

Over bemiddelen en beslissen: het pleit beslecht

De bemiddelende rol van de civiele rechter in een efficiënte, effectieve en rechtvaardige procedure

Jim van Mourik

Studentnr. 3986322

Scriptie Legal Research Master

Universiteit Utrecht

19 september 2019

Begeleider: prof. mr. dr. E. Bauw

Tweede lezer: dr. mr. M.A. Simon Thomas

43.779 woorden (hoofdtekst)

Woord vooraf

De rechtspraak is in beweging. De experimenten met buurt-, wijk-, regel- en overlegrechters buitelen over elkaar heen. Deze ontwikkeling zal in de recente toekomst alleen maar versnellen. De koning kondigde op Prinsjesdag 2019 aan dat het kabinet investeert in meer armslag voor de rechtspraak. De voorzitter van de Raad voor de rechtspraak meldde dat het extra geld onder andere zal worden ingezet in het verder ontwikkelen van laagdrempelige rechtspraak en van wijkrechtbanken en buurtrechters.

Civiele rechtspleging is als een diamant met vele facetten. De juridische relevantie spreekt vanzelf, omdat materiële rechten zinloos zouden zijn als de burger zijn rechten niet kan verwezenlijken. Maar er is meer nodig dan executoriale titels. Wat is immers de plaats van rechtspraak in de samenleving? Hoe moet de rechtspraak omgaan met rechtvaardigheidsconcepties van rechtszoekenden? Welke taken kunnen juist wel of juist niet worden overgenomen door alternatieven in het private domein?

In de Legal Research Master leren studenten een onderwerp vanuit al deze perspectieven te belichten. Bij deze master gaat het echter niet alleen om het curriculum. Minstens zo belangrijk is dat studenten gestimuleerd worden om hun studie uit te breiden met kansen buiten officiële programma, zoals stages, onderzoeksprojecten en student-assistentschappen. Ik ben dankbaar voor de ruimte die LRM-studenten daarvoor krijgen. Mijn dank gaat daarbij vooral uit naar Eddy Bauw. Eddy was niet alleen mijn tutor en scriptiebegeleider, maar dankzij hem heb ik ook mijn eerste stappen gezet vanuit het volgen van onderwijs naar het doen van onderzoek. Mijn dank daarvoor is groot.

Jim van Mourik

Utrecht, 19 september 2019

Samenvatting

In deze scriptie staat de vraag centraal of bemiddeling door de rechter in de civiele dagvaardingsprocedure wenselijk is in termen van een efficiënte, effectieve en rechtvaardige procedure, en welke waarborgen de nadelen van bemiddeling door de rechter kunnen wegnemen (**hoofdstuk 1**).

De achtergrond van dit onderzoek is dat de bemiddelende rol van de rechter steeds meer benadrukt wordt. Dit uit zich met name in het project ‘Maatschappelijk effectieve rechtspraak’ (‘MER’) van de Raad voor de rechtspraak. Met MER beoogt de Rechtspraak een antwoord te bieden op de kritiek dat rechtspraak te lang duurt, te duur is en geen oplossing biedt voor de problemen van rechtszoekenden. Onderzoek naar de nadelen van gerechtelijke bemiddeling ontbreekt echter. Daarom wordt gerechtelijke bemiddeling in deze scriptie getoetst. De beoordeling bestaat uit een afweging van de gevolgen van gerechtelijke bemiddeling ten aanzien van de efficiëntie, de effectiviteit en de rechtvaardigheid van de civiele procedure. Efficiëntie wordt uitgedrukt in de tijd en de financiële kosten van een procedure. Effectiviteit betreft de vraag of een procedure partijen helpt bij het bereiken van hun doel. Bij rechtvaardigheid gaat het zowel om een toets aan het positieve recht als om ervaren procedurele rechtvaardigheid (**hoofdstuk 2**).

In **hoofdstuk 3** worden rechtspraak en bemiddeling vanuit een conceptuele benadering onderzocht. Rechtspraak is een publieke institutie, met openbaarheid als belangrijk kenmerk. Door deze openbaarheid hebben uitspraken van de rechtspraak partijoverstijgende werking. Verder is de beslissing van de uitspraak afdwingbaar en zijn derdenbelangen gewaarborgd. Tegenover rechtspraak staat bemiddeling. Bemiddeling heeft een contractuele basis. Vrijwilligheid is leidend: partijen zijn vrij om te beslissen of zij een bemiddelingstraject aangaan en zijn vrij om de inhoud van de vaststellingsovereenkomst te bepalen. Gerechtelijke bemiddeling heeft kenmerken van beide archetypen. De rechter heeft doorzettingsmacht en kan die gebruiken om partijen een zetje te geven zodat zij toch een schikking sluiten. Dat kan positief zijn, maar zou ook tot dwangschikkingen kunnen leiden.

In **hoofdstuk 4** worden empirische gegevens onderzocht. Procespartijen oordelen over het algemeen positief over de efficiëntie, effectiviteit en rechtvaardigheid van de procedure, zowel als de procedure eindigt met een beslissing, als wanneer de procedure eindigt met een schikking. Indien de procedure eindigt met een schikking oordelen partijen positiever dan als de procedure eindigt met een beslissing. Wel ervaart een substantiële minderheid druk of

dwang van de rechter om akkoord te gaan met een schikking, ook als de procespartij het eigenlijk niet met die schikking eens is.

In **hoofdstuk 5** staat een rechtsvergelijking centraal. In Nederland wordt de scheiding tussen de bemiddelende rol van de rechter vooral beschermd doordat de rechter de overgang van de inlichtingenfase en de onderhandelingsfase tijdens de comparitie expliciteert. In de literatuur wordt gepleit voor *informed consent*: de rechter moet partijen informeren over de schikkingsonderhandelingen en moet de partijautonomie respecteren. In België en Frankrijk wordt een duidelijker onderscheid gemaakt tussen bemiddeling en beslissing. In België worden de bemiddelende rol en de beslissende rol gescheiden doordat bemiddeling (deels) plaatsvindt in een aparte procedure, de verzoeningsprocedure. Die is gescheiden van de procedure ten gronde en kent een eigen procesinleiding. In Frankrijk wordt de bemiddeling niet door de rechter verricht, maar door een gerechtelijk bemiddelaar, de *concilateur de justice*.

In **hoofdstuk 6** concludeer ik dat gerechtelijke bemiddeling wenselijk is in termen van efficiëntie en effectiviteit. Het risico op het vlak van rechtvaardigheid is echter dat dwangschikkingen ontstaan. Dwangschikkingen doen afbreuk aan de (procesrechtelijke) partijautonomie en aan de (materieelrechtelijke) contractsvrijheid. Ook tasten dwangschikkingen de vrijwilligheid van het bemiddelingsproces aan.

De risico's kunnen als volgt worden geadresseerd. De eerste mogelijkheid is om een verzoeningsprocedure in het leven te roepen, zodat de bemiddelingsprocedure en de procedure op tegenspraak gescheiden worden. De tweede mogelijkheid is het invoeren van een gerechtelijk bemiddelaar. Dat kan een mediator zijn (naar voorbeeld van piketmediation) of een rechter-commissaris (naar voorbeeld van de Bemiddelingsraadsheer). Een minder vergaande mogelijkheid is om de scheiding tussen de bemiddelende rol van de rechter en de beslissende rol van de rechter binnen de civiele procedure te expliciteren. Daartoe dient de rechter de overgang van de inlichtingenfase naar de onderhandelingsfase te expliciteren. Ook dient hij te informeren naar de processuele wensen van procespartijen om *informed consent* te garanderen. Daarnaast bepleit ik om gerechtelijke bemiddeling van waarborgen te voorzien. Procespartijen kunnen een vaststellingsovereenkomst onder het geldende recht niet aantasten. Ik stel voor een wettelijke vernietigingsgrond voor een vaststellingsovereenkomst in het leven te roepen, namelijk de grond dat de totstandkoming ervan in strijd is met de fundamentele rechtsbeginselen. Ter ondersteuning daarvan moet het proces-verbaal van de comparitie rekenschap geven van het bemiddelingsproces.

Verkorte inhoudsopgave

1	Inleiding	13
2	Toetsing van bemiddeling door de rechter: achtergronden, probleemstelling en wegingskader	27
3	Concepten. De rol van de rechter en van de bemiddelaar	58
4	Gevolgen van gerechtelijke bemiddeling	85
5	Oplossingsrichtingen en waarborgen. Een rechtsvergelijking tussen Nederland, België en Frankrijk	122
6	Conclusie	153
	Literatuur.....	161

Uitgebreide inhoudsopgave

Woord vooraf	2
Samenvatting.....	3
Verkorte inhoudsopgave	5
Uitgebreide inhoudsopgave	6
1 Inleiding.....	13
1.1 Inleiding	13
1.2 Plaatsbepaling.....	14
1.3 Doel en relevantie.....	14
1.4 Onderzoeksvragen.....	15
1.5 Methodologie	17
1.5.1 Inleiding	17
1.5.2 Typering van de onderzoeksvragen	18
1.5.3 Multidisciplinaire onderzoeksmethoden	18
1.5.4 Werkwijze	19
1.5.5 Afbakening	20
1.5.5.1 Ratio: beschermingsgedachte zwakke partijen	20
1.5.5.2 Civiele dagvaardingsprocedures	22
1.5.6 Definities	22
1.6 Leeswijzer	26
2 Toetsing van bemiddeling door de rechter: achtergronden, probleemstelling en wegingskader	27
2.1 Inleiding	27
2.2 Achtergrond: maatschappelijk effectieve rechtspraak	27
2.2.1 Een tendens naar de bemiddelende rechter	27
2.2.2 Waarom Maatschappelijk effectieve rechtspraak?.....	29
2.2.2.1 Kritiek op de rechtspraak.....	29

2.2.2.2	Typologie van kritiek	29
2.2.3	De inrichting van Maatschappelijk effectieve rechtspraak	32
2.2.3.1	De Spreekuurrechter	33
2.2.3.2	De Rotterdamse Regelrechter	39
2.2.3.3	De Wijkrechter	40
2.2.3.4	De Overijsselse Overlegrechter	41
2.2.3.5	Bouwrechter	41
2.2.3.6	Gericht Op Oplossing.....	42
2.2.3.7	De Bemiddelingsraadsheer	42
2.2.3.8	Piketmediation	43
	Deelconclusie: MER en de bemiddelende rechter	45
2.3	Probleemstelling: vermenging van twee rollen	45
2.3.1	Onderzoek naar risico's ontbreekt nog	45
2.3.2	De Verenigde Staten	47
2.3.3	Risico's bij med-arb	48
2.3.4	Deelconclusie: te onderzoeken risico's bij rechtspraak	49
2.4	Wegingskader.....	50
2.4.1	Wegingskader in plaats van toetsingskader	50
2.4.2	Efficiëntie	50
2.4.3	Effectiviteit.....	51
2.4.4	Een rechtvaardige procedure.....	51
2.4.4.1	Rechtsstatelijke waarborgen	51
2.4.4.2	Het recht op een eerlijk proces.....	52
2.4.4.3	Procedurele rechtvaardigheid.....	55
2.4.5	Wegingskader.....	56
3	Concepten. De rol van de rechter en van de bemiddelaar	58
3.1	Inleiding	58
3.2	De rol van de civiele rechter	58
3.2.1	Inleiding	58
3.2.2	Juridische perspectieven.....	59

3.2.2.1	Staatsrecht	59
3.2.2.2	Procesrecht	59
3.2.3	Rechtsfilosofische perspectieven	62
3.2.3.1	Fuller: rechtspraak als sociaal ordeningsmechanisme	62
3.2.3.2	Fiss: rechtspraak als vertegenwoordiger van normen en waarden	63
3.2.3.3	Luban: de rechtspraak als probleemoplosser of als publieke institutie?	64
3.2.4	Een sociologisch perspectief: Responsieve rechtspraak	67
3.2.5	Deelconclusie: de rol van de rechter	69
3.3	Bemiddeling, mediation en alternatieve geschilbeslechting	70
3.3.1	Inleiding	70
3.3.2	Principes van ADR, mediation en bemiddeling	70
3.3.2.1	Definitie van mediation	70
3.3.2.2	Principes en uitgangspunten	71
3.3.2.3	Nadelen van mediation	73
3.3.3	Juridisch kader	73
3.3.3.1	Mediation en ADR	73
3.3.3.2	De vaststellingsovereenkomst	75
3.3.4	Deelconclusie: bemiddeling	76
3.4	Verhouding tussen rechtspraak en bemiddeling	77
3.4.1	Inleiding	77
3.4.2	Voor een bemiddelende rol	77
3.4.3	Tegen een bemiddelende rol	78
3.4.4	De middenweg: bemiddeling en rechtspraak naast elkaar	78
3.5	Overeenkomsten en verschillen	79
3.5.1	Inleiding	79
3.5.2	De rechter of mediator en zijn verhouding tot de samenleving	79
3.5.3	De rechter of mediator en zijn verhouding tot partijen	80
3.5.4	De rechter of mediator en zijn verhouding tot het recht	81
3.5.5	Gerechtelijke bemiddeling	82
3.6	Deelconclusie	83

4	Gevolgen van gerechtelijke bemiddeling	85
4.1	Inleiding	85
4.2	Methodologie	86
4.2.1	Methodologische opmerkingen.....	86
4.2.2	Operationalisering van efficiëntie, effectiviteit en rechtvaardigheid.....	86
4.2.3	Vergelijking.....	89
4.3	Efficiëntie van de procedure	89
4.3.1	Inleiding	89
4.3.2	Temporele efficiëntie: de doorlooptijd.....	89
4.3.2.1	Doorlooptijd.....	89
4.3.2.2	Resultaten.....	90
4.3.3	Temporele efficiëntie: bespaarde werktijd.....	91
4.3.3.1	‘Werkijd’ voor een zaak.....	91
4.3.3.2	Resultaten.....	92
4.3.4	Financiële aspecten: de kosten van de procedure	94
4.3.4.1	Financiële aspecten	94
4.3.4.2	Financieringssysteem rechtspraak.....	94
4.3.5	Deelconclusie: gerechtelijke bemiddeling vergroot de efficiëntie.....	96
4.4	Effectiviteit van de gerechtelijke procedure.....	97
4.4.1	Inleiding	97
4.4.2	Gedragwetenschappelijke inzichten	97
4.4.2.1	Inleiding	97
4.4.2.2	Conflicten.....	98
4.4.2.3	Analyse: inzichten over conflictoplossing	100
4.4.3	Effectiviteit van de bemiddelingspoging als zodanig	100
4.4.3.1	Inleiding	100
4.4.3.2	Resultaten: overeenstemmingspercentages	101
4.4.3.3	Analyse: overeenstemmingspercentages.....	103
4.4.4	Doelbereik: lost de uitkomst het probleem op?.....	105
4.4.4.1	Inleiding	105
4.4.4.2	Resultaten: ervaringen naar uitkomst.....	105

4.4.4.3	Resultaten: ervaringen naar uitkomst bij MER-projecten.....	107
4.4.4.4	Analyse: doelbereik.....	109
4.4.5	Deelconclusie: is gerechtelijke bemiddeling effectief?.....	109
4.5	Rechtvaardigheid.....	110
4.5.1	Inleiding	110
4.5.2	Positiefrechtelijke implicaties van gerechtelijke bemiddeling.....	110
4.5.3	Ervaren rechtvaardigheid	112
4.5.3.1	Inleiding ervaren rechtvaardigheid	112
4.5.3.2	Resultaten ervaren rechtvaardigheid en tevredenheid.....	112
4.5.3.3	Analyse ervaren rechtvaardigheid en tevredenheid	116
4.5.4	Ervaren dwang	116
4.5.4.1	Resultaten ervaren dwang	116
4.5.4.2	Analyse ervaren dwang.....	118
4.6	Deelconclusie	119
4.6.1	Efficiëntie, effectiviteit en rechtvaardigheid.....	119
4.6.2	Deelconclusie in perspectief	120
5	Oplossingsrichtingen en waarborgen. Een rechtsvergelijking tussen Nederland, België en Frankrijk	122
5.1	Inleiding	122
5.2	Methodologie van de rechtsvergelijking.....	123
5.2.1	Doel van de rechtsvergelijking.....	123
5.2.2	Selectie van rechtsstelsels	124
5.2.3	Werkwijze	125
5.3	Oplossingen uit Nederlandse literatuur en praktijk.....	126
5.3.1	Inleiding	126
5.3.2	Oplossingsrichtingen in de literatuur	126
5.3.3	Oplossingsrichtingen uit de praktijk	128
5.3.4	Daadwerkelijke toepassing.....	128
5.3.5	Waarborging van een eerlijk proces: het geldend recht.....	129

5.3.5.1	Hoger beroep.....	129
5.3.5.2	Wraking.....	130
5.3.5.3	Het aantasten van de vaststellingsovereenkomst	131
5.3.6	Waarborging eerlijke procedure: het wenselijk recht	132
5.3.6.1	Inleiding: een pleidooi voor aanpassing van art. 7:902 BW	132
5.3.6.2	Aantasten van een vaststellingsovereenkomst	133
5.3.6.3	Het proces-verbaal	134
5.3.7	Deelconclusie: de Nederlandse civiele procedure.....	134
5.4	De verzoeningsprocedure in België	135
5.4.1	Inleiding: de verzoeningsprocedure	135
5.4.2	De vrederechter	136
5.4.3	De verzoeningsprocedure: law in the books	137
5.4.4	De verzoeningsprocedure: law in action	137
5.4.5	De vrederechter in termen van efficiëntie, effectiviteit en rechtvaardigheid	
	138	
5.4.5.1	Efficiëntie: gratis voor de rechtszoekenden, duur voor de overheid.....	138
5.4.5.2	Effectiviteit: werkt de vrederechter?.....	139
5.4.5.3	Rechtvaardigheid: ervaringen van partijen	141
5.4.6	Analyse: een goed idee voor Nederland?.....	142
5.4.6.1	Een Nederlandse verzoeningsprocedure	142
5.4.6.2	Alternatieven?.....	144
5.4.6.3	Lessen van de verzoeningsprocedure voor de Nederlandse procedure.....	145
5.4.7	Deelconclusie: een verzoeningsprocedure in Nederland?.....	145
5.5	De conciliateur in Frankrijk	145
5.5.1	Inleiding: de conciliateur de justice	145
5.5.2	Achtergrond: de vrederechter en de conciliateur	146
5.5.2.1	Franse vrederechters: Juge de paix, juge d'instance, juge de proximité	146
5.5.2.2	Conciliateur de justice.....	147
5.5.3	De conciliateur in de praktijk.....	147
5.5.4	De conciliateur de justice in termen van effectiviteit, efficiëntie en rechtvaardigheid.....	149

5.5.5	Analyse: een goed idee voor Nederland?.....	149
5.5.5.1	Een conciliateur in Nederland.....	149
5.5.5.2	Alternatieven?.....	150
5.5.6	Deelconclusie: conciliatie in Nederland?.....	151
5.6	Conclusie: rechtsvergelijking.....	151
6	Conclusie	153
6.1	Beantwoording onderzoeksvragen	153
6.2	Validiteit.....	156
6.3	Conclusies in perspectief.....	157
6.4	Aanbevelingen voor beleid.....	158
6.5	Aanbevelingen voor verder onderzoek	159
	Literatuur.....	161

1 Inleiding

1.1 Inleiding

De rechtspraak ligt momenteel onder een vergrootglas. Vanuit verschillende hoeken wordt kritiek geformuleerd: de civiele procedure zou niet alleen te lang duren en te duur zijn, ze zou ook nog eens niet in staat zijn om de problemen van rechtszoekenden daadwerkelijk op te lossen.¹ Vanuit de rechtspraak en de politiek is daarom het programma ‘Maatschappelijk effectieve rechtspraak’ (ook wel: ‘MER’) gelanceerd.² Een van de onderdelen van MER is dat de rechter zich moet richten op het onderliggende conflict en waar mogelijk een schikking moet beproeven.³ Dat past in een tendens. Het beproeven van een schikking behoort al van oudsher tot de taken van de Nederlandse civiele rechter,⁴ maar de focus verschuift steeds meer naar een actief bemiddelende rol.⁵

In deze scriptie wordt deze ontwikkeling geëvalueerd. De gedachte achter de toename van gerechtelijke bemiddeling is dat rechtspraak er sneller, goedkoper en effectiever van wordt. Deze aannames worden in dit onderzoek getoetst. Daarnaast valt op dat weinig onderzoek is gedaan naar de vraag wat het gevolg is van gerechtelijke bemiddeling voor de rechtvaardigheid van de procedure. Gerechtelijke bemiddeling kan gevolgen hebben voor de ervaren procedurele rechtvaardigheid, bijvoorbeeld voor de gepercipieerde onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter. Een concreet risico van de toename van de bemiddelende rol van de rechter is het ontstaan van schikkingen die als dwangschikking worden ervaren. Deze risico's raken vooral natuurlijke personen die zonder rechtshulpverlener procederen, bijvoorbeeld in het kader van min of meer ‘alledaagse’ geschillen.

In deze scriptie wordt beoogd te onderzoeken wat de voor- en de nadelen van een grotere bemiddelende rol van de rechter zijn en hoe de rechter daarmee om zou moeten gaan. Door deze gevolgen van gerechtelijke bemiddeling en de rol van de rechter daarin te onderzoeken kan verder richting gegeven worden aan de ontwikkeling van maatschappelijk effectieve rechtspraak.

¹ Zie voor een overzicht par. 2.2.2.

² Zie bijv. Rechtspraak die ertoe doet, 2016; Bakker 2016. Zie ook: Verberk 2019. Zie verder par. 2.2.

³ Bakker 2016.

⁴ Zie bijv. Von Bóné, *Justitiële Verkenningen* 2019; Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974, p. 133.

⁵ Vgl. bijv. Hol & Loth 2001; Brenninkmeijer e.a. 2003. Zie verder par. 2.2.1 van deze scriptie.

1.2 Plaatsbepaling

Onderzoek naar de schikkingspraktijk van de civiele rechter is niet nieuw. In 2008 omschreef Van der Linden de schikkingscomparitie als ‘een weinig doordacht proces’.⁶ Een recente empirische studie concludeerde dat rechters ‘zeer regelmatig ten onrechte geen aandacht aan een onderliggend conflict’ besteden.⁷ Verder blijkt dat schikkingen beter worden nageleefd dan gerechtelijke uitspraken.⁸ Het valt echter op dat de ontwikkeling niet tegen het licht gehouden is vanuit het perspectief van een rechtvaardige procedure: is een vermenging van bemiddelen en beslissen wel zo wenselijk, en zo niet, welke maatregelen zouden bij kunnen dragen aan effectieve en rechtvaardige rechtspraak?

Onderzoek naar de integratie van mediation en rechtspraak had vooral tot doel om problemen op de mediationmarkt op te lossen.⁹ In het buitenland zijn wel verdere aanknopingspunten te vinden. Zo wordt in de Verenigde Staten ‘*judicial mediation*’ al sinds de jaren 20 gepromoot en toegepast.¹⁰ In Frankrijk en in België wordt bemiddeling van oudsher als onderdeel van de taak van de rechter gezien.¹¹ In België is recent onderzocht hoe bemiddeling bij rechtszaken gefaciliteerd kan worden.¹² Bovendien is daar recent gediscussieerd over de mogelijkheid voor de rechter om bepaalde vormen van alternatieve geschiloplossing (ook wel: ‘ADR’, naar het Engelse ‘*alternative dispute resolution*’) ambtshalve en zonder instemming van partijen te bevelen. Dat voorstel is evenwel van de baan.¹³ Dit onderzoek naar gerechtelijke bemiddeling in de Nederlandse context moet deze leemte in de literatuur aanvullen, althans een aanzet geven tot nader onderzoek daartoe.

1.3 Doel en relevantie

Het doel van dit onderzoek is om de ontwikkelingen rondom bemiddeling door de rechter in kaart te brengen en te duiden. Beoogd wordt om een bijdrage te leveren aan de

⁶ Van der Linden 2008, p. 98.

⁷ Verschoof & Van Rossum 2018, p. 16-17.

⁸ Eshuis 2009.

⁹ Baarsma & Barendrecht 2012, p. 1 & p. 15-16.

¹⁰ Galanter 1986.

¹¹ In België heeft de Vrederechter een speciale verzoeningsprocedure, zie: Rotthier 2018, p. 35-38. Ook bij andere gerechten speelt verzoening een rol, zoals bij de familierechtbank, zie: Brouwers, 2015. In Frankrijk werd de bemiddelende taak eerst uitgevoerd door de *juge de paix*, thans opgevolgd door de *justice de proximité* en de *conciliateur de justice*. Zie hierover: Petit 2003. De verzoenende taak is ook voor beide rechtsstelsels in de wet opgenomen, namelijk in art. 730/1 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek en in art. 21 van de Franse Code de procédure civile.

¹² Hensen 2018. Zie over dit proefschrift ook de boekbespreking: Andries 2018.

¹³ Lankswaert 2018, p. 5.

theorievorming over rechterlijke bemiddeling en daarmee aan de theorievorming over de rol van de rechter en het rechterlijk domein in den breedte. Daarnaast wordt ernaar gestreefd dat dit onderzoek praktisch bruikbaar is voor de verdere ontwikkeling van maatschappelijk effectieve rechtspraak en van gerechtelijke bemiddeling in het bijzonder. De bevindingen uit dit onderzoek zouden zo kunnen bijdragen aan het daadwerkelijk verbeteren van de maatschappelijke effectiviteit van de rechtspraak, juist door aandachtspunten in deze ontwikkeling te onderkennen en te adresseren.

Een scriptie die op zichzelf te gebruiken is bij beleidsvorming is een ambitieus doel. Dit onderzoek kan echter mogelijk een bijdrage leveren aan het debat en een opzet zijn voor verdere discussie. Het onderzoek sluit aan bij het huidige academische debat, waar hervorming van de rechtspraak volop de aandacht heeft. In de literatuur wordt immers betoogd dat de huidige rechtspraak niet zou voldoen.¹⁴ Vranken en Snel, anderzijds, noemen probleemoplossing door de civiele rechter ‘wensdromen’ of zelfs ‘getuigen van gevaarlijke arrogantie’.¹⁵ Ook in de politiek krijgt deze ontwikkeling aandacht. Het regeerakkoord spreekt al over ‘buurtrechters’ en ook de Experimentenwet rechtspleging heeft invloed op de keuzes van beleidsmakers over de geschillenbeslechting, ook ten aanzien van de bemiddelende rechter.¹⁶ Met andere woorden: de ontwikkelingen in de rechtspraak en de bemiddeling door de rechter zijn onderwerp van een actueel politiek en academisch debat.

1.4 Onderzoeksvragen

Met deze scriptie wordt dus getracht de bemiddeling door de rechter te onderzoeken vanuit de gedachte dat dit voordelen heeft, maar mogelijk ook risico’s meebrengt. Uiteindelijk wordt gestreefd naar een normatief oordeel en naar mogelijke oplossingsrichtingen. Dat leidt, in het licht van het voorgaande, tot de volgende centrale onderzoeksvraag:

Is bemiddeling door de rechter in de civiele dagvaardingsprocedure wenselijk in termen van een efficiënte, effectieve en rechtvaardige procedure en welke waarborgen kunnen de nadelen van bemiddeling door de rechter wegnemen?

Met deze tweeledige onderzoeksvraag wordt zowel de wenselijkheid van een bemiddelende rol onderzocht als de wijze waarop invulling gegeven kan worden aan deze

¹⁴ Zoals de eerder aangehaalde werken: De Bock 2017 en Barendrecht e.a. 2017.

¹⁵ Vranken & Snel 2019, p. 865.

¹⁶ Zie par. 2.2 van deze scriptie.

bemiddelende rol. De wenselijkheid wordt hierbij gedefinieerd vanuit drie begrippen: de efficiëntie, de effectiviteit en de rechtvaardigheid van de procedure. Efficiëntie wordt benaderd vanuit het oogpunt van de duur en de kosten van de procedure, effectiviteit vanuit de doelmatigheid van de procedure en de rechtvaardigheid vanuit zowel juridische eisen als vanuit concepties van procedurele rechtvaardigheid. Het wegingskader wordt verder uiteengezet in paragraaf 2.4.

De tweeledige vraag kent een evaluerend aspect, namelijk het onderzoek naar de wenselijkheid van gerechtelijke bemiddeling, en een ontwerpend aspect, namelijk het opstellen van de waarborgen waaraan gerechtelijke bemiddeling dient te voldoen.¹⁷ Om de onderzoeksvraag te beantwoorden, dienen zeven deelvragen te worden beantwoord. Eerst worden de rol van de rechter en van de bemiddelaar conceptueel benaderd. Zo kunnen de risico's worden geïdentificeerd (**deelvraag 1**). Vervolgens worden empirische gegevens geanalyseerd: wat zijn de daadwerkelijke gevolgen van gerechtelijke bemiddeling ten aanzien van de efficiëntie, de effectiviteit en de rechtvaardigheid van de procedure (**deelvragen 2, 3 en 4**)? In een rechtsvergelijking worden de oplossingsrichtingen verkend, zowel in de Nederlandse literatuur en praktijk (**deelvraag 5**) als in België en Frankrijk. In die rechtsstelsels worden twee specifieke mechanismen van gerechtelijke bemiddeling uit België en Frankrijk bestudeerd en worden oplossingsrichtingen voor het Nederlandse rechtsstelsel gepresenteerd. De rechtsvergelijking dient ook om tot een ontwerp te komen om rolvermenging in Nederland te voorkomen (**deelvragen 6 en 7**).

De deelvragen kunnen als volgt worden geformuleerd:

I. Conceptuele benadering

1. Hoe kunnen de rol van de rechter en de rol van de bemiddelaar worden omschreven, en wat zijn de onderlinge overeenkomsten en verschillen?

II. Empirische benadering

2. Wat zijn, blijkens bestaand empirisch onderzoek, de gevolgen van gerechtelijke bemiddeling voor de efficiëntie van de civiele procedure?
3. Wat zijn, blijkens bestaand empirisch onderzoek, de gevolgen van gerechtelijke bemiddeling voor de effectiviteit van de civiele procedure?

¹⁷ Zie voor de typologie van onderzoeksvragen: Thijssen 2008, p. 58.

4. Wat zijn, blijkens bestaand empirisch onderzoek, de gevolgen van gerechtelijke bemiddeling voor de rechtvaardigheid van de civiele procedure?

III. Rechtsvergelijking & ontwerp

5. Hoe wordt in Nederland geprobeerd de beslissende en de bemiddelende rol van de rechter van elkaar te scheiden?
6. Wat kan het Nederlandse rechtstelsel leren van de verzoeningsprocedure in België ten aanzien van een scheiding van de rollen van bemiddelaar en beslisser?
7. Wat kan het Nederlandse rechtstelsel leren van de bemiddelingsprocedure bij de *conciliateur de justice* in Frankrijk ten aanzien van een scheiding van de rollen van bemiddelaar en beslisser?

Voor de beantwoording van deze onderzoeksvragen ga ik in de volgende paragraaf in op de methodologie van het onderzoek. In hoofdstuk 2 wordt het onderzoek verder ingekaderd. Dat hoofdstuk valt uiteen in een beschrijving van de huidige ontwikkelingen in politiek en rechtspraak, bedoeld om de achtergrond van het huidige onderzoek nader te duiden (par. 2.2), een probleemstelling (par. 2.3) en het wegingskader (par. 2.4). Het wegingskader bevat een invulling van de begrippen effectiviteit, efficiëntie en rechtvaardigheid. Dit dient als toetsingskader van de normatieve onderzoeksvraag.

1.5 Methodologie

1.5.1 Inleiding

In dit scriptieonderzoek worden verschillende onderzoeksmethoden met elkaar gecombineerd om tot een zo breed mogelijk beeld van bemiddeling door de rechter te komen. In deze paragraaf worden de methodologische keuzes verantwoord. Het betreft een verantwoording op hoofdlijnen. Ten behoeve van de leesbaarheid wordt een verdere verantwoording weergegeven bij de desbetreffende hoofdstukken.

In deze methodologische paragraaf wordt het volgende behandeld. Eerst worden de onderzoeksvragen (hoofd- en deelvragen) getypeerd (par. 1.5.2). Vervolgens worden de onderzoeksmethoden besproken (par. 1.5.3). Ik ga tevens in op de werkwijze (par. 1.5.4) en op de afbakening van het onderzoek (par. 1.5.5). Tot slot worden de gebruikte begrippen gedefinieerd (par. 1.5.6).

1.5.2 *Typering van de onderzoeksvragen*

De centrale vraag ziet op de wenselijkheid van gerechtelijke bemiddeling en kent dus een normatief karakter. In de woorden van Thijssen betreft het een onderzoeksvraag met een evaluerende en een ontwerpende component.¹⁸ Het normatieve aspect van dit onderzoek brengt methodologische uitdagingen mee. Ik adresseer deze uitdagingen door expliciet te zijn in aannames, uitgangspunten en argumenten en door normatieve keuzes zo veel mogelijk te expliciteren.¹⁹

De zeven deelvragen vormen samen de bouwstenen voor de – normatieve – beantwoording van de centrale vraag. **Deelvraag 1** is conceptueel van aard. Bij deze vraag wordt ingegaan op de concepten (overheids-)rechtspraak en bemiddeling. Dit moet inzicht geven in de verschillende rollen en in de potentiële rolconflicten: wat zijn de risico's van bemiddeling door de rechter?

De gevolgen van deze ontwikkeling worden niet alleen vanuit de concepten van overheidsrechtspraak en bemiddeling geduid, maar worden ook empirisch worden onderzocht. Daarop zien **deelvragen 2, 3 en 4**. Deze vragen zijn hoofdzakelijk descriptief, omdat de gevolgen van een ontwikkeling in kaart worden gebracht.

Deelvragen 5, 6 en 7 behelzen een rechtsvergelijking naar maatregelen om rolvermenging te voorkomen. Rechtsvergelijking kan bij uitstek bijdragen aan concrete maatregelen en verbetering van het nationale recht.²⁰ Het concrete doel in dit onderzoek is het ontwerpen van maatregelen en waarborgen die de risico's van potentiële rolconflicten kunnen verminderen. Bij het desbetreffende hoofdstuk (hoofdstuk 5) wordt hier uitgebreider op ingegaan.

1.5.3 *Multidisciplinaire onderzoeksmethoden*

In het onderzoek worden verschillende onderzoeksmethoden met elkaar gecombineerd om een breed antwoord op de onderzoeksvraag te kunnen formuleren. Ook wordt gebruik gemaakt van inzichten uit andere disciplines, met name uit sociaalwetenschappelijke

¹⁸ Thijssen 2008, p. 58.

¹⁹ In navolging van Singer 2009, i.h.b. p. 931; Van Gestel, Micklitz & Maduro 2012. Zie ook: Van Hoecke 2011, p. 10.

²⁰ Vgl. Oderkerk 2015, p. 600; Siems 2017, p. 3-4.

disciplines en uit de rechtstheorie. Dat betekent dat een multidisciplinaire benadering wordt gekozen.²¹

Het onderzoek naar de rol van de rechter en van de bemiddelaar (**deelvraag 1**) vergt een juridisch-dogmatische methode, waarbij ook rechtsfilosofische aspecten aan bod komen. Het empirische gedeelte van het onderzoek ligt besloten in de vragen naar de gevolgen van gerechtelijke bemiddeling (**deelvragen 2, 3 en 4**). De beantwoording van deze deelvragen vergt inzichten uit de rechtssociologie en -psychologie, omdat beoogd wordt de daadwerkelijke effecten op de samenleving en op rechtszoekenden te onderzoeken. Vanwege de beperkte onderzoekstijd en omvang van deze scriptie is uitvoerig empirisch onderzoek niet haalbaar. Wel is empirische data beschikbaar over de schikkingspraktijk van de overheidsrechter.²² Voor dit onderzoek wordt gebruik gemaakt van deze data.²³ Waar daartoe aanleiding bestaat, wordt ingegaan op de relevantie en validiteit van het gebruikte onderzoek.²⁴ De methodologische aspecten van de rechtsvergelijking (**deelvragen 5, 6 en 7**) worden afzonderlijk besproken in het desbetreffende hoofdstuk vanwege de specifieke vereisten van een methodologische verantwoording op dat vlak (hoofdstuk 5).

1.5.4 Werkwijze

Op basis van een literatuuronderzoek is een probleemstelling en een wegingskader opgesteld. Vervolgens is data verzameld om een beantwoording te geven op de deelvragen. Zoals gezegd worden verschillende methodologische strategieën gebruikt: klassiek-juridische methoden, het gebruik van empirische bronnen en een rechtsvergelijking. Bij alle drie de strategieën staat literatuuronderzoek (‘*desk research*’) voorop.²⁵

Wat betreft bronnen wordt vooral gebruik gemaakt van wetenschappelijke literatuur. Uiteraard wordt jurisprudentie zoveel mogelijk bij het onderzoek betrokken, maar het onderwerp leent zich minder voor een jurisprudentiestudie als zodanig. Voor het conceptuele hoofdstuk wordt met name gebruik gemaakt van enkele bekende theorieën uit de internationale rechtsfilosofische literatuur.

²¹ Van geïntegreerd interdisciplinair onderzoek is uiteraard geen sprake. Het gaat om juridisch onderzoek waarbij gebruik wordt gemaakt van kennis uit andere disciplines Van Klink en Taekema omschrijven verschillende gradaties van inter- en multidisciplinair onderzoek: Van Klink & Taekema 2011, p. 18.

²² Bijv. Verschoof & Van Rossum 2018; Van der Linden 2008. Ook: Ter Voert & Klein Haarhuis 2015.

²³ Zie over het gebruik van empirische bronnen in juridisch onderzoek: Van Hoecke 2011, p. 11-12.

²⁴ Vgl. Van Hoecke 2011, p. 11-12.

²⁵ Vgl. Thijssen 2008, p. 132.

Wat empirische studies betreft is gezocht naar bronnen dichterbij huis. Het blijft tenslotte lastig om de gerechtelijke procedure van verschillende staten met elkaar te vergelijken. De empirische gegevens worden met name betrokken uit enkele gezaghebbende empirische onderzoeken. Te denken valt bijvoorbeeld aan cijfers van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie en Veiligheid (WODC). Bij de rechtsvergelijking wordt zoveel mogelijk gebruik gemaakt van bronnen uit de betreffende rechtsstelsels.²⁶ Nederlandse informatie over de buitenlandse rechtsstelsels, met name het rechtsvergelijkend onderzoek naar de vrederechter van Bauw e.a.,²⁷ kan dit aanvullen en kan als startpunt dienen.

Overigens ben ik zelf betrokken geweest bij drie bronnen die in deze scriptie meerdere keren worden aangehaald.²⁸ Ik sluit in deze scriptie aan bij het advies van de KNAW, dat adviseert dat ‘hergebruik’ in dergelijke gevallen toelaatbaar is, mits bronvermeldingen worden toegepast.²⁹ Hierbij verdient opmerking dat mijn rol in deze onderzoeken relatief beperkt is geweest.

1.5.5 Afbakening

1.5.5.1 Ratio: beschermingsgedachte zwakke partijen

Dit onderzoek is gericht op een efficiënte, effectieve en rechtvaardige procedure. De mate waarin een inbreuk op een rechtvaardige procedure als probleem wordt ervaren, verschilt naargelang de procespartij een burger, een kleine onderneming of een groot bedrijf is. Een andere factor is of de procespartij in kwestie zelf procedeert of vertegenwoordigt wordt door een advocaat. De algemene opvatting is dat een zelf procederende burger meer bescherming verdient dan een door advocaten vertegenwoordigde onderneming.³⁰ Een derde factor is de proceservaring van procespartijen. Hier is het onderscheid tussen ‘*one shotters*’ en ‘*repeat players*’ relevant, waarbij *one shotters* als kwetsbaarder worden gezien dan *repeat players*. Natuurlijke personen zijn vaker *one shotters*, grote ondernemingen zijn vaker *repeat players*.³¹

²⁶ Vgl. Oderkerk 2015, p. 615.

²⁷ Bauw e.a. 2019.

²⁸ Het betreft Bauw e.a. 2018, Bauw e.a., *NJB* 2019 en Bauw e.a. 2019.

²⁹ *Correct citeren* (briefadvies KNAW april 2014), <https://www.knaw.nl/nl/actueel/publicaties/correct-citeren> (laatst geraadpleegd 12 september 2019).

³⁰ Vgl. Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/519; Stolk e.a. 2019, p. 17-19.

³¹ Galanter 1974; Spath 2019.

In deze scriptie wordt aangesloten bij deze beschermingsgedachte. De focus ligt op de zelf procederende procespartij, omdat de beschermingsgedachte bij deze ‘doe-het-zelvers’³² het meest prangend is. Door de afwezigheid van een rechtshulpverlener komt het bewaken van de rechtvaardige procedure vooral aan op de rechter. Om die reden staat in dit onderzoek de rol van de rechter centraal. De rol van de advocaat (of van andere rechtshulpverleners) wordt verder buiten beschouwing gelaten.

Dat doet niet af aan de relevantie voor dit onderzoek, omdat een substantieel deel van de procespartijen bij de kantonrechter zelf procedeert. Uit de evaluatie van de herziening van de gerechtelijke kaart blijkt dat bij kantonzaken 22,1 procent van de gedaagde natuurlijke personen zelf procedeert.³³ Dat lijkt weinig, maar 57 procent van de gedaagden laat verstek gaan.³⁴ Van de partijen die verschijnen, procedeert dus 51 procent zelf.³⁵ Bij de eisers is dat percentage ‘doe-het-zelvers’ zeer laag, maar 1,3 procent.³⁶ Bij bijvoorbeeld de Spreekuurrechter (zie verder par. 2.2.3.1), die zich expliciet op ‘alledaagse geschillen’³⁷ richt, is het percentage doe-het-zelvers 39 procent. Dit betreft zowel de eisers als de gedaagden. Van de overige partijen laat nog eens 39 procent zich bijstaan door een vertegenwoordiger van de rechtsbijstandsverzekeraar, 16 procent door een bekende, 2 procent door een advocaat en 2 procent door een juridisch adviseur, niet zijnde advocaat.³⁸

Dat neemt niet weg dat de uitkomsten ook relevant kunnen zijn voor zaken waarin de procespartijen wel vertegenwoordigd worden door een advocaat. In de praktijk blijkt dat advocaten een belangrijke rol spelen bij schikkingsbesprekingen.³⁹ Ook rechtsbijstandsverzekeraars kunnen belang hebben bij de gekozen strategie.⁴⁰ In dergelijke gevallen deelt de rechter zijn verantwoordelijkheden met de rechtshulpverlener. De vraag hoe die verantwoordelijkheid precies verdeeld moet worden, is een vraag die buiten het bestek van deze scriptie valt. Dat onderwerp leent zich wellicht voor vervolgonderzoek.

³² De term ‘doe-het-zelvers’ is afkomstig uit Ter Voert & Klein Haarhuis 2015, p. 38.

³³ Het geciteerde onderzoek richt zich slechts op zaken met een financieel belang van tussen de € 5.000 en de € 25.000, omdat het zich richt op de verhoging van de competentiegrens. De werkelijke aantallen kunnen dus afwijken. Zie Eshuis e.a. 2014, p. 39.

³⁴ Eshuis e.a. 2014, p. 76.

³⁵ Op basis van de volgende berekening: $100\% - 57\% = 43\%$, dus 43 % van partijen verschijnt. $22,1\% \text{ van } 100\% \text{ is } 22,1\% / 43\% = 51\% \text{ van } 43\%$.

³⁶ Eshuis e.a. 2014, p. 75.

³⁷ Artikel 4 Procesreglement de Spreekuurrechter; Hertogh e.a. 2018, p. 24.

³⁸ Hertogh e.a. 2018, p. 48.

³⁹ Barendrecht e.a. suggereren bijvoorbeeld dat de betrokkenheid van een advocaat de kans op bemiddeling verkleint; Barendrecht e.a. 2017, p. 35-36. Anders: Forder 2019, p. 1928-1929. Zie ook Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000, p. 65-88; Ten Haaft 2019, p. 498-500.

⁴⁰ Vgl. Van Deurzen 2018.

1.5.5.2 Civiele dagvaardingsprocedures

In deze scriptie staat de rol van de rechter in situaties van geschil of conflict voorop. Dit onderzoek richt zich daarom op zaken die volgens de gewone regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ('Rv') met een vordering (dagvaarding) worden ingeleid. Bij dagvaardingsprocedures is immers het meest nadrukkelijk sprake van geschilbeslechting.⁴¹ Verzoekschriftprocedures blijven buiten beschouwing. Uiteraard kunnen ook in verzoekschriftprocedures geschillen of conflicten bestaan, zoals bijvoorbeeld in de echtscheidingsprocedure (art. 815 Rv). Temporele beperkingen van deze scriptie staan echter niet toe om op de nuances van verschillende soorten procedures in te gaan.

Met de focus op dagvaardingsprocedures worden alternatieven voor de dagvaardingsprocedures niet uitgesloten. Wanneer procespartijen een alternatieve rechtsgang aangeboden wordt om een beslissing van de rechter in te roepen over een vorderingsrecht dat volgens de gewone regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een dagvaardingsprocedure zou zijn, valt dat binnen de reikwijdte van het onderzoek. Een voorbeeld is de procedure op grond van artikel 96 Rv, waarin partijen zich met een verzoekschrift tot een kantonrechter kunnen wenden. De focus van het onderzoek ligt verder op de procedure in eerste aanleg, maar inzichten uit appelprocedures worden ook in dit onderzoek betrokken.

1.5.6 *Definities*

In deze paragraaf worden een aantal concepten besproken die van belang zijn bij het uitvoeren van het beschreven onderzoek. De centrale begrippen uit de onderzoeksvraag – effectiviteit, efficiëntie en de rechtvaardige procedure – worden in hoofdstuk 2 vertaald in een wegingskader (par. 2.4). In deze paragraaf worden een aantal begrippen die in deze scriptie worden aangehaald, gedefinieerd. Het gaat dan met name om het onderscheid tussen mediation en bemiddeling.

Mediation, bemiddeling en verzoening of conciliatie zijn allemaal begrippen die worden gebruikt voor het begeleiden van schikkingsbesprekingen. In deze scriptie ligt de nadruk op de interventies van de rechter die bedoeld zijn om een schikking tussen procespartijen te bewerkstelligen. De Roo en Jagtenberg onderscheiden verschillende vormen

⁴¹ Asser Procesrecht/Van Schaik 2 2016/10.

van ‘op onderhandelen gebaseerde geschiloplossing met hulp van een derde’, ofwel ‘*assisted bargaining*’.⁴² Zij kiezen voor een werkdefinitie die alle door hen beschreven vormen bestrijkt. Zo proberen zij het feit te ondervangen dat begrippen als mediation in verschillende rechtssystemen verschillend worden uitgelegd.⁴³ Voor het onderhavige onderzoek is het echter van belang om onderscheid te maken naar de derde persoon die de onderhandelingen ondersteunt.

Voor deze scriptie worden definities gehanteerd die zoveel mogelijk aansluiten bij de in Nederland gangbare terminologie. Mediation is een vorm van alternatieve geschilbeslechting waarbij de mediator een neutrale rol inneemt.⁴⁴ Het wordt door Brenninkmeijer gedefinieerd als:

*‘een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de communicatie en onderhandelingen tussen partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale besluitvorming te komen’.*⁴⁵

De kern van mediation is dus dat de derde optreedt als neutrale procesbegeleider en dat partijen zelf gezamenlijk tot een oplossing van hun geschil komen. De mediator is veelal een aanbieder van ADR en aan de mediation ligt meestal een mediationovereenkomst ten grondslag.⁴⁶

Hoewel het beroep van mediator een vrij beroep is, worden in de praktijk aanvullende kwaliteitseisen geregeld door beroepsorganisaties, zoals de Mediatorsfederatie Nederland (MfN).⁴⁷ Bovendien is een wetsvoorstel in voorbereiding dat beëdigd mediators in het leven roept. ‘Beëdigd mediator’ zou in dit wetsvoorstel een wettelijk beschermde titel worden en beëdigd mediators zouden worden ingeschreven in een register. Deze beëdigd mediators zouden vervolgens aan bepaalde eisen moeten voldoen en een functioneel verschoningsrecht krijgen.⁴⁸ De toekomst van dit wetsvoorstel is overigens nog onzeker.

⁴² De Roo & Jagtenberg 2003, p. 63.

⁴³ De Roo & Jagtenberg 2003, p. 63.

⁴⁴ Bauw e.a. 2018, p. 74.

⁴⁵ Brenninkmeijer e.a. 2009, p. 6. Deze definitie is instemmend overgenomen door Bauw e.a. 2018, p. 74.

⁴⁶ Bauw e.a. 2018, p. 75.

⁴⁷ Bauw e.a. 2018, p. 75-76.

⁴⁸ Zie het Wetsvoorstel bevordering mediation op www.internetconsultatie.nl, <https://www.internetconsultatie.nl/wetmediation/details>. Het wetsvoorstel is thans in voorbereiding, zie de wetgevingsagenda: <https://wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK006813> (beide laatst geraadpleegd op

Mediation is dus een vorm van bemiddeling die door een mediator wordt begeleid en waarbij sprake is van een neutrale procesbegeleider. Dat neemt overigens niet weg dat wel gepleit wordt voor sturende of directieve vormen van mediation.⁴⁹

Sommige auteurs onderscheiden mediation van bemiddeling, omdat de derde bij bemiddeling ook inhoudelijk kan interveniëren.⁵⁰ Rotthier definieert bemiddelen als ‘een techniek waarbij een onafhankelijke tussenpersoon met de partijen rond de tafel zit, om ze tot een oplossing te laten komen die voor iedereen aanvaardbaar is’, maar benadrukt daarnaast dat de bemiddelaar een ‘passieve rol’ speelt en dat het initiatief vanuit de partijen komt. Volgens hem gaat de rechter die een schikking beproeft verder dan dat, door zelf met voorstellen te komen.⁵¹ De Van Dale definieert ‘bemiddelen’ als ‘tussenbeide komen om een geschil op te lossen’.⁵² Mijns inziens wordt bemiddelen inderdaad over het algemeen gezien als een breder concept, waarbij een derde op enigerlei wijze helpt om partijen overeenstemming te doen bereiken.

Op basis van het bovenstaande worden in deze scriptie de volgende definities gehanteerd: ‘bemiddelen’ is het tussenbeide komen om een geschil op te lossen. ‘Bemiddeling’ is dan een vorm van geschilbeslechting waarbij partijen ondersteund worden door een derde om met elkaar tot een oplossing van het geschil te komen. ‘Mediation’ is een *species* van het *genus* bemiddeling, namelijk ‘een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de communicatie en onderhandelingen tussen partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale besluitvorming te komen’.⁵³ Wanneer een rechter bemiddelend optreedt, gebruik ik termen zoals ‘gerechtelijke bemiddeling’ of ‘bemiddeling door de rechter’.

Een derde concept dat in de discussie over bemiddeling door de rechter wel wordt gebruikt, is ‘verzoening’ ofwel ‘conciliatie’. Conciliatie was een taak van de vrederechter in Nederland (1811-1838), die in een specifieke procedure probeerde om partijen tot elkaar te brengen.⁵⁴ De Belgische vrederechter doet dit nog steeds.⁵⁵ Het begrip conciliatie lijkt vooral

16 september 2019).

⁴⁹ Vgl. Simon Thomas e.a. 2018, p. 60; Klaassen 2014.

⁵⁰ Zie bijv. Van der Veld 2012, p. 142.

⁵¹ Rotthier 2018, p. 35. Deze definitie is instemmend overgenomen door Von Bóné 2019, p. 33.

⁵² ‘Bemiddelen’ in: *Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal*, Utrecht: Van Dale 2015 (online publiek).

⁵³ Zie ook: Brenninkmeijer e.a. 2009, p. 7.

⁵⁴ Von Bóné 2012, p. 78; Von Bóné 2016, p. 18-19. Zie voor een uitvoerige historische beschrijving: Von Bóné, *Justitiële verkenningen* 2019.

⁵⁵ Rotthier 2018, p. 36; Von Bóné, *Justitiële verkenningen* 2019, p. 34-35. Zie ook par. 5.4.

gebruikt te worden als synoniem van deze Belgische gerechtelijke verzoeningsprocedure.⁵⁶ In deze scriptie wordt met ‘verzoening’ bedoeld op de verzoening door de rechter op de voet van artikel 731 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek. Dat artikel bepaalt, kort gezegd, dat partijen op verzoek van een der partijen of gezamenlijk een geschil kunnen voorleggen aan de rechter die bevoegd is om in eerste aanleg op het geschil te beslissen om een minnelijke schikking te bereiken. Omdat de Belgische wet over ‘verzoenen’ spreekt, wordt zo veel mogelijk bij dit begrip aangesloten (zie hierover par. 5.4). ‘Conciliatie’ is hier een synoniem van.

Een ander begrip dat gebruikt wordt is de ‘schikking’. Met een schikking wordt bedoeld op overeenstemming tussen partijen waarmee het geschil wordt beëindigd. Materieel betreft dit een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW. In het procesrecht wordt het gezien als een van de doelen van de mondelinge behandeling (art. 87 lid 1 Rv (oud), zie ook art. 87 lid 2 Rv (nieuw)⁵⁷). Een schikking tijdens de civiele procedure betekent het einde van de procedure en heeft, mits vastgelegd in een proces-verbaal, de kracht van een executoriale titel (art. 87 lid 3 Rv (oud), art. 89 lid 1 Rv (nieuw)).⁵⁸ Een schikking staat ook wel bekend als een ‘minnelijke schikking’ of ‘minnelijke regeling’ (vgl. bijv. art. 20 en 21 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering BES en art. 731 Belgisch Gerechtelijk Wetboek).

⁵⁶ Brenninkmeijer e.a. 2009, p. 7; ‘De verzoeningsprocedure voor de vrederechter’, 20 november 2016, https://www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/public/Procedures/nota_over_de_minnelijke_schikking_voor_de_vrederechter_0.pdf (laatst geraadpleegd 10 mei 2019); Von Bóné 2018, p. 26. Zie anders: Brown & Mariott 2011, p. 156-158. Volgens Brown & Mariott wordt *conciliation* gebruikt voor een meer *evalautive* type mediation; zij komen overigens tot de conclusie dat dit begrip daarom overbodig wordt.

⁵⁷ Voor het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden in het vervolg de volgende aanduidingen gebruikt: ‘Rv (oud)’ is de aanduiding voor het ‘gewone’ Rv, zoals dat geldt tot 1 oktober 2019. ‘KEI-Rv’ is de aanduiding voor het Rv dat tot 1 oktober 2019 geldt voor digitale procedures (*Stb.* 2016, 288; *Stb.* 2016, 289; *Stb.* 2017, 16). ‘Rv (nieuw)’ is de aanduiding voor het Rv dat geldt vanaf 1 oktober 2019, de datum waarop de Spoedwet KEI in werking treedt (*Stb.* 2019, 241; *Stb.* 2019, 247). De afkorting ‘Rv’ is de algemene aanduiding van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en wordt gebruikt wanneer de tekst van de verschillende versies gelijklopend is.

⁵⁸ De Groot 2019, p. 168-174.

Kader 1: Definities: bemiddeling en vormen daarvan.

Bemiddeling:	Een vorm van geschilbeslechting waarbij partijen ondersteund worden door een derde om met elkaar tot een oplossing van het geschil te komen.
Mediation:	Een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de communicatie en onderhandelingen tussen partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale besluitvorming te komen.
Schikking:	Vaststellingsovereenkomst; minnelijke regeling.
Verzoeningsprocedure:	De procedure op grond van 731 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek. Ook wel ‘conciliatieprocedure’.

1.6 Leeswijzer

De scriptie is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 worden de achtergronden van dit onderzoek weergegeven. In dat hoofdstuk wordt de ontwikkeling van gerechtelijke bemiddeling geschetst en wordt de probleemstelling geformuleerd. De begrippen effectiviteit, efficiëntie en rechtvaardigheid worden geoperationaliseerd en er wordt een wegingskader opgesteld. In hoofdstuk 3 wordt de conceptuele benadering behandeld (**deelvraag 1**). Daar worden de overeenkomsten en verschillen tussen de rollen van de rechter en van de bemiddelaar besproken. Uit deze bespreking komen de risico's naar voren die zich bij rolvermenging kunnen voordoen: waar zit spanning tussen bemiddelen en beslissen? Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 onderzocht welke gevolgen de toename van de bemiddelende rol van de rechter heeft, met andere woorden: welke voor- en nadelen heeft deze ontwikkeling in de praktijk (**deelvragen 2 en 3 en 4**)? Vervolgens komt de rechtsvergelijking aan bod (hoofdstuk 5). Hierin worden oplossingsrichtingen voor de geconstateerde problemen onderzocht (**deelvragen 5, 6 en 7**). De scriptie sluit af met een conclusie, waarin ook aandacht wordt besteed aan de validiteit van deze conclusie en waarin enkele aanbevelingen worden geformuleerd (hoofdstuk 6).

2 Toetsing van bemiddeling door de rechter: achtergronden, probleemstelling en wegingskader

2.1 Inleiding

In de inleiding is genoemd dat de rechter steeds vaker geacht wordt als bemiddelaar op te treden. Dat leidt tot rolvermenging: de bemiddelende rol van de rechter en de rechtssprekende rol van de rechter lopen meer door elkaar. Voorafgaand aan de beantwoording van de deelvragen bespreek ik in dit hoofdstuk de achtergrond van het scriptieonderzoek.

In paragraaf 2.2 beschrijf ik de ontwikkeling van gerechtelijke bemiddeling. Ik bespreek dat de rechter van oudsher al de taak heeft om een schikking te beproeven, maar dat de rechter ook steeds nadrukkelijker als bemiddelaar dient op te treden. In paragraaf 2.3 stel ik een probleemstelling op. Ik betoog dat naar deze ontwikkeling nog niet veel onderzoek is gedaan, maar dat deze rolvermenging niet vanzelfsprekend positief is. Het brengt ook risico's en problemen met zich mee. Mijns inziens dienen de voordelen op het vlak van de efficiëntie en effectiviteit te worden afgewogen tegen de risico's voor de (ervaren) rechtvaardigheid van de procedure. Dit wegingskader wordt in paragraaf 2.4 nader uiteengezet. Ook worden de parameters (efficiëntie, effectiviteit, rechtvaardigheid) hier toegelicht.

2.2 Achtergrond: maatschappelijk effectieve rechtspraak

2.2.1 Een tendens naar de bemiddelende rechter

De achtergrond van dit scriptieonderzoek is dat er sprake lijkt te zijn van een toenemende bemiddelende taak voor de rechter. Het 'beproeven van een schikking' behoort van oudsher tot de taken van de rechter.⁵⁹ De rechter heeft daartoe middelen gekregen die opgenomen zijn in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zoals het gelasten van een schikkingscomparitie bij iedere stand van het geding (art. 87 Rv (oud); art. 87 Rv (nieuw)).⁶⁰ Dit beproeven van een schikking gaat in de praktijk verder dan slechts het 'de gang op sturen' van partijen.⁶¹

⁵⁹ Vgl. Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974, p. 133.

⁶⁰ De Groot 2019, p. 168-169

⁶¹ Zie voor een overzicht: Verschoof & Van Rossum 2018, p. 148-154.

In 2016 heeft de Raad voor de rechtspraak het programma ‘Maatschappelijk effectieve rechtspraak’ (ook wel: ‘MER’) gelanceerd.⁶² Een van de onderdelen van Maatschappelijk effectieve rechtspraak is de gedachte dat een vonnis het onderliggende conflict niet oplost en dat de rechter niet alleen knopen moet doorhakken, maar zich ook moet focussen op het onderzoeken van schikkingen.⁶³ Ook de politiek heeft zich achter het project geschaard. Zo is Maatschappelijk effectieve rechtspraak opgenomen in het regeerakkoord.⁶⁴ De politieke steun blijkt ook uit het aangekondigde wetsvoorstel voor de Experimentenwet Rechtspleging,⁶⁵ die de ruimte om te experimenteren voor de civiele rechtspraak vergroot. Het is te verwachten dat het wetsvoorstel voor de Experimentenwet de ontwikkeling van een bemiddelende rechter verder zal aanjagen. De rechter wordt dan steeds meer in een bemiddelende rol geplaatst, die afwijkt van de traditionele rol als geschilbeslechter. Daarmee raakt de ontwikkeling aan de rol van de rechter, het rechterlijk domein en de kwaliteit van de rechtspraak.

Deze – recente – ontwikkelingen staan niet op zichzelf. In het begin van de 21^e eeuw stond bemiddeling door de rechter al in de schijnwerpers. Hol en Loth muntten het begrip *iudex mediator*.⁶⁶ Zij schrijven dat de rechter ‘als bemiddelaar kan worden beschouwd’, tussen partijen, maar ook tussen partijen en de gemeenschap en tussen de verschillende belangen in de pluriforme samenleving.⁶⁷ In 2003 schreven Brenninkmeijer e.a. in de bundel *De taakopvatting van de rechter* dat van de rechter meer en meer gevraagd wordt ‘zich actief op te stellen teneinde het voorliggende geschil zo goed mogelijk te beslechten’.⁶⁸ Asser schreef in zijn bijdrage aan deze bundel dat ‘de schikkende rechter’ teruggaat op de historische vrederechter en dat bemiddeling dus van oudsher tot de taakopvatting van de rechter behoort.⁶⁹ De Hoon en Verberk signaleren een bredere ontwikkeling, waarbij rechters ook binnen de gewone procedure interventies plegen om het probleem op te lossen.⁷⁰

⁶² Zie bijv. Rechtspraak die ertoe doet, 2016; Bakker 2016. Zie ook: Verberk 2019.

⁶³ Bakker 2016.

⁶⁴ Regeerakkoord ‘Vertrouwen in de toekomst’, 2017-2021, VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, 10 oktober 2017, p. 5, <https://www.kabinetsformatie2017.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst> (laatst geraadpleegd 19 september 2019).

⁶⁵ Het wetsvoorstel Experimenteerwet burgerlijk procesrecht ligt thans voor bij de Afdeling Advisering van de Raad van State, zie: <https://wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK008922> (laatst geraadpleegd op 19 mei 2019).

⁶⁶ Hol & Loth 2001.

⁶⁷ Hol & Loth 2001, p. 54.

⁶⁸ Brenninkmeijer e.a. 2003, p. 1; Scheltema 2003, p. 12.

⁶⁹ Asser 2003, p. 33. Zie over de vrederechter ook Von Bóné 2012; Von Bóné 2016; Von Bóné 2018; Von Bóné, AA 2019; Von Bóné, *Justitiële Verkenningen* 2019.

⁷⁰ De Hoon & Verberk 2014, p. 32.

In de volgende paragraaf wordt eerst uiteengezet dat het programma Maatschappelijk effectieve rechtspraak een reactie is op kritiek op de huidige civiele procedure. Vervolgens wordt verder ingegaan op de inrichting van Maatschappelijk effectieve rechtspraak.

2.2.2 *Waarom Maatschappelijk effectieve rechtspraak?*

2.2.2.1 Kritiek op de rechtspraak

In de literatuur wordt onvrede geuit over de wijze waarop civiele procedures zijn vormgegeven. De kritiek is dat rechtspraak te lang duurt⁷¹ en uit empirisch onderzoek blijkt dat rechtszoekenden de formele procedure als belastend ervaren.⁷² Barendrecht e.a. stellen dat het huidige burgerlijk procesrecht ertoe leidt dat geschillen vaak gejuridiseerd worden en dat dit tot onvoldoende echte oplossingen leidt.⁷³ Dat sluit aan bij de bevindingen van de Commissie fundamentele herbezinning Nederlands procesrecht. Haar stond een ‘faciliterende rechter’ voor ogen. Ze formuleerde deze als ‘een rechter tot wie partijen zich kunnen wenden teneinde door bemiddeling een procedure te voorkomen, voorlopige bewijsmaatregelen te entameren of eventueel een beslissing te verkrijgen’.⁷⁴ Vranken en Snel wijzen er juist op dat een probleemoplossende rechter getuigt van een te optimistisch idee over de rol die de rechter kan spelen.⁷⁵

2.2.2.2 Typologie van kritiek

De kritiek op de rechtspraak valt kort gezegd in twee groepen bezwaren uiteen. De eerste categorie ziet op de toegankelijkheid van de procedure. De tweede categorie ziet op de vraag of de rechtspraak beantwoordt aan de doelen die daaraan mogen worden gesteld.

Kritiek op de toegankelijkheid

De Bock vat de kritiek op de toegankelijkheid van de rechtspraak kernachtig samen: ‘het is te duur en het duurt te lang’.⁷⁶ Daarnaast komt uit empirisch onderzoek naar motieven van burgers om wel of niet naar de rechter te gaan naar voren dat rechtszoekenden de formele

⁷¹ De Bock 2017, p. 19-20.

⁷² Mein & De Meere 2018, p. 42-43.

⁷³ Barendrecht e.a. 2017, zie o.a. p. 16 en p. 49.

⁷⁴ Asser e.a. 2006, p. 66.

⁷⁵ Vranken & Snel 2019, p. 865.

⁷⁶ De Bock 2017, p. 19.

procedure als belastend ervaren.⁷⁷ In het Nederlandse debat heeft het rapport van Barendrecht e.a. de nodige aandacht gekregen.⁷⁸ Barendrecht e.a. schrijven over het Nederlandse rechtssysteem: '[het is] kostbaar, levert niet wat mensen nodig hebben en is soms ronduit schadelijk'.⁷⁹ De onderzoekers stellen dat de juridische procedure te formeel is, partijen te zeer tegenover elkaar gezet worden en dat het procesrecht verouderd is.⁸⁰ Hoewel ook kritiek op dit rapport geformuleerd wordt,⁸¹ toont het bestaan van dit rapport aan dat ontevredenheid bestaat over de wijze waarop de civiele procedure is ingericht. Ook de Commissie fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht noemde de 'bekende klachten dat procederen te lang duurt, te kostbaar of te ingewikkeld is, en berust op een verkeerde verdeling van schaarse middelen'.⁸²

Bauw e.a. brengen 'de groei van buitengerechtelijk geschiloplossing' in verband met de geformaliseerde en gestandaardiseerde juridische procedure, wat 'ertoe [heeft] geleid dat de procedure niet altijd aansluit bij de behoefte van partijen of bij wat geschikt is om een geschil op te lossen'.⁸³

Deze discussie beperkt zich niet tot Nederland. Genn spreekt van '*worldwide "crises" in civil justice*'.⁸⁴ Zij maakt zich zorgen over toegang tot het recht voor individuen en stelt dat fundamenteel nagedacht moet worden over hoe veel en welke vorm van civiele rechtspraak in de samenleving nodig is.⁸⁵ Ook Genn signaleert een verband tussen de kritiek op de rechtspraak en de opkomst van ADR, maar ziet dit verband vooral aan de zijde van de beleidsmakers en minder aan de zijde van de rechtszoekenden. Volgens Genn dient het beleid om ADR te stimuleren niet om de toegang tot het recht te verbeteren, maar drijft het geschillen weg van rechtspraak.⁸⁶ Dit sluit ook aan bij wat De Bock in Nederland signaleert in haar 'pleidooi om de rechter niet te ontlasten'.⁸⁷

⁷⁷ Mein & De Meere 2018, p. 42-43.

⁷⁸ Barendrecht e.a. 2017.

⁷⁹ Barendrecht e.a. 2017, p. 2.

⁸⁰ Barendrecht e.a. 2017, p. 14.

⁸¹ Zie bijv. Hulst & Van den Bos 2017; Vranken & Snel 2019.

⁸² Asser e.a. 2006, p. 13.

⁸³ Bauw e.a. 2018, p. 17.

⁸⁴ Genn 2010, p. 27.

⁸⁵ Genn 2010, p. 74.

⁸⁶ Genn 2010, p. 121.

⁸⁷ De Bock 2017.

Kritiek op de doelmatigheid

Naast de toegankelijkheid van de rechter staat ook de effectiviteit van de civiele rechtspraak ter discussie. Ook hier gaat het om kritiek die breed gehoor vindt. De kern van de kritiek is dat de rechter oordeelt over een juridisch geschil, terwijl dat geschil smaller kan zijn dan het daadwerkelijke conflict tussen de strijdende partijen.⁸⁸ Barendrecht e.a. stellen bijvoorbeeld dat de civiele procedure tekortschiet in het ‘samen vinden van een oplossing’: dat aspect zou niet alleen ‘ongeregeld’, maar ook ‘verwaarloosd’ zijn gebleven.⁸⁹ Barendrecht zet daarom in op dejuridisering.⁹⁰ De Bock stelt juist dat dejuridisering niet tot probleemoplossing leidt. Wanneer mensen geen toegang hebben tot de rechter, worden problemen volgens haar niet effectiever opgelost, maar blijven mensen zitten met onopgeloste problemen.⁹¹

Ook de Commissie fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht is ingegaan op de oplossing van het onderliggende conflict door de civiele rechter. Ze constateerde enerzijds dat het civiele proces eerder een ‘sta-in-de-weg’ is dan dat het bijdraagt aan een gezamenlijke oplossing,⁹² maar ziet het bereiken van een dergelijke oplossing anderzijds niet als een van de doelen van het civiele proces.⁹³

Er bestaat ook kritiek op het vooropstellen van geschiloplossing bij de rechtspraak. Genn vindt het oplossen van het probleem meer iets voor mediation:

*‘The peace language of mediation has nothing to do with substantive justice, but is about closure and possibly psychic healing. It is not about retribution or equity. It is about letting go of grievance or wrong, in order to live in peace’.*⁹⁴

Ook Vranken en Snel zijn kritisch over een probleemoplossende rechter:

*‘Het verlangen naar probleemoplossing door de civiele rechter berust op wensdromen of, in de woorden van Jan Leijten, getuigt van een gevaarlijke arrogantie’.*⁹⁵

⁸⁸ De Groot 2012, p. 12-13.

⁸⁹ Barendrecht e.a. 2017, p. 14.

⁹⁰ Barendrecht e.a. 2017, p. 14-16.

⁹¹ De Bock 2017, p. 12.

⁹² Asser e.a. 2006, p. 28.

⁹³ Asser e.a. 2006, p. 31.

⁹⁴ Genn 2010, p. 122.

⁹⁵ Vranken & Snel 2019, p. 865.

Vranken en Snel benadrukken dat rechtszoekenden en juridische professionals overwegend tevreden zijn, ondanks de kritiek in de literatuur.⁹⁶ De Groot presenteert een genuanceerde visie. Zij benadrukt in haar oratie dat de Rechtspraak tegemoet behoort te komen:

*‘aan reële en gerechtvaardigde verwachtingen van de betrokken burgers, maar kan ook slechts daaraan tegemoet komen (en dus niet aan irreële en ongerechtvaardigde verwachtingen)’.*⁹⁷

Deze opvattingen weerspiegelen opvattingen over de rol van de rechter. De rol van de rechter komt uitgebreid aan bod in hoofdstuk 3. Op deze plaats is slechts van belang dat geconstateerd kan worden dat stemmen in de literatuur opgaan om de rechtspraak beter in te richten om effectieve geschiloplossing, en niet alleen geschilbeslechting, te faciliteren.

2.2.3 De inrichting van Maatschappelijk effectieve rechtspraak

Toen het programma Maatschappelijk effectieve rechtspraak werd aangekondigd, legde de toenmalig voorzitter van de Raad voor de rechtspraak de nadruk op de gedachte dat een vonnis het onderliggende conflict niet oplost. De rechter moet zich niet alleen richten op het nemen van beslissingen, maar ook op het leveren van maatwerk, het voeren van regie en het onderzoeken van schikkingen.⁹⁸ Dat onderzoeken van schikkingen is een belangrijk aspect voor deze scriptie: blijkbaar is de traditionele schikkingscomparitie nog niet voldoende om aan de behoefte van ‘maatschappelijke effectiviteit’ van de rechtspraak te voldoen. Wat de behoeften van rechtszoekenden precies zijn, lijkt overigens nog niet te zijn onderzocht.

In het kader van Maatschappelijk effectieve rechtspraak zijn verschillende pilots en projecten gelanceerd, waarbij het streven naar een oplossing van het onderliggende conflict vooropgesteld wordt. Ik noem deze projecten in het vervolg gezamenlijk ‘MER-projecten’. In vrijwel alle gevallen wordt niet alleen het streven naar een schikking, maar ook de bemiddelende rol van de rechter expliciet door de initiatiefnemers genoemd. Voor dit onderzoek zijn de volgende pilots of projecten relevant:⁹⁹

⁹⁶ Vranken & Snel 2019, p. 859, onder verwijzing naar het Klantwaardingsonderzoek van de Raad voor de rechtspraak in 2014 en 2017 (Klantwaardering Rechtspraak 2017) en de Rule of Law Index 2016.

⁹⁷ De Groot 2012, p. 8.

⁹⁸ Bakker 2016; zie ook: Raad voor de rechtspraak 2018, p. 16-18.

⁹⁹ Relevant wil zeggen: gericht op zaken die vallen binnen de reikwijdte van dit onderzoek, namelijk dagvaardingsprocedures bij de civiele rechter (zie par. 1.5.51.5.5). Projecten gericht op strafrecht of bijvoorbeeld het familierecht worden buiten beschouwing gelaten. Zie ‘Wat is maatschappelijk effectieve rechtspraak?’ op rechtspraak.nl, <https://www.rechtspraak.nl/Themas/maatschappelijk-effectieve-rechtspraak#9b484557-5eff-4278-83dd-308a58c40f055f2259f5-b000-479d-9128-cf6e9b0a2af418> (laatst geraadpleegd 13 september 2019).

- de Spreekuurrechter (Rechtbank Noord-Holland),
- de Rotterdamse Regelrechter (Rechtbank Rotterdam),
- de Wijkrechter (Rechtbank Den Haag),
- de Overijsselse Overlegrechter (Rechtbank Overijssel),
- de Bouwrechter (Rechtbank Noord-Holland),
- Gericht Op Oplossing (Rechtbank Amsterdam),¹⁰⁰
- de Bemiddelingsraadsheer (Gerechtshof Den Haag).

Naast op bovengenoemde pilots en projecten ga ik in op het fenomeen ‘piketmediation’. Piketmediation is geen project, maar een methode van mediation die toegepast wordt bij verschillende andere MER-projecten, met name in het familierecht.¹⁰¹ De Spreekuurrechter is de directe aanleiding voor andere pilots en is uitvoerig geëvalueerd. Dat is reden om wat uitvoeriger op deze pilot in te gaan.

2.2.3.1 De Spreekuurrechter¹⁰²

Spreekuurrechter

De Spreekuurrechter was een pilot van de Rechtbank Noord-Nederland die beoogde snel en laagdrempelig contact met de rechter te bieden en was gericht op het oplossen van geschillen.¹⁰³ De pilot liep van oktober 2016 tot mei 2018.¹⁰⁴ De juridische grondslag van de Spreekuurrechter was artikel 96 Rv. Dat artikel roept een procedure in het leven waarbij partijen zich gezamenlijk, op basis van vrijwilligheid, tot een kantonrechter van hun keuze wenden om zijn beslissing in te roepen. De kantonrechter bepaalt de wijze waarop het geding vorm krijgt. Het artikel luidt als volgt:¹⁰⁵

¹⁰⁰ GOO is gestart voordat MER gelanceerd is, maar wordt door de Raad voor de rechtspraak wel onder MER geschaard en genoemd op de webpagina ‘Wat is maatschappelijk effectieve rechtspraak?’ op [rechtspraak.nl](https://www.rechtspraak.nl).

¹⁰¹ Bauw e.a. 2019, p. 85; De Jong & Brouwer 2018, p. 3.

¹⁰² In deze paragraaf wordt vooral verwezen worden naar het evaluatierapport (Hertogh e.a. 2018). Zie echter ook: Lennaerts 2016; Lennaerts 2017.

¹⁰³ Hertogh e.a. 2018, p. 15.

¹⁰⁴ ‘Rechtbank Noord-Nederland pleit voor doorontwikkeling concept Spreekuurrechter’ op <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Noord-Nederland/Nieuws/Paginas/Rechtbank-Noord-Nederland-pleit-voor-doorontwikkeling-concept-Spreekuurrechter.aspx> (laatst geraadpleegd 20 mei 2019).

¹⁰⁵ Het tweede lid is recent toegevoegd in het kader van het KEI-Rv, Luiten 2018, p. 138.

‘Artikel 96

1. In alle zaken die slechts rechtsgevolgen betreffen die ter vrije bepaling van partijen staan, kunnen zij zich samen tot een kantonrechter van hun keuze wenden en zijn beslissing inroepen. Het geding wordt gevoerd op de wijze als door de kantonrechter bepaald.

2. Indien slechts een van partijen zich tot de kantonrechter wendt voor toepassing van het eerste lid, wordt aan haar keuze slechts gevolg gegeven indien alle andere partijen de kantonrechter berichten dat zij instemmen met deze keuze.’

De procedure van artikel 96 Rv is flexibel omdat de kantonrechter maatwerk kan leveren: hij bepaalt in overleg met partijen de wijze van procederen.¹⁰⁶ De procedure was daarnaast goedkoop. Het griffierecht in het kader van de Spreekuurrechter bedroeg voor kantonzaken slechts € 39,50 voor natuurlijke personen en € 58,50 voor rechtspersonen. Voor handelszaken is het bedrag iets hoger, maar nog steeds lager dan het griffierecht voor de reguliere kantonrechter. Dit griffierecht betalen beide partijen, ongeacht de uitkomst van de procedure.¹⁰⁷

Een advocaat is bij een procedure op de voet van artikel 96 Rv niet vereist.¹⁰⁸ De procedure is, vanwege artikel 96 Rv als rechtsgrond, slechts toegestaan bij zaken die gaan om rechtsgevolgen die ter vrije bepaling van partijen staan. Over dit vereiste is het nodige geschreven, maar voor deze scriptie is met name van belang dat dagvaardingsprocedures voor de handelsrechter hier doorgaans onder vallen.¹⁰⁹

Aanbrengen van zaken

De Spreekuurrechter kende een procesbeschrijving, waarin opgenomen was dat het diende te gaan om zaken die naar de regels van het huidige procesrecht relatief eenvoudig te behandelen zijn. Het betreft:

‘min of meer alledaagse zaken tussen burgers en private bedrijven, zoals geringe geldvorderingen, burenkwesties, ondeugdelijke leveringen/prestaties,

¹⁰⁶ Hertogh e.a. 2018, p. 20.

¹⁰⁷ Hertogh e.a. 2018, p. 31.

¹⁰⁸ Hertogh e.a. 2018, p. 20.

¹⁰⁹ Vgl. Hertogh e.a. 2018, p. 20-21. Onder deze zaken vallen in elk geval niet bepaalde persoons- en familierechtelijke zaken, faillissement en surseance van betaling. Dergelijke zaken raken de openbare orde.

*ziektekostenpremies, kleinere onrechtmatige daden, huurzaken, arbeidszaken, eenvoudige verdelingskwesties e.d.*¹¹⁰

Onder de reikwijdte van de Spreekuurrechter vielen kantonzaken over geschillen over burgerlijke rechten en plichten geregeld in boek 3 tot en met 7 van het Burgerlijk Wetboek ('BW'). Uitgesloten waren onder andere geschillen waarin een bijzondere rechter bevoegd is, geschillen waarvoor het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een speciale procedure in het leven roept, zaken die door mediation bevredigend opgelost zouden kunnen worden en bepaalde zaken of personen die 'ongeschikt lijken voor de Spreekuurrechter'.¹¹¹

Zaken dienden te worden verwezen door een van de vijf ketenpartners, namelijk het Juridisch Loket en vier rechtsbijstandsverzekeraars (DAS Rechtsbijstand, Univé Rechtshulp, Achmea Rechtsbijstand en Anker rechtshulp).¹¹² Partijen konden zelf een specifieke rechter kiezen en partijen hadden de keuze om al dan niet af te zien van hoger beroep.¹¹³

De behandeling

Voorafgaand aan de behandeling dienden partijen een procesovereenkomst te ondertekenen.¹¹⁴ De behandeling van de Spreekuurrechter vond plaats op een zittingslocatie van de Rechtbank Noord-Nederland of ter plaatse. Partijen mochten zich door een derde laten adviseren, maar voerden zelf het woord. Het uitgangspunt was: 'een goed gesprek en desnoods een vonnis'; 'voorop staat het verkennen van de mogelijkheid om zonder uitspraak het geschil op te lossen'.¹¹⁵ Met dit laatste uitgangspunt werd de nadruk gelegd op een sterke bemiddelende rol voor de rechter: kennelijk werd hij geacht zich actief op te stellen bij het beproeven van een schikking.

Evaluatie

De Spreekuurrechter is uitgebreid geëvalueerd. In 2016 zijn 18 zaken aangemeld, waarvan er 2 op zitting zijn gekomen. In 2017 zijn er 115 zaken aangemeld en zijn er 51 zaken op zitting gekomen. In 2018 zijn er 27 zaken aangemeld en zijn er 11 zaken op zitting gekomen. 9 zittingen liepen nog tijdens de evaluatie.¹¹⁶ 131 zaken zijn eenzijdig aangemeld, hiervan is

¹¹⁰ Artikel 4 Procesreglement de Spreekuurrechter; Hertogh e.a. 2018, p. 24.

¹¹¹ Hertogh e.a. 2018, p. 26.

¹¹² Hertogh e.a. 2018, p. 25.

¹¹³ Hertogh e.a. 2018, p. 28.

¹¹⁴ Hertogh e.a. 2018, p. 30.

¹¹⁵ Hertogh e.a. 2018, p. 29.

¹¹⁶ Hertogh e.a. 2018, p. 41.

34 procent ook daadwerkelijk behandeld. 29 zaken zijn tweezijdig aangemeld, hiervan is 19 procent behandeld.¹¹⁷ Van de eenzijdige verzoeken werkte bij een groot deel van de zaken de wederpartij niet mee. Redenen hiervoor waren dat de wederpartij zich niet bewust was van een geschil, het conflict niet als zijn of haar probleem ervoer, de verhoudingen ernstig verstoord waren of dat de wederpartij door te weigeren onder de (financiële) consequenties uit dacht te komen.¹¹⁸ Voor de tweezijdig aangemelde geschillen geldt dat vijf van de zaken waren opgelost voor het tot een zitting kwam.¹¹⁹

De zaken werden relatief snel behandeld: in 17 procent van de gevallen vond de zitting plaats binnen 4 weken na de aanmelding. In 33 procent van de gevallen vond de zitting plaats tussen 5 en 8 weken na de aanmelding en in 28 procent van de gevallen tussen 9 en 12 weken na de aanmelding. In 25 procent van de gevallen duurde het langer dan 12 weken voordat een zitting gepland werd, wat volgens Hertogh e.a. meestal te wijten was aan de vele verhinderdata van partijen.¹²⁰

Een groot deel van de zaken betrof burengeschillen, ‘veelal over de bepaling van de erfrens’.¹²¹ Daarnaast kwamen relatief veel zaken voor over uitvoering van werk en consumentenkoop. Andere categorieën waren huur van onroerende zaken, arbeidsrecht en familiegeschillen.¹²² De Spreekuurrechters hebben tijdens de interviews aangegeven dat zij verwachtten dat het merendeel van de zaken (60% tot 70%) door de reguliere rechter behandeld zou zijn geweest, als de Spreekuurrechter niet zou hebben bestaan. In een enquête geeft 55 procent van de procespartijen aan dat zij de zaak aan de reguliere rechter zouden hebben voorgelegd als de Spreekuurrechter niet zou hebben bestaan.¹²³

Uit een enquête blijkt daarnaast dat voor 48 procent van de procespartijen de kans op een oplossing een van de motieven was om zich tot de Spreekuurrechter voor te leggen. Verdere factoren die een rol speelden, waren de snelle behandeling (65%), het advies van de rechtsbijstandsverzekeraar (52%), de lage kosten (39%) en het advies van een advocaat (16%) een rol. Partijen konden meerdere antwoorden geven.¹²⁴

Over de schikkingsfase (na de informatiefase) schrijven Hertogh e.a. dat de rechter zich, samengevat, actief bemiddelend opstelt en partijen probeert te overtuigen om een schikking te

¹¹⁷ Hertogh e.a. 2018, p. 37.

¹¹⁸ Hertogh e.a. 2018, p. 37.

¹¹⁹ Hertogh e.a. 2018, p. 37.

¹²⁰ Hertogh e.a. 2018, p. 40.

¹²¹ Hertogh e.a. 2018, p. 43.

¹²² Hertogh e.a. 2018, p. 43-44.

¹²³ Hertogh e.a. 2018, p. 45.

¹²⁴ Hertogh e.a. 2018, p. 46.

treffen. Ik geef de bevindingen van Hertogh e.a. hier volledigheidshalve in zijn geheel weer, met weglating van de voorbeelden:

‘In deze schikkingsfase van de zitting probeert de rechter partijen er bewust van te maken dat een gezamenlijke oplossing de beste optie is. Hij beweegt partijen ertoe om zich in de situatie van de ander te verplaatsen. Hij doet hierbij een sterk beroep op partijen om de oplossing te zoeken in het midden. (...)

De rechter oefent wat druk uit en probeert partijen te doen beseffen dat zij beide water bij de wijn moeten doen. De rechter doet hierbij vaak zelf voorstellen voor de mogelijke oplossingsrichting (...)

De rechter geeft een doorkijkje in het juridisch kader en laat daarbij doorschemeren wat hij van de zaak vindt. (...)

Vaak volgt een schorsing waarbij partijen zich met hun vertegenwoordiger (indien aanwezig) terugtrekken. In het geval partijen niet tot een onderlinge oplossing zijn gekomen tijdens een eerste schorsing, haalt de rechter na de schorsing vaak alles uit de kast om partijen alsnog te bewegen met elkaar te gaan praten over een oplossing. Hierbij benadrukt hij de voordelen van een schikking en wijst hij partijen op de nadelen van het procederen in een reguliere procedure (...)

Bij een aantal geobserveerde zittingen drong de rechter aan op een schikking, ook als partijen zelf al herhaaldelijk hadden aangegeven dat zij de voorkeur gaven aan een uitspraak. In deze gevallen legde de rechter zich niet neer bij de uitkomst van een eerdere schikkingspoging, maar stelde hij bijvoorbeeld voor om nog eens een keer de gang op te gaan en praatte hij net zo lang op partijen in tot ze met het voorstel instemden. Een zitting kan in zo’n geval weliswaar uitmonden in een schikking, maar dit wil niet altijd zeggen dat partijen hierdoor ook dichter bij elkaar zijn gekomen of tevreden zijn over de uitkomst. In een aantal interviews is een dergelijke uitkomst omschreven als een “dwangschikking”.¹²⁵

¹²⁵ Hertogh e.a. 2018, p. 54-58.

Uit deze omschrijving komt een beeld naar voren van een rechter die druk zette en aandrong op een schikking. Hertogh e.a. observeren dat de schikking in voorkomende gevallen partijen niet dichter bij elkaar brengt en dat partijen niet altijd tevreden zijn met de schikking.

In de eindfase wordt niet altijd een proces-verbaal opgesteld. Wanneer een schikking bereikt is, wordt een vaststellingsovereenkomst opgesteld.¹²⁶ Partijen waarderen de Spreekuurrechter positief op verschillende aspecten, ook op procedurele rechtvaardigheid.¹²⁷

Uiteindelijk is in 58 van de 64 zaken die bij de Spreekuurrechter op zitting zijn geweest een schikking getroffen; dat resulteert in een schikkingspercentage van 91 procent. Dat is aanzienlijk hoger dan bij de reguliere procedure.¹²⁸ Dit wordt mogelijk mede veroorzaakt door de filterwerking door de doorverwijzing van ketenpartners en het vrijwilligheidsvereiste van artikel 96 Rv.¹²⁹ Partijen waren overwegend (zeer) tevreden over de oplossing.

In de gevallen waarbij partijen ontevreden waren met de schikking werd druk ervaren om akkoord te gaan met de voorgestelde schikking, hoewel hij of zij eigenlijk niet met de schikking tevreden was. 27 procent van de respondenten geeft aan enige druk te hebben ervaren om akkoord te gaan met een schikkingsvoorstel. Spreekuurrechters verklaren dit in interviews zelf vanuit het feit dat Spreekuurrechters erop gericht zijn om tot een schikking te komen. Wanneer naderhand aan procespartijen gevraagd werd of de mening van respondenten veranderd was, was de mening in driekwart van de gevallen onveranderd. In 21 procent van de gevallen was men minder tevreden over de oplossing die tijdens de zitting bereikt was.¹³⁰ 80 procent van de respondenten gaf aan dat het geschil door de Spreekuurrechter definitief was opgelost.¹³¹

Rechters geven aan dat de zitting bij een Spreekuurrechterzaak nauwelijks afwijkt van het optreden van de rechter tijdens reguliere zittingen. Wel geven rechters aan dat zij zowel in reguliere kantonprocedures als in spreekuurzaken streven naar een schikking, maar in spreekuurzaken meer naar een schikking streven dan in reguliere zittingen.¹³²

Voor een rechter kost de Spreekuurrechter relatief weinig tijd: gemiddeld besteden Spreekuurrechters 4 uur aan de behandeling van de zaak. Het betreft alleen de zitting, omdat er nauwelijks voorbereidingstijd is en omdat bij geschikte zaken geen vonnis geschreven hoeft

¹²⁶ Hertogh e.a. 2018, p. 58.

¹²⁷ Hertogh e.a. 2018, p. 65.

¹²⁸ Hertogh e.a. 2018, p. 69.

¹²⁹ Hertogh e.a. 2018, p. 95.

¹³⁰ Hertogh e.a. 2018, p. 70.

¹³¹ Hertogh e.a. 2018, p. 72.

¹³² Hertogh e.a. 2018, p. 94.

te worden. Daar staat tegenover dat de ondersteuning juist relatief veel tijd aan een zaak van de Spreekuurrechter kwijt is. Al met al is de inschatting van Hertogh e.a. dat een aantal factoren van de Spreekuurrechter minder tijd vergen en een aantal factoren meer tijd vergen dan bij een reguliere procedure, waardoor de totale tijdsbesteding ongeveer gelijk blijft.¹³³

De Spreekuurrechter en de bemiddelende rechter

De Spreekuurrechter is een duidelijk voorbeeld van de toegenomen bemiddelende rol van de rechter. Zowel de procedure als de mentaliteit van de Spreekuurrechter is sterker gericht op het bereiken van een schikking dan de reguliere burgerlijke rechter. Uit het evaluatieonderzoek blijkt dat de rechter zich actief opstelt in de schikkingsfase. Dit brengt voor- en nadelen met zich: problemen worden opgelost, maar een substantiële minderheid voelt zich gedwongen om met een schikking akkoord te gaan.

2.2.3.2 De Rotterdamse Regelrechter

Toen de Spreekuurrechter werd beëindigd, was dat voor de Rechtbank Rotterdam aanleiding om een eigen project te starten: de Rotterdamse Regelrechter.¹³⁴ Dit project is gelanceerd in september 2018 en loopt naar verwachting tot 2020.¹³⁵ Het doel is om ‘partijen de mogelijkheid te bieden om in een snelle en goedkope procedure op eenvoudige wijze een geschil aan de kantonrechter voor te leggen’.¹³⁶ Initiatiefnemer Wetzels schrijft dat de indruk is dat ‘geschillen onopgelost blijven, omdat de drempel om die geschillen aan de rechter voor te leggen te hoog is’.¹³⁷

Het project vertoont gelijkenissen met de Spreekuurrechter. Zo hebben beide projecten artikel 96 Rv als wettelijke basis.¹³⁸ Ook de zaken waarop het project zich richt – arbeidszaken, huurzaken, consumentenzaken, geldvorderingen, schades en burenruzies¹³⁹ – komen overeen met de zaken die we gezien hebben bij de Spreekuurrechter.¹⁴⁰ De eenvoud van de procedure en de laagdrempelige behandeling zijn eveneens soortgelijk.¹⁴¹ De griffierechten komen voor natuurlijke personen overeen met die van de Spreekuurrechter en bedragen voor natuurlijke

¹³³ Hertogh e.a. 2018, p. 60-62.

¹³⁴ Luiten 2018, p. 137-138; Wetzels 2018.

¹³⁵ Luiten 2018, p. 138-139.

¹³⁶ Luiten 2018, p. 138.

¹³⁷ Wetzels 2018.

¹³⁸ Luiten 2018, p. 138; Wetzels 2018.

¹³⁹ Luiten 2018, p. 138.

¹⁴⁰ Zie par. 2.2.3.1.

¹⁴¹ Luiten 2018, p. 138-139. Zie ook: Procesreglement van de Rotterdamse Regelrechter.

personen € 39,50 voor beide partijen; bedrijven betalen het reguliere griffierecht.¹⁴² Net als bij de regelrechter ligt de focus op het onderzoeken van een schikking.¹⁴³

Von Bóné schrijft dat de rechter gebruikmaakt van ‘mediation-achtige technieken’ en spreekt van een ‘mediator met beslissingsmacht’.¹⁴⁴ Net als bij de Spreekuurrechter wordt de schikking vastgelegd in een proces-verbaal.¹⁴⁵

Een verschil met de Spreekuurrechter is dat bij de Rotterdamse regelrechter procespartijen hun geschil zelf kunnen aanmelden. Verwijzing, zoals bij de Spreekuurrechter het geval was, is niet nodig.¹⁴⁶ Een ander verschil is dat de zittingen van de Regelrechter in beginsel op de rechtbank plaatsvinden: een descente is dus niet het uitgangspunt.¹⁴⁷

2.2.3.3 De Wijkrechter

De Wijkrechter is het Haagse antwoord op de Spreekuurrechter. De Wijkrechter in Den Haag en de Rotterdamse Regelrechter vertonen onderling gelijkenissen. Ook de looptijd is gelijk.¹⁴⁸ Het meeste dat over de Rotterdamse Regelrechter opgenomen is (par. 2.2.3.2), geldt dan ook tevens voor de Haagse Wijkrechter. Wijkrechter Luiten licht evenwel twee belangrijke verschillen uit. Het eerste verschil is dat de Regelrechter een relatief breed spectrum aan zaken behandelt, terwijl de Wijkrechter zich richt op ‘conflicten die impact hebben op de leefbaarheid in een wijk’, zoals ‘overlastzaken, burengeschillen, gebreken in huurwoningen en VvE-geschillen’.¹⁴⁹ Waar de Rotterdamse Regelrechter met name zitting houdt op de zittingslocaties van de Rechtbank Rotterdam, zullen de zittingen van de Wijkrechter ‘bij voorkeur plaatsvinden in de wijk, de gemeente stelt daartoe zalen ter beschikking in bijvoorbeeld stadsdeelkantoren, buurthuizen of bibliotheken’.¹⁵⁰ Wat betreft de actieve opstelling in het bereiken van schikkingen geldt voor de Wijkrechter hetzelfde als voor de Regelrechter.

¹⁴² Luiten 2018, p. 139.

¹⁴³ Luiten 2018, p. 138; Wetzels 2018; Von Bóné, AA 2019, p. 400.

¹⁴⁴ Von Bóné, AA 2019, p. 402.

¹⁴⁵ Luiten 2018, p. 138-139.

¹⁴⁶ Luiten 2018, p. 138; Wetzels 2018.

¹⁴⁷ Luiten 2018, p. 138.

¹⁴⁸ Luiten 2018, p. 138-139.

¹⁴⁹ Luiten 2018, p. 138.

¹⁵⁰ Luiten 2018, p. 138.

2.2.3.4 De Overijsselse Overlegrechter

De Overijsselse Overlegrechter vertoont, zoals de naam suggereert, sterke gelijkenissen met de Rotterdamse Regelrechter: de overlegrechter behandelt bijvoorbeeld een breed spectrum aan zaken en is niet gericht op een bepaald rechtsgebied.¹⁵¹

2.2.3.5 Bouwrechter

De Bouwrechter is een initiatief van de Rechtbank Noord-Holland dat zich richt op consumenten (ver)bouwzaken. Het doel is om een snelle oplossing te bieden, ‘als een EHBO in bouwzaken’.¹⁵² De gedachte achter de bouwrechter is:

*‘De rechter zou moeten komen op het moment dat de opdrachtnemer nog in de woning aanwezig is en partijen er onderling niet meer uitkomen. Het werk in geschil is dan inclusief de eventuele tekortkomingen nog onveranderd zichtbaar voor de rechter en de ingeschakelde deskundige en oplossingen kunnen ter plaatse worden besproken en vastgelegd’.*¹⁵³

De procedure richt zich dus vooral op snelheid, waardoor eventuele (vermeende) tekortkomingen nog zichtbaar zijn en waardoor partijen nog een oplossing kunnen zoeken voor de tekortkomingen. De procedure is niet, zoals bij de vorige pilots, gebaseerd op artikel 96 Rv, maar is ingebed in de kortgedingprocedure. De procedure wordt dus ingeleid met een gewone dagvaarding in kort geding. Enige mate van vrijwilligheid (zoals bij art. 96 Rv) is nog wel vereist: als de wederpartij niet reageert op de dagvaarding gaat de bouwrechterprocedure niet door en kan de wederpartij de zaak als regulier kort geding voortzetten. De bouwrechter hanteert geen afwijkende griffierechten. Naast de griffierechten wordt ook de deskundige in rekening gebracht. Onderdeel van de Bouwrechter is dat een beroep wordt gedaan op een deskundige, die een mondeling deskundigenrapport ter zitting uitbrengt tegen een vast tarief van € 1.452.

¹⁵¹ ‘De Overijsselse Overlegrechter’ op rechtspraak.nl, <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Overijssel/Regels-en-procedures/Paginas/overlegrechter.aspx> (laatst geraadpleegd 28 augustus 2019).

¹⁵² ‘De bouwrechter’ op rechtspraak.nl, <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Noord-Holland/Regels-en-procedures/Paginas/de-bouwrechter.aspx> (laatst geraadpleegd 21 mei 2019).

¹⁵³ ‘De bouwrechter’ op rechtspraak.nl.

Net als de eerdergenoemde projecten is de insteek het bereiken van een schikking. Als dat niet lukt, brengt de deskundige een ‘beknopt schriftelijk deskundigenbericht’ uit en volgt een kortgedingvonnis.¹⁵⁴

2.2.3.6 Gericht Op Oplossing

Gericht Op Oplossing (‘GOO’) is begonnen als pilot en is inmiddels geïmplementeerd als reguliere zittingsvorm van de Rechtbank Amsterdam.¹⁵⁵ Met GOO beoogt de Rechtbank Amsterdam een ‘kortlopende procedure waarin partijen tot een definitieve oplossing komen’ in het leven te roepen.¹⁵⁶ De procedure is gericht op partijen die samen tot een oplossing willen komen en zich daartoe constructief opstellen. In de procedure is in het bijzonder aandacht voor ‘relevante achterliggende geschilpunten en belangen’.¹⁵⁷ De rechter ondersteunt waar mogelijk het doel om samen tot een oplossing te komen. Uitgangspunt is dat de rechter gebonden blijft aan de waarborgen van de wet en de procesreglementen, hij wordt geen mediator. De rechter kan ‘altijd de knoop doorhakken’ en vergaart op de zitting informatie om een uitspraak te kunnen doen.¹⁵⁸ GOO is dus niet zozeer een aparte procedure, als wel een zittingsvorm die kan worden toegepast in reguliere procedures.

2.2.3.7 De Bemiddelingsraadsheer¹⁵⁹

Een andersoortig project – want gericht op appelzaken – is de Bemiddelingsraadsheer van het Gerechtshof Den Haag. Het project is expliciet gebaseerd op de GOO-behandeling van de Rechtbank Amsterdam (zie par. 2.2.3.6). Net als bij GOO ziet de Bemiddelingsraadsheer op een bepaalde zittingsvorm die toegepast wordt op reguliere procedures. Bij de appelprocedure bestaat een comparitie na aanbrengen, die in algemene zin het beproeven van een schikking of het maken van afspraken over het procesverloop als doel heeft.¹⁶⁰ Bij de

¹⁵⁴ ‘De bouwrechter’ op [rechtspraak.nl](https://www.rechtspraak.nl).

¹⁵⁵ ‘GOO gaat door’, [rechtspraak.nl](https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Amsterdam/Nieuws/Paginas/GOO-gaat-door.aspx) 19 april 2017, <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Amsterdam/Nieuws/Paginas/GOO-gaat-door.aspx> (laatst geraadpleegd 21 mei 2019).

¹⁵⁶ ‘Nieuwe zittingsvorm: GOO’, op [rechtspraak.nl](https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Amsterdam/Regels-en-procedures/Paginas/Procedure-Gericht-Op-Oplossing.aspx), <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Amsterdam/Regels-en-procedures/Paginas/Procedure-Gericht-Op-Oplossing.aspx> (laatst geraadpleegd 21 mei 2019).

¹⁵⁷ ‘Nieuwe zittingsvorm: GOO’, op [rechtspraak.nl](https://www.rechtspraak.nl).

¹⁵⁸ ‘Nieuwe zittingsvorm: GOO’, op [rechtspraak.nl](https://www.rechtspraak.nl).

¹⁵⁹ Het navolgende is ontleend aan ‘Informatie over de behandeling bij de Bemiddelingsraadsheer’, [rechtspraak.nl](https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/informatie-bemiddelingsraadsheer.pdf), <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/informatie-bemiddelingsraadsheer.pdf> (laatst geraadpleegd 21 mei 2019).

¹⁶⁰ De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 87 Rv, aant. 10.

Bemiddelingsraadsheer wordt deze benut voor ‘een korte procedure die tot een definitieve oplossing kan leiden’. De Bemiddelingsraadsheer ‘is gericht op een snelle en definitieve afwikkeling van het conflict tussen partijen’¹⁶¹ vanuit de gedachte dat het uitwisselen van juridische standpunten niet tot een werkelijke oplossing van het conflict leidt. Zo wordt genoemd dat het voorkomt dat de rechter in eerste aanleg heeft beslist op de zaak, maar het werkelijke conflict daarmee niet is opgelost.

Bij de Bemiddelingsraadsheer maken partijen definitieve afspraken en wordt beoogd naar maatwerkoplossingen te zoeken. Dat streven moet leiden tot een ‘snelle en kostenefficiënte beëindiging van het conflict in hoger beroep, maar ook tot een voor alle partijen acceptabel resultaat’.¹⁶²

De behandeling door de Bemiddelingsraadsheer wordt alleen ingepland als beide partijen dat willen. De Bemiddelingsraadsheer als zodanig is een raadsheer-commissaris die speciaal is opgeleid tot conflictbemiddelaar. Hij ondersteunt het doel om een definitieve oplossing te bereiken.¹⁶³ De Bemiddelingsraadsheer begeleidt partijen en hun zaken actief: de onderhandelingen vinden niet op de gang plaats.¹⁶⁴

Anders dan de GOO-rechter is de zitting voor de Bemiddelingsraadsheer niet dezelfde als de zitting die eventueel tot een arrest kan leiden. De zitting heeft, ondanks de wettelijke openbaarheid, een vertrouwelijk karakter. Er wordt geen proces-verbaal opgemaakt. In beginsel zal de Bemiddelingsraadsheer geen deel uitmaken van de meervoudige kamer die over de zaak beslist als partijen geen (volledige) overeenstemming bereiken. Dit kan anders zijn als partijen hier uitdrukkelijk voor kiezen.¹⁶⁵ Wel kan de Bemiddelingsraadsheer een inhoudelijke inschatting geven van de proceskansen en -risico’s.¹⁶⁶

2.2.3.8 Piketmediation

Tot slot sta ik stil bij het fenomeen piketmediation. Piketmediation is ten opzichte van bovenstaande projecten een vreemde eend in de bijt. Het is geen afgebakend project van een bepaalde rechtbank, maar een vorm van mediation die wordt ingezet in het kader van verschillende projecten in het familierecht.¹⁶⁷ Ook is piketmediation niet gericht op

¹⁶¹ ‘Informatie over de behandeling bij de Bemiddelingsraadsheer’, rechtspraak.nl, p. 1.

¹⁶² ‘Informatie over de behandeling bij de Bemiddelingsraadsheer’, rechtspraak.nl, p. 1.

¹⁶³ ‘Informatie over de behandeling bij de Bemiddelingsraadsheer’, rechtspraak.nl, p. 1.

¹⁶⁴ ‘Informatie over de behandeling bij de Bemiddelingsraadsheer’, rechtspraak.nl, p. 2.

¹⁶⁵ ‘Informatie over de behandeling bij de Bemiddelingsraadsheer’, rechtspraak.nl, p. 2.

¹⁶⁶ ‘Informatie over de behandeling bij de Bemiddelingsraadsheer’, rechtspraak.nl, p. 2.

¹⁶⁷ Het gaat om de volgende MER-projecten: METS (Mediation Tijdens Schorsing) van de Rechtbank

dagvaardingsprocedures. Desondanks is het toch nuttig om piketmediation op deze plaats te bespreken, omdat piketmediation inzichten kan bieden over de rolverdeling tussen de rechter en de bemiddelaar. Ik kom hierop terug in hoofdstuk 5.

Piketmediation is een vorm van mediation naast rechtspraak met als kenmerk dat mediation plaatsvindt in het gerechtshof en dat in beginsel direct na het eerste gesprek terugkoppeling aan de rechter plaatsvindt. Daardoor is sprake van een ‘pressure-cooker’.¹⁶⁸ Piketmediation wordt veelal aangeboden bij een voorlopige voorzieningsprocedure.¹⁶⁹ Het standaardtarief voor piketmediation is € 75 (excl. btw) voor het eerste gesprek.¹⁷⁰

Er zijn verschillende modaliteiten, die kortweg op twee varianten neerkomen.¹⁷¹ In de eerste variant vindt een voorselectie plaats door de rechter of door de mediationfunctionaris in overleg met partijen. De mediator is aanwezig bij de zitting of beschikbaar in het gerechtshof. De mediation vindt in deze variant plaats tijdens de schorsing. Als partijen geen overeenstemming hebben bereikt, kunnen zij de gerechtelijke procedure vervolgen of kunnen zij kiezen voor een uitgebreider mediationtraject.¹⁷² De tweede variant is dat, eveneens op basis van een voorselectie, een mediationbijeenkomst plaatsvindt voor de comparitie van partijen.¹⁷³ Voor sommige gerechten is het doel van piketmediation dat partijen direct overeenstemming bereiken. Andere gerechten zien piketmediation vooral als een intakegesprek voor een langer mediationtraject.¹⁷⁴

De slagingspercentages van piketmediation lopen uiteen van 23 procent tot 75 procent. Dit slagingspercentage is door De Jong en Brouwer bepaald door te berekenen in hoeveel geschilpunten partijen gemiddeld overeenstemming bereiken: wanneer partijen bij een geschil twee van de vijf geschilpunten oplossen, is het slagingspercentage 40 procent.¹⁷⁵

Overijssel; POTS (Poging Ouderschapsakkoord Tijdens Schorsing) van de Rechtbank Midden-Nederland en de Rechtbank Den Haag; PiketPlus van de Rechtbank Gelderland en het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden; en Piketmediation van de Rechtbank Noord-Nederland en de Rechtbank Oost-Brabant. De Jong & Brouwer 2018, p. 3 & p. 9-14; Bauw e.a. 2019, p. 85.

¹⁶⁸ De Jong & Brouwer 2018, p. 3; Antokolskaia e.a. 2017, p. 18.

¹⁶⁹ De Jong & Brouwer 2018, p. 6; Antokolskaia e.a. 2017, p. 18.

¹⁷⁰ De Jong & Brouwer 2018, p. 3.

¹⁷¹ Vgl. De Jong & Brouwer 2018, p. 9-14. Zie ook Bauw e.a. 2019, p. 85.

¹⁷² Deze variant wordt toegepast bij METS, POTS, Piketmediation. Vgl. De Jong & Brouwer 2018, p. 9-11 & p. 12-14.

¹⁷³ PiketPlus, zowel bij de Rechtbank Gelderland als bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Vgl. De Jong & Brouwer 2018, p. 11-12.

¹⁷⁴ De Jong & Brouwer 2018, p. 27-28.

¹⁷⁵ De Jong & Brouwer 2018, p. 22.

Deelconclusie: MER en de bemiddelende rechter

In reactie op de kritiek op de huidige civiele procedure hebben de Rechtspraak en de politiek Maatschappelijk effectieve rechtspraak omarmd. Bij de projecten onder deze noemer neemt bemiddeling door de rechter een centrale plaats in. Dat past in een bredere tendens en wordt ook door de politiek ondersteund. Bij de Bemiddelingsraadsheer en (vormen van) piketmediation wordt de bemiddelende rol niet op zich genomen door de zittingsrechter, maar door een raadsheer-commissaris respectievelijk door een mediator.

2.3 Probleemstelling: vermenging van twee rollen

2.3.1 Onderzoek naar risico's ontbreekt nog

In de vorige paragraaf heb ik besproken dat de bemiddelende rol van de rechter toeneemt. De wens om de bemiddelende rol van de rechter te vergroten lijkt voort te komen uit een wens om de procedure sneller en goedkoper te maken en om een effectievere oplossing te bereiken voor het onderliggende conflict tussen partijen. Het gevolg van deze ontwikkeling is dat de rollen van de rechter als beslisser en van een bemiddelaar vermengen. Onderzoek naar deze rolvermenging ontbreekt echter. Dat geldt zowel voor een eventuele legitimering van deze ontwikkeling als voor een problematisering ervan. Dat is opvallend, want beide rollen vragen niet alleen geheel andere kennis en vaardigheden, maar de toename van de bemiddelende rol van de rechter heeft ook gevolgen voor de gerechtelijke procedure. Deze impact op de gerechtelijke procedure noopt tot verder onderzoek naar de bemiddelende rol van de rechter.

Het gebrek aan een dergelijk onderzoek is des te opvallender, omdat deze hybride taakopvatting van beslisser en bemiddelaar in andere gebieden wel is onderzocht. Zo is 'herstelrecht' in het strafrecht uitvoerig onderwerp van onderzoek geweest.¹⁷⁶ In het bestuursrecht is al in 2004 een dissertatie over de thematiek verschenen, waarin met name bestuursprocesrechtelijke consequenties van de schikking centraal staan.¹⁷⁷ Ook in de wereld van ADR, waar de hybridevorm 'med-arb' (mediation-arbitrage, zie uitvoeriger par. 2.3.3) bestaat, worden deze risico's uitvoerig besproken.

De eerste mogelijke consequentie van deze vermenging van rollen is dat bemiddeling door de rechter kan leiden tot dwangschikkingen. Dit is geen denkbeeldig risico. Zo hebben Verschoof en Van Rossem geconstateerd dat in 17,3 procent van de civiele comparities een

¹⁷⁶ Zie bijv.: Verberk 2011; De Savornin Lohman 2012.

¹⁷⁷ De Graaf 2004.

van de procespartijen dwang ervaren heeft om tot een schikking te komen. Als alleen naar zaken gekeken wordt waarbij daadwerkelijk een schikking is getroffen, is dat percentage zelfs 31 procent.¹⁷⁸ Bij de Spreekuurrechtter, een pilot in het kader van het project Maatschappelijk effectieve rechtspraak, wordt geconstateerd dat 27 procent van de deelnemende procespartijen druk heeft ervaren om tot een schikking te komen.¹⁷⁹ De verwachting lijkt gerechtvaardigd dat een toegenomen bemiddelende rol van de rechter leidt tot een toename van de ervaren druk om tot een schikking te komen. Naast deze onderzoeken is dwang of druk om tot een schikking te komen nog nauwelijks onderwerp van onderzoek.

Bemiddeling door de rechter kan ook afbreuk doen aan de (ervaren) onpartijdigheid van de rechter. Als een rechter een bemiddelingsinterventie pleegt en partijen geen schikking bereiken, kan het idee ontstaan dat de rechter al een standpunt heeft ingenomen. In de volgende paragraaf komt ter sprake dat dit bij de Amerikaanse civiele procedure aanleiding is om de bemiddelingsbijeenkomst door een andere rechter te laten begeleiden dan de rechter die de beslissing in een zaak neemt (par. 2.3.2). Ook in de Nederlandse praktijk is dit probleem al eens aan de orde gekomen. In een wrakingsverzoek bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden verweet een procespartij de meervoudige kamer dat de rechters hem in een processueel nadelige positie hadden gedrukt met een ongevraagd voorlopig oordeel. De wrakingskamer overwoog dat de partijautonomie vooropstaat en dat het aan partijen is ‘te bepalen of de zaak rijp is voor schikking of tot nader processueel debat noopt’, ook als het er ‘alle schijn van heeft dat een van de partijen zijn eigen procespositie of -kansen verkeerd inschat’. De wrakingskamer verklaarde het wrakingsverzoek gegrond.¹⁸⁰

Ook valt te denken aan het risico dat partijen verwarring ervaren over de positie van de rechter of over de stand van de procedure. Stelt de rechter een vraag ten behoeve van de bemiddelingspoging of informeert hij zich voor zijn beslissing? Is zijn schikkingsvoorstel een voorschot op het vonnis dat hij zal wijzen? Dat soort vragen kunnen bij procespartijen opkomen. Dit is een van de bezwaren die bij med-arb worden genoemd.

In de volgende paragrafen wordt eerst ingegaan op de Amerikaanse *settlement conference*. Uit deze bespreking blijkt dat de vermenging van de rol van de bemiddelaar en de beslisser in het Amerikaanse civiele procesrecht als een risico wordt gezien, reden waarom de beslissende rechter de schikkingsbesprekingen daar in beginsel niet leidt (par. 2.3.2).

¹⁷⁸ Verschoof & Van Rossum 2018, p. 231.

¹⁷⁹ Hertogh e.a. 2018, p. 70.

¹⁸⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2016:6181, *JBPR* 2018/63, m.nt. E. Thomas. Zie ook, kritisch: Steenberghe 2018.

Vervolgens wordt med-arb besproken. Ook daar wordt kritiek geleverd op het vermengen van de rol van de bemiddelaar en beslisser, die mijns inziens ook van toepassing is op bemiddeling door de rechter (par. 2.3.3).

2.3.2 De Verenigde Staten

In de Verenigde Staten kent de civiele procedure bij federale rechtbanken een *settlement conference*.¹⁸¹ Bij de *settlement conference* roept de rechter een specifiek soort zitting uit, waarin het beproeven van een schikking centraal staat.¹⁸² Opvallend is dat in de Verenigde Staten de opvatting bestaat dat de schikkingsconferentie geleid moet worden door een andere rechter dan de rechter die op de hoofdzaak beslist.¹⁸³ Zo geeft de Amerikaanse zittingshandleiding voor rechters de aanwijzing om slechts een actieve rol te spelen in schikkingsbesprekingen als de zaak door een jury zal worden beslist, en om de procedure in andere gevallen naar andere rechter te verwijzen voor een *settlement conference* onder diens begeleiding.¹⁸⁴ De reden hiervoor is de ‘*appearance of impartiality*’. Ook speelt mee dat partijen niet de indruk mogen krijgen dat de rechter druk uitoefent om te schikken.¹⁸⁵

De Amerikaanse rechter Denlow geeft in een artikel handvatten voor de *settlement conference*, die inzicht bieden in het verloop van zo’n schikkingsbijeenkomst. Hij bespreekt bijvoorbeeld ‘*caucuses*’: gescheiden gesprekken tussen de rechter en de afzonderlijke partijen.¹⁸⁶ Ook benadrukt hij de vertrouwelijkheid: niets van de informatie die bij de *settlement conference* gedeeld wordt, wordt bij een eventuele einduitspraak betrokken.¹⁸⁷ Denlow gaat niet expliciet in op de vraag of de door hem beschreven werkwijze van toepassing is als de rechter die de schikkingsconferentie leidt, nu juist wel of juist niet ook de beslissende rechter is.

¹⁸¹ De civiele procedure is grotendeels een staatsaangelegenheid in de Verenigde Staten; hier wordt slechts gekeken naar het federale niveau. Het federale niveau bestaat uit 94 District Courts in eerste aanleg, 13 Circuit Courts in hoger beroep en het U.S. Supreme Court. Specifieke rechtbanken voor specifieke zaken worden hier buiten beschouwing gelaten, zoals de *Bankruptcy Courts*. Zie: Hazard & Taruffo 1993, p. 50.

¹⁸² Federal Rules of Civil Procedure, rule 16; zie ook: Hazard & Taruffo 1993, p. 123; Van der Linden 2010, p. 178.

¹⁸³ Van der Linden 2010, p. 179.

¹⁸⁴ *Civil Litigation Manual* 2010, The Judicial Conference of the United States Committee on Court Administration and Case Management, p. 89-90. Online beschikbaar: <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/CivLit2D.pdf> (laatst geraadpleegd 25 augustus 2019). Anders: Katz 2009, p. 60. Hij is juist voorstander van de aanwezigheid van de beslisser tijdens een schikkingsconferentie.

¹⁸⁵ *Civil Litigation Manual* 2010, p. 89; Van der Linden 2010, p. 180.

¹⁸⁶ Denlow 2006, p. 27.

¹⁸⁷ Denlow 2006, p. 26.

2.3.3 *Risico's bij med-arb*

In het veld van mediation is de roep ontstaan om vormen van directieve mediation, dus mediation waarbij de mediator een sturende rol speelt.¹⁸⁸ Med-arb is hier een exponent van. Het is een vorm van ADR waarbij de mediator de bevoegdheid krijgt om in de vorm van arbitrage een oordeel te geven als partijen geen overeenstemming bereiken.¹⁸⁹ Med-arb krijgt de nodige kritiek, ook in Nederland. Van veel van deze kritiek valt niet in te zien waarom die niet ook op gerechtelijke bemiddeling van toepassing zou zijn.

Een belangrijk zwak punt van med-arb is de omgang met vertrouwelijke informatie. In tegenstelling tot rechtspraak (zie par. 2.4.4.2) is bemiddeling gebaat bij een vertrouwelijke setting.¹⁹⁰ Bij med-arb speelt de vraag hoe omgegaan moet worden met de voor mediation typerende *causus*: gesprekken tussen de mediator en één gesprekspartij. Weliswaar kan de *caucus* bij gerechtelijke bemiddeling eenvoudig achterwege gelaten worden,¹⁹¹ maar de vraag bestaat of procespartijen in de bemiddelingsfase wel het achterste van hun tong durven te laten zien als zij niet weten of bepaalde informatie kan meewegen bij een gerechtelijk oordeel. De openbaarheid van de zitting kan zo afbreuk doen aan de effectiviteit van de bemiddeling. Amerikaans onderzoek naar med-arb in familiezaken bevestigt dit beeld. Barsky stelt dat partijen bij mediation gevoelens, onderliggende belangen en persoonlijke informatie durven delen die zij niet bij arbitrage zouden durven delen.¹⁹² Bij med-arb zouden partijen zelfs strategisch om kunnen gaan met het delen van zulke informatie en zouden zij aan '*posturing*' kunnen doen om de sympathie van de mediator-arbiter te winnen.¹⁹³

Barsky's onderzoek brengt ook andere risico's aan het licht. Zo noemt Barsky dat mediator-arbiters al in een vroeg stadium een oplossing naar voren brengen en daarop '*pushen*'.¹⁹⁴ Ook lijden de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de mediator onder de rolvermenging, vooral wanneer de mediator-arbiter al een voorstel geformuleerd heeft in de mediationfase. Als de mediator-arbiter al in staat is om ondanks zijn of haar eigen eerdere

¹⁸⁸ Zie: Simon Thomas e.a. 2018, p. 60; Klaassen 2014.

¹⁸⁹ Brown & Marriott 2011, p. 451-456; Barsky 2013, p. 637-638. In de Nederlandse context is ook een vorm van mediation en bindend advies denkbaar, vgl. Simon Thomas e.a. 2018, p. 60.

¹⁹⁰ Brown & Mariott 2011, p. 452; Ingen-Housz 2011; Van Zelst 2018.

¹⁹¹ Zoals Van Zelst ook voor med-arb voorstelt; Van Zelst 2018, p. 609.

¹⁹² Barsky 2013, p. 642.

¹⁹³ Barsky 2013, p. 642; Van Zelst 2018, p. 605.

¹⁹⁴ Barsky 2013, p. 641. Vgl. Van Zelst 2018, p. 605.

voorstel een nieuw besluit te formuleren, is het moeilijk voor partijen om te geloven in de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de mediator-arbiter bij dat besluit.¹⁹⁵

Een ander risico van med-arb is dat het hybride proces verschillende vaardigheden vergt. Enerzijds moet de mediator-arbiter zich als een mediator opstellen en communicatieve, faciliterende vaardigheden tonen en partijen stimuleren zich constructief op te stellen. Anderzijds vergt de houding in de arbitragefase een formeel onderzoek en inhoudelijke kennis van zaken. Deze persoonlijke competenties zijn niet gemakkelijk te verenigen.¹⁹⁶ Daarnaast kan rolverwarring optreden. Het gaat dan om de *switch* van mediator naar arbiter. Het is niet altijd duidelijk voor de procesdeelnemers waar men zich bevindt in de med-arbprocedure: in het mediationgedeelte of in het arbitragegedeelte. Daarnaast zien partijen suggesties soms als beslissingen of ervaren ze druk om een suggestie te aanvaarden, zelfs als de mediator-arbiter dacht dat hij deze suggesties voorzichtig bracht.¹⁹⁷ Barsky beveelt daarom aan om bij med-arb zo min mogelijk van rol te veranderen en slechts één kans tot mediation in te bouwen, waarbij de zaak direct tot arbitrage leidt als die ene kans tot mediation niet tot overeenstemming leidt. Ook dienen partijen goed geïnformeerd te worden over de stand van de procedure.¹⁹⁸

2.3.4 *Deelconclusie: te onderzoeken risico's bij rechtspraak*

Uit onderzoek naar med-arb en uit de Amerikaanse handelwijze rondom de *settlement conference* komen verschillende risico's naar voren. Die risico's kunnen zich ook bij de Nederlandse overheidsrechtspraak voordoen. Het gaat dan met name om rolverwarring: is het voor partijen duidelijk welke pet de rechter draagt, de bemiddelingspet of de beslissingspet? Het is tevens interessant of de openbaarheid van de rechtspraak zich verdraagt met de vertrouwelijkheid van de bemiddeling: kan een rechter in een openbare zitting wel effectief bemiddelen? Durven partijen het achterste van hun tong te laten zien? Ook de gepercipieerde onpartijdigheid is van belang. Daarbij is de vraag vooral of partijen een rechter nog wel als onpartijdig beschouwen na een mislukte bemiddelingspoging. Het is opvallend dat dergelijke risico's ten aanzien van de overheidsrechter nog niet of nauwelijks zijn onderzocht. Dit onderzoek beoogt daar verandering in te brengen.

¹⁹⁵ Barsky 2013, p. 641.

¹⁹⁶ Barsky 2013, p. 642-643; Van Zelst 2018, p. 605-606.

¹⁹⁷ Barsk 2013, p. 644.

¹⁹⁸ Barsky 2013, p. 647.

2.4 Wegingskader

2.4.1 *Wegingskader in plaats van toetsingskader*

De hoofdvraag van dit onderzoek is normatief van aard en vergt een afweging tussen drie waarden: de effectiviteit, de efficiëntie en de rechtvaardigheid van de procedure. Alle drie worden wel gezien als indicatoren voor kwaliteit van de rechtspraak,¹⁹⁹ maar ze gaan niet noodzakelijkerwijs samen.

De afweging tussen deze waarden maakt dat het niet voor de hand ligt om een toetsingskader op te stellen waarbij eisen geformuleerd worden waaraan vervolgens getoetst wordt.²⁰⁰ In plaats daarvan wordt op deze plaats een wegingskader geformuleerd, waarbij de voor- en nadelen voor de drie geïdentificeerde indicatoren (effectiviteit, efficiëntie en rechtvaardigheid) tegen elkaar worden afgewogen. De achterliggende gedachte van een wegingskader in plaats van een toetsingskader is mijn verwachting dat bemiddeling door de rechter sneller en goedkoper gaat dan een procedure waarbij de rechter vonnis wijst, maar dat het afbreuk kan doen aan procedurele waarborgen. Een toetsing aan minimumvereisten zou het onderwerp geen recht doen, omdat niet ter discussie staat dat de Nederlandse civiele procedure in hoofdlijnen voldoet aan de minimumvereisten van artikel 6 EVRM. Het gaat daarom vooral om politieke keuzes binnen de toegestane marges.

2.4.2 *Efficiëntie*

De eerste wegingsfactor is de efficiëntie van de gerechtelijke procedure. Efficiëntie kan worden uitgedrukt in een kosten- en tijdsbesparing. In het algemeen wordt bij efficiëntie (of *efficiency*) van de rechtspraak vaak gedacht aan kostenbesparing en tijdsbesparing aan de zijde van de Rechtspraak.²⁰¹ In dit onderzoek wordt ernaar gestreefd ook de efficiëntie aan de zijde van procespartijen mee te wegen. Kort gezegd gaat het er dan om dat procespartijen tegen lage kosten, met minimale inspanning en binnen een redelijke termijn een uitspraak verkrijgen of een oplossing voor hun geschil bereiken.²⁰²

¹⁹⁹ De Bock 2015.

²⁰⁰ Zie over een toetsingskader: Asser/Vranken *Algemeen deel***** 2014/86.

²⁰¹ Vgl. Doorlichting Financiën Rechtspraak 2019.

²⁰² Zie over tijdigheid: De Bock 2015, p. 96-102.

2.4.3 *Effectiviteit*

Bij effectieve rechtspraak gaat het om de doelmatigheid van de procedure: bereikt de rechtspraak het beoogde doel?²⁰³ Zoals besproken in paragraaf 2.2.2 wordt in de literatuur betoogd dat de rechtspraak de problemen van burgers onvoldoende oplost. Effectiviteit staat in dit onderzoek voor de mate waarmee het probleem van de rechtszoekende met de uitkomst van de procedure daadwerkelijk is opgelost. Bauw e.a. noemen als kern van effectieve rechtspraak dat ‘aandacht wordt besteed aan de mens achter de problemen en de conflicten in hun volle omvang’. Zij noemen ‘het vinden van gehoor en begrip van partijen’ en aandacht voor het ‘conflict in zijn volle omvang, met als doel een duurzame oplossing te vinden (conflictoplossing versus geschilbeslechting)’.²⁰⁴ Naast de vraag of procespartijen hun doel hebben bereikt in de procedure, kan tevredenheid met de uitkomst indicatief zijn voor de effectiviteit. Men zal immers niet snel tevreden zijn met een uitkomst die hem of haar niet verder helpt.

2.4.4 *Een rechtvaardige procedure*

De factor ‘rechtvaardigheid’ hangt in het licht van deze scriptie samen met verschillende perspectieven. Het begrip bestaat uit een juridische en een niet-juridische component.²⁰⁵ De juridische component houdt in dat de procedure moet voldoen aan rechtsstatelijke waarborgen, aan de eisen die het recht op een eerlijk proces met zich brengt en aan de beginselen van het Nederlands civiel procesrecht. Daarnaast hangt rechtvaardigheid af van de vraag of de procedure als rechtvaardig wordt ervaren. In die niet-juridische component staan noties van (gepercipieerde) procedurele rechtvaardigheid centraal. De verschillende aspecten worden in de volgende subparagrafen besproken.

2.4.4.1 *Rechtsstatelijke waarborgen*

Overheidsrechtspraak kent een aantal sterke constitutionele en procesrechtelijke waarborgen, waarmee de bijzondere positie van de rechter als staatsmacht is afgebakend. In onderzoek naar rechtsstatelijke waarborging van ADR werden verschillende waarborgen voor

²⁰³ De Bock 2015, p. 102-106.

²⁰⁴ Bauw e.a. 2019, p. 80.

²⁰⁵ Indeling naar Verburg 2019, p. 194-195.

de rechtspraak geïdentificeerd.²⁰⁶ Kernbeginselen van de rechtsstaat zijn het legaliteitsbeginsel, de scheiding der machten en de eerbiediging van fundamentele rechten.²⁰⁷ In een rechtsstaat zijn de rechter en de wetgever van elkaar gescheiden. Enerzijds is de rechter gebonden aan het recht en bepaalt de wetgever het procesrecht en de inrichting van de rechtspraak, anderzijds moet voorzien zijn in waarborgen om oneigenlijke beïnvloeding door de overige staatsmachten te voorkomen.²⁰⁸ Voor de civiele rechtspraak gelden een aantal specifieke waarborgen, die samenhangen met het recht op een eerlijk proces. Dit grondrecht wordt in de volgende paragraaf besproken.

2.4.4.2 Het recht op een eerlijk proces

Het eerlijk proces als grondrecht

Het recht op een eerlijk proces is neergelegd in artikel 6 EVRM²⁰⁹ en kent ‘tal van verschillende aspecten’.²¹⁰ Op grond van artikelen 92-95 Grondwet werkt het artikel rechtstreeks door in de Nederlandse rechtsorde, wat ertoe leidt dat artikel 6 EVRM een belangrijke toetssteen is voor het civiele procesrecht. Toetsing vindt doorgaans plaats via het particuliere klachtrecht van artikel 34 e.v. EVRM. De eisen van artikel 6 EVRM zijn dus een minimumnorm voor de civiele procedure.²¹¹

Aspecten van het recht op een eerlijk proces

Het recht op een eerlijk proces brengt naast het recht op een eerlijk proces ook het recht op toegang tot een rechter met *full jurisdiction* met zich mee.²¹² Dit recht mag niet illusoir gemaakt worden door excessieve formaliteiten.²¹³ Daarnaast moet de rechter onafhankelijk en onpartijdig zijn.²¹⁴ Dit brengt tal van regels en procedures met zich mee, bijvoorbeeld ten aanzien van nevenfuncties, maar ook wat betreft wraking en verschoning.²¹⁵

²⁰⁶ Bauw e.a. 2018.

²⁰⁷ Bauw e.a. 2018, p. 24-25.

²⁰⁸ Bauw e.a. 2018, p. 26-27.

²⁰⁹ Ook: artikel 14 IVBPR en artikel 47 Handvest van de Grondrechten van de EU; zie ook Bauw e.a. 2018, p. 26-27.

²¹⁰ Bauw e.a. 2018, p. 29.

²¹¹ Hoewel Smits waarschuwt voor deze term, omdat het ook méér is dan een minimumnorm. Hij spreekt liever van een ‘*leading article*’. Smits 2008, p. 23-24.

²¹² EHRM 21 februari 1975, applicatienr. 4451/70, NJ 1975/462 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*); Bauw e.a. 2018, p. 29.

²¹³ EHRM 28 mei 1985, applicatienr. 8225/78, NJ 1991/623 (*Ashingdane/Verenigd Koninkrijk*); Bauw e.a. 2018, p. 30.

²¹⁴ Smits 2008, p. 259-324; Bauw e.a. 2018, p. 31-45.

²¹⁵ Zie daarvoor Bauw e.a. 2018, p. 31-45.

Andere procesrechtelijke beginselen zijn de eis dat partijen een uitspraak binnen een redelijke termijn moeten krijgen²¹⁶ en dat de *equality of arms* dient te zijn gewaarborgd.²¹⁷ De rechter moet zorgen voor een zeker evenwicht in partijen, onder meer door te waarborgen dat de stukken waarop de rechter zijn oordeel kan baseren bij beide partijen bekend zijn.²¹⁸ Ook geldt het beginsel dat eenieder recht heeft op rechtsbijstand en zo nodig op gefinancierde rechtsbijstand (art. 18 lid 1 Gw).²¹⁹

Daarnaast wordt rechtspraak in twee feitelijke instanties als grondbeginsel van het civiel procesrecht gezien.²²⁰ Hoger beroep en cassatie kunnen in die visie worden gezien als aanvullende rechtsbescherming.²²¹ Dat neemt niet weg dat het EHRM beslist heeft dat aan artikel 6 EVRM geen recht op hoger beroep kan worden ontleend.²²²

Twee bijzondere facetten van het recht op een eerlijk proces worden hieronder afzonderlijk besproken. Een belangrijke waarborg voor de rechtspraak is de openbaarheid. In het kader van dit onderzoek verdient de openbaarheid van de rechtspraak een uitvoerige bespreking. Juist de vertrouwelijkheid van bemiddeling leidt tot kritiek op de schikkingspraktijken binnen en buiten de civiele procedure.²²³ Vervolgens wordt ingegaan op het recht op toegang tot de rechter. Zonder toegang tot de rechter zou het recht op een eerlijke procedure immers geen zin hebben.

Openbaarheid

Zowel de behandeling van de zaak als de uitspraak moet openbaar zijn. Dat uitgangspunt is opgenomen in diverse juridische instrumenten.²²⁴ De ratio van openbaarheid is dat op die wijze controle door de samenleving op de rechtsgang mogelijk is: eenieder kan controleren of de rechter de zaak op de juiste wijze behandelt. Smit beschouwt openbaarheid als een middel om de eerlijke procedure als doel te verwezenlijken.²²⁵ Een andere ratio is de informatievergaring voor het grote publiek, wat bij zou dragen aan het vertrouwen in de

²¹⁶ Smits 2008, p. 203258; Bauw e.a. 2018, p. 46.

²¹⁷ Smits 2008, p. 124-127.

²¹⁸ Bauw e.a. 2018, p. 47.

²¹⁹ Bauw e.a. 2018, p. 48.

²²⁰ Stein/Rueb 2015, p. 273; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/9.

²²¹ Stein/Rueb 2015, p. 292.

²²² EHRM 17 januari 1970, applicatienr. 2689/65 (*Delcourt/België*), par. 57; HR 12 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9378, *NJ* 2007/130, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Hoek & Mens/Waterschap Rivierenland*), r.o. 3.6; zie ook: Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/9.

²²³ Dit zal verder blijken in par. 3.2.3. Ook De Bock gaat uitdrukkelijk in op dit element; De Bock 2017.

²²⁴ Art. 6 EVRM; art. 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie; art. 121 Gw; art. 27 en 28 Rv (en art. 26 KEI-Rv).

²²⁵ Smits 2008, p. 160; Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/339.

rechtspraak en aan de rechtsontwikkeling. Als uitspraken en hun motivering niet openbaar zouden zijn, zouden rechtseenheid en rechtsontwikkeling immers niet mogelijk zijn.²²⁶

Het nadeel van de openbaarheid van rechtspraak is dat bepaalde zaken niet vertrouwelijk kunnen worden afgewikkeld. Dat betekent dat ‘het hele hebben en houden in feite op straat komt te liggen’ zodra een van de partijen tot een rechtsgang besluit. Dat tast de privacy van procespartijen en andere betrokkenen aan.²²⁷ Vanwege deze nadelen is in artikel 27 Rv opgenomen dat de rechter kan besluiten om te bevelen om de zaak geheel of gedeeltelijk achter gesloten deuren of slechts met toelating van bepaalde personen te behandelen. Artikel 27 Rv geeft daarvoor vier grondslagen: het belang van de openbare orde of de goede zeden; het belang van de staatsveiligheid; de belangen van minderjarigen of van de privacy van partijen of het belang van de goede rechtspleging.

Toegang tot de rechter

Het recht op een eerlijk proces en de rechtsstatelijke waarborgen zouden krachteloos zijn als de burger niet daadwerkelijk toegang zou hebben tot de civiele rechter.²²⁸ Het recht op toegang tot de rechter dient dus om het recht op een eerlijk proces te realiseren.²²⁹ Toegang tot het recht houdt in dat burgers informatie over het recht kunnen vinden, rechtsbijstand kunnen verkrijgen en bij de rechter hun recht kunnen halen.²³⁰ Smits onderscheidt de interne en de externe openbaarheid van de juridische procedure. Externe openbaarheid houdt in dat men toegang heeft tot een procedure bij de rechter, interne openbaarheid houdt in dat de procedure begrijpelijk en eenvoudig is.²³¹ In dit onderzoek gaat het vooral om de interne toegankelijkheid, omdat voor bemiddeling door de rechter logischerwijs vereist is dat partijen reeds aan een gerechtelijke procedure begonnen zijn en dat die procedure tot een mondelinge behandeling gekomen is. Deze interne toegankelijkheid van de civiele procedure is onder andere gebaat bij informatievoorziening voor het publiek en bij eenvoudigheid van de communicatie en het taalgebruik binnen de procedure.²³²

Toegang tot het recht wordt vaak niet alleen benaderd vanuit de formele mogelijkheden, maar ook vanuit de daadwerkelijke toegang tot het recht, zoals ook ‘*law in*

²²⁶ Asser Procesrecht/Giesen I 2015/339.

²²⁷ Asser Procesrecht/Giesen I 2015/340.

²²⁸ EHRM 21 februari 1975, applicatienr. 4451/70, NJ 1975/462 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*). Zie ook Smits 2008, p. 31-33.

²²⁹ Smits 2008, p. 36.

²³⁰ Ter Voert 2014, p. 63; Bauw e.a. 2019, p. 78.

²³¹ Smits 2008, p. 49-50.

²³² Smits 2008, p. 51.

action’ en *‘law in the books’* van elkaar onderscheiden worden.²³³ In dat kader wordt wel gesproken van ‘laagdrempeligheid’ of van ‘nabijheid’.²³⁴ Deze laagdrempeligheid vertoont samenhang met de interne toegankelijkheid van de rechtspraak en kent verschillende aspecten:

- Een *financieel* aspect: de kosten van de procedure, zowel griffierechten als kosten voor rechtshulpverlening,
- Een *geografisch* aspect: de nabijheid van de rechter ‘in de buurt’,
- Een *praktisch* aspect: eenvoudige toegang tot de rechter,
- Een *cognitief* aspect: de begrijpelijkheid van procedures en uitspraken,
- Een *temporeel* aspect: geen lange wachttijden en snelle doorlooptijden van zaken,
- Een *maatschappelijk* aspect: de rechter heeft gezag en speelt een rol in de regulering van de sociale orde.²³⁵

Het belang van deze elementen wordt vanuit verschillende perspectieven erkend. Zo volgt uit de evaluatie van de herziening van de gerechtelijke kaart dat een grotere afstand tot een rechtspraaklocatie inderdaad drempelverhogend werkt voor natuurlijke personen.²³⁶ Het ‘menselijk aspect’ komt daarnaast terug in onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid, waarbij ‘*voice*’ als belangrijk element van gepercipieerde procedurele rechtvaardigheid wordt gezien.²³⁷ Dat brengt ons op een ander aspect van de eerlijke procedure, namelijk de (ervaren) procedurele rechtvaardigheid.

2.4.4.3 Procedurele rechtvaardigheid

Naast de juridische eisen aan een eerlijke procedure kunnen ook niet-juridische elementen de ‘eerlijkheid’ van de procedure beïnvloeden. Bij gepercipieerde procedurele rechtvaardigheid gaat het om de mate waarin de rechtspraak als eerlijk wordt ervaren en waarin die aansluit bij de wensen en verwachtingen van burgers.²³⁸ Ervaren procedurele rechtvaardigheid wordt gedefinieerd als de ‘subjectieve indruk die mensen zich vormen van de

²³³ Bauw e.a. 2019, p. 80. Zie ook: Ter Voert & Kleijn Haarhuis 2015.

²³⁴ Cointat 2002; Mak 2017, p. 294; Bauw e.a. 2019, p. 80. Vgl. *Jaarverslag 2018* van de Rechtspraak, <https://www.jaarverslagrechtspraak.nl> (laatst geraadpleegd op 7 augustus 2018).

²³⁵ Cointat 2002, p. 175; Mak 2017, p. 294; Bauw e.a. 2019, p. 80.

²³⁶ Eshuis 2017, p. 26.

²³⁷ Van Velthoven 2008, p. 8; Verburg 2019, p. 37

²³⁸ Van Velthoven geeft een overzicht van de belangrijkste visies op procedurele rechtvaardigheid: Van Velthoven 2008. Zie ook: Van der Linden 2010, p. 20-22; Grootelaar e.a. 2019.

eerlijkheid en rechtvaardigheid van de besluitvormingsprocedure en van hoe ze behandeld worden tijdens die procedure'.²³⁹

Het onderliggende idee van procedurele rechtvaardigheid is dat de aard van de procedure invloed heeft op de rechtvaardigheidsbeleving, ongeacht of de uitkomst positief of negatief is. Een belangrijke factor van procedurele rechtvaardigheid is dat partijen controle willen houden op het procesverloop.²⁴⁰ Hierbij wordt gebruik gemaakt van de concepten 'voice', waarbij het erom gaat dat partijen een eigen inbreng hebben, en 'consideration', namelijk dat de rechter dit standpunt ook meeweegt in zijn afweging.²⁴¹

Procedurele rechtvaardigheid kan worden onderverdeeld in *interpersonal justice* en *informational justice*. Bij *interpersonal justice* gaat het erom dat partijen het gevoel hebben dat ze op 'een nette en respectvolle manier worden behandeld door de geschiloplosser', bij *informational justice* gaat het erom dat partijen 'informatie en uitleg krijgen over het verloop en de uitkomst van de procedure'.²⁴² Voor de gerechtelijke procedure betekent dat dat de rechter uitlegt hoe de procedure verloopt, welke stappen daarin worden genomen en wat partijen kunnen bijdragen. Het kan ook gaan om de uitleg van de procespositie van partijen en om uitleg van het uiteindelijke oordeel.²⁴³

Toegepast op gerechtelijke bemiddeling betekent dat, dat de bemiddelende rechter zich respectvol moet opstellen naar de procespartijen en dat hij de partijen goed moet informeren over de gang van zaken bij een bemiddelingspoging en over de consequenties van het al dan niet bereiken van een schikking.

2.4.5 Wegingskader

Hoe leiden deze concepten uiteindelijk tot een beoordeling van gerechtelijke bemiddeling? Geen van de drie parameters (efficiëntie, effectiviteit, rechtvaardigheid) lenen zich voor een alles-of-niets-benadering. Ook een toetsing aan minimumvereisten ligt niet voor de hand. Dat zou geen recht doen aan de beoordeling van gerechtelijke bemiddeling en de civiele procedure: ondanks de kritiek op de rechtspraak wordt niet beweerd dat de rechtspraak in het geheel niet zou functioneren. De discussie richt zich mijns inziens niet op het al dan niet voldoen aan een minimum, maar bevindt zich binnen de bandbreedtes van wat acceptabel is.

²³⁹ Grootelaar e.a. 2019, p. 91-92.

²⁴⁰ Van Velthoven 2011, p. 8; Grootelaar e.a. 2019, p. 95

²⁴¹ Van Velthoven 2011, p. 8; Verburg 2019, p. 38-39.

²⁴² Van Velthoven 2011, p. 8-9.

²⁴³ Verburg 2019, p. 93-94.

Met andere woorden: of een toe- of afname van de efficiëntie, effectiviteit en rechtvaardigheid van de procedure wenselijk of nodig is, is een rechtspolitieke keuze.

De parameters worden ten behoeve van het empirische deel van dit onderzoek nader geoperationaliseerd. Die operationalisering is ten aanzien van de leesbaarheid opgenomen in het empirische deel van deze scriptie (par. 4.2.2).

3 Concepten. De rol van de rechter en van de bemiddelaar

3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk bevat een conceptuele benadering over de rol van de rechter en de rol van de bemiddelaar (**deelvraag 1**; zie Kader 2). Het doel van dit hoofdstuk is om rechtspraak en bemiddeling te conceptualiseren en vanuit deze concepten op zoek te gaan naar samenloop en divergentie. Verschillen tussen de rol van de rechter en de bemiddelaar kunnen tot spanningen leiden.

Eerst wordt ingegaan op literatuur over de rol van de overheidsrechter (par. 3.2). Vervolgens wordt de literatuur over bemiddeling behandeld (par. 3.3). In de daaropvolgende paragraaf wordt literatuur over de verhouding tussen overheidsrechtspraak en bemiddeling besproken (par. 3.4). Vervolgens worden de overeenkomsten en verschillen tussen beide methoden van geschilbeslechting geanalyseerd (par. 3.5) en wordt als conclusie een antwoord op de deelvraag geformuleerd (par. 3.6).

Kader 2: Recapitulatie deelvraag 1

I. Conceptueel

1. Hoe kunnen de rol van de rechter en de rol van de bemiddelaar worden omschreven, en wat zijn de onderlinge overeenkomsten en verschillen?

3.2 De rol van de civiele rechter

3.2.1 Inleiding

In deze paragraaf staat de rol van de rechter vanuit een conceptueel perspectief centraal. De rol van de rechter is er een met vele facetten. Die rol kan vanuit verschillende benaderingen worden besproken. Ik ga eerst in op juridische perspectieven op de rol van de rechter, zoals die blijkt uit de Grondwet en uit het positieve procesrecht (par. 3.2.2). Ook in de rechtsfilosofie is veel geschreven over concepties op de rol van de rechter. Die discipline richt zich met name op de institutionele rol van de rechtspraak in de samenleving (par. 3.2.3). Vanuit de sociologie is geschreven over de wijze waarop de rechter zich jegens partijen moet opstellen. Het gaat daarbij vooral om de notie van responsieve rechtspraak (par. 3.2.4). Ik sluit deze paragraaf af met een deelconclusie (par. 3.2.5).

3.2.2 *Juridische perspectieven*

Vranken onderscheidt drie niveaus van reglementering van de Nederlandse civiele rechter. Het eerste niveau is het burgerlijk procesrecht. Het is dus primair de wetgever die het procesrecht bepaalt. Het tweede niveau zijn ‘regels waarin de wetgever aangeeft hoe naar zijn inzicht de rechter de normatieve premissen van het recht moet hanteren’. Dit tweede niveau bevat voorschriften over hoe de rechter het recht moet interpreteren.²⁴⁴ Het derde niveau is dat van het staatsrecht.²⁴⁵ In het navolgende ga ik eerst in op het staatsrechtelijke niveau en vervolgens op het procesrechtelijke niveau. Het tweede niveau is voor deze scriptie minder relevant.

3.2.2.1 Staatsrecht

Wat het staatsrecht betreft, komt uit de Nederlandse Grondwet naar voren dat de rechter primair belast is met de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen (art. 112 Gw). Daarbij is de rechtspraak gebonden aan het recht. De cassatierechter heeft daarnaast de taak om de rechtseenheid te bevorderen.²⁴⁶ Uit artikelen 11, 12 en 13 van de Wet Algemene Bepalingen volgt dat de rechtspraak historisch gezien een eigen, afgebakende taak had, waarbij voorkomen werd dat rechtspraak en wetgeving zich op elkaars terrein begaven.²⁴⁷ Mijns inziens liggen deze algemene bepalingen in het verlengde van de Grondwet: de rol van de rechter is (of was) kennelijk primair de berechting van geschillen.

Thans wordt niettemin aangenomen dat de rechter ook een rechtsvormende taak heeft, die volgens Vranken vooral is ingegeven door de opkomst van open normen.²⁴⁸ In het civiele recht springt daarbij vooral de redelijkheid en de billijkheid in het oog. Kortmann benadrukte dat deze invulling van open normen iets anders is dan rechtsvorming als zodanig en dat voor echte rechtsvorming geen wettelijke of constitutionele grondslag bestaat.²⁴⁹

3.2.2.2 Procesrecht

Waar het staatsrecht vooral de institutionele positie van de rechter behelst, gaat het burgerlijk procesrecht vooral over de rol van de rechter in de procedure als zodanig. De rol van

²⁴⁴ Vranken geeft als voorbeeld art. 3:12 BW; Asser/Vranken *Algemeen deel*** 1995/73.

²⁴⁵ Asser/Vranken *Algemeen deel*** 1995/73.

²⁴⁶ Asser/Vranken *Algemeen deel*** 1995/74.

²⁴⁷ Asser/Vranken *Algemeen deel*** 1995/78.

²⁴⁸ Asser/Vranken *Algemeen deel*** 1995/79.

²⁴⁹ Kortmann 2009, p. 765, in reactie op: Schutte 2009; Hammerstein 2009, i.h.b. p. 672-673.

de rechter jegens de procespartijen is daarbij een belangrijk aspect. Het gaat hierbij niet alleen om het positieve procesrecht, maar ook om ongeschreven rechtsbeginselen.

Een aantal van de beginselen van het civiele procesrecht komt overeen met de rechtsstatelijke waarborgen en met aspecten van het recht op een eerlijk proces (zie par. 2.4.4). Het gaat dan om onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, hoor en wederhoor, openbaarheid, berechting binnen een redelijke termijn en de motiveringsplicht van de rechter.²⁵⁰ De betekenis van deze begrippen wordt hier niet herhaald. Het civiel procesrecht regelt daarnaast de taakverdeling tussen rechter en partijen.²⁵¹

In de literatuur wordt gedebatteerd over de vraag of de rechter zich actief opstelt (of moet opstellen) dan wel lijdelijk is (of moet zijn).²⁵² Voorop staat de partijautonomie: partijen zijn vrij om zelf hun rechtspositie te bepalen en zij zijn ook vrij bij de verwezenlijking van die rechten in de civiele procedure. De partijautonomie volgt voor het Nederlands civiel procesrecht uit artikelen 23 en 24 Rv, die bepalen dat de rechter beslist over alles wat partijen hebben gevorderd, maar ook dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist op grondslag van wat partijen aan hun vordering of verweer ten gronde hebben gelegd.²⁵³ Deze partijautonomie bevrijdt de rechter niet van zijn verantwoordelijkheid om de rechten die voortvloeien uit het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM) te waarborgen.²⁵⁴ Lijdelijkheid houdt in dat de rechter zich zal moeten schikken naar de wens van partijen: zij bepalen wat er gebeurt in de loop van de procedure. De rechter stelt zich afwachtend op en dient binnen de grenzen van de rechtsstrijd te blijven.²⁵⁵

Er is een ontwikkeling gaande waarbij de lijdelijkheid van de rechter plaats lijkt te maken voor een actievare, dominantere rechter.²⁵⁶ Giesen noemt hier een aantal voorbeelden van. Van oudsher geldt al dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden moet aanvullen (art. 25 Rv).²⁵⁷ Daarnaast heeft de rechter een plicht om hoor en wederhoor mogelijk te maken (art. 19 Rv) en waakt hij tegen vertraging van de procedure (art. 20 Rv).²⁵⁸ Ook verschillende plichten

²⁵⁰ Zie Asser Procesrecht/Giesen I 2015, respectievelijk hoofdstukken 6, 7, 8, 9 en 10.

²⁵¹ Asser Procesrecht/Giesen I 2015/496.

²⁵² Zie bijv. Van Schaik 2017; Ashmann 2017.

²⁵³ Asser Procesrecht/Giesen I 2015/505 & nr. 506506; Stein/Rueb 2015, p. 37.

²⁵⁴ EHRM 25 juni 1987, applicatienr. 9381/81, NJ 1990/231, m.nt. E.A. Alkema (*Capuano/Italië*), par. 25; EHRM 26 februari 1998, applicatienr. 10429/1986 (*Pafitis t. Griekenland*), par. 93; EHRM 6 mei 1981, applicatienr. 7759/77, NJ 1987/827 (*Bucholz/Duitsland*); Asser Procesrecht/Giesen I 2015/500 & nr. 501; vgl. Stein/Rueb 2015, par. 2.9.1p. 37.

²⁵⁵ Asser Procesrecht/Giesen I 2015/498; Stein/Rueb 2015, p. 37.

²⁵⁶ Asser Procesrecht/Giesen I 2015/508; Klaassen 2019, p. 97-98; Lock 2019, p. 92.

²⁵⁷ Asser Procesrecht/Giesen I 2015/508; Stein/Rueb 2015, p. 39-43.

²⁵⁸ Asser Procesrecht/Giesen I 2015/509.

van partijen, zoals de waarheidsplicht (art. 21 Rv), de substantiëringsplicht (art. 111 lid 3 Rv) en de bewijsaandragplicht (art. 128 lid 5 Rv) zijn inbreuken op de partijautonomie. Giesen ziet ook in de preprocesuele comparitie in de Wet collectieve afwikkeling massaschade als een voorbeeld van de ontwikkeling naar een actievere rechter, ‘omdat ook daarmee een deel van de regie (bij voorbaat) verplaatst wordt naar de civiele rechter’.²⁵⁹ Daarnaast noemt Giesen de bevoegdheid om ambtshalve en bij elke stand van het geding een comparitie te gelasten (art. 87 Rv (oud); art. 88 Rv (oud); art. 131 Rv (oud); art. 87 Rv (nieuw); art. 131 Rv (nieuw)), de bevoegdheid van de rechter om te beslissen over een eiswijziging (art. 130 Rv) en de mogelijkheid voor de rechter om ambtshalve de zaak door te halen (art. 247 Rv) als voorbeelden van de actievere rechter.²⁶⁰

In het kader van KEI is de nadruk expliciet op een dergelijke actieve rechter gelegd: de rechter zou de ‘regie’ krijgen.²⁶¹ Het digitaliseringselement van KEI is ‘mislukt’,²⁶² maar de wetswijziging om een ‘versterkte regiefunctie van de rechter’ mogelijk te maken, treedt in werking op 1 oktober 2019.²⁶³ De bepalingen die de regierol van de rechter versterken (art. 30k-30n KEI-Rv), worden geïntegreerd in artikelen 87-91 Rv.²⁶⁴

Giesen spreekt van een balans tussen de lijdelijkheid van de rechter en de actieve rol van de rechter. In navolging van de Commissie fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht spreekt Giesen van een ‘gezamenlijke verantwoordelijkheid’ voor het verloop van de procedure.²⁶⁵ Deze commissie ging in haar advies overigens nog verder en stelde dat partijautonomie ‘niet meer als richtinggevend beginsel kan dienen’.²⁶⁶

Wat nemen we hieruit mee over de rol van de rechter jegens partijen? Er rijst een gemengd beeld. Enerzijds stelt de wet nog steeds grenzen aan de rol van de rechter, die gebonden is aan de vorderingen, verweren en de grondslag daarvan van partijen. Anderzijds krijgt de rechter een steeds actievere rol om de procedure in goede banen te leiden. Gedeelde verantwoordelijkheid lijkt daarom een treffende omschrijving.

²⁵⁹ Asser Procesrecht/Giesen I 2015/509.

²⁶⁰ Asser Procesrecht/Giesen I 2015/510.

²⁶¹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, 3 (MvT), p. 26-29; zie ook: Klaassen 2016, p. 76.

²⁶² Zo kopte NRC, ‘Digitalisering rechtspraak is mislukt en moet helemaal opnieuw’, *NRC* 10 april 2018, <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/04/10/digitalisering-rechtspraak-moet-opnieuw-a1598839> (laatst geraadpleegd 19 september 2019).

²⁶³ *Stb.* 2019, 247.

²⁶⁴ *Stb.* 2019, 241; *Kamerstukken II* 2018/19, 35175, 3 (MvT), p. 3.

²⁶⁵ Asser e.a. 2006, p. 46-49; Asser Procesrecht/Giesen I 2015/514.

²⁶⁶ Asser e.a. 2006, p. 49-51.

3.2.3 *Rechtsfilosofische perspectieven*

In deze paragraaf staan filosofische concepties van de rol van de rechtspraak als publieke institutie voorop. Ik bespreek drie gezaghebbende auteurs: Lon Luvois Fuller, Owen Fiss en David Luban. Hierbij is niet gepoogd een volledig overzicht van alle literatuur en zienswijzen op de rol van de rechter te presenteren. Met de onderstaande selectie probeer ik veeleer om enkele invloedrijke stemmen in het debat te bespreken en inzicht te geven in verschillende denkrichtingen over de rol van de rechtspraak in het algemeen en de rol van schikkingen in het bijzonder.

3.2.3.1 Fuller: rechtspraak als sociaal ordeningsmechanisme

Lon Luvois Fuller betoogde in zijn paper *Forms and limits of adjudication* dat rechtspraak gezien moest worden als meer dan de gewoonlijke benadering van rechtspraak als een manier om geschillen te beslechten. Hij betoogde dat rechtspraak de relaties tussen mensen reguleert. Zelfs als er geen sprake is van *stare decicis* of *res judicata* zouden mensen hun gedrag aanpassen aan wat zij verwachten dat rechters zouden beslissen.²⁶⁷ Zo draagt rechtspraak bij aan de sociale ordening van een samenleving. Hij plaatste rechtspraak daarbij naast contracten en verkiezingen.²⁶⁸ Daarbij legde Fuller een zware nadruk op het institutionele aspect van rechtspraak:

‘It may be said that the essence of adjudication lies not in the manner in which the affected party participants in the decision but in the office of judge.’²⁶⁹

Het gaat daarbij om rechters die ingebed zijn in een institutioneel raamwerk die het doel hebben om procesdeelnemers een mogelijkheid te geven bewijzen en argumenten te presenteren. Dat geeft uiting aan de invloed van rationele argumenten.²⁷⁰ Dat brengt overigens ook mee dat zaken die niet beoordeeld kunnen worden aan de hand van rationele argumenten ook geen plaats hebben bij de overheidsrechter.²⁷¹

²⁶⁷ Fuller 1978, p. 357.

²⁶⁸ Fuller 1978, p. 363.

²⁶⁹ Fuller 1978, p. 365.

²⁷⁰ Fuller 1978, p. 366.

²⁷¹ Fuller 1978, p. 371.

3.2.3.2 Fiss: rechtspraak als vertegenwoordiger van normen en waarden

In zijn paper *Against Settlements* maakte Owen Fiss scherp onderscheid tussen schikkingen en overheidsrechtspraak. Samengevat pleitte hij in dit artikel tegen de ontwikkeling waarbij ADR meer en meer gestimuleerd werd. Volgens hem baseerden de voorstanders van deze ontwikkeling hun pleidooi voor schikkingen ‘*on questionable premises*’.²⁷² Hij is tegenstander van deze ontwikkeling: ADR ‘*should be treated as a highly problematic technique for streamlining dockets*’.²⁷³ Volgens hem wordt ‘*consent*’ vaak afgedwongen door iemand zonder autoriteit en leidt de afwezigheid van een juridisch proces tot problemen.²⁷⁴

Centraal in Fiss’ betoog staat zijn kritiek op de assumptie dat partijen in het civiele proces gelijkwaardig zouden zijn. Volgens hem hangt de wens om te schikken af van de beschikbare middelen om een procedure te financieren, en zijn die middelen vaak ongelijk. Dat leidt tot drie problemen: de zwakkere partij kan onvoldoende onderzoek doen naar zijn positie, hij kan de financiële middelen snel nodig hebben waardoor hij te snel instemt met een te lage vergoeding en hij kan zich gedwongen voelen om te schikken omdat hij een echte procedure niet kan betalen. Fiss erkent dat deze ongelijkheid ook de gerechtelijke procedure kan beïnvloeden. De samenleving kan in dat geval echter rekenen op de rechter, die maatregelen kan nemen om de impact van deze ongelijkheid te verkleinen.²⁷⁵

Fiss noemt voorts twee argumenten die minder op de Nederlandse context van toepassing zijn. Hij benadrukt dat vrijwilligheid misschien geldt voor individuen, maar dat veel procespartijen groepen zijn.²⁷⁶ Tenslotte noemt Fiss dat een schikking niet de executiekracht heeft van een gerechtelijk vonnis.²⁷⁷

Fiss schrijft dat zowel ADR als rechtspraak op zich hetzelfde doel nastreven: vrede tussen de partijen. Maar het doel van rechtspraak is volgens hem breder: rechtspraak gebruikt

²⁷² Fiss 1984, p. 1075.

²⁷³ Fiss 1984, p. 1075.

²⁷⁴ Fiss 1984, p. 1075.

²⁷⁵ Fiss 1984, p. 1-76-1077.

²⁷⁶ Fiss 1984, p. 1078. Dit argument geldt in mindere mate voor de Nederlandse context, omdat collectieve schikkingen nog relatief weinig voorkomen. Het gaat om procedures op de voet van art. 3:305a BW en in het kader van de WCAM (art. 3:907 e.v. BW). Bij collectieve schikkingen is verbindendverklaring van de rechter echter vereist (art. 7:907 BW). Dat de rechter daartoe niet zomaar overgaat, blijkt wel uit de Fortiszaak: Gerechtshof Amsterdam 16 juni 2017; ECLI:NL:GHAMS:2017:2257; Gerechtshof Amsterdam 5 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:368; Gerechtshof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422.

²⁷⁷ Fiss 1984, p. 1078. Een schikking tijdens een Nederlandse civiele procedure kan worden vastgelegd in een proces-verbaal in executorialie vorm; art. 87 lid 3 Rv (oud), zie ook: art. 89 lid 1 Rv (nieuw).

publieke middelen en rechters hebben bevoegdheden die door de wet zijn voorgeschreven. Hun werk is meer dan het probleem tussen partijen beslechten, maar ook om de wet te expliciteren en kracht te geven aan de waarden van de wet: *‘to interpretet those values and to bring reality into accord with them’*.²⁷⁸ En: *‘This duty is not discarched when the parties settle’*.²⁷⁹

Volgens Fiss nemen schikkingen de rechtspraak de kans weg om een interpretatie te geven. Fiss schrijft:

‘To be against settlement is not to urge that parties be “forced” to litigate, since that would interfere in their autonomy and distort the adjudicative process; the parties will be inclined to make the court believe that their bargain is justice. To be against settlement is only to suggest that when parties settle, society gets less than what appears, and for a price it does not know what it is paying. Parties might settle while leaving justice undone. The settlement of a school suit might secure the peace, but not racial equality. Although the parties are prepared to live under the terms they bargained for, and although such peaceful coexistence may be a necessary precondition of justice, and itself a state of affairs to be valued, it is not justice itself. To settle for something means to accept less than some ideal’.²⁸⁰

Kortom, volgens Fiss is rechtvaardigheid bij schikkingen en bij ADR onvoldoende gewaarborgd. De rechter heeft een taak in de samenleving, namelijk om wetten uit te leggen en om kracht te geven aan waarden in de samenleving. Ook beschermt hij de zwakkere partij tegen ongelijkheid, iets wat bij schikkingsonderhandelingen volgens hem onvoldoende gebeurt.

3.2.3.3 Luban: de rechtspraak als probleemoplosser of als publieke institutie?

Twee perspectieven

Ruim tien jaar na het paper *Against Settlement* van Fiss (zie par. 3.2.3.2) stond David Luban opnieuw stil bij de vragen die Fiss heeft opgeworpen: wat te denken over *out of court settlements*? Luban stelt dat zowel een rechtstelsel waarin alle zaken geschikt worden, als een rechtstelsel waarin geen enkele zaak geschikt wordt, zeer onwenselijk is.²⁸¹

²⁷⁸ Fiss 1984, p. 1085.

²⁷⁹ Fiss 1984, p. 1085.

²⁸⁰ Fiss 1984, p. 1085-1086.

²⁸¹ Luban 1995, p. 2619-2620.

Luban analyseerde de discussie over de rol van de rechter en van ADR. Luban onderscheidde twee concepties op publieke instituties in het algemeen. De eerste is de ‘*problem-solving conception*’. In die conceptie wordt onderscheid gemaakt tussen publiek en privaat. Vrijheid ligt in het private domein en ontstaat door het terugtrekken van de overheid. Deze conceptie gaat dus gepaard met wantrouwen jegens de overheid. De functie van de overheid wordt gezien als pragmatisch: de overheid is bedoeld om problemen op te lossen die burgers niet zelf kunnen oplossen. De andere conceptie is de ‘*public-life conception*’. In deze conceptie ligt vrijheid in het publieke domein: politiek ingrijpen draagt bij aan de vrijheid van burgers.²⁸²

Deze concepties op taken van de publieke sector werken ook door in de rechtspraak: in de *problem-solving conception* kan rechtspraak publiek of privaat zijn. Het doel is effectieve geschilbeslechting. De overheidsrechter is echter effectiever dan private aanbieders van geschilbeslechting, omdat de macht van de staat ervoor zorgt dat vonnissen geëxecuteerd kunnen worden. In de *public-life conception* draagt rechtspraak bij aan ‘*a kind of public morality*’. In deze visie hebben geschillen tussen burgers een publieke dimensie, omdat die geschillen gaan over publieke waarden.²⁸³ Maar dat gaat niet zo ver dat burgers gedwongen worden tot gerechtelijke procedures: dan zouden burgers in deze conceptie niet veel meer zijn dan ‘*tools of the law*’.²⁸⁴

In beide concepties is overheidsrechtspraak noodzakelijk. In de *public-life conception* is een wereld zonder overheidsrechtspraak onstabiel en politiek verarmd. In de *problem-solving conception* is rechtspraak nodig als een *last resort* om afspraken te handhaven.²⁸⁵ De conclusie van Luban is dat men niet tegen schikkingen kan zijn, noch tegen het feit dat meer schikkingen getroffen worden dan gerechtelijke vonnissen gewezen worden. Wel kan men tegen de verkeerde schikkingen zijn: sommige zaken horen thuis in het publieke domein.²⁸⁶

Het Nederlandse debat: een genuanceerde opvatting

Uit een analyse van de literatuur blijkt dat de beide concepties niet scherp van elkaar onderscheiden worden. Zo benadrukt De Bock de ‘gevalsoverstijgende betekenis van rechtspraak’²⁸⁷ en benadrukt zij dat rechtspraak thuishoort in het ‘publieke domein’.²⁸⁸

²⁸² Luban 1995, p. 2632-2633. Zie ook: Loth & Mak, *Utrecht Law Review* 2007; Loth & Mak 2007; Mak 2017, p. 295-297; Loth 2018.

²⁸³ Luban 1995, p. 2634.

²⁸⁴ Luban 1995, p. 2638.

²⁸⁵ Luban 1995, p. 2641.

²⁸⁶ Luban 1995, p. 2662.

²⁸⁷ De Bock 2017, p. 15.

²⁸⁸ De Bock 2017, p. 16.

Rechtspraak kan volgens De Bock een belangrijke rol spelen bij het expliciteren van morele waarden en kan bijdragen aan ‘een verbinding tussen het juridische met het morele’.²⁸⁹ In deze uitspraken is de *public-life* conceptie duidelijk zichtbaar. Anderzijds schrijft ze dat de rechter bereikbaar moet zijn voor mensen die behoefte hebben aan rechtsbescherming of geschilbeslechting.²⁹⁰ Zij ziet dus zowel een taak van de rechter als normstellende publieke institutie, als een taak als probleemoplosser.

De Groot stelt het publieke belang van vreedzame conflictoplossing centraal. Het verlenen van een ‘dienst’ voor de strijdende partijen draagt zo bij aan publieke belangen, namelijk vrede:

*‘In een democratische rechtsstaat is essentieel dat er conflictoplossingsmechanismen beschikbaar zijn die tegemoet komen aan de behoefte van individu en samenleving aan effectieve en aanvaardbare conflictoplossing’.*²⁹¹

Ook Genn geeft een visie weer die beide concepties verbindt. In haar visie draagt een institutie die geschillen van burgers oplost (*problem-solving*) bij aan de normen en het gedrag in een samenleving (*public-life*). Net als in de visie van De Groot is voor haar het beslechten van geschillen voor burgers dus op zichzelf een publieke waarde:

*‘Adopting this broad definition, my starting point is that the machinery of civil justice sustains social stability and economic growth by providing public processes for peacefully resolving civil disputes, for enforcing legal rights and for protecting private and personal rights (...). The civil law maps out of the boundaries of social and economic behaviour, while the civil courts resolve disputes when they arise. In this way, the civil courts publicly reaffirm norms and behavioural standards for private citizens, businesses and public bodies (...). They play a part in the sense that we live in orderly society where there are rights and protections, and that these rights and protections can be made good’.*²⁹²

Genn werkt dit nader uit. Ze schrijft dat de rechtspraak enerzijds een private functie vervult door te voorzien in ‘*peaceful, authoritative and coercive termination of disputes between*

²⁸⁹ De Bock 2017, p. 17.

²⁹⁰ De Bock 2017, p. 19.

²⁹¹ De Groot 2012, p. 4.

²⁹² Genn 2008, p. 3.

citizens, companies and public bodies'.²⁹³ Maar net als De Bock benadrukt Genn dat rechtspraak een gevalsoverstijgende werking heeft:

'But civil justice has important and extensive social functions that go beyond settling disputes between "man and man" and to this extent must be regarded as a public rather than a private benefit'.²⁹⁴

Vanuit deze visies speelt de rechtspraak een tweeledige rol. Enerzijds speelt de rechtspraak een rol als publieke institutie. De rechtspraak stelt gedragsnormen en expliciteert waarden in de samenleving. Anderzijds levert de rechtspraak een dienst om geschillen op te lossen. Maar geschiloplossing is meer dan een dienst van de overheid aan procespartijen, omdat het oplossen van geschillen op zijn beurt weer verschillende maatschappelijke baten oplevert: vrede en economische stabiliteit.

3.2.4 Een sociologisch perspectief: Responsieve rechtspraak

In de rechtssociologische visie staat de dialoog tussen rechter en rechtszoekenden centraal. Het gaat hierbij niet om het positieve recht, maar om de praktijk van de comparitie. Op dit vlak wordt onderscheid gemaakt tussen repressieve, autonome en responsieve rechtspraak.²⁹⁵

Repressieve en autonome rechtspraak

De Amerikaanse rechtssociologen Nonet en Selznick onderscheidden drie ideaaltypen van het recht: repressief, autonoom en responsief recht.²⁹⁶ Het repressieve recht is het recht van totalitaire regimes: het is 'een instrument van de politieke elite', dwingt gehoorzaamheid af en bekrachtigt het gezag van de machthebbers.²⁹⁷ Dit leidt tot verzet, waaruit het autonome recht voortvloeit.²⁹⁸ In het autonome recht is het rechtssysteem een 'volwaardige tegenhanger van de politiek'. Een belangrijke functie is het tegengaan van machtsmisbruik en onderdrukking. De rechtsstaat is leidend. Regels en procedures nemen een centrale positie in.²⁹⁹ Dit perspectief wordt 'autonoom' genoemd, omdat de wetgever aan de rechter de autonomie geeft 'om

²⁹³ Genn 2008, p. 16.

²⁹⁴ Genn 2008, p. 17.

²⁹⁵ Kwak 2003, p. 63.

²⁹⁶ Nonet & Selznick (1978) 2001, p. 17; Allewijn 2018, p. 21.

²⁹⁷ Allewijn 2018, p. 21; zie ook: Nonet & Selznick (1978) 2001, p. 29-52; Verberk 2011, p. 39.

²⁹⁸ Nonet & Selznick (1978) 2001, p. 53-72

²⁹⁹ Allewijn 2018, p. 21-22; zie ook: Verberk 2011, p. 39; Kwak 2003, p. 65.

concrete, individuele conflicten onafhankelijk, objectief en (politiek) neutraal te beslechten'.³⁰⁰ Recht en politiek blijven in dit paradigma strikt gescheiden en het recht wordt benaderd als een systeem van regels. Uitspraken worden geacht alleen te gelden voor het voorliggende, concrete geval.³⁰¹ Centraal staat de gedachte dat partijen het idee hebben dat 'in ieder geval op een controleerbare, en dus betrekkelijk objectieve wijze is gekeken naar wat het *recht* over hun conflict te zeggen had'.³⁰²

In dit perspectief moet de rechter zich niet bezighouden met de morele, politieke en economische aspecten van het conflict dat beslecht moet worden. Dat is de taak van de wetgever.³⁰³

Responsieve rechtspraak

De focus op recht en regelgeving uit de autonome rechtspraak kan ertoe leiden dat het recht formalistisch wordt en dat rechtspraak losgezongen raakt van de effecten die daarmee worden beoogd.³⁰⁴ De rechter past de regels wel toe, maar de uitkomst of de gevolgen daarvan worden buiten beschouwing gelaten en kunnen als onrechtvaardig worden beschouwd.³⁰⁵ De reactie hierop is vervolgens het responsieve recht, waarin maatschappelijke rechtvaardigheid het doel is.³⁰⁶ In de woorden van Verberk: 'Niet procedures maar principes staan voorop'.³⁰⁷

In responsieve rechtspraak kijkt de rechter niet alleen naar de formeel-juridische en procedurele aspecten van het conflict, maar streeft hij ook naar materiële rechtvaardigheid. De rechter moet dus ook naar de gevolgen van zijn uitspraken kijken.³⁰⁸ Dat brengt mee dat de rechter de dialoog aan moet gaan met de justitiabelen. Dat betekent dat de rechter informatie moet geven over de procedure en de beslissing, maar ook open moet staan voor vragen van partijen. Kwak concludeert:

'Het wordt dus bijna onmogelijk voor deze rechter om zijn persoon strikt gescheiden te houden van zijn ambt en het instituut dat hij, op het moment dat hij de toga aandoet,

³⁰⁰ Kwak 2003, p. 65.

³⁰¹ Kwak 2003, p. 65.

³⁰² Kwak 2003, p. 66.

³⁰³ Kwak 2003, p. 66.

³⁰⁴ Nonet & Selznick (1978) 2001, p. 76-66; Kwak 2003, p. 67; Allewijn 2018, p. 22.

³⁰⁵ Kwak 2003, p. 66; Allewijn 2018, p. 22.

³⁰⁶ Allewijn 2018, p. 22.

³⁰⁷ Verberk 2011, p. 39.

³⁰⁸ Kwak 2003, p. 67.

*verpersoonlijkt. De rechter kan zich niet langer anoniem “verschuilen achter het recht”.*³⁰⁹

Het vonnis van een responsieve rechter moet begrijpelijk zijn en moet ernaar streven niet alleen het juridische geschil, maar ook het feitelijke conflict op te lossen.³¹⁰ Bepaalde aspecten van de responsieve rechtspraak liggen in lijn met het onderzoek naar de notie van procedurele rechtvaardigheid, zoals het geven van informatie (*informational justice*).

Het Nederlandse debat: nadruk op responsieve rechtspraak

De idealen uit de gedachte van de responsieve rechtspraak hebben zijn weerklink gekregen in de Nederlandse literatuur. Zo is in deze scriptie reeds uitvoerig aan de orde gekomen dat het oplossen van conflicten in de literatuur als taak van de rechter gezien wordt.³¹¹ Het begrip responsieve rechtspraak wordt meestal als ideaal gebruikt.³¹² Ook bijvoorbeeld de actuele ‘klare taal’-beweging in de rechtspraak, waar rechters zich inzetten voor het gebruik van begrijpelijke taal in uitspraken, is terug te brengen op beginselen die voortkomen uit het ideaal van een responsieve rechter, zoals begrijpelijkheid en ‘hedendaags gezag’.³¹³

3.2.5 *Deelconclusie: de rol van de rechter*

Wat zeggen deze benaderingen over de rol van de rechter? De Grondwet en de Wet Algemene Bepalingen leggen de nadruk op de berechting van geschillen. In de rechtsfilosofie komt echter een bredere rolopvatting van de rechter aan bod. Naast het beslechten van geschillen komt een institutionele rol in de samenleving als taak van de rechter naar voren. Het gaat hierbij om de interpretatie en uitleg van wetten, maar ook om het formuleren van onderliggende waarden en het stellen van gedragsnormen. Hoewel een enkele auteur een zware nadruk legt op de probleemoplossende taak van de rechter (*problem-solving conception*), lijkt in Nederland de heersende opvatting te zijn dat de rechter zowel een probleemoplossende taak in individuele zaken, als een maatschappelijke taak (*public-life*) heeft. Kortom: rechtspraak doet meer dan het oplossen van geschillen en speelt een maatschappelijke rol. Bij de vraag *hoe* de rechter die taak moet vervullen, speelt het ideaal van de responsieve rechtspraak een

³⁰⁹ Kwak 2003, p. 68.

³¹⁰ Kwak 2003, p. 68.

³¹¹ Lennaerts 2016; Lennaerts 2017; De Groot 2012; Bakker 2016; Barendrecht e.a. 2017; De Bock 2017.

³¹² Vgl. Verberk 2011; Verberk 2019.

³¹³ Vgl. Verburg 2018.

belangrijke rol: de rechter streeft naar een rechtvaardige uitkomst van de procedure en dient daartoe de dialoog aan te gaan met procespartijen.

3.3 Bemiddeling, mediation en alternatieve geschilbeslechting

3.3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt het concept bemiddeling onderzocht. Bemiddeling is niet eenvormig en er is geen conceptueel onderzoek beschikbaar naar al haar varianten. In dit onderzoek wordt daarom vooral uitgegaan van mediation, waarbij steeds een koppeling gemaakt wordt met bemiddeling in de brede zin van het woord en met rechterlijke bemiddeling. Eerst wordt ingegaan op principes die aan mediation ten grondslag liggen (par. 3.3.2). Vervolgens wordt het juridisch kader geschetst (par. 3.3.3). De paragraaf eindigt met een deelconclusie in paragraaf 3.3.4.

3.3.2 *Principes van ADR, mediation en bemiddeling*

3.3.2.1 Definitie van mediation

Mediation, een vorm van bemiddeling, wordt op verschillende manieren gedefinieerd. Brown en Mariott definiëren mediation als volgt:

*‘a facilitative process in which disputing parties engage the assistance of an impartial third party, the mediator, who helps them to try to arrive at an agreed resolution of their dispute. The mediator has no authority to make any decisions that are binding on them, but uses certain procedures, techniques and skills to help them to negotiate an agreed resolution of their dispute without adjudication’.*³¹⁴

Zij vervolgen dat mediation gaat om iedere vorm van geschilbeslechting waarbij een derde partijen assisteert, maar geen bindende beslissingen kan maken. Deze derde is neutraal. De mate waarin de mediator zich actiever of passiever opstelt, is niet beslissend voor de vraag of een bepaald proces als mediation aangemerkt moet worden.³¹⁵ Mediation staat daarmee

³¹⁴ Brown & Mariott 2011, p. 154.

³¹⁵ Brown & Mariott 2011, p. 158-159.

tegenover vormen van geschilbeslechting waarbij een derde de beslissing neemt, zoals bij arbitrage en overheidsrechtspraak.³¹⁶

Mediation is een vorm van alternatieve geschiloplossing (*alternative dispute resolution*, ADR). Volgens Genn zijn de meeste vormen van ADR ‘*species of facilitated settlement*’.³¹⁷ ADR vindt plaats in het private domein.³¹⁸ Genn definieert mediation als ‘*a voluntary process in which a neutral third party assists disputing parties to reach a consensual solution to their dispute*’.³¹⁹ Mediation gaat niet om rechten, maar om ‘*clashing interests and problems to be solved*’.³²⁰

3.3.2.2 Principes en uitgangspunten

Bij de verschillende auteurs komen soortgelijke uitgangspunten van mediation (en ADR in het algemeen) naar voren. Ik vat ze hieronder samen.

- *Het streven naar een praktische oplossing.* Het uitgangspunt van mediation is dat een overeenkomst partijen beter helpt dan een procedure op tegenspraak: een overeenkomst leidt tot win-winsituaties met betere uitkomsten dan rechtspraak kan bieden. Bovendien vergt mediation minder kosten, zowel economisch als emotioneel en zowel voor partijen als voor de samenleving.³²¹ Het doel is om creatieve en flexibele oplossingen te bereiken, waarbij de oplossing niet gebonden is aan rechten of de wet. Ook belangen van partijen of zelfs persoonlijke overwegingen spelen een rol. Het streven om relaties te verbeteren of te behouden staat voorop, terwijl een gerechtelijke procedure de relaties kan beschadigen.³²² Het gaat, kortom, om ‘*a good outcome for the parties*’.³²³
- *Empowerment van partijen.* Mediation kan volgens pleitbezorgers een conflict veranderen van een probleem naar een kans om partijen te in hun kracht te plaatsen

³¹⁶ Brown & Mariott 2011, p. 32 & p. 154.

³¹⁷ Genn 2010, p. 81.

³¹⁸ Genn 2010, p. 81.

³¹⁹ Genn 2010, p. 82.

³²⁰ Genn 2010, p. 83.

³²¹ Genn 2010, p. 87-77; Brown & Mariott 2011, p. 30; Simon Thomas 2016, p. 51 & p. 59.

³²² Brown & Mariott 2011, p. 33-35.

³²³ Brown & Mariott 2011, p. 39.

om hun eigen problemen op te lossen.³²⁴ Partijen worden geholpen om hun eigen beslissingen te maken over het conflict.³²⁵

- *Vrijwilligheid.* Een kenmerk van mediation is dat partijen het voor het zeggen hebben. De mediator speelt een faciliterende rol,³²⁶ maar partijen maken uiteindelijk hun eigen beslissing.³²⁷ Het zijn de partijen die mediation opstarten, beëindigen en het proces bepalen.³²⁸ Partijen beslissen op basis van vrijwilligheid.³²⁹
- *De mediator faciliteert.* Het is de taak van de mediator om partijen te faciliteren om weg te komen van het vastgelopen conflict'.³³⁰ Wel signaleren Brown en Mariott verschillen in de taakopvatting van mediators (en ADR-aanbieders in het algemeen). Sommige mediators zijn meer gericht op het onderhandelen over een schikking die Brown en Mariott samenvatten als 'koehandel'. Andere stellen een win-win-situatie voorop en kiezen voor een '*problem-solving approach*'.³³¹
- *Vertrouwelijkheid.* Daarnaast geschiedt ADR, en mediation in het bijzonder, in een vertrouwelijke en veilige omgeving. In de woorden van Brown en Mariott:

*'ADR models will generally all regard confidentiality as critical – unless the parties do not want it (...). Generally, however, confidentiality of process runs through all approaches, in that the mediator will maintain confidentiality about what takes place, and the parties commonly agree to do the same (...).'*³³²
- *Toegankelijkheid.* ADR-aanbieders streven ernaar om de kosten voor partijen te beperken en om de procedure sneller dan bij de gerechtelijke procedure te voltooien.³³³ Volgens Genn is dit wat partijen bij mediation uiteindelijk drijft: het

³²⁴ Genn 2010, p. 88.

³²⁵ Brown & Mariott 2011, p. 167.

³²⁶ Brown & Mariott 2011, p. 160.

³²⁷ Brown & Mariott 2011, p. 161; Simon Thomas 2016, p. 50.

³²⁸ Brown & Mariott 2011, p. 163-164.

³²⁹ Brown & Mariott 2011, p. 164.

³³⁰ Brown & Mariott 2011, p. 31.

³³¹ Brown & Mariott 2011, p. 41.

³³² Brown & Mariott 2011, p. 37.

³³³ Brown & Mariott 2011, p. 39.

gaat hen niet om het mediationproces als zodanig, maar zij willen dat op een eerlijke, goedkope en snelle manier een einde aan het geschil komt.³³⁴

- *Social justice*. In deze visie draagt mediation bij aan een gevoel van gemeenschappelijk belang: mediation ‘offers an effective means of organizing individuals around common interests and thereby building stronger community ties and structures’.³³⁵

3.3.2.3 Nadelen van mediation

Mediation brengt ook een aantal risico's met zich mee. Juist omdat mediation informeel is en gebaseerd is op vrijwilligheid kan mediation de deur openen voor het vergroten van het verschil van macht tussen beide partijen, met onrechtvaardige uitkomsten als gevolg.³³⁶ Mediation kan ook gevolgen hebben voor de toegang tot de rechter. Het uitgangspunt is dat ADR niet mag worden gebruikt om personen van een rechtsgang af te houden.³³⁷ Zo is in België recent een wetsvoorstel om mediation voorafgaand aan de civiele procedure verplicht te stellen, ingetrokken na kritiek in de literatuur.³³⁸

3.3.3 *Juridisch kader*

De principes en uitgangspunten uit bovenstaande paragraaf hebben hun uitwerking gekregen in het positieve recht. Dit positieve recht staat in deze paragraaf centraal, zowel ten aanzien van mediation als zodanig (par. 3.3.3.1) als ten aanzien van de vaststellingsovereenkomst in het materieel burgerlijk recht (par. 3.3.3.2).

3.3.3.1 Mediation en ADR

Overeenkomst van opdracht

In de eerste plaats geldt dat mediation doorgaans plaatsvindt op grond van een overeenkomst van opdracht, waarbij de partijen de opdrachtgevers zijn en de mediator opdrachtnemer. In een dergelijke overeenkomst worden doorgaans afspraken tussen partijen

³³⁴ Genn 2012, p. 405.

³³⁵ Genn 2010, p. 89.

³³⁶ Genn 2010, p. 89-90.

³³⁷ Bauw e.a. 2018, p. 31.

³³⁸ Lanckswaert 2018; zie binnen de Nederlandse context: Broekuijzen-Molenaar 2019.

onderling en tussen partijen en mediator geregeld. Deze overeenkomst wordt beheerst door het materieel verbintenissenrecht.³³⁹ Als het Wetsvoorstel bevordering mediation (hierna: ‘Wetsvoorstel’) aanvaard wordt, zou de mediationovereenkomst een aparte plaats als bijzondere overeenkomst krijgen in boek 7 BW (art. 29 Wetsvoorstel).³⁴⁰ Omdat de basis van mediation in een overeenkomst ligt, is de contractsvrijheid het leidende beginsel. Anders dan rechtspraak is ADR niet gebonden aan procedurele regels of rechtsstatelijke waarborgen.³⁴¹ Bauw e.a. concluderen dat strengere vereisten voor ADR-aanbieders op dit vlak juist ten koste zouden kunnen gaan van de aantrekkelijkheid en kracht van buitengerechtelijke geschiloplossing.³⁴² Volgens deze onderzoekers neemt het belang van rechtsstatelijke waarborging van ADR niettemin toe wanneer:

- de overheid ADR meer stimuleert,
- de feitelijke keuzevrijheid (vrijwilligheid) om voor ADR te kiezen afneemt,
- als de ADR-aanbieder professioneler is en naarmate de aanbieder meer optreedt als geschilbeslechter en minder als procesbegeleider.³⁴³

Vaststellingsovereenkomst

De uitkomst kan worden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst.³⁴⁴ Anders dan bij de mediationovereenkomst is de mediator geen partij bij deze overeenkomst.³⁴⁵ Op de juridische aspecten van de vaststellingsovereenkomst wordt in de volgende paragraaf afzonderlijk ingegaan (par. 3.3.3.2). Voor nu is van belang dat deze overeenkomst beheerst wordt door het overeenkomstenrecht. Dat heeft als eerste consequentie dat contractsvrijheid voorop staat.³⁴⁶ Daarnaast betekent het dat slechts de partijen aan die overeenkomst gebonden zijn. Derden kunnen zich daarom niet zonder meer in het mediationproces mengen.³⁴⁷

³³⁹ Brenninkmeijer e.a. 2009, p. 255-259.

³⁴⁰ Consultatieversie Wet bevordering mediation, <https://www.internetconsultatie.nl/wetmediation/> (laatst geraadpleegd 16 september 2019). Het wetsvoorstel is in voorbereiding; de consultatietermijn is gesloten.

³⁴¹ Bauw e.a. 2019, p. 150-152. Zie ook: Bauw e.a., *NJB* 2019.

³⁴² Bauw e.a. 2018, p. 161.

³⁴³ Bauw e.a., *NJB* 2019, p. 260.

³⁴⁴ Brenninkmeijer e.a. 2009, p. 263.

³⁴⁵ Brenninkmeijer e.a. 2009, p. 267.

³⁴⁶ Asser/Sieburgh *6-III* 2018/41.

³⁴⁷ Zie ook: Brenninkmeijer e.a. 2009, par. 7.4.5.

Vrijwilligheid

Omdat mediation gekenmerkt wordt door vrijwilligheid, wordt aangenomen dat een mediationclausule vooraf – bijvoorbeeld als onderdeel van een overeenkomst waarover later een geschil rijst – niet zodanig dwingend is dat het leidt tot onbevoegdheid van de rechter, zoals een arbitrageclausule wel doet.³⁴⁸ Ook mogen partijen de mediation op elk gewenst moment afbreken.³⁴⁹

Vertrouwelijkheid

Een ander uitgangspunt van mediation is de vertrouwelijkheid ervan. Omdat ADR niet of slechts summierlijk in de wet geregeld is, dient geheimhouding in de mediationovereenkomst opgenomen te worden.³⁵⁰ Overigens zou het Wetsvoorstel bevordering mediation een juridische grondslag van deze vertrouwelijkheid bieden. In het wetsvoorstel wordt de geheimhouding van de mediator expliciet geregeld (art. 19 Wetsvoorstel; zie ook art. 7:420 BW, als toegevoegd door art. 29 Wetsvoorstel).³⁵¹ De gedachte is dat dit tot een verschoningsrecht van mediators in de zin van artikel 165 Rv zou leiden – uiteraard mits het wetsvoorstel wordt aangenomen.³⁵²

3.3.3.2 De vaststellingsovereenkomst

De vaststellingsovereenkomst, algemeen

Wanneer bemiddeling tot een schikking leidt, wordt die schikking gewoonlijk vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Een vaststellingsovereenkomst is, in de woorden van Van Schaik:

*‘een vormvrije, wederkerige, verbintenisscheppende hulpovereenkomst waarbij partijen zich ter voorkoming of beëindiging van onzekerheid of geschil binden aan een tot vaststelling leidende beslissing over wat tussen hen rechtens is. Zij aanvaarden daarbij dat deze vaststelling mogelijk afwijkt van wat tussen hen rechtens wás’.*³⁵³

³⁴⁸ HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724, NJ 2006/75, r.o. 3.4; zie ook: Brenninkmeijer e.a. 2009, p. 256; Van Beukering-Rosmuller 2017.

³⁴⁹ Brenninkmeijer e.a. 2009, p. 258.

³⁵⁰ Brenninkmeijer e.a. 2009, p. 259.

³⁵¹ Consultatieversie Wet bevordering mediation, <https://www.internetconsultatie.nl/wetmediation/> (laatst geraadpleegd 17 juni 2019).

³⁵² Memorie van toelichting bij consultatieversie Wet bevordering mediation, <https://www.internetconsultatie.nl/wetmediation/> (laatst geraadpleegd 16 september 2019), p. 61-63.

³⁵³ Asser/Van Schaik 7-VIII 2018/133.

De vaststellingsovereenkomst komt in twee vormen voor: partijen kunnen zelf, door middel van hun overeenkomst, een beslissing nemen over de onzekerheid of het geschil, of zij dragen dit op aan een of meer derden.³⁵⁴ Partijen kunnen geen vaststellingsovereenkomst aangaan als het een onderwerp betreft dat niet tot hun vrije bepaling staat, zoals over de geldigheid van een huwelijk of de erkenning van een kind.³⁵⁵ De vaststellingsovereenkomst is vormvrij en kent geen schriftelijkheidsvereiste.³⁵⁶ Het is een hulpovereenkomst, wat betekent dat zij betrekking heeft op een buiten haar liggende rechtsverhouding.³⁵⁷

De kern van de vaststellingsovereenkomst is dat zekerheid wordt gebracht over iets waarover partijen in onzekerheid verkeerden. Die kern brengt specifieke juridische consequenties mee ten aanzien van dwaling en ontbinding.³⁵⁸ De wet bepaalt dat de vaststellingsovereenkomst geen afbreuk kan doen aan rechten van derden (art. 7:903 BW).³⁵⁹

De vaststellingsovereenkomst is dus een overeenkomst tussen partijen waarmee zij een geschil beëindigen. Hoewel het als bijzondere overeenkomst aan een eigen juridisch regime onderworpen is (titel 7.15 BW), gelden de algemene bepalingen uit het overeenkomstenrecht. De noties van partijautonomie en contractsvrijheid zijn dus leidend, met de openbare orde en de goede zeden als ondergrens (art. 7:902 BW).³⁶⁰

Proces-verbaal in executoriale vorm

Indien partijen tijdens een comparitie een schikking bereiken, kan deze worden vastgelegd in een proces-verbaal. Dit proces-verbaal heeft executoriale vorm, wat executie door de deurwaarder mogelijk maakt (art. 87 lid 3 Rv (oud); art. 89 Rv (nieuw)).

3.3.4 *Deelconclusie: bemiddeling*

Op basis van deze principes en uitgangspunten (par. 3.3.2) en de juridische uitwerking daarvan (par. 3.3.3) kan het volgende worden vastgesteld over bemiddeling. Kernbegrip bij mediation is vrijwilligheid. De beslissing wordt niet verplaatst naar een derde, maar wordt genomen door partijen zelf. Het gaat om het bereiken van een praktische oplossing. Die

³⁵⁴ Asser/Van Schaik 7-VIII 2018/133.

³⁵⁵ Asser/Van Schaik 7-VIII 2018/135.

³⁵⁶ Asser/Van Schaik 7-VIII 2018/138.

³⁵⁷ Asser/Van Schaik 7-VIII 2018/139.

³⁵⁸ De precieze inhoud valt buiten het bestek van deze scriptie; zie verder: Asser/Van Schaik 7-VIII 2018/160 e.v.; art. 7:905 BW.

³⁵⁹ Zie ook: Asser/Van Schaik 7-VIII 2018/159. Van Schaik bepleit dat art. 7:903 BW overbodig is omdat dit al uit het systeem van de wet volgt.

³⁶⁰ Asser/Sieburgh 6-III 2018/41.

oplossing wordt meestal vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. De vaststellingsovereenkomst mag ingaan tegen dwingend recht, met als ondergrens de goede zeden en de openbare orde. Vertrouwelijkheid is een belangrijk element van mediation. De gedachte is uiteindelijk dat partijen versterkt worden om hun probleem zelf op te lossen.

In deze paragraaf is geput uit literatuur en wetgevingsinitiatieven over mediation. Hoewel bemiddeling breder is, lijken een aantal van de genoemde aspecten ook voor bemiddeling in brede zin te gelden. Zo zijn het ook bij bemiddeling de partijen die de beslissingsbevoegdheid bij zichzelf houden en zal het streven gericht zijn op een praktische oplossing. De uitkomst zal meestal vastgelegd worden in een vaststellingsovereenkomst. Bij bemiddeling door de rechter wordt die vaststellingsovereenkomst gewoonlijk vastgelegd in het proces-verbaal van de zitting.

3.4 Verhouding tussen rechtspraak en bemiddeling

3.4.1 Inleiding

Ook over de verhouding tussen rechtspraak en bemiddeling (dan wel tussen rechtspraak en mediation) is veel gezegd en geschreven. In deze paragraaf worden de verschillende opvattingen in drie groepen naast elkaar geplaatst: voorstanders van een grote bemiddelende rol van de rechter (par. 3.4.2), tegenstanders van een bemiddelende rol van de rechter (par. 3.4.3) en zij die een middenweg voorstaan (par. 3.4.4). Deze indeling doet geen recht aan de genuanceerde opvattingen van de verschillende auteurs. Wel geeft deze indeling een goed inzicht in welke opvattingen bestaan over de rollen van de rechter en de bemiddelaar.

3.4.2 Voor een bemiddelende rol

In het Amerikaanse debat werd bemiddeling door de rechter bepleit op basis van twee argumenten. In de eerste plaats voerden voorstanders van gerechtelijke bemiddeling het ‘*production argument*’ aan: het treffen van een schikking zou de werkdruk van gerechten verlichten.³⁶¹ Het tweede argument is het ‘*quality argument*’. Dat argument houdt in dat rechtspraak tot harde en onacceptabele resultaten kan leiden en tot uitkomsten die ