

Alternatieve geschillenbeslechting met of zonder rechter

prof. A.F.M. Brenninkmeijer*

De discussie over ADR (*Alternative dispute resolution*) is in volle gang (Wackie Eysten, 1994; Berends, 1993; Jagtenberg en De Roo, 1995). Kennelijk is de tijd rijp om – in navolging van de VS en Engeland – alternatieve geschillenbeslechting serieus te nemen.¹ De Minister van Justitie Sorgdrager heeft zich bij een toespraak ter gelegenheid van de ingebruikneming van het gerechtsgebouw te Arnhem eind 1994 ook positief getoond op dit punt. Vormt ADR een goed getimed alternatief voor overheidsrechtspraak? In tijden dat discussie wordt gevoerd over de lange duur van het burgerlijk proces, over de geringe effectiviteit van burgerlijke rechtspraak en over de hoge kosten die ermee gemoeid zijn, ligt een bevestigend antwoord voor de hand. ADR vormt een budgettair aantrekkelijke beleidsoptie.

De aandacht voor ADR vloeit wellicht mede voort uit ongenoegen over de wijze waarop de overheidsrechtspraak functioneert (Minkjan, 1993). In de VS en Engeland is de link met ineffektieve overheidsrechtspraak wel gelegd (Brown en Marriott, 1993). Op dit punt toon ik enige reserve: in de Angelsaksische landen en met name in de VS is inmiddels gebleken dat aan ADR ook nadelen kleven. ADR blijkt ook een kostbaar alternatief te zijn geworden. Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat het Angelsaksische rechtssysteem op een geheel andere leest is geschoeid dan het continentale rechtssysteem.

Op zich is het aantrekkelijk om alternatieven te verkennen. Het is echter weinig zinvol om op alternatieven in te gaan zonder voldoende aandacht te schenken aan de bijwerkingen van de veronderstelde remedie, zoals de

* De auteur is hoogleraar burgerlijk procesrecht aan de Universiteit van Amsterdam en Raadsheer in de Centrale Raad van Beroep.

'privatisering' van rechtspraak. Rechtspraak – als functie van een van de drie staatsmachten – valt niet zonder meer te 'privatiseren'. Ons Burgerlijk Wetboek dat in 1992 is ingevoerd berust voor een belangrijk deel op jurisprudentie van de overheidsrechter. Privatisering van de rechtspraak zou er daarom indirect toe bijdragen dat ook codificaties als het Burgerlijk Wetboek en de verdere ontwikkeling daarvan 'geprivatiseerd' worden. Bovendien vormt ADR slechts symptoombestrijding wanneer niet tevens gekeken wordt naar de vraag waarom geschillen ontstaan en waarom geschillen moeilijk oplosbaar zijn via rechtspraak. In deze bijdrage plaats ik ADR in een wat ruimer kader. Daarbij heb ik als uitgangspunt gekozen dat geschillen beter voorkomen kunnen worden dan beslecht.

Gecompliceerd recht

Met een niet al te cynische levensinstelling kan de hypothese dat het recht gedragsbeïnvloeding van mensen beoogt wel als uitgangspunt gekozen worden. Het hangt er natuurlijk wel vanaf wat de inhoud van het recht is en op welk soort menselijk handelen het gericht is. Regels voor de verkiezing van de Tweede Kamer beïnvloeden meer indirect de uitoefening van macht van mensen over andere mensen. Het strafrecht beoogt met strafdreiging bepaald menselijk handelen tegen te gaan. Het burgerlijk recht geeft regels van mens tot mens. In onze conceptie van een rechtsorde is het de wetgever die regels stelt in de vorm van de wet of van regelgeving van lagere orde.

Over de volledigheid van dit concept kan wel getwijfeld worden: veel wat als 'recht' wordt ervaren is niet door een wetgever bedacht en opgeschreven doch spruit voort uit 'het rechtsgevoel' van de rechtsgenoten. Veel wetgeving houdt niet veel meer in dan voor meer gedetailleerd omschreven situaties gestalte geven aan noties van rechtvaardigheid die in brede kringen zo worden beleefd. Naarmate onze samenleving echter ingewikkelder wordt en

1 In 1988 verscheen een lijvige opstellenbundel van de Erasmusuniversiteit met als titel *De overheidsrechter gepasseerd* (Arnhem, 1988). Toen was de tijd kennelijk nog niet rijp voor een discussie, want die bundel heeft weinig losgemaakt

het verband tussen rechtsregels en rechtsgevoel voor rechtsgenoten minder invoelbaar is, wordt de handhaving van de rechtsregels moeilijker en soms zelfs problematisch of onmogelijk.

Nog sterker is dit effect voelbaar wanneer de met de rechtsregels beoogde doelen meer abstract en indirect verscholen liggen in de complexiteit van onze manier van samenleven. De verordening op 'de rechte banaan' van de Europese Unie (importvoorschriften; kwaliteitseisen) spreekt het rechtsgevoel van weinigen aan en voor zover dat wel het geval is moet gevreesd worden voor de psychische constitutie van deze bananenfetisjist. Naarmate meer abstracte doelen grond vormen voor sturende en instrumentele regelgeving komt ook de handhaving van die regelgeving onder druk te staan. Hierin schuilt de kern van de rechtsontwikkeling in deze eeuw.

Het burgerlijk recht – zoals oorspronkelijk opgesteld – is voor iedereen inzichtelijk. De regels over koop en verkoop zijn zo simpel te doorgronden dat vanaf zeer jeugdige leeftijd koopovereenkomsten kunnen worden gesloten en teniet gaan doordat aan de wederzijdse verplichtingen wordt voldaan. Het kwartje wordt op het bordje gelegd en de lolly in de mond gestoken. Het Burgerlijk Wetboek doet z'n werk meestal ongemerkt.

Waarom zou ik mij niet aan wet- en regelgeving houden? Waarom zou ik het op een conflict aan willen laten komen? Sommige rechtsregels worden door grote groepen van dag tot dag zeer consciëntieus nageleefd. Veel menselijke verhoudingen drijven op gevoelens waarvan 'het rechtsgevoel' deel uitmaakt. Volg je dat gevoel dan is er niets mis, dan hoeft er ook geen rechter aan te pas te komen. Menselijke conflicten die bij voorbeeld optreden bij het verbreken van een relatie of samenwerking, worden ondanks dat conflict vaak redelijk opgelost. Vaak weten partijen er ook wel uit te komen wanneer er iets mis gaat.

Het recht wordt echter gecompliceerder en steeds meer menselijk handelen wordt onder de gepretendeerde gedragsbeïnvloeding van het recht gebracht. Daarin schuilen ten minste drie gronden voor moeilijk oplosbare conflicten. In de eerste plaats de uitleg van de regelgeving mede gelet op de onderlinge samenhangen, interferenties

en uitsluitingen van de verschillende regelingen. In de tweede plaats de afstand die de rechtsgenoten ervaren tussen hun rechtsgevoel en de geldende regels: er is geen positieve *incentive*. In de derde plaats de verlokking van de regelovertreding: iedere keer dat een nadelige of (vrijheids)beperkende regel wordt gevolgd maken zinnige mensen een afweging tegenover de gevolgen van het niet volgen van de regel. Soms is het voordeliger om het maar aan te laten komen op een conflict, omdat men verwacht uit dat conflict beter te voorschijn te komen.

Conflicten en de gang naar de rechter

Bij de toename van de bemoeienis van de overheid met het maatschappelijk leven treedt een rolverwisseling tussen burger en overheid op. Vaak geldt dat wanneer de overheid iets regelt, de burger in de positie wordt gebracht dat de nakoming van die regels door het voeren van procedures wordt gerealiseerd. Als de overheid ons land belegt met honderdduizenden bestemmingsplannen en bibliotheken vol bouwvoorschriften, dan mag het geen verwondering wekken dat vervolgens burger A een proces begint voor de rechter waarbij aan de orde is of burger B zich aan al die voorschriften wel houdt. In die situatie wordt van overheidsszijde geklaagd dat het eigenlijk gaat om een conflict tussen burgers, waarbij de ene burger de andere burger slechts tracht te sarren met allerlei procedures. Dit beeld zal soms waar zijn. Maar het blijft staan dat de overheid door inflatie van regels aanleiding geeft tot procederen. Primair moet dus de vraag gesteld worden wat de overheid allemaal geregeld wil zien. Regelgeving wekt onder bepaalde omstandigheden conflicten op waardoor burgers in toenemende mate naar de rechter stappen.

Wanneer moet nu wel en wanneer niet de gang naar de rechter worden gemaakt? In twee gevallen gaan partijen naar de rechter: wanneer zij er samen niet uit komen en wanneer zij voor het bereiken van een bepaald rechtsgevolg aangewezen zijn op de rechter.

Van de tweede categorie vormt de scheiding een voorbeeld: zonder rechtsgeding geen echtscheiding, behalve door de dood. De wetgever kan ervoor kiezen dat bepaalde

gevolgen slechts door tussenkomst van de rechter gerealiseerd kunnen worden. Voor zover een verdachte niet instemt met een transactie, kan een straf alleen via de strafrechter worden opgelegd en de vrijheidsstraf is exclusief afhankelijk van rechterlijke tussenkomst. Hierin komt de bijzondere waarborg tot uitdrukking die in onze rechtsorde aan de tussenkomst van de rechter wordt gehecht. In het burgerlijk recht zijn bepaalde handelingen door de wetgever onverbrekkelijk met de rechter verbonden. Te denken valt aan het personen- en familierecht, de genoemde echtscheiding, doch ook voogdij. De bescherming van bepaalde maatschappelijke waarden (men moet niet net zo gemakkelijk kunnen scheiden als dat men huwt, zeggen politici) en ongelijkheidscompensatie (onder andere minderjarigen) spelen dan een belangrijke rol. De ontbinding van de arbeidsovereenkomst en van de huurovereenkomst via de rechter zijn andere voorbeelden.

Lang niet alle conflicten leiden tot een gang naar de overheidsrechter. De meeste privaatrechtelijke kwesties raken geen publieke belangen en betreffen ook geen situaties van al te sterke ongelijkheid, zodat partijen grote vrijheid hebben om te bepalen hoe zij hun geschillen oplossen. Zij kunnen bij wijze van spreke hun ja/nee-conflict oplossen door te tossen. Zij kunnen een bindend advies vragen aan een door hen aangewezen persoon of zij kunnen al dan niet van te voren overeengekomen arbitrage inroepen.

Aan het voorgaande kan de volgende conclusie verbonden worden: voordat gekeken wordt naar alternatieven voor geschillenbeslechting door de rechter moet gekeken worden naar de hoeveelheid regels en naar de mate waarin die regels conflicten opwekken. Sommige juridische structuren leiden onvermijdelijk tot een gang naar de overheidsrechter. Iemand die in aanmerking wil kunnen komen voor een WW-uitkering moet zijn ontslag aanvechten, de Huurprijzenwet legt het toezicht op het woningonderhoud bij de huurder, die zich voor de rechter kan verzetten tegen een huurverhoging van een slecht onderhouden pand. Echtscheiding kan alleen via de rechter.

Er zijn echter ook andere mogelijkheden. Een interessant voorbeeld van een ontwikkeling die de conflictopwekkende werking van regelgeving kan tegengaan, vormt het consu-

mentenrecht. De Stichting Consumentengeschillen heeft inmiddels voor veel branches bijzondere geschillencommissies ingericht. De kern van de zaak is echter dat voordat een branche in de gelegenheid wordt gesteld om deel te nemen aan deze geschillencommissies eerst de algemene voorwaarden die de branche hanteert, worden doorgelicht. Uitgangspunt is daarbij dat algemene voorwaarden die strijdig zijn met het recht worden geschrapt en dat er uitgegaan wordt van een redelijke verhouding tussen de ondernemer en zijn consument. Pas wanneer de branche accoord gaat met deze ingreep wordt een geschillencommissie in het leven geroepen, die in de vorm van een bindend advies het geschil kan beslechten. Ook de geschillenbeslechting zelf staat echter primair in het teken van redelijk overleg tussen partijen. Het succes van deze vorm van geschillenbeslechting schuilt niet zo zeer in het feit dat niet de rechtsgang voor de overheidsrechter gevolgd wordt, doch dat veel conflicten vermeden worden.

Een soortgelijke ontwikkeling valt te bespeuren in het bestuursrecht. Sinds 1994 geldt op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) als uitgangspunt dat bij een geschil tussen een belanghebbende en een bestuursorgaan, eerst een bezwarenprocedure wordt gevolgd voordat de gang naar de bestuursrechter gemaakt kan worden. Ten overstaan van het bestuursorgaan of – bij voorkeur – een onafhankelijke commissie kan de belanghebbende schriftelijk en mondeling zijn bezwaren kenbaar maken waarna het bestuursorgaan, indien de bezwaren gegrond zijn, tot een herbeoordeling moet komen.

Voorts is in de wet voor het traject van bestuurlijke besluitvorming voor veel besluiten vastgesteld op welke wijze bestuursorganen op een behoorlijke wijze om moeten gaan met de belangen van de betrokkenen. Juist in dit voortraject kan vaak voorkomen worden dat het tot een rechtsstrijd komt. De bezwarenprocedure kan er verder toe bijdragen dat conflicten voorkomen worden of uit de weg geruimd. Voor het geval een gang naar de rechter gemaakt moet worden, ligt er een dossier dat beter geordend is dan wanneer de zaak rauwelings aan de rechter zou zijn voorgelegd. Onderzoek heeft uitgewezen dat de bezwarenprocedure een sterke zeefwerking heeft, met name wanneer de

behandeling door de bezwarencommissie voldoende onafhankelijk is geweest.

Het burgerlijk procesrecht is conflictopwekkend

Het geldende burgerlijk procesrecht is voor een belangrijk deel gebaseerd op processuele gebruiken en vormen die in de vorige eeuw of nog eerder hun oorsprong hebben. De procespraktijk van het burgerlijk proces – met name waar het gaat om de dagvaardingsprocedure – werkt vaak een versterking van het conflict in de hand. Hierbij spelen twee factoren een rol.

