

Samenvatting

Inleiding

Het bevorderen van alternatieve geschilafdoening is onderdeel van het Nederlandse justitiebeleid. Doelstellingen daarvan zijn:

- 1 dejuridisering van geschillen;
- 2 het op de kwalitatief beste wijze afdoen van geschillen;
- 3 het creëren van een meer pluriforme toegang tot het recht;
- 4 het verminderen van de druk op de rechtspraak.

In het kader van dit streven is in Nederland een aantal concrete experimentele projecten met mediation opgezet. Daarbij gaat het onder meer om het landelijk project mediation Rechterlijke Macht en het landelijk project mediation gefinancierde rechtsbijstand. Bij deze projecten vindt doorverwijzing plaats van geschillen die respectievelijk bij de civiele en bestuurssectoren van rechtbanken of bij een bureau voor rechtshulp zijn aangebracht.

Dit literatuuronderzoek dient ter ondersteuning van de evaluatie van genoemde projecten. Het is als zodanig gericht op mediation in de civiele en bestuurlijke rechtspraktijk.

Doelstelling van het literatuuronderzoek is een beeld te krijgen van vormen van mediation van civiele en bestuursrechtelijke zaken in binnen- en buitenland, van de effectiviteit en efficiëntie van mediation, en van factoren die van invloed zijn dan wel op andere wijze verband houden met de effectiviteit en efficiëntie van mediation.

Onder effectiviteit wordt hier verstaan: het percentage zaken dat uitmondt in een akkoord tussen partijen, de aard van de geschilafdoening, de mate van nakoming van de geschilafdoening, en de tevredenheid van partijen (en hun raadslieden) over (de gang van zaken bij) de afdoening van hun geschil.

Onder efficiëntie verstaan wij: doorlooptijden van zaken, kosten per zaak voor de partijen en de gerechten, en gevolgen van de invoering van mediation voor de taaklast van de rechters.

In de (overwegend Amerikaanse) literatuur is gezocht naar een antwoord op de volgende vragen:

- 1 Welke varianten van mediation in civiele en bestuursrechtelijke zaken worden in de literatuur genoemd (vrijwillige of verplichte deelname; fasering van het mediationproces; tijd die per sessie en in totaal voor mediation wordt uitgetrokken; kosten voor partijen; vergoeding voor mediators; mediation uitbesteden of er zelf zorg voor dragen)?
- 2 doorverwijzingssystemen, de effectiviteit daarvan en factoren die verband houden met die effectiviteit:
 - a Welke varianten van doorverwijzing naar mediation bij civiele en bestuursrechtelijke zaken worden in de literatuur genoemd

- (doorverwijzingscriteria voor zaken en partijen, moment van doorverwijzing, functionaris die doorverwijst)?
- b Hoe vaak worden zaken die voor mediation in aanmerking komen doorverwezen en hoe vaak wordt in doorverwezen zaken daadwerkelijk gemedieerd?
 - c Welke factoren houden verband met de mate waarin zaken naar mediation worden doorverwezen? Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de attitude tegenover mediation van potentiële doorverwijzers, zoals rechters, gerechtssecretarissen, bureaujuristen, advocaten, etc.
 - d Welke factoren houden verband met de mate waarin partijen van doorverwezen zaken gebruik maken van mediation? Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de attitude van de raadslieden van partijen tegenover mediation, het al dan niet verplichte karakter daarvan en de kosten die partijen voor mediation moeten maken.
- 3 de effectiviteit en efficiëntie van mediation:
 - a In hoeverre is mediation effectief (vergeleken met een gerechtelijke procedure)?
 - b In hoeverre is mediation efficiënt (vergeleken met een gerechtelijke procedure)?
 - 4 Welke factoren houden verband met de effectiviteit en efficiëntie van mediation? Daarbij gaat het om zaak- en partijenmerken, de fase van de procedure en van het conflict waarin mediation plaatsvindt, en de context en kenmerken van mediation en van de mediator.

