



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## ADR in de geschilbeslechtingsdelta

Velthoven, B.C.J. van

### Citation

Velthoven, B. C. J. van. (2005). ADR in de geschilbeslechtingsdelta. *Elsa Magazine*, 5(3), 30-36. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15811>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15811>

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

## ADR in de geschilbeslechtingdelta

### Inleiding

Alom in de wereld wordt door rechtzoekenden geklaagd dat het (civiele) procesrecht inefficiënt is en slechts zeer ten dele beantwoordt aan wat ervan verwacht mag worden. Kort samengevat komt de kritiek erop neer dat (1) gerechtelijke procedures te duur zijn, (2) te lang duren, en (3) te ingewikkeld en formalistisch zijn.<sup>2</sup> Deze kritiek heeft enerzijds geleid tot een roep om wijzigingen in de organisatie van de rechtspraak en om herziening van het procesrecht, maar heeft anderzijds ook meer aandacht doen ontstaan voor alternatieve vormen van conflicthantering, samengevat onder de term *ADR*.

In de Nederlandse justitiële beleidsstukken van vandaag de dag wordt in dat verband met name *mediation* naar voren geschoven.<sup>3</sup> Deze vorm van ADR wordt gezien als een bruikbaar en nuttig instrument voor het ontlasten van de rechterlijke macht. Daarnaast wordt mediation ook voor de rechtzoekenden interessant geacht. Doordat partijen niet met elkaar in de slag hoeven op basis van juridische argumenten, zou er meer ruimte ontstaan voor inhoudelijk overleg op basis van wat partijen werkelijk bindt en verdeeld houdt. Doordat hun procesvertegenwoordigers en de rechter het conflict niet van hun overnemen, houden de partijen zelf de verantwoordelijkheid voor de oplossing van hun geschillen. En door de minder formele procesgang en de grote eigen inbreng herkennen partijen zich ook eerder in het uiteindelijke resultaat en hebben daar sneller vrede mee. Al met al kan dus worden verwacht dat mediation een bijdrage kan leveren aan een betere en duurzamere oplossing van conflicten in de samenleving.<sup>4</sup>

Met het van overheidswege propageren, stimuleren en subsidiëren van mediation is er inmiddels een nieuwe (deel)markt voor rechtshulp en geschiloplossing aan het ontstaan. Die nieuwe markt vormt een potentiële bron van concurrentie voor gevestigde rechtshulpverleners (denk aan advocaten en notarissen), en opent nieuwe mogelijkheden voor niet-juridische beroepsgroepen (zoals psychologen en andere procesbegeleiders). Wie de ontwikkelingen vanaf de zijlijn volgt, ziet hoe de strijd om de bewerking en de afbakening van de markt is ontbrand. De organisatoren van cursussen, conferenties, studie- en praktijkdagen verdienen goed geld aan de om-, her- en bijscholing van aankomende mediators. Onder het motto van kwaliteitsborging zijn de rechtshulpverleners en hun beroepsorganisaties druk in de weer om deze nieuwe markt voor zichzelf te claimen en af te grenzen voor al te opdringerige buitenstaanders.<sup>5</sup> En, gelukkig voor de nationale bureaucratie, moeten er allerlei dingen nader geregeld worden.<sup>6</sup>

Die ontwikkelingen aan het justitiële en juridische front roepen de vraag op wat er eigenlijk bekend is over de mogelijke betekenis van ADR bij de afhandeling van civiele en bestuursrechtelijke geschillen. We (de samenleving, Justitie, de betrokken beroepsgroepen) kunnen ons op papier wel rijk rekenen, maar hoe zit het in de praktijk? Ingeval van geschillen kunnen er immers ook nog andere wegen bewandeld worden dan die naar de rechter of ADR. In deze bijdrage wil ik de rol van ADR nader belichten vanuit sociaal-wetenschappelijk perspectief. In de eerste plaats zal ik wat cijfers op een rijtje zetten omtrent het huidige marktaandeel van ADR. Vervolgens zal

ik een schets geven van het afwegingsproces dat aan de keuze van een geschil-oplossingsstrategie ten grondslag ligt. Die schets biedt de aanknopingspunten om te filosoferen over de ruimte voor en effecten van een verdere uitbouw van ADR. Ik teken daarbij aan dat mijn uiteenzetting in sterke mate gebaseerd zal zijn op het recente WODC-onderzoek naar de samenhangen in de Nederlandse "geschilbeslechtingdelta".<sup>7</sup>

### **Kwantitatieve verhoudingen**

Laten we om te beginnen eens kijken naar het huidige gebruik van ADR, in absolute aantallen en in verhouding tot het aantal geschillen.

Daarbij doet zich onmiddellijk het probleem voor dat het CBS wel jaarlijks officiële statistieken publiceert met betrekking tot alle gerechtelijke procedures, maar niet van de via ADR behandelde zaken. Gelukkig is echter uit andere bron<sup>8</sup> bekend dat via arbitrage jaarlijks zo'n 2.000 zaken worden afgedaan, via bindend advies (m.n. de geschillencommissies inzake consumentenaangelegenheden) zo'n 4.000 zaken, en via mediation zo'n 5.000 zaken.

Dat lijken op zich wellicht substantiële aantallen, maar ze vallen bijna in het niet in vergelijking met de aantallen gerechtelijke procedures. Zo werden in 2003 in de civiele rechtspraak bijna 700.000 zaken afgedaan en daar komen dan nog bijna 70.000 zaken door bestuursrechtelijke colleges bij.<sup>9</sup> Zo bezien, is het marktaandeel van ADR op dit moment nog geen 1½ %.

Tegen deze becijfering kan echter worden aangevoerd dat er appels en peren worden vergeleken. Als we een beter zicht op het marktpotentieel willen krijgen, dienen we het beeld in ten minste twee opzichten bij te stellen.

Ten eerste dienen we ons te realiseren dat de rechtspraak verschillende functies heeft. Blankenburg<sup>10</sup> heeft in dat verband een zeer bruikbare typologie ontworpen. Hij onderscheidt vier hoofdcategorieën, door enerzijds te kijken naar de mate waarin de uitkomst van een rechterlijke interventie bij voorbaat vaststaat, en anderzijds naar de mate waarin partijen gezamenlijk belang hebben bij de rechterlijke interventie. De vier hoofdfuncties zijn:

- a. de rechtdoorzettingsfunctie, wanneer partijen tegenstrijdige belangen hebben, maar de uitkomst bij voorbaat vaststaat (denk aan het verkrijgen van een executoriale titel bij een incassoprocedure);
- b. de quasi-notariële functie, wanneer partijen het inhoudelijk eens zijn, maar een formele bekrachtiging van hun afspraken nodig hebben (denk aan echtscheiding in goed overleg);
- c. de bemiddelingsfunctie, wanneer de uitkomst niet vanzelfsprekend is, maar partijen een gemeenschappelijk belang hebben bij een oplossing, zodat ze met elkaar verder kunnen;
- d. de beslissingsfunctie, wanneer de partijen tegenover elkaar staan en een derde nodig hebben die gemotiveerd de knoop doorhakt.

Vervolgens rijst de vraag hoe de relatieve betekenis van deze functies kan worden bepaald. Reiling<sup>11</sup> heeft een poging ondernomen voor de civiele rechtspraak, door bepaalde groepen zaken op basis van inhoud en wijze van afdoening – tentatief – toe te rekenen aan de genoemde functies. Dat leverde de volgende verhoudingscijfers op:

- a. voor de rechtdoorzettingsfunctie 38% (uitgaande van het aantal verstekzaken);

- b. voor de quasi-notariële functie 38% (uitgaande van de verzoeken tot echtscheiding, ontbindingen van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:685 BW en familiezaken in de sector kanton);
  - c. voor de bemiddelingsfunctie 12% (uitgaande van de handelszaken afgedaan zonder uitspraak); en
  - d. voor de beslissingsfunctie 12% (uitgaande van de zaken op tegenspraak).
- Afgaande op de typologie van Blankenburg lenen de eerste twee categorieën zich niet of nauwelijks voor vormen van ADR, zoals mediation. Zouden we die twee categorieën, samen driekwart van het totaal, buiten beschouwing laten,<sup>12</sup> dan komt het marktaandeel van ADR er met zo'n 5 à 6% ineens veel florissanter uit te zien.

De tweede kanttekening wijst in tegengestelde richting. Slechts een klein deel van de juridische problemen in de samenleving belandt namelijk bij de rechter. Wanneer we het eerder genoemde aantal van 770.000 gerechtelijke procedures anno 2003 in verband brengen met de omvang van de bevolking, wekt dat de suggestie dat jaarlijks hoogstens 1 op de 17 inwoners van 15 jaar en ouder met civiel- of bestuursrechtelijke problemen te maken krijgt. En dat is ver bezijden de waarheid. In het kader van het onderzoek naar de Nederlandse "geschilbeslechtingdelta" heeft het WODC begin 2003 een enquête gehouden onder 3.516 respondenten. Liefst 37% van de deelnemers bleek in het voorafgaande jaar één of meer niet-triviale civiel- of bestuursrechtelijke problemen te hebben ondervonden, met een gemiddelde van 2 problemen per persoon.<sup>13</sup> Hogen we deze getallen op tot nationale totalen, dan kunnen we concluderen dat de gezamenlijke Nederlandse burgers jaarlijks met ruim 9 miljoen juridische problemen worden geconfronteerd.