In de eerste plaats leidt het burgerlijk procesrecht niet of slechts in beperkte mate tot communicatie van de betrokken partijen. De procespraktijk die gebaseerd is op het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering biedt een partij die de communicatie met de andere partij uitstelt vaak tactische voordelen. De dagvaarding is weinig expliciet en in de conclusie van antwoord houdt de gedaagde partij zich ook op de vlakte. Pas na repliek en dupliek begint zich het debat tussen partijen af te tekenen. Zowel onder rechters als onder advocaten vindt deze procespraktijk, waarbij de rechter in beginsel geen of slechts een bescheiden rol speelt, aanhang. Het burgerlijk proces voltrekt zich traditioneel ten overstaan van een lijdelijke rechter. Door die lijdelijkheid wordt recht gedaan aan de autonomie van partijen (advocaten).

In de tweede plaats leidt het burgerlijk proces tot een sterke juridificering van het conflict. Het proces is niet geconcentreerd op de vraag op welke wijze partijen er in redelijkheid kunnen uitkomen. Partijen graven zich juridisch over en weer in, teneinde te voorkomen dat in een later stadium proceskansen verkeken zijn. Bovendien moeten advocaten zich ten opzichte van hun cliënten vaak indekken. Een advocaat kan aansprakelijk worden gesteld voor het ten onrechte niet innemen of handhaven van een bepaalde processuele opstelling. Het gevolg is dat wanneer de rechter gevraagd wordt om vonnis te wijzen het dossier knap ingewikkeld is geworden.

Het voorgaande beeld is niet helemaal juist. Het is een karikatuur en er zijn rechters die hun taak anders opvatten.

Ook advocaten kunnen een andere benadering kiezen. Waar het echter om gaat is dat het procesrecht zelf weinig *incentives* inhoudt om 'communicatief' te procederen. Daarom is de effectiviteit van procedures afhankelijk van de instelling van rechters, advocaten en partijen. Langs deze weg zijn er zelfs verschillen tussen rechtbanken ontstaan. Inmiddels heeft de Nederlandse Orde van Advocaten in samenwerking met de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak het initiatief genomen om meer effectieve vormen van procederen uit te werken. Daarbij wordt gebruik gemaakt van de ervaringen die zijn opgedaan met de comparitie na antwoord, waarbij de rechter in een redelijk vroeg stadium intervenueert in het debat tussen partijen. Worden voorts hogere eisen gesteld aan de inhoud van de dagvaarding dan bestaat de kans dat het debat tussen partijen meer doelgericht wordt. Een van de kernproblemen van het civiele proces vormt dat partijen een tegengesteld belang hebben. Misschien wil een van de partijen wel een snel proces, terwijl de andere partij winst kan behalen met iedere vorm van uitstel. De tussenkomst van een onafhankelijke derde die kan waken tegen onnodige vertragingen kan dan uitkomst bieden.

Een procesvorm die redelijk effectief werkt is het kort geding, waar partijen zonder uitgebreide schriftelijke voor-procedure ten overstaan van de rechter procederen. Afhankelijk van de instelling van de rechter kunnen zaken geschikt worden. Kenmerkend voor het kort geding is dat veelal ervaren rechters zaken doen, zodat hun deskundigheid kan bijdragen aan een effectieve oplossing van het geschil.

Een ervaringsregel is dat wanneer bekwame rechters zaken in kort geding behandelen zelfs moeilijke en ingewikkelde kwesties vrij snel en eenvoudig opgelost kunnen worden. Zijn dergelijke rechters beschikbaar dan heeft dat een aanzuigende werking: de vraag naar het kort geding neemt sterk toe. Met dit laatste is de paradox van het procederen op het toneel verschenen: naarmate het proces effectiever is en beter beantwoordt aan de functie van conflictoplossende rechtsgang groeit de vraag naar toegang tot de rechter, zodat er vanzelf congestieproblemen optreden.

In de discussie over de effectiviteit van het proces speelt

deze paradox een belangrijke rol. Het proces zou volgens sommigen niet te effectief moeten zijn, omdat er niet genoeg bekwame rechters beschikbaar zijn. Deze benadering berust op een drogreden. De vraag mag niet beïnvloed worden door het leveren van minder kwaliteit, want dan wordt afbreuk gedaan aan de werking van onze rechtsorde. De vraag kan wel door andere middelen beïnvloed worden. Te denken valt aan het prijsmechanisme en aan een toegangsselectie. Ook kan gedacht worden aan het scheppen van voorwaarden voor alternatieven. Met deze opmerking is het spoor getrokken naar het onderwerp *Alternative dispute resolution*.

Bestaande alternatieven

Naar de huidige stand van zaken zijn de volgende alternatieven voor een gang naar de rechter mogelijk. In de eerste plaats de tussenkomst van deskundige juridische adviseurs die in een vroegtijdig stadium onderzoeken of een zaak in der minne geschikt kan worden. Veel advocaten hebben geen procespraktijk doch adviseren, bij voorbeeld over de vormgeving van contracten. In die fase van de advisering kunnen veel problemen voorkomen worden. Overleg tussen juridische adviseurs kan leiden tot een oplossing.