Kenmerken en varianten van mediation

Mediation

Kenmerkend voor mediation is dat partijen die daaraan deelnemen onder leiding van een onafhankelijke en neutrale derde, zelf hun geschillen oplossen. Zij kunnen zich bij hun onderhandelingen laten leiden door hun belangen die meestal verder reiken dan de juridische aspecten van hun geschil.

Er zijn verschillen in de wijze waarop mediation wordt toegepast.

Deelname aan mediation kan, zoals in Nederland, vrijwillig of, zoals soms in de VS, verplicht zijn. Verplichte mediation houdt in dat de wet voorschrijft dat partijen aan de eerste mediationssessie(s) deelnemen, maar niet dat zij ook daadwerkelijk hun medewerking moeten verlenen aan het oplossen van hun geschil.

Andere verschillen hebben betrekking op de tijdsduur tussen het moment van doorverwijzing en de eerste mediationssessie (mede afhankelijk van de vraag of er eerst nog een feitenonderzoek moet plaatsvinden), de duur en frequentie van de mediationssessies, of partijen tijdens hun mediation vrijwel direct of pas na een inventarisatie van hun geschilpunten en belangen kunnen beginnen met brainstormen en onderhandelen, de kosten die partijen in rekening worden gebracht en de vergoeding voor mediators.

De mediators

Bij mediation in de rechtspraktijk zijn sommige mediators in dienst van het gerecht, terwijl andere daarvoor op freelance basis of als vrijwilliger werken.

De duur van de opleidingen tot mediator, de kwaliteitsborging van mediators en hun professionele achtergrond lopen sterk uiteen. Lang niet alle mediators zijn jurist.

De rol van de mediator is in beginsel een neutrale. In de loop van de tijd zijn er echter verschillende mediationstijlen ontwikkeld. Bij de hiervoor genoemde Nederlandse projecten is gekozen voor de faciliterende stijl, waarbij de mediator partijen alleen helpt bij het zelf vinden van oplossingen zonder dat hij een oordeel geeft over de zaak. In de VS wordt echter soms gebruik gemaakt van evaluatieve mediation waarbij de mediator zijn oordeel over de zaak kan geven, inclusief wat partijen volgens hem van een gerechtelijk vonnis mogen verwachten. In de (Amerikaanse) literatuur staat meestal niet expliciet vermeld van welk model gebruik wordt gemaakt. Verder zijn er ook bij faciliterende mediation mediators die in de praktijk meer 'evaluatief' optreden dan de bedoeling is. Indien de mediator evalueert, kan de grens tussen mediation en een schikking door de rechter vervagen. De mediator is contractueel jegens de partijen die aan mediation deelnemen tot geheimhouding verplicht. In Nederland heeft de mediator geen verschoningsrecht uit hoofde van zijn functie en staat de wenselijkheid van verschoningsrecht voor mediators ter discussie. In het buitenland is het verschoningsrecht van mediators dikwijls ook niet wettelijk geregeld, en indien dat wél het geval is, is de regeling veelal niet waterdicht.

Uitkomst van mediation

Indien partijen tijdens hun mediation over al hun geschilpunten of een deel daarvan tot een akkoord komen, sluiten zij een (gedeeltelijke) vaststellingsovereenkomst. Indien zij het over alle of bepaalde geschilpunten niet eens kunnen worden, kan een gerechtelijke procedure van start gaan of worden hervat.

Indien partijen niet tot een akkoord komen, kan de mediator hun geen beslissing opleggen.

Doorverwijzing naar en gebruik van mediation

Er zijn diverse doorverwijzingssystemen. De doorverwijzingscriteria voor zaak- en partij-kenmerken die daarbij worden gehanteerd kunnen sterk uiteenlopen. Bovendien zijn er verschillen in het moment waarop wordt doorverwezen (voorafgaand aan of tijdens een gerechtelijke procedure en in dat laatste geval: direct na de start van de procedure, vlak vóór of op de zitting) en, daarmee samenhangend, de functionaris die doorverwijst (zoals een intaker of een rechter).