Zetten we deze schatting van de jaarlijkse omvang van de juridische problematiek in de samenleving vervolgens af tegen het totaal aantal van 11.000 via arbitrage, bindend advies en mediation afgedane zaken, dan blijkt de rol van ADR geheel in het niet te vallen. En dan hebben we de juridische problemen tussen rechtspersonen onderling nog niet eens meegenomen, omdat daarvoor bruikbare cijfers (vooralsnog) ontbreken.

Dat buitengewoon geringe marktaandeel geeft te denken, omdat arbitrage en bindend advies toch al een behoorlijke geschiedenis hebben. Maar het suggereert tegelijkertijd dat er voor mediation als nieuwe loot aan de ADR-boom een fors groeipotentieel bestaat.

### **Geschiloplossingsstrategieën**

Om te bezien welke rol mediation zou kunnen spelen in de oplossing van geschillen, bladeren we wat verder in de reeds aangehaalde WODC-studie naar de samenhangen in de Nederlandse "geschilbeslechtingdelta". In die studie is niet alleen nagegaan of en in welke mate burgers juridische problemen ondervinden, maar ook wat ze ondernemen om die problemen aan te pakken en op te lossen.

In navolging van, onder andere, Genn<sup>14</sup> worden de volgende drie keuzes als kernelementen van een geschiloplossingsstrategie onderscheiden:

- actie ondernemen of niet;
- deskundige hulp inschakelen of niet; en

- een derde een beslissing laten nemen dan wel overeenstemming proberen te bereiken met de wederpartij.

In een eerste reactie op problemen en conflicten kunnen mensen ervoor kiezen om wel of geen actie te ondernemen. *Passieven* ondernemen niets om het probleem op te lossen: zij zoeken zelf geen contact met de tegenpartij, vragen geen advies of hulp, en worden ook niet door (acties van) de tegenpartij "gedwongen" om wat aan of met het probleem te doen. De overigen vormen de actieven.

De groep van actieven kan op zijn beurt worden onderverdeeld in doe-het-zelvers en gebruikers van rechtshulp. *Doe-het-zelvers* ondernemen actie zonder advies of hulp te vragen aan deskundigen; *rechtshulpgebruikers* gaan wel te rade bij deskundige personen of instanties. Daarbij dient bedacht te worden dat het geven van rechtshulp, met uitzondering van procesvertegenwoordiging, niet is voorbehouden aan advocaten. Er is een grote verscheidenheid aan personen en instanties waar een burger met een juridisch probleem voor advies en hulp terecht kan. Denk aan sociaal raadslieden, het Juridisch Loket, wetswinkels, vakbonden, rechtsbijstandverzekeraars, consumentenorganisaties, rechtskundig adviesbureaus, deurwaarders enzovoort. Afhankelijk van het soort instantie en het soort probleem geven deze instellingen zelf meer of minder vergaande rechtshulp. Maar ze spelen ook een belangrijke rol in de eerste lijn, doordat ze de rechtzoekende (door)verwijzen naar een passender adres.

De actieven, zowel doe-het-zelvers als rechtshulpgebruikers, kunnen hun geschil in een *officiële procedure* voorleggen aan een derde persoon of instantie, die beslissingsbevoegdheid heeft of krijgt in het geschil. Denk aan de rechter of de huurcommissie. Zodra eenmaal een officiële procedure is gestart, kunnen partijen ervoor kiezen om die procedure door te zetten totdat de bevoegde derde (eventueel in beroep) een *beslissing* heeft genomen. Wanneer beide partijen zich vervolgens neerleggen bij die beslissing, vormt deze het *eindpunt* van het geschiloplossings-traject.

Maar een geschiloplossingstraject kan ook anders eindigen. Partijen kunnen namelijk via overleg buiten een procedure om overeenstemming (proberen te) bereiken. Bij zo'n poging om de zaak in der minne te schikken, kan eventueel een derde – zoals een buurman, de dominee of een rechtshulpverlener – een bemiddelende rol spelen. Partijen kunnen ook beginnen aan of doorgaan met overleg, nadat eenmaal een officiële procedure in gang is gezet. Leidt dat overleg tot overeenstemming, dan kan de procedure altijd nog worden ingetrokken of stopgezet. Het is zelfs denkbaar dat partijen pas in overleg treden of het overleg opnieuw oppakken, nadat de beslissing in de officiële procedure is gevallen. Wellicht waren de posities van beide partijen juridisch zo onduidelijk, dat op basis daarvan vruchtbaar overleg eerder niet mogelijk was. Wellicht ook viel de beslissing voor een van de partijen zo slecht uit, dat hij in nader overleg nog probeert te redden wat er te redden valt. Hoe dan ook, wanneer partijen erin slagen om elkaar in hun onderling overleg, met of zonder de hulp van een bemiddelende derde, te vinden, kan het resultaat worden aangeduid als *overeenstemming*.

Tot slot, een geschiloplossingstraject hoeft niet te eindigen met een beslissing of een vorm van overeenstemming. Als een actieve rechtzoekende op enig moment tijdens het geschiloplossingstraject tot de conclusie komt dat de andere partij onvoldoende meewerkt en dat het succes van het starten of doorzetten van een procedure onvoldoende zeker is, kan hij ervoor kiezen om het geschil te laten voor wat het is. Dit kan zich uiten in het staken van het overleg, het nalaten van verdere

stappen of het royeren van een officiële procedure. In deze gevallen kan korthedshalve van laten of *slikken* worden gesproken.

## Het keuzeproces

Het voorgaande heeft, voorzover dat nog nodig was, duidelijk gemaakt dat iemand met een juridisch probleem een veelheid aan mogelijke oplossingstrajecten kan bewandelen. Vanuit sociaal-wetenschappelijk perspectief is van belang of de keuze van de oplossingsstrategie wordt geregeerd door het toeval, of dat er een lijn in zit doordat individuen, al was het maar enigszins, doelgericht te werk gaan.

Stel dat we het geschiloplossingsproces opvatten als een reeks van achtereenvolgende beslismomenten (wel/geen actie, wel/geen hulp, welke vorm van hulp, enzovoort). Dan kan het geschiloplossingsproces worden weergegeven als een boom met vertakkingen, de zogenaamde beslissingsboom.<sup>15</sup> Elke vertakking in de boom staat voor een beslismoment, en de zijtakken die van daar ontspringen beelden de alternatieven uit die op dat moment voor de rechtzoekende openstaan. Bij elke vertakking opnieuw moet de rechtzoekende zijn richting bepalen. Het totaal van de achtereenvolgende keuzes bepaalt waar hij uiteindelijk terechtkomt.

Volgens dit beeld moet de rechtzoekende die met een juridisch probleem wordt geconfronteerd, aan het begin van de beslissingsboom voor de eerste keer een richting bepalen. Die keuze is mede beslissend voor het eindresultaat, het kan zijn doordat de weg wordt geopend naar bepaalde oplossingstrajecten, doordat er juist oplossingstrajecten worden afgesloten, of doordat er onherroepelijke kosten moeten worden gemaakt. Een verstandige burger zal dan ook, zodra zich een rechtsprobleem voordoet,

1. zich een beeld proberen te vormen van de totale beslissingsboom, met alle mogelijke vertakkingen, die voor zijn probleem van toepassing is;
2. voor elk mogelijk eindpunt een schatting proberen te maken van de te verwachten baten en van de kosten op weg daarheen;
3. bepalen bij welk eindpunt het saldo van baten en kosten het gunstigste is; en
4. bij de eerste aftakking in de delta de richting kiezen die leidt naar het beste eindpunt.

Nadat de rechtzoekende aldus bij de eerste vertakking een richting is ingeslagen, herhaalt het keuzeproces zich bij elke volgende vertakking. Een verstandige burger zal dan steeds opnieuw de stappen 1 tot en met 4 doorlopen. Het kan immers zijn dat de ingeslagen weg naar het beoogde eindpunt bij nader inzien toch moet worden bijgesteld. Denk aan de ingeschakelde rechtshulp die intussen nieuwe informatie heeft aangereikt, wellicht zijn de omstandigheden intussen gewijzigd, of is de uitspraak op het bezwaarschrift anders uitgevallen dan verwacht.

Het sociaal-wetenschappelijke uitgangspunt dat burgers doelgericht te werk gaan, impliceert dus niet dat elk oplossingstraject perfect voorspelbaar is. Burgers zijn nu eenmaal niet perfect geïnformeerd, maken fouten, leren bij. Anderzijds is het aannemelijk dat een oplossingstraject niet willekeurig wordt gekozen, maar dat de rechtzoekende zich - tot op zekere hoogte - laat leiden door het scala aan alternatieve oplossingstrajecten dat beschikbaar is voor het probleem in kwestie, en door het saldo van de (verwachte) baten en kosten van de verschillende oplossingstrajecten.

## Empirische gegevens met betrekking tot keuze oplossingstraject

In het WODC-onderzoek is aan de hand van de met de enquête verzamelde gegevens nagegaan

1. in welke mate rechtzoekenden in Nederland gebruik maken van de verschillende denkbare oplossingstrajecten, en
2. in hoeverre het keuzegedrag te verklaren is vanuit een doelgerichte afweging.

Het merendeel van de burgers (90%) blijkt enigerlei vorm van actie te ondernemen om een geschil op te lossen. De meesten zoeken eerst contact met de wederpartij, sommigen schakelen al direct deskundige hulp of advies in, terwijl een enkeling meteen een procedure start. Al met al is er een flinke groep (46%) die besluit het probleem op eigen houtje af te doen, zonder hulp of advies van deskundigen in te schakelen. Een net iets kleinere groep (44%) gaat, hetzij direct dan wel na de eerste contacten met de wederpartij, te rade bij een of meer deskundigen.

Verder blijkt dat ruim 10% van de burgers met een probleem op enig moment een officiële procedure start om het geschil te beslechten. Dat kan een gerechtelijke procedure zijn (5%), maar het kan ook gaan om een buitengerechtelijke procedure zoals een bezwaarschrift, een officiële klacht of een beroep op de huur- of een geschillencommissie. Doe-het-zelvers zijn daarbij duidelijk in de minderheid ten opzichte van rechtshulpgebruikers. Overigens worden lang niet al die procedures geheel doorlopen. Bij 7% van de problemen vormt de beslissing in een officiële procedure het eindpunt van het geschiloplossingstraject.

Daarentegen bereikt van de burgers met een probleem uiteindelijk bijna de helft (48%) overeenstemming met de wederpartij. De grootste groep (27%) doet dat geheel op eigen kracht, 18% slaagt erin na het raadplegen of inschakelen van deskundigen, 2% bereikt overeenstemming tijdens een officiële procedure, en 1% doet dat na afloop van een procedure.

Dat laat een totaal van ruim 45% over waarin burgers met een probleem noch overeenstemming, noch een beslissing weten te bereiken. Die 45% wordt gevormd door de categorie die helemaal geen actie heeft ondernomen (10%), en degenen die op enig moment in de loop van het geschiloplossingstraject besluiten tot "slikken" (36%).<sup>16</sup>

Wat betreft de tweede vraag, is het (vrijwel) onmogelijk om direct na te gaan of rechtzoekenden doelgericht kiezen. Tenslotte kunnen we niet in de hoofden kijken welke afweging men maakt. Bovendien kan een doelgerichte keuze ook (deels) onbewust tot stand komen.

Wel kunnen we indirecte steun zoeken voor de theorie. Zoals we hebben gezien, wordt een doelgerichte keuze voor een bepaalde oplossingsstrategie ingegeven door het scala aan alternatieve oplossingstrajecten waaruit de rechtzoekende kan kiezen, en door het saldo van de (verwachte) baten en kosten voor de verschillende oplossingstrajecten. Als dat klopt, hoort er een min of meer systematische samenhang te bestaan tussen de mate waarin de verschillende oplossingsstrategieën gekozen worden, en de kenmerken van de betrokken personen, hun problemen, en de relevante omgeving. Zo varieert het scala aan *keuzealternatieven* met het soort probleem. Het soort probleem bepaalt (a) welke officiële procedures beschikbaar zijn, (b) of er een bepaalde rechtsoorzaak is waardoor het probleem vrijwel niet buiten een advocaat en een gerechtelijke procedure om afgehandeld kan worden, en (c) of de betrokkene vanwege grote bekendheid met en/of geringe complexiteit van het probleem de zaak

zelf kan afhandelen. Daarnaast is de beschikbaarheid van rechtshulp van belang. De verwachte *baten* worden bepaald door de hoogte van het financiële of immateriële belang dat op het spel staat. En de *kosten* hangen af van de tarieven, de bereikbaarheid en de toegankelijkheid van rechtshulp en officiële procedures. Daarbij spelen zowel de economische en sociaal-psychologische hulpbronnen van de rechtzoekende zelf een rol, als die van de wederpartij. Zo zijn het inkomen en vermogen van de rechtzoekende bijvoorbeeld van belang voor de vraag of deze onder het bereik van de gesubsidieerde rechtsbijstand valt en in aanmerking kan komen voor een toevoeging. De sociaal-psychologische vaardigheden (denk aan kennis van het veld van rechtshulpverleners, communicatieve en onderhandelingsvaardigheden, de omvang van het sociale netwerk) bepalen in hoeverre men zelf zijn weg kan vinden. Maar hoe ver men komen kan, is ook afhankelijk van de opstelling en de vermogens van de tegenpartij.

Inderdaad blijkt uit het WODC-onderzoek<sup>17</sup> dat bij de keuze tussen passief blijven, doe-het-zelven en het inschakelen van rechtshulp zowel het type probleem, als het inkomen en de opleiding van de rechtzoekende, de aard van de wederpartij en de verwachte tijdsduur die men voor het oplossen van het probleem nodig denkt te hebben, een rol spelen. Verder blijkt uit vervolganalyses<sup>18</sup> dat de geschillen die in een gerechtelijke procedure belanden in het algemeen net wat ernstiger zijn dan gemiddeld, en dat het financiële belang duidelijk hoger is.

Al met al rijst uit de bevindingen het beeld op dat de keuze van een oplossingstraject, in ieder geval tot op zekere hoogte, voortvloeit uit een afweging van verwachte baten en kosten. Mensen pakken de eenvoudig en snel op te lossen problemen, die niet zoveel om het lijf hebben, zelf aan. Naarmate het (financiële) belang groter wordt en/of het probleem complexer (recht noodzaak, ernst, aard wederpartij), wordt er, mede afhankelijk van de economische en sociaal-psychologische hulpbronnen van de betrokkenen, meer deskundige hulp gezocht en vaker een beroep gedaan op de rechter.

### **ADR in de schaduw van de rechtspraak**

Als rechtzoekenden min of meer systematische keuzes maken in het uitzetten van het geschiloplossingstraject, heeft dat gevolgen voor de werking van het recht.

Zo moeten we erop bedacht zijn dat er bij elk keuzemoment, elke aftakking in de beslissingsboom, *selectie* optreedt. Als gevolg van dat selectieproces zijn bij de zaken die op het bordje van de rechter belanden (een kleine minderheid van het totaal aan juridische problemen in de samenleving), lang niet alle soorten problemen en alle typen rechtzoekenden in gelijke mate vertegenwoordigd. Zo zijn in de rechtspraak problemen in de familiesfeer, problemen met kinderen en bestuursrechtelijke problemen oververtegenwoordigd, terwijl problemen rondom het werk, met het huren van woonruimte en met de aanschaf van goederen en diensten juist zijn ondervertegenwoordigd.

Verder dienen we ons bewust te zijn van de *schaduwwerking* van de rechtspraak. De constatering dat het aanpakken en oplossen van juridische problemen buiten de rechtspraak om kwantitatief veel belangrijker is dan via het gerechtelijke circuit, hoeft geen afbreuk te doen aan de betekenis van de rechtspraak, integendeel. De geschilbeslechting buiten het gerechtelijke circuit wordt namelijk sterk beïnvloed door wat er in de rechtspraak gebeurt. Die schaduwwerking bestaat uit twee componenten. In de eerste plaats kan de rechtspraak een stok achter de deur vormen

bij gesprekken tussen partijen. Naarmate de rechtspraak toegankelijker en beter voorspelbaar is, is voor partijen duidelijker wat de respectieve onderhandelingsposities zijn. Te verwachten is dat daardoor het bereiken van een minnelijke schikking wordt vereenvoudigd. In de tweede plaats zal een geloofwaardige dreiging van een gerechtelijke interventie waarschijnlijk een preventieve, remmende werking hebben op het ontstaan van nieuwe problemen.

Om die reden is kennis van de aard en omvang van het selectieproces van belang bij elke maatregel tot wijziging van de toegang tot en de inrichting van rechtshulp en rechtspraak. Behalve de directe effecten dienen steeds de indirecte effecten in ogenschouw te worden genomen. Met andere woorden: wordt de schaduwwerking van het recht versterkt of juist verzwakt?

Wat betekent een en ander ten slotte voor de mogelijke rol van ADR bij de afhandeling van geschillen? Ik wil daarbij drie punten uitlichten.

Pleidooien om te proberen (nog) meer zaken buiten de rechter om tot een goed einde te brengen, zijn op zich zeer begrijpelijk. Dat zou de druk op en de kosten van de rechtspraak kunnen verlichten, terwijl de individuele tevredenheid over het uiteindelijke resultaat er waarschijnlijk alleen maar bij gebaat zou zijn.<sup>19</sup> Daarbij dient echter niet vergeten te worden dat reeds een zeer aanzienlijk aantal problemen in overleg tussen partijen wordt geschikt. Partijen maken al volop gebruik van de mogelijkheden om in direct contact met elkaar, dan wel met een bemiddelende rol van een derde - zoals de buurvrouw, de pastoor, de rechtsbijstandverzekeraar - tot overeenstemming te komen. Voorzover mediation een additioneel aanbod op de markt vormt, waarvoor partijen in vrijheid kunnen opteren, lijkt daar weinig op tegen. Wanneer de professionele procesbegeleiding inderdaad een echte meerwaarde vertegenwoordigt, zal dat aanbod zijn plekje wel vinden. Wanneer mediation echter door verplichtstelling of (te sterke) subsidiëring andere vormen van overeenstemming verdringt, is dat voor de samenleving (anders dan voor de betrokken beroepsgroepen) geen goede zaak.

Volgens de rationele-keuzebenadering laten partijen in een geschil het niet zo maar op de rechter aankomen. In het algemeen zitten ze immers niet te wachten op de kosten, de onzekerheid en de wachttijden die met de gang naar de rechter gepaard gaan. Wanneer partijen het uiteindelijk toch op de rechter laten aankomen, moet daarvoor een reden zijn aan te wijzen. Het kan zijn

- dat er geen (reëel) alternatief bestond;
- dat voor partijen onvoldoende helder was aan welke zijde het "recht" stond waardoor onderhandelen onmogelijk werd, of
- dat een van de partijen om welke reden dan ook (precedentwerking, bevestiging rechtsgevoel) een rechterlijke uitspraak wenste.

In al deze gevallen mag worden betwijfeld of mediation een serieus alternatief is voor de partijen (indien vrijwillig), of bijdraagt aan de (schaduw)werking van het recht (indien verplicht). Wie het beroep op de rechter wil terugdringen, zou waarschijnlijk beter aan andersoortige maatregelen kunnen denken, zoals: een administratief traject voor het afhandelen van scheidingen op wederzijds verzoek, een verbreding van het bereik van de geschillencommissies, bevordering van de rechtseenheid, en het inrichten van een virtueel juridisch loket met jurisprudentie in vaak voorkomende geschillen.

In het kader van het selectieproces is opgemerkt dat bepaalde soorten juridische problemen (met name die rondom het werk, het huren van woonruimte, en de aanschaf van goederen en diensten) zijn ondervertegenwoordigd in de rechtspraak.

Dat hoeft op zich geen reden tot zorg te zijn, integendeel zelfs, wanneer de desbetreffende geschillen langs andere wegen worden aangepakt en afgehandeld. Dat laatste is inderdaad het geval bij problemen rondom de aanschaf van goederen en diensten, waar veel vaker dan gemiddeld overeenstemming wordt bereikt, maar niet bij problemen rondom het werk en het huren van woonruimte. Daarmee lijkt het erop dat de bestaande mogelijkheden van (buiten)gerechtelijke geschiloplossing voor deze typen problemen minder voldoen. Het naar voren schuiven van mediation heeft dan vermoedelijk niet veel zin, omdat de voor vruchtbaar overleg zo wenselijke stok achter de deur ontbreekt. Daarmee is echter niet gezegd dat niet aan andere vormen van ADR gedacht zou kunnen worden, zoals bindend advies door geschillencommissies inzake arbeids- of huuraangelegenheden.

Samengevat is er niets op tegen om mediation verder te ontwikkelen, maar is er veel voor te zeggen dat te doen op basis van vrijwilligheid, en zonder oneigenlijke bevoordeling boven andere vormen van overleg en bemiddeling. Voorts verdienen in verband met de versterking van de (schaduw)werking van het recht andere maatregelen, en andere ADR-vormen, minstens evenveel aandacht.

## Noten

<sup>1</sup> Verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden als UHD Rechtseconomie. Met dank aan drs. G. Suurmond voor commentaar op een eerdere versie.

<sup>2</sup> Zie voor Nederland W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom, 2003, p. 21. Een internationaal overzicht is te vinden in A.A.S. Zuckerman (ed.), *Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure*, Oxford: Oxford University Press, 1999.

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld de begroting van het Ministerie van Justitie voor 2005, *Kamerstukken II*, 29800 VI, nr. 2, p. 23.

<sup>4</sup> L. Combrink-Kuiters, E. Niemeijer en M. ter Voert, *Ruimte voor mediation*, Den Haag: WODC, reeks Onderzoek en beleid nr. 210, 2003.

<sup>5</sup> Vgl. de gemakkelijke discussie in de Opinierubriek van *ADR Actueel*, 2005-2, 3, 4 en 5.

<sup>6</sup> Denk aan de regeling rondom de mediationtoevoeging, met vele varianten, in *ADR actueel*, 2005-5, p. 20-22.

<sup>7</sup> Zie voor een gedetailleerd verslag van dat onderzoek B.C.J. van Velthoven en M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtingdelta 2003. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: WODC, reeks Onderzoek en beleid nr. 219, 2004. Voor een korte samenvatting en een specifieke(re) analyse van de rol van de rechtspraak kan ook worden verwezen naar B.C.J. van Velthoven en M.J. ter Voert, "Rechters in de delta: Over de rol van de rechtspraak in de beslechting van geschillen van Nederlandse burgers", *Rechtstreeks*, 2004-4.

<sup>8</sup> De gegevens zijn ontleend aan A.F.M. Brenninkmeijer, M. van Ewijk en C. van der Werf, *De aard en omvang van arbitrage en bindend advies in Nederland*, onderzoek in opdracht van het WODC, Leiden: E.M. Meijers Instituut/Research voor Beleid, 2002, en aan de website van het NMI.

<sup>9</sup> CBS, *Rechtspraak in Nederland 2003*, Voorburg/Heerlen, 2005. Bij het bestuursrecht zijn de vreemdelingenzaken buiten beschouwing gelaten.

<sup>10</sup> E.R. Blankenburg, *Mobilisierung des Rechts, eine Einführung in die Rechtssoziologie*, Berlin: Springer, 1995, p. 75.

<sup>11</sup> A.D. Reiling, "Rechtspraak in de digitale delta", *NJB*, 2003-44, p. 2286-2291. In de bestuursrechtspraak komen de eerste twee functies niet of nauwelijks voor en zal vaak de beslissingsfunctie in het geding zijn.

<sup>12</sup> Of dat bij de concrete toerekening van Reiling ook zo is, is nog een tweede. Het is immers niet ondenkbaar dat mediation juist bij (sommige) gevallen van echtscheiding en ontbinding van de arbeidsovereenkomst, voorafgaande aan de bekrachtiging door de rechter, een nuttige rol kan spelen.

<sup>13</sup> Van Velthoven en Ter Voert, *Geschilbeslechtingdelta 2003*, o.c., p. 80-81.

<sup>14</sup> H. Genn, *Paths to justice. What people do and think about going to law*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 1999.

<sup>15</sup> Zie voor het concept van een beslissingsboom B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer, 2001, p. 126 en 222. Voor een diepgaandere behandeling van de speltheorie kan worden verwezen naar D.G. Baird, R.H. Gertner en R.C. Picker, *Game theory and the law*, Cambridge/Londen: Harvard University Press, 1994.

<sup>16</sup> De genoemde cijfers zijn terug te vinden in Van Velthoven en Ter Voert, *Geschilbeslechtingdelta 2003*, o.c., hoofdstuk 5, m.n. figuur 5.1.

Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat in de enquête ook is gevraagd naar het gebruik van vormen van ADR. Het aantal antwoorden dat verwijst naar arbitrage en geschillencommissies is (in overeenstemming met het eerder in deze bijdrage besproken marktaandeel) zo klein, dat daaraan afzonderlijk geen statistisch betrouwbare conclusies verbonden kunnen worden. Het aantal antwoorden dat verwijst naar mediation is wat groter, maar dat is voor een deel schijn. Een substantieel, maar onbekend deel van die antwoorden blijkt betrekking te hebben op andere vormen van bemiddeling dan de "echte" mediation (blijkbaar omdat die term nog vrijwel onbekend is bij het grote publiek).

<sup>17</sup> Vgl. Van Velthoven en Ter Voert, *Geschilbeslechtingdelta 2003*, o.c., paragrafen 4.4 en 6.3.

<sup>18</sup> Van Velthoven en Ter Voert, "Rechters in de delta", o.c., p. 6-47, m.n. par. 5.4.

<sup>19</sup> De bevindingen van het WODC-onderzoek bevestigen dat de rechtzoekenden die overeenstemming weten te bereiken met de wederpartij, gemiddeld genomen minder stress ervaren gedurende het oplossingstraject en vaker vrede hebben met het uiteindelijke resultaat, dan wanneer het geschil wordt beslecht in een officiële procedure. Vgl. Van Velthoven en Ter Voert, "Rechters in de delta", o.c., par. 6.2.