Ons burgerlijk procesrecht kent twee vormen van geschillenregeling buiten de rechter om: bindend advies en arbitrage. Beide mogelijkheden kunnen slechts met instemming van partijen benut worden. Deze instemming kan vooraf gegeven worden – nog voordat er een geschil is – of *ad hoc*. Bij bindend advies wordt een derde aangewezen die een uitspraak doet over hetgeen partijen verdeeld houdt. Het advies wordt geacht deel uit te maken van hetgeen partijen zijn overeengekomen. De nakoming van het bindend advies als zodanig kan in beginsel niet afgedwongen worden, anders dan langs de weg van nakoming van de overeenkomst. Soms zal in kort geding een maatregel gevraagd kunnen worden die het beoogde effect sorteert. Ook kan de schade die voortvloeit uit het niet nakomen van het bindend advies op de nalatige partij worden verhaald. De eerder genoemde consumentengeschillen die opgelost worden via geschillencommissies

vallen onder het bindend advies. In beginsel zijn partijen bij niet vrijwillige nakoming echter steeds op een gang naar de rechter aangewezen.

Dat ligt anders bij arbitrage. In de wet zijn specifieke regels voor arbitrage gegeven. Het arbitrale vonnis vormt in beginsel een gegeven voor partijen. Via een machtiging door de rechter kan het arbitrale vonnis geëxecuteerd worden. Ook internationaal zijn arbitrale vonnissen goed – en vaak zelfs beter dan rechterlijke vonnissen – te executeren. Arbitrage wordt in ons land structureel en professioneel aangepakt door een honderdtal arbitrage-instituten, waar onder het Arbitrage-instituut voor de Bouw naast het Nederlandse Arbitrage Instituut een belangrijke plaats inneemt. Arbitrage neemt nationaal gezien een bescheiden plaats in naast rechtspraak. In internationale verhoudingen wordt in 95% van de gevallen arbitrage toegepast (Geschillen, 1994).

Arbitrage komt in sommige sectoren frequent voor, bij voorbeeld in de bouw. Arbitrage blijkt in de praktijk vaak duurder te zijn dan rechtspraak. De geschillencommissies werken naar verhouding vrij voordelig. De voordelen van arbitrage zijn voor partijen gelegen in de grotere deskundigheid van de arbiters en eventueel in de snelheid en de geheimhouding van het verhandelde. Bij internationaal rechtsverkeer speelt arbitrage een heel belangrijke rol, omdat de onafhankelijkheid van nationale rechters als problematisch wordt ervaren en als gezegd de executie vaak beter gewaarborgd is dan van vonnissen. Arbitrage blijkt vaak echter ook een (zeer) kostbaar alternatief.

ADR

Wat valt onder ADR te verstaan? Er is geen eenvormige definitie van ADR. Indien het tot een geschil tussen twee partijen komt zijn er verschillende wegen waarlangs dat geschil afgerond wordt zonder dat partijen naar de rechter gaan. Naast simpele oplossingen als ‘het erbij laten zitten’ of ‘toegeven’ en eventueel eigenrichting kan gedacht worden aan onderhandelen (*negotiation*), bemiddeling (*mediation*), arbitrage (*arbitration*) en berechting (*adjudication*). De eerste twee vormen zullen in de praktijk onge-

twijfeld vaak voorkomen. Enige inschikkelijkheid in het maatschappelijk verkeer kan veel conflicten oplossen.

Daar staat tegenover dat bij duurzamere relaties door het inslikken van de claim de relatie belast kan worden, zodat eventueel in een later stadium een wat virulenter conflict ontstaat. Aan de andere kant moet worden vastgesteld dat met name op het terrein van het consumentenrecht – waar miljoenen transacties per jaar plaatsvinden – veel conflicten voorkomen worden juist vanwege de klantenbinding en de goede naam. Een afdeling klantenservice die in ruime mate goederen retour neemt, ‘niet goed geld terug’-garanties en dergelijke werken sterk conflictbeperkend. Fabrikanten gaan er steeds vaker toe over slechte producten onmiddellijk terug te nemen en actieve voorlichting te geven. Ieder geschil is dan op voorhand uitgesloten.

Inschikken of toegeven kan ook afgedwongen worden door een situatie van overmacht te creëren. Het faillissement van de tegenpartij kan worden aangevraagd, of er kan beslag worden gelegd waardoor het voor de andere partij moeilijk of onmogelijk wordt om verder te handelen. In die situatie kan een betaling of andere prestatie afgedwongen worden die anders wellicht bestreden zou zijn.

Eigenrichting is in beginsel niet toegestaan, in die zin dat de daad van eigenrichting onrechtmatig is. In het maatschappelijk verkeer komen er echter vele vormen van ‘zelfhulp’ voor die niet onrechtmatig zijn, doch die in feite erop neerkomen dat een partij zich hetgeen kan verschaffen waarop hij recht heeft.

Sommige vormen zijn direct in de wet geregeld, bij voorbeeld hypotheek. Ook in de sfeer van het stille pandrecht en sommige *lease*-constructies wordt in feite geanticipeerd op de afwikkeling van een eventueel conflict. De wijze waarop dat dan gebeurt is veelal in het nadeel van een der partijen. Andere voorbeelden van situaties waarin conflicten door eenzijdig handelen oplosbaar zijn gemaakt, vinden we in het retentierecht van onder andere de repareur: zolang de rekening niet betaald is worden de auto-sleuteltjes niet afgegeven.

Wackie Eysten komt tot een driedeling van ADR, waarbij de voorgaande vormen (inschikken, toegeven en eigen-

richting) tot de eerste categorie worden gerekend. De tweede categorie wordt gevormd door bemiddeling door een derde. De derde categorie wordt gevormd door arbitrage en berechting (Wackie Eysten, 1994, p. 1162).

De bemiddeling door een derde kan verschillende vormen hebben. Het kan gaan om een informele procesvorm van twee partijen tegenover een derde, het kan ook gaan om een vorm van *mediation* waarbij een soort pendeldiplomatie wordt bedreven. Kern van de zaak vormt de communicatie van partijen die verstoord is en die weer op gang moet worden gebracht teneinde hen te laten instemmen met een uitkomst, althans een bepaalde door een derde aangereikte uitkomst niet onaanvaardbaar doet zijn. Hiervoor kunnen vooraf procedures en protocollen worden vastgelegd, ook kan *ad hoc* een bepaalde procedure aanvaard worden door partijen. Het Nederlandse Arbitrage Instituut heeft inmiddels het initiatief genomen om ook een *mini trial* reglement op te stellen en er is een Nederlands Mediation Instituut opgericht. Deze initiatieven wijzen erop dat het onderwerp de praktijk niet onberoerd laat.

ADR en het proces

Ons burgerlijk procesrecht vormt uit het oogpunt van communicatie een rampscenario. Zowel de dagvaarding als de conclusiewisseling die daarop volgt is niet gericht op informatie uitwisseling en een uitnodiging tot overleg. De dagvaarding leidt er ook niet toe dat op korte termijn de rechter als derde tracht partijen uit hun conflict te helpen. Het proces is ingericht als een bureaucratie. De tegenstelling wordt op papier gezet en als een dossier daarna gedurende maanden heen en weer geschoven. Eerder is aandacht gevraagd voor een andere benadering van het procesrecht. De vraag kan echter gesteld worden in hoeverre het de taak van de rechter is om te bemiddelen tussen partijen.

In beginsel heeft de rechter tot taak om geschillen te beslechten door een autoritaire uitspraak te doen over de gelding van het recht. De rechter mag geen bemiddelend vonnis geven. De rechter moet het recht toepassen en daarbij draagt hij de blinddoek van Justitia; hij mag slechts

kijken naar hetgeen partijen (de stukken) aan hem voorleggen. De rechter mag ten gronde slechts de vordering beoordelen en toewijzen of afwijzen: een middenweg is daarmee niet gegeven.

In het burgerlijk procesrecht geldt zelfs als uitgangspunt – als beginsel – dat de rechter gebonden is aan hetgeen partijen aan hem voorleggen, ook al is dat volledig in strijd met de waarheid. Zo beschouwd is het aan rechtspraak vreemd om methoden van alternatieve geschillenbeslechting in het proces in te bouwen. Daargelaten de vraag of dit uitgangspunt van beschouwing (de taak van de rechter als lijdelijk rechter) gehandhaafd moet worden (ik kom tot een ontkenning) mag niet uit het oog verloren worden dat de geschillen*beslechtende* functie van rechtspraak niet verwaarloosd mag worden: *Justitia hanteert een zwaard*.

Zo beschouwd zijn er twee vragen. Ten eerste in hoeverre ADR *vooraf* kan gaan aan rechtspraak en in de tweede plaats in hoeverre ADR *in de plaats kan treden* van rechtspraak. Beide vragen zijn in zoverre eenvoudig te beantwoorden dat in beginsel ADR de gang naar de rechter niet uitsluit, zij het dat bij arbitrage de betekenis van de tussenkomst van de rechter nog slechts zeer beperkt is. Voor zover ADR niet leidt tot een binding van partijen aan het oordeel van een derde zonder dat zij daarmee expliciet instemmen, houdt ADR een weg in om te schikken. Geeft een derde bij ADR een oordeel dan heeft de rechter een toetsende of aanvullende taak. De rechter controleert de eventuele binding aan het gegeven advies en de juistheid van de procedure (arbitrage).

ADR voorafgaand aan rechtspraak

De kans dat consumentengeschillen worden voorgelegd aan de rechter wordt steeds kleiner naarmate deze geschillen steeds effectiever door geschillencommissies worden opgelost. Aan rechtspraak kleven nadelen wat betreft complexiteit² (toegankelijkheid), duur en kosten,

2 Consumentengeschillen worden in de regel aanhangig gemaakt bij de kantonrechter. Zie over de toegankelijkheid van die procedure A. Klijn, C. Couzijn en G. Paulides, *De civiele procedure bij de kantonrechter*, Den Haag, ministerie van Justitie, WODC 134, 1994.

die belanghebbenden vrij snel zullen doen kiezen voor deze vorm van ADR. Hiermee is het basisprincipe blootgelegd: als er een aantrekkelijk alternatief geboden wordt dan zal de weg naar de rechter niet bewandeld worden. Bovendien geldt dat naarmate de procedure zorgvuldiger is, de achteraf toetsende taakvervulling door de rechter minder zal worden ingeroepen.

Voorwaarde voor de ontwikkeling van ADR als aantrekkelijk alternatief voor rechtspraak lijkt mij institutionalisering. Als illustratie kan de Stichting consumentengeschillen genoemd worden, die per bedrijfstak een geschillenregeling en een geschillencommissie beschikbaar heeft. Als partijen dit achteraf allemaal zouden moeten uitdenken, dan komt het er ook niet of moeilijk van. Uit dit oogpunt moet het bestaan van het Nederlands Arbitrage Instituut en de oprichting van een Nederlands Mediation Instituut worden toegejuicht.

Ook kennisvergroting bij de advocatuur en andere juridische adviseurs van ADR-mogelijkheden en -vaardigheden kan een bijdrage leveren tot een effectieve inzet van ADR. Als voorbeeld kan worden genoemd de inzet van mediators die een vorm van pendeldiplomatie bedrijven. Belangrijk is dan echter ook dat de voorwaarden waaronder gewerkt wordt, steeds vaststaan. *Mediation* kan gepaard gaan met geheimhouding door de mediator in de fase dat uiteindelijk partijen toch tot een proces komen. Consensus zal moeten bestaan over de vastlegging van die geheimhouding. Dit kan in de vorm van contract en voorts kan gedacht worden aan een regel in de gedragscode voor advocaten.

Bemiddeling kan heel waardevol zijn, niet alleen om geschillen op te lossen, doch ook bij voorbeeld om geschillen oplosbaar te maken: wel oplosbare onderwerpen worden uit de weg geruimd, zodat uiteindelijk een vrij helder geschil overblijft dat aan de rechter wordt voorgesteld, omdat daarover een rechtsbeslissing noodzakelijk is. In principiële zaken kan ook een strak geregisseerde procestactiek worden afgesproken, zodat met sprongcasatie en eventueel via een kort geding een geschil wordt aangepakt. In de praktijk komen dergelijke afspraken ook voor.

ADR in plaats van rechtspraak

Als ADR slaagt dan wordt geen gang naar de rechter gemaakt. Deze substitutie kan berusten op de positieve *incentives* die van de ADR-mogelijkheid uitgaan en/of de negatieve *incentives* die van rechtspraak uitgaan. In zoverre is er sprake van een min of meer vrije keuze. De vraag kan gesteld worden in hoeverre er (van overheidswege) dwang kan worden uitgeoefend om voor ADR te kiezen.

Als uitgangspunt heeft het recht op toegang tot de rechter te gelden, zoals dat in artikel 6 van het EVRM is vastgelegd. Dit recht betekent dat ter zake van de vaststelling van *civil rights and obligations* iemand die in een rechtsgeschil is verwickeld het recht heeft om zijn zaak aan een onafhankelijk overheidsrechter voor te leggen die binnen redelijke termijn een bindende uitspraak moet geven. De kosten van de toegang tot de rechter en de kosten van de rechtshulp mogen geen onoverkomelijke barrière vormen. Dit recht impliceert tevens dat de uitsluiting van het recht op toegang tot de rechter slechts met uitdrukkelijke instemming van een der partijen kan plaatsvinden. Het staat ook de wetgever niet vrij om in welke vorm dan ook het recht op toegang tot de rechter uit te sluiten. Zo is het bij voorbeeld onmogelijk dat de wetgever zou verplichten tot arbitrage of bindend advies.

Tussenvormen zijn wel denkbaar. Ik noem als voorbeeld de consumentengeschillen. De wetgever zou kunnen bepalen dat een onderneming met een bepaalde minimumomzet aan consumentengoederen verplicht is om een bepaalde vorm van geschillenbeslechting door geschillencommissies mogelijk te maken. Wordt dit nagelaten dan draagt die onderneming in beginsel de proceskosten en is een extra hoog griffierecht verschuldigd wanneer de zaak voor een rechter wordt gebracht. Ik trek hier een parallel met het bestuursrecht, waar een verplichte bezwarenprocedure is ingevoerd. Voor consumentengeschillen zou de geschillenbeslechting langs de weg van bindend advies als uitgangspunt kunnen gelden. Het recht op toegang tot de rechter mag dan echter niet in gevaar worden gebracht.

Als gezegd gaat het hier om een vorm van bindend advies

en niet om arbitrage. Voor arbitrage is het een complicatie dat de wetgever een verplichte arbitrageregeling in algemene voorwaarden die tegenover consumenten wordt gehanteerd als onredelijk bezwarend heeft aangemerkt, zodat langs die weg arbitrage niet afgedwongen kan worden. Aan deze keuze van de wetgever zou ik niet willen tornen, omdat arbitrage de toegang tot de rechter zeer sterk beperkt. Voor consumenten is het vrijwel onmogelijk om buiten de algemene voorwaarden om te contracteren.

Voorts kan worden vastgesteld dat sommige onderwerpen van burgerlijk recht geen arbitrage of bindend advies toelaten, omdat het openbaar belang of een bepaald publiek belang ermee gemoeid is. Te denken valt aan het personen- en familierecht. De benoeming van een voogd vindt plaats door de rechter en arbitrage en dergelijke zijn dan uitgesloten. De wetgever hanteert hiervoor als grens dat het rechtsgevolg ter vrije beschikking van partijen staat. Deze grensbepaling berust ten dele op politieke keuzes. Echtscheiding zou bij voorbeeld via scheidingsbemiddeling kunnen leiden tot een eenvoudige registratie door de ambtenaar van de burgerlijke stand.

Conclusie

ADR vormt niet een eenvormig alternatief voor rechtspleging. Sommige onderwerpen lenen zich niet voor een uitsluiting van de toegang tot de rechter. Als uitgangspunt geldt dat aan het recht op toegang tot de rechter gestalte moet worden gegeven en dat afhankelijk van de aard van de verschillende maatschappelijke verbanden waarin conflicten opgelost moeten worden, gestreefd kan worden naar aantrekkelijke alternatieven voor overheidsrecht-spraak. Onjuist is het om alleen financiële prikkels in te bouwen die 'de markt' richting alternatieve geschillenbe-slechting kan drijven. In rechtspraak komt een specifieke overheidstaak tot uitdrukking die net als wetgeven wezens-bepalend is voor de staat. Door rechtspraak ontwikkelt zich onze rechtsorde. Die taak kan niet overgenomen worden door alternatieve geschillenbeslechtters.

Belangrijk is aandacht te schenken aan het voortraject. In de eerste plaats speelt de vraag wat de overheid allemaal

wil regelen. Iedere regel kan conflicten opwekken. Daarom moet iedere wetgever kritisch staan tegenover de productie van regels. Tot nu toe blijkt dit een onmogelijke opgave te zijn geweest. Daar ligt primair de oorzaak van de problemen met de rechtspleging.

Voorts moet in de rechtspraktijk veel aandacht geschonken worden aan methoden om conflicten te voorkomen. Goede algemene voorwaarden, goede contracten, goed overleg, klachtenregelingen, klantenservice, aandacht voor het zuiver houden van duurzame relaties vormen basale methoden om geschillen te voorkomen. Verder is het van belang te waken voor juridisering van de samenleving. Als veel geregeld wordt door regelgevers ontstaat de idee dat het recht overal een oplossing voor kan bieden, hetgeen beslist onwaar is. Bovendien ontstaat in de samenleving een hang naar het op het scherp van de snede bepalen van rechten en plichten. Het maatschappelijk gevoel wordt gesubstitueerd door een overgeprikkeld rechtsgevoel. Ieder onheil wordt afgewenteld op de ander en op de overheid in het bijzonder. De procespraktijk in de Verenigde Staten waar alles en iedereen aansprakelijk wordt gesteld voor van alles en nog wat – waarbij naar menselijke maatstaven onbevattelijke schadevergoedingen uit de bus rollen – vormt hiervan een ziekelijke illustratie. Juist daarom worden hoogst gecompliceerde processen gevoerd, die maatschappelijk ontwrichtend werken.

Waar vormt *Alternative dispute resolution* dan een alternatief voor? Voor overjuridisering van de samenleving of voor Amerikaanse toestanden? De kern van de zaak vormt differentiatie. Voor sommige kwesties vormt ADR een goede uitkomst, terwijl andere zaken uitgeprocedeerd moeten worden voor de overheidsrechter. ADR vormt zo beschouwd geen alternatief, doch een aanvulling op ons stelsel van rechtsbeschermingsmogelijkheden.

Literatuur

Berends, M.

*Geschillenbeslechteers, de
advocatuur door een andere bril
bekeken*
Groningen, 1993

Brown, H.J., A.L. Marriott

ADR principles and practice
Londen, 1993

Geschillen

*Geschillen beslechten buiten de
rechter*
Recht vooruit, november 1994, pp
4-8

Jagtenberg, R.W., A.J. de Roo

De A van ADR
Nederlands juristenblad, 1995, pp
81 e v

Minkjan, E.E.

Het kan ook anders, ADR
Advocatenblad, special Efficiency in
het geding, 1993, pp 470 e v

Wackie Eysten, P.A.

De opmars van ADR
Nederlands juristenblad, 1994, pp
1161 e v