

Mediation in plaats van civiele geschilbeslechting door de rechter

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

1. INLEIDING

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

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

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

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

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

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

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

4. Officiële naam: Landelijk project Mediation Rechterlijke Macht.

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

2. TWEE PERSPECTIEVEN

A. Een juridische geschilbeslechting

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13. Wel kan de mediator partijen soms inzicht geven in de toepasselijke (rechts)regels of wijzen op de noodzaak inhoudelijk advies aan een derde te vragen. Dit is de evaluatieve mediationvorm.
14. W.L. Ury, J.M. Brett & S.B. Goldberg, *Getting Disputes Resolved, Designing Systems to Cut the Cost of Conflict*, Cambridge Mass.: Pon Books, Harvard Law School 1993, p. 3-19.
15. R.J. Lewicki, D.M. Saunders & J.W. Minton, *Negotiation*, Boston: Irwin McGraw-Hill 1999, p. 115-116.
16. Voorbeeld ontleend aan Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller, a.w. (noot 8), p. 22-23.

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

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

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

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

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

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

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

3. CIVIELE GESCHILLEN: WANNEER MEDIATION, WANNEER RECHTSPRAAK?

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

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

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

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

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

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

22. Voor meer complexe zaken wordt soms ook gekozen voor hybride ADR-vormen als bijvoorbeeld med-arb en minitrial. Zie daarover o.a. Brown & Marriott, a.w. (noot 1), p. 147-149 (nrs. 7-106 t/m 7-117) resp. p. 362-364 (nrs. 16-038 t/m 16-050).
23. Brown & Marriott, a.w. (noot 1), p. 32-42.
24. Zie H. Genn, The Central London County Court Pilot Mediation Scheme. Evaluation Report, The Lord Chancellor's Department Research Programme Research Series No. 5/98, July 1998.
25. Vgl. Brown & Marriott, a.w. (noot 1), p. 189-191. Ook op het Europese continent neemt het belang van ADR als (privaatrechtelijke) geschiloplossingsmethode overigens in snel tempo toe. Voor meer informatie over de verdere Europese ADR-ontwikkelingen wil ik hier volstaan met een verwijzing naar twee grondig gedocumenteerde sites, in Duitsland: www.WennZweiSichStreiten.de, in Frankrijk: www.juripole.u-fancy.fr.80/braudio/arbmed/droit-interne/fr-adr.html.
26. Vgl. ook J.B.M. Vranken, De radicale vernieuwing van het civiele procesrecht in Engeland en Wales, NJB 1999, p. 1879 e.v.
27. Zie o.a. Rule 1.4 (2) sub e new Civil Procedure Rules, dat de rechter verplicht tot 'encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure'. Van verschillende kanten wordt benadrukt dat als het nieuwe civiele stelsel goed wil kunnen functioneren, ADR daarin een belangrijke rol moet kunnen spelen, zie o.a. Brown & Marriott, a.w. (noot 1), p. 29-32.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

36. Vgl. noot 6.

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

4. DE MEDIATION-PROCEDURE; HOOFDLIJNEN³⁸

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

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

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

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

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

39. Zie noot 13.

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

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

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

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

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

onderhandelen, Amsterdam: Business Contact 2001).

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

44. Zie hierna, paragraaf 4 sub c.

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

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

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

B. Structuur en methodieken

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. De rol van het recht bij mediation

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

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

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

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

51. Zie ook paragraaf 2 sub b.

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

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

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

5. AFRONDING

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

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

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

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

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

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