling. Eindrapport van het Platform ADR, Den Haag: Ministerie van justitie 1998.

Corstens 1999

G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Gouda: Quint 1999.

Van Dijk 2003

P. van Dijk, 'De toegang tot de rechter - een Straatburgse springprocessie', *NJCM-Bulletin* 2003, nr.8 p. 945-961.

Dijkstra 1999

G.S.A. Dijkstra, 'Juridisering en de overbelasting van de rechterlijke macht', *Trema* 1999, nr 10a, p. 4-8.

Doeleman 1997

H.F. Doeleman, 'Mediation als alternatief voor de civiele procedure bij de overheidsrechter (court-annexed mediation)', *Advocatenblad* 1997 nr. 11, p. 506-508.

Duryee 1991

A. Duryee, *Mandatory Court Mediation: Demographic Summary and Consumer Evaluation of One Court Service*, Alameda County Superior Court 1991.

(aan te vragen bij Allison Schurman: Allison.schurman@jud.ca.gov)

Duve 1999

C. Duve, 'Mandatory versus voluntary mediation', in: J.M. Schoenmakers e.a., *Mediation, the alternative, conference book International Conference on Mediation*, Ministerie van Justitie, Den Haag 1999, p. 14-18.

Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program 2001

Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program (Rule 24.1): Final Report -- the First 23 Month, March 12, 2001, Ontario (submitted to Civil Rules Committee: Evaluation Committee for the Mandatory Mediation Pilot Project), p. 1-116.

<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca>

Frijns 1998

J. Frijns, 'Herstelbemiddeling', *Proces* 1998, nr. 9/10, p. 140-141.

Van Ginkel&Combrink-Kuiters 2004

C. van Ginkel en L. Combrink-Kuiters, 'Mediation zonder overeenstemming', *Tijdschrift voor Mediation* 2004, nr 2, p. 26-30.

Goedgedacht forum for Social Reflection 2004

Goedgedacht forum for Social Reflection, 'Justice for the poor? Could mandatory mediation offer better access to justice and the protection of the law to all citizens?' Summary notes from the debate of 12 June 2004, p. 1-17.

<http://www.goedgedacht.org.za>

Groenboek ADR 2002

Europese Commissie, *Groenboek, betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht*, Brussel 19 april 2002, nr.COM/2002/0196 def.,

<http://europa.eu.int/eur-lex/nl/com/gpr/2002/com2002_0196nl01.pdf> en

<http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/adr/resume_comments_en.pdf>.

Groeneveld 2001

J-J Groeneveld, 'Conflictbemiddeling: als praktisch procederen (nog) niet de meest geëigende weg is', *Praktisch Procederen* 2001/1, p. 6-8.

Hendricks 1994

C.L. Hendricks, 'The trend toward mandatory mediation in custody and visitation disputes of minor children: An overview'. *Journal of Family Law* 1994, no 32, 491-510.

Huls 1999

N.J.H. Huls, 'Goede rechtshulp bespaart de rechter veel tijd', *Trema* 1999, nr 10a, p. 52-55.

Huls 2000

N.J.H. Nuls, 'De aanbodeconomie van ADR. Mediation kritisch beschouwd', *Justitiële Verkenningen* 2000, nr 9, p. 99-107.

Hulshof en Verhey 2004

M. Hulshof en E. Verhey, 'Het Haagse landschap', *Vrij Nederland* 28 juli 2004, p. 8.

Jagtenberg 1997

R. Jagtenberg, 'Mediation: een drieluik', *Tijdschrift voor Mediation* 1997 nr. 1, p. 2-6.

Jagtenberg en de Roo 2003

R. Jagtenberg en A. de Roo, 'Mediation: verplicht of vrijwillig?', *Justitiële Verkenningen* 2003, nr 8, p. 67-65.

Jagtenberg en de Roo 2004

R. Jagtenberg en A. de Roo, *Europese mediationpraktijken*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.

Jansen 2000

A.M.L. Jansen, *De redelijke termijn met name in het bestuursrecht*, (proefschrift) Tilburg: Boom Juridische Uitgevers 2000.

Kovach 2004

K. Kovach, *Mediation. Principles and Practice, 3d* (American Casebook Series), St-Paul (America): West 2004.

Kuijer 2004

M. Kuijer, *The blindfold of lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, (proefschrift) Leiden: E.M. Meijers Instituut 2004.

Loenen 1998

T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel*. Ars Aequi Cahiers Rechtstheorie. Deel 2. Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

Ministerie van Justitie en Ministerie van Binnenlandse Zaken 2004

Ministerie van Justitie en Ministerie van Binnenlandse Zaken, *Handreiking bezwaarschriftprocedure Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Moerland 2003

R. Moerland, 'De terugkeer van de ideologische strijd', *NRC Handelsblad* 18 september 2003, p.11.

Nieuwbrieven Mediation 2002

Nieuwsbrieven Mediation 2002, *Rechtsbijstandverzekering en Mediation*, nr 26, april 2002.

Nijman 2004

D. Nijman, 'De spelregels van de vaststellingsovereenkomst', *Tijdschrift voor Mediation* 2004, nr 4, p. 89-95.

Nirman 2000

D. Nirman, 'Mandatory Mediation – Must for Today's World', *Publication of the Ontario Bar Association* 2000, nr, 3, p. 4-5.

Pel 2000a

M. Pel, 'Doorverwijzing naar mediation in de civiele procedure: extra service of branchevervaging?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2000a, afl 4, p. 78-86.

Pel 2000b

M. Pel, 'Mediation naast rechtspraak; uitvoering landelijk project Mediation Rechterlijke Macht', *Justitiële Verkenningen* 2000b, nr 9, p. 25-40.

Pel 2001

M. Pel, 'Ervaringen, valkuilen en leerpunten in het project 'Mediation naast rechtspraak'', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2001/2, p. 41-49.

Pel 2003

M. Pel, 'Mediation naast rechtspraak, Naar een effectieve geschillafdoening op maat', *Justitiële Verkenningen* 2003, nr. 8, p. 21-33.

Pel 2004

M. Pel, *Doorverwijzen naar mediation 2004-2005*, (Mediation reeks. Deel 3) Den Haag: SDU Uitgevers 2005.

Pel&Spliet 2003

M. Pel en M. Spliet, 'Implementatie van mediation naast rechtspraak, Court-annexed mediation in Engeland...een lichtend voorbeeld?' *Nederlands Juristen blad* 2003, afl 36 p. 1897-1902.

S. Peltz 1999

S. Peltz, 'Only for a season, Mandatory mediation as a temporary measure' WWW < <http://www.cfcj-fcjc.org/full-text/onlyforaseason.htm>>, publicatie 15 juni 1999, Carleton University. (geraadpleegd 26 maart 2005)

Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 2001

L. Prakke, J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen, *Van der Pot-Donner. Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Prein 2001

H. Prein, 'Competentie en competentieverhoging van de mediator', *Tijdschrift voor Mediation* 2001, nr. 3, p. 50-54.

Report of the Evaluation Committee for the Mandatory Mediation Rule Pilot Project 2001

Report of the Evaluation Committee for the Mandatory Mediation Rule Pilot Project, 12 maart 2001, p. 1-13.

<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca>

Report and Recommendations, Mandatory Mediation in the First Appellate District of the Court of Appeal 2001

Report and Recommendations, Mandatory Mediation in the First Appellate District of the Court of Appeal, september 2001, p. 1-21.

<http://www.courtinfo.ca.gov>

De Roo en Jagtenberg 2002

A. de Roo en R. Jagtenberg, *Mediation in the Netherlands: Past - Present - Future*, vol 6.4 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 2002), <http://www.ejcl.org/64/art64-8.html>, p. 128-145.

De Roo en Jagtenberg 2003

A. de Roo en R. Jagtenberg, *De praktijk van mediation in ons omringende landen; een vergelijkend onderzoek*, Rotterdam: Erasmus universiteit, 2003.

Sanders 2004

K. Sanders, *De bezwaarschriftprocedure*. Ars Aequi Cahiers Staats –en Bestuursrecht. Deel 11. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Schelven 2003

P. Scheleven, 'Mediation en de toegang tot de rechter', *Tijdschrift voor Mediation* 2003, nr 2, p.37-41.

Smith 1998

G. Smith, 'Unwilling actors: why voluntary mediation works, why mandatory mediation might not', *Osgoode Hall Law Journal* (vol. 36, nr. 4) 1998, p. 847- 881.

Smits 1996

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure. Over de betekenis van art. 6 EVRM voor het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996.

Snijders 2002

H.J. Snijders, 'Geschillenbeslechting buiten de overheidsrechter als centraal thema revisited en updated', (AA 2002-5 bijzonder nummer), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 483-498.

Van Unen 2004

E.P. van Unen, 'Mediation: modegril?', *Advocatenblad*, nr 8, p. 40-41.

Viering 1994

M.L.W.M. Viering, *Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM* (Proefschrift Leiden), Zwolle Tjeenk Willink 1994.

De Werd 1999

M.de Werd, 'Tijdigheid van rechtspraak en artikel 6 EVRM; Over de zorgvuldigheidsplichten van lidstaat en justitiabelen', *Trema* 1999, nr 10a, p. 19-25.

Willems e.a. 2002

J.H.M. Willems e.a., 'Stelling: Alle geschillen over duurzame relaties moeten verplicht eerst aan een mediator en daarna pas aan een rechter worden voorgelegd, op straffe van niet-ontvankelijkheid'. *NJB* 2002, afl 15, p. 753-757.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1999/00, 26 352, nr. 19.

Kamerstukken II 2002/12, 22 112, nr. 253.

Kamerstukken II 2003/04, 29 528, nr. 1.

Kamerstukken II 2003/04, 29 528, nr. 2.

Bronnen met betrekking tot Europese onderzoeken en wetgeving

Ministerie van Buitenlandse zaken, DIE-641/04, nr 22112, 35 0(1)

(<http://www.europapoort.nl>)

Response Greenpaper 2002

Response(Draft) to the questions posed in the COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES Green Paper On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law Brussels, 19.04.2002 COM(2002) 196 final.

Summary of responses tot the Greenpaper 2003

Summary of responses tot the Greenpaper on alternative resolution in civil and commercial law, 31 January 2003.

Document JAI/19/03-EN (d.d.31 janauri 2003), te raadplegen via http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/adr/resume_com-ments_en.pdf

Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken. (SEC (2004) 1314), Com (2004) 718.

Jurisprudentie

EHRM, 21 februari 1975, zaak 4451/70 (Golder v. Verenigd Koninkrijk).

EHRM 27 februari 1980, zaak 6903/75 (Deweere v. België).

EHRM 28 juni 1980, 11761/85 (Obermeier v. Oostenrijk)

EHRM 10 februari 1983, zaak 7299/75 (Albert & Le Compte v. België).

EHRM 28 mei 1985, zaak 8225/78 (Ashingdane v. Verenigd Koninkrijk).

EHRM 23 april 1987, zaak 9616/81 (Erkner & Hofauer v. Oostenrijk).

EHRM 21 februari 1990, zaak 11855/85 (Håkansson & Sturesson v. Zweden).

EHRM 13 juli 1995, zaak 18139/91 (Tolstoy Miloslavsky v. Verenigd Koninkrijk).

EHRM 22 oktober 1996, zaak 21920/93 (Stubbings e.a. v. Verenigd Koninkrijk).

EHRM 19 december 1997, zaak 26737/95 (Casa de Rualla Gómez de la Torre v. Spanje).

(Recent bevestigd in o.a. EHRM 15 juli 2003, zaak 33400/96 (Ernst e.a. v. België).

EHRM 23 mei 2000, zaak 31070/96 (Pelt v. Frankrijk).

EHRM 19 september 2000, zaak 29522/95 (I.J.L. en andere v. Verenigd Koninkrijk).

EHRM 19 juni 2001, zaak 28249/95 (Kreuz v. Polen).

EHRM 10 juli 2001, zaak 40472/98 (Tricard v. Frankrijk).

EHRM 21 november 2001, zaak 37112/97 (Fogarty v. Verenigd Koninkrijk) (ongepub.).

EHRM 29 juli 2003, zaak 48086/99 (Beumer v. Nederland).

EHRM 8 januari 2004, zaak 38663/97 (Panek v. Polen).

EHRM 15 januari 2004, zaak 41290/98 (Taveirne e.a. v. België).

EHRM 26 oktober 2004, zaak 56698/00 (Hutten v. Nederland).

Internetsites

<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca>

<http://www.borisdittrich.nl>

<http://www.cfcj-fcj.org/full-text/onlyforaseason.htm>

<http://www.conflictbemiddeling.nl>

<http://www.dca.gov.uk>

<http://www.echr.coe.int/>

<http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/SUBJECTMATTER2004.pdf>

<http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/SUBJECTMATTER2003TABLE.pdf>

<http://www.europa.eu.int>

<http://www.europapoort.nl>

<http://www.familycourt.gov.au/presence/connect/www/home/>

<http://www.goedgedacht.org.za>

<http://home.student.uva.nl/harold.vanginkel/Recht.htm>

<http://www.mediation.nl>

<http://www.mediation.pagina.nl>

<http://www.mediationweb.nl/>

<http://www.minbuza.nl>

<http://www.nmi-mediation.nl>

<http://www.parlement.com/9291000/modulesf/h17d1wlf>

<http://www.rechtspraak.nl>

BIJLAGEN**Bijlage 1**

Telegraaf van 21/01/2005

Tegemoetkoming € 200 bij inroepen hulp van mediator

Van onze parlementaire
redactie

DEN HAAG, vrijdag

Juridische conflicten kunnen voortaan door tussenkomst van een mediator worden beslecht. Het ministerie van Justitie stelt 200 euro ter beschikking als tegemoetkoming als mensen besluiten de stap naar een beroepsbemiddelaar te maken in plaats van naar de rechter. Minister Donner (Justitie) hoopt hiermee de rechterlijke macht te ontlasten en de kosten te drukken.

Donner, die gisteren de zegen van de Kamer kreeg, wil de regelgeving niet te veel opzuigen. „Als de geschillen maar worden opgelost.”

Het nieuw opgerichte Nederlandse Mediation Instituut zorgt voor certificering van bemiddelaars. Ook mensen zonder juridische achtergrond mogen zich opwerpen als mediator.

Bijlage 2**De verschillen tussen de gerechtelijke procedure en mediation²²³:**

Gerechtelijke procedure	Mediation
Zaak wordt alleen in behandeling genomen bij 'voldoende belang'.	Elk denkbaar conflict komt in aanmerking.
De rechter is gebonden aan het recht. Hij kan alleen een oordeel geven wanneer de eis een juridische grondslag heeft.	Partijen bepalen zelf de omvang van het geschil.
Rechter kan niet meer of anders toewijzen dan is geëist. De mogelijke uitkomsten zijn beperkt.	Niet-juridische of creatieve oplossingen zijn mogelijk. Partijen hebben grote vrijheid bij het bedenken van een oplossing. In sommige gevallen mag deze strijdig zijn met dwingend recht.
Langdurig proces.	Snel proces.
Discussie wordt overwegend gevoerd op basis van juridische standpunten.	Onderhandelingen worden gevoerd op basis van achterliggende belangen.
Rechterlijke uitspraak is openbaar en heeft precedentenwerking.	Vaststellingsovereenkomst is niet openbaar.
Verantwoordelijkheid voor het conflict is uit handen gegeven aan advocaat en rechter, het conflict is gejuridiseerd.	Partijen zijn woordvoerder en verantwoordelijk voor de inhoud van de gesprekken en de gekozen oplossing.
Duidelijke winnaar en verliezer.	Win-win-situatie is het uitgangspunt.
Gebeurtenissen uit het verleden staan centraal.	Toekomstgerichte oplossing is mogelijk.
Rechterlijke uitspraak is meestal gedetailleerd geformuleerd.	Minder strikte formulering mogelijk (niet altijd wenselijk).
Rechter kan dwangsommen of boetes opnemen voor het geval zijn vonnis niet wordt uitgevoerd.	Sancties worden zelden opgenomen, want strijdig met het karakter van mediation, namelijk een verbeterde relatie en wederzijds vertrouwen.
Het vonnis omvat een 'executoriale titel'. Dit betekent dat de deurwaarder kan worden ingeschakeld om het vonnis af te dwingen.	De afspraken kunnen niet zo maar worden afgedwongen.
Rechter neemt alleen afdwingbare afspraken op in zijn vonnis.	Partijen kunnen niet-afdwingbare afspraken opnemen in de vaststellingsovereenkomst.

²²³ Daniëlla Nijman, De spelregels van de vaststellingsovereenkomst, TMD 2004, nr 4 p. 89

Bijlage 3***Wanneer rechtspraak en wanneer mediation?*****Hieronder volgt een schematische opstelling ter conclusie.**

Over het algemeen kan gesteld worden dat het goed is om voor mediation te kiezen indien:²²⁴

1. een andere uitkomst wenselijk is dan via een vonnis/beschikking;
2. de belangen buiten een juridisch kader vallen;
3. een snelle en ‘goedkope’ oplossing gewenst is;
4. er sprake is van procesmoeheid;
5. er sprake is van een duurzame relatie en behoud van deze relatie is gewenst;
6. partijen een gemeenschappelijk toekomstig belang hebben;
7. er meerdere procedures of meer conflicten, dan in de procedure voorgelegd, spelen;
8. partijen belang hebben bij vertrouwelijke behandeling, met de mogelijkheid van afzonderlijke gesprekken;
9. er sprake is van grote emotionele betrokkenheid bij het geschil;
10. partijen vanwege de privacy geen openbare zitting wensen.

Als motieven voor een gerechtelijke procedure kunnen dan gelden:

1. een eerder mislukte mediation;
2. escalatie van het geschil;
3. het ontbreken van onderhandelingsbereidheid of –vermogen;
4. er is een precedent gewenst;
5. er is een openbare uitspraak gewenst;
6. er is een (te) grote machtsongelijkheid;
7. het gaat om partijen met een culturele achtergrond, waarbinnen mediation niet past;
8. het gaat om een procedure waarin een zuiver juridische kwestie speelt, die uitsluitend door een rechterlijke uitspraak kan worden opgelost;
9. er dienen belangen van derden bij de procedure te worden betrokken.

²²⁴ Brenninkmeijer e.a. 2003, p. 206; http://www.rechtspraak.nl/over_rechtspraak/Informatie_over_rechtspraak/VI_mediation/mediation_naast_rechtspraak.htm.

Bijlage 4

Volkskrant 01/04/2005

de Volkskrant vrijdag 1 april 2005

Rechters verwijzen door naar mediator

Professionele conflictbemiddelaar ontlast rechterlijke macht

Van onze verslaggever
AMSTERDAM

Rechters gaan vanaf vandaag strijdende partijen aanmoedigen hun conflict op te lossen met de hulp van een mediator, een professionele conflictbemiddelaar. Doorverwezen zaken krijgen een startpremie van tweehonderd euro. Minvermogenenden kunnen hun mediator grotendeels vergoed krijgen.

Minister Donner van Justitie hoopt dat de gerechtelijke instanties het door mediation minder druk krijgen. De alternatieve conflictbeslechting kan volgens hem helpen voorkomen dat conflicten escaleren. Zo worden 'langdurige en kostbare juridische procedures vermeden.' Donner wil ook nog een promotiecampagne lanceren voor mediation.

Bij wijze van proef hebben rechters de laatste jaren mediation al aangeraden in zo'n drieduizend zaken. Dat gebeurde bij zakelijke conflicten, arbeidsgeschillen en consumentenzaken, maar ook bij familie zaken, burenruzies en conflicten tussen burgers en overheid.

De rechter kan partijen niet verplichten tot mediation. Wel bestaat de mogelijkheid de gesprekken met een mediator plaats te laten vinden in het gerechtsgebouw. Een mediator is een onafhankelijke derde, legt de Raad voor de Rechtspraak uit. De bemiddelaar geeft geen oordeel, maar helpt partijen samen een oplossing te vinden.

Veel conflicten zijn geschikt voor mediation, zegt Machteld Pel, vice-president bij het gerechtshof in Arnhem en directeur van het landelijk bureau 'Mediation naast rechtspraak'. 'Natuurlijk is het het beste als mensen meteen zelf kiezen voor mediation. Maar als je eenmaal in een conflict zit, blijkt dat moeilijk. Dan kan het advies van een rechter helpen.'

Pel verwacht dat de groei van de mediation-praktijk het denken over conflicten zal veranderen. 'Partijen zullen zich meer de vraag gaan stellen waar conflicten thuis horen. De rechter is er voor juridische conflicten. Voor andere zaken zullen burgers vaker de oplossing bij zichzelf zoeken. Als ze er uiteindelijk niet uitkomen, kunnen ze alsnog naar de rechter.'

Pel denkt niet dat rechters massaal zaken zullen afschuiven naar mediators. 'Daarvoor is het verantwoordelijkheidsgevoel van rechters te groot. Ze zullen écht pas gaan verwijzen als ze denken dat dat het beste is. Bij de keuze voor mediation zullen de belangen van de rechtzoekende voorop staan.'

Voor de introductie van een rechterlijk mediation-advies ('doorverwijzingsbevoegdheid') was geen wetswijziging nodig, zegt Pel. 'Rechters mogen al onderzoeken of partijen er misschien onderling kunnen uitkomen. We hoeven het dus niet te juridiseren.'

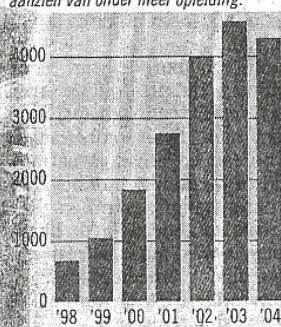
Partijen kunnen na bemiddeling door een mediator ook weer terugkeren naar de rechtbank, bijvoorbeeld om de hoogte van een overeengekomen schadevergoeding te laten bepalen.

De rechtbanken in Arnhem, Zwolle, Lelystad, Assen, Amsterdam, Utrecht, Haarlem en Alkmaar en het gerechtshof in Arnhem gaan als eersten officieel verwijzen naar mediators. Na de zomer starten Roermond en Almelo. Eind 2007 moeten alle gerechten klaar zijn voor mediation.

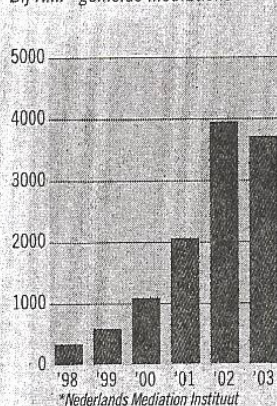
Mediators vaker ingezet

Geregistreerde mediators

De afname in 2003 wordt door het NMI toegeschreven aan scherpere eisen ten aanzien van onder meer opleiding.

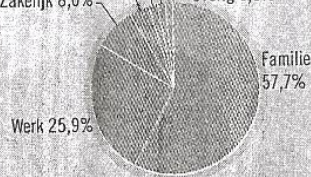


Bij NMI* gemelde mediations



Verdeling uitgevoerde mediations per sector

Overheid 1,7%
Omgeving 3,7%
Zakelijk 8,0%
Onderwijs 1,5%
Gezondheid 1,4%
Overig 0,1%



Uitkomst uitgevoerde mediations

Niet-geslaagd 20,9%
Gedeeltelijk geslaagd 1,2%
Onbekend 5,7%
Geslaagd 72,1%



010405 © de Volkskrant, Bron: Nederlands Mediation Instituut

*Nederlands Mediation Instituut

Bijlage 5**Een gesprek met oud minister van justitie de heer Korthals.**

Datum: 4 februari 2005

Plaats: Careerevent te Utrecht

Op 4 februari 2005 heb ik, gedurende de Round-the-Table sessie van het Careerevent, de kans gehad om met oud minister van justitie, de heer Korthals, van gedachten te wisselen, betreffende het onderwerp mediation. Hieronder staat het relaas van dit gesprek in het kort weergegeven.

Gedurende deze sessie was er voor acht geselecteerde studenten de mogelijkheid om enkele vragen te stellen aan de heer Korthals, over elk mogelijk onderwerp.

Gezien het feit dat, onder zijn bewind als minister van justitie, de twee landelijke mediation projecten in werking waren, heb ik hem daarover enkele vragen gesteld.

Allereerst heb ik gevraagd of hij tevreden was met de resultaten van deze projecten en wat zijn mening is over de doorverwijzingsvoorzieningen, die van start zijn gegaan op 1 april 2005. Daarnaast wilde ik ook graag weten wat zijn beeld voor de toekomst is op het gebied van verplichte mediation.

De heer Korthals gaf aan dat hij zeer tevreden was over de verloop van de projecten en dat mediation duidelijk zijn nut heeft bewezen gezien de resultaten.

“Het is belangrijk om mediation de kans te geven om zich nu verder te ontwikkelen, omdat het beschouwd kan worden als toekomstmuziek”.

Hij was aldus gelukkig met de positieve resultaten, al is het volgens hem nu af te wachten op wat voor manier mediation zich gaat ontwikkelen en gebruikt gaat worden bij de doorverwijzingsvoorzieningen, die onlangs van start zijn gegaan.

Zijn vrees is bijvoorbeeld dat mediation uiteindelijk alsnog een dure zaak wordt en dat het de ‘belofte’, dat het de kosten gaat drukken, niet gaat waarmaken.

Hij heeft benadrukt dat hier een krachtig beleid voor moet worden uitgestippeld, anders zal alsnog het gebruik van mediation niet stijgen, als gevolg van de hoge kosten.

Hij is er echter van overtuigd dat, in combinatie met een slagvaardig beleid, de aankomende veranderingen meer dan wenselijk zijn, omdat men een dergelijke manier van geschiloplossing niet aan banden moet leggen, maar de kans moet geven om zijn heilzame werking te uiten in de maatschappij.

Het werd mij snel duidelijk dat de oud-minister van justitie blij is met de huidige ontwikkelingen en hij verder uitbreidingen op het gebied van mediation alleen maar aanmoedigt.

Echter, gedurende het gesprek is ook gebleken dat hij geen daadwerkelijke voorstander is van verplichte mediation. In ieder geval acht hij dit niet mogelijk voor de eerst komende 10 jaar.

Zijn motivering is onder andere dat hij wil afwachten of de komende doorverwijzings-voorzieningen bij gerechten en loketten ook daadwerkelijk zijn vruchten af gaan werpen.

Tevens dienen, volgens hem, de resultaten en mogelijkheden van verplichte mediation verder onderzocht te worden en moet het gebied waarvoor en wanneer dit plaats kan/moet vinden duidelijkere afgebakend te worden.

Het gaf duidelijk aan dat hij het, om verschillende redenen, nu nog niet wenselijk acht in Nederland, maar wellicht is het wel een overweging voor in de toekomst.

“Wellicht is verplichte mediation in de toekomst een mogelijkheid, maar hier moet zeker niet te gehaast naar toe worden gewerkt”.