In de regel worden lang niet alle zaken die voor mediation in aanmerking komen, daadwerkelijk doorverwezen. In sommige gevallen worden niet meer dan enkele procenten van alle zaken doorverwezen. Als verklaringen worden genoemd: geringe bereidheid tot doorverwijzing mede als gevolg van gebrek aan kennis over mediation, het ('softe') imago van mediation, en het ontbreken van een adequate infrastructuur voor doorverwijzing. Bij een actief doorverwijzingsbeleid liggen de percentages doorverwezen zaken weliswaar vaak veel hoger, maar worden nog steeds relatief veel zaken niet

doorverwezen. Een reden daarvoor is dat bij een vrij groot aantal aangebrachte zaken partijen al tot een akkoord komen voordat de zaak überhaupt voor doorverwijzing in aanmerking komt. Daar kan nog bijkomen dat de doorverwijzingscriteria zó specifiek zijn dat veel zaken die in principe voor mediation in aanmerking zouden komen, niet worden doorverwezen.

De percentages van doorverwezen zaken, waarin daadwerkelijk wordt gemedieerd, lopen sterk uiteen en variëren van ruim de helft tot niet meer dan enkele procenten. Naar mediation doorverwezen partijen kunnen inmiddels op conventionele wijze tot een akkoord zijn gekomen of wijzen een aanbod af om (op basis van vrijwilligheid) aan mediation deel te nemen.

Effectiviteit en efficiëntie van mediation

Nagegaan is in hoeverre mediation effectief en efficiënt is bij het afdoen van conflicten (vergeleken met een gerechtelijke procedure).

Effectiviteit

Bij het onderzoek naar de effectiviteit van mediation (vergeleken met die van een gerechtelijke procedure) is gekeken naar het percentage zaken dat uitmondt in een akkoord tussen partijen, de aard van de geschilafdoening, de mate van nakoming van de geschilafdoening, en de tevredenheid van partijen (en hun raadslieden) over (de gang van zaken bij) de afdoening van hun geschil

Er zijn duidelijke aanwijzingen dat zaken waarin wordt gemedieerd vaker uitmonden in een akkoord, dan zaken die de traditionele gerechtelijke weg volgen leiden tot een schikking. Partijen van wie de mediation wordt afgebroken, blijken vaak kort na beëindiging daarvan toch nog tot een akkoord te komen. Uit onderzoek is eveneens gebleken dat de rechter over gemedieerde zaken minder vaak dan over niet-gemedieerde zaken een uitspraak moet doen.

Met betrekking tot de aard van de oplossingen zijn er aanwijzingen dat bij de afdoening van gemedieerde zaken de condities die aan partijen worden gesteld meer divers zijn dan bij niet-gemedieerde zaken. Dit geldt vooral voor zaken waarbij niet-juridische aspecten van het conflict een grote rol spelen. Mediation lijkt bovendien, althans bij kleine vorderingen, vaker te leiden tot 'op maat gesneden' oplossingen (in de zin van afbetalingsregelingen) en tot compromissen.

Met betrekking tot het nakomen van de geschilafdoening blijkt dat mediation een stimulans kan zijn voor partijen om zich te houden aan de condities daarvan, vooral in de eerste tijd na de beëindiging van hun geschil. Op langere termijn blijken deze verschillen te verdwijnen. Wel is gebleken dat in gevallen waarin wijzigingen in de condities in de loop van de tijd nodig zijn, gemedieerde partijen dergelijke wijzigingen vaker en op een meer harmonische wijze aanbrengen dan niet gemedieerde partijen.

Met betrekking tot de tevredenheid van partijen (en van hun raadslieden) over de afdoening van hun geschil blijkt het volgende.

Gemedieerde partijen zijn, althans bij echtscheidingszaken, significant vaker tevreden over de uitkomst van hun procedure dan niet-gemedieerde partijen en hun tevredenheid houdt veel minder verband met de vraag of zij de zaak hebben 'gewonnen' of 'verloren' dan die van partijen die een gerechtelijke procedure hebben gevolgd.

De meerderheid van de gemedieerde partijen blijkt tevreden te zijn over de gang van zaken bij mediation, en zij blijken daar ook vaker tevreden over te zijn dan partijen die een gerechtelijke procedure hebben gevolgd.

De tevredenheid van partijen over mediation blijkt sterk verband te houden met de wijze waarop zij het optreden van de mediator hebben ervaren. Een ruime meerderheid van de advocaten die partijen bij mediation hebben bijgestaan is tevreden over de gang van zaken bij mediation. Zij blijken echter even vaak of nog vaker tevreden te zijn over de gang van zaken bij een gerechtelijke procedure. Opmerkelijk is dat advocaten geneigd zijn de tevredenheid van hun cliënten over mediation te onder- en die over een gerechtelijke procedure te overschatten.

Efficiëntie

Bij het onderzoek naar de efficiëntie van mediation (vergeleken met die van een gerechtelijke procedure) is gekeken naar de doorlooptijden, kosten en gevolgen voor de taaklast van de rechters

Er zijn aanwijzingen dat mediation, indien deze wordt afgerond, tot verkorting van de doorlooptijd kan leiden. Een afgebroken mediation kan tot vertraging leiden indien daarna een gerechtelijke procedure wordt aangespannen of hervat. Er kan echter ook juist een stimulans van uitgaan indien de mediation, ondanks het feit dat hij is afgebroken, heeft geleid tot een afname van het aantal geschilpunten en tot verheldering van de nog resterende.

Uit onderzoek blijkt weliswaar dat de invoering van mediation bij sommige typen zaken kan leiden tot besparingen voor de gerechten of partijen, maar het beeld is niet eenduidig. Bij echtscheidings-, gezags- en omgangszaken blijken namelijk alleen de partijen minder geld kwijt te zijn aan mediation (althans aan de kosten voor juridische bijstand), terwijl dat bij kleine vorderingen en algemene civiele zaken uitsluitend geldt voor de gerechten.

Het is de vraag of de invoering van mediation altijd leidt tot een verlichting van de taaklast van de rechter, omdat veel zaken waarin wordt gemedieerd zonder mediation ook niet voor de rechter zouden zijn gekomen. Bovendien gaan lang niet alle partijen van wie de zaak naar mediation op vrijwillige basis wordt doorverwezen op het aanbod in. Er zijn wél aanwijzingen dat indien partijen wettelijk kunnen worden verplicht tot deelname aan mediation voordat zij hun zaak voor de rechter kunnen brengen, dat kan leiden tot verlichting van de taaklast van laatstgenoemde.

Factoren verband houdend met de effectiviteit van mediation

Voor een adequate doorverwijzing van zaken naar mediation is het van belang om na te gaan of bepaalde factoren, namelijk zaak- en partijenmerken en de fase van het geschil of van de procedure waarin wordt gemedieerd, verband houden met de effectiviteit en efficiëntie van mediation. Om mediation zo effectief en efficiënt mogelijk te laten verlopen, is het eveneens van belang te weten of bepaalde factoren, namelijk kenmerken van mediation en van de mediator, verband houden met de effectiviteit en efficiëntie van mediation.

Er wordt in de literatuur vrijwel geen melding gemaakt van onderzoek naar het verband tussen genoemde factoren en de efficiëntie van mediation. Er is wél, zij het op beperkte schaal, onderzoek gedaan naar het verband tussen dergelijke factoren en de effectiviteit van mediation, en dan met name de kans op een akkoord.

Daaruit blijkt onder meer dat de aanwezigheid van principiële kwesties negatief en een (machts)evenwicht tussen partijen positief verband houdt met de kans op een akkoord.

Uit de beperkte gegevens valt echter meestal niet op te maken of de verbanden die zijn gevonden voor één type zaak ook gelden voor mediation in andere typen zaken.

Opmerkelijk is wél dat uit onderzoek bij verschillende typen zaken is gebleken dat het al dan niet verplicht karakter van deelname aan mediation, geen verband houdt met de kans op een akkoord, de tevredenheid van de partijen en de mate waarin zij zich houden aan de condities van hun geschilafdoening.

Eveneens opvallend is dat bepaalde technieken van mediators die volgens de regels van de klassieke faciliterende mediation niet zijn toegestaan, zoals het doen van voorstellen of zelfs het uitoefenen van druk op partijen, in bepaalde gevallen de kans op een akkoord kunnen vergroten. Dat neemt niet weg dat deze technieken in andere gevallen het bereiken van overeenstemming in de weg kunnen staan. Bovendien blijken partijen die ontevreden zijn over de door hen gesloten vaststellingsovereenkomst vaker het gevoel te hebben door de mediator onder druk te zijn gezet om tot een compromis te komen dan partijen die tevreden zijn over de oplossing van hun geschil. Hoewel dat niet direct is onderzocht, lijkt het aannemelijk dat partijen die ontevreden zijn over het door hen bereikte akkoord zich daar minder vaak aan gebonden voelen, dan partijen die daar volledig achter staan.

Methodologische kanttekeningen

Een probleem bij de vergelijking van de effectiviteit en efficiëntie van mediation met die van andere procedures is dat zaken veelal niet willekeurig naar mediation worden doorverwezen en dat de keuze van partijen om (op basis van vrijwilligheid) deel te nemen aan mediation eveneens verband kan houden met bepaalde kenmerken van hen zelf en van hun zaak. Als gevolg daarvan zijn gemedieerde zaken vaak niet goed vergelijkbaar met zaken waarvoor een andere procedure is gevolgd. Zoals vermeld, staan partijen die

op een aanbod van mediation ingaan bijvoorbeeld vaker positief tegenover hun wederpartij dan partijen die dat niet doen.

Een ander probleem bij de evaluaties van mediation is dat in de regel lang niet alle partijen die aan mediation hebben deelgenomen, hun medewerking verlenen aan de evaluatie daarvan en dat geldt ook voor hun advocaten.

Daarbij kan het al dan niet als respondent optreden, verband houden met bepaalde kenmerken van zaken en partijen, en met de effectiviteit en efficiëntie van hun mediation, in welk geval sprake is van een selectieve respons die de onderzoeksresultaten kan vertekenen.

Eveneens een probleem is dat het ontbreekt aan een eenduidige terminologie waardoor vaak niet duidelijk is wat precies onder 'mediation' wordt verstaan en in hoeverre de gang van zaken daarbij werkelijk afwijkt van die bij andere procedures.

Conclusie

Gezien de onderzoeksresultaten doen wij een aantal suggesties voor het evaluatieonderzoek van de Nederlandse landelijke projecten die betrekking hebben op:

- het vermijden van verwarring omtrent het begrip 'mediation', gezien de verschillende varianten van mediation die er zijn;
- het zo homogeen mogelijk laten zijn van de categorieën zaken die worden onderzocht wat betreft de volgende partijenmerken: emoties van groot of van meer ondergeschikt belang, en een al dan niet blijvende relatie tussen partijen;
- het stimuleren van doorverwijzing naar en het gebruik van mediation, indien een tekort dreigt aan gemedieerde zaken voor het evaluatieonderzoek;
- het verzamelen van meer gedetailleerde informatie over de kosten en doorlooptijden van gemedieerde en niet-gemedieerde zaken om beter zicht te krijgen op de oorzaken van eventuele verschillen
- verder onderzoek naar het verband tussen factoren en de effectiviteit en efficiëntie van mediation.

Op grond van de resultaten van de literatuurstudie komen wij tot de conclusie dat mediation een waardevolle aanvulling kan zijn op de andere vormen van afdoening van civiele en bestuursrechtelijke zaken. Nader onderzoek is nodig om een antwoord te vinden op de vraag bij welke zaken en partijen mediation het meest zal 'aanslaan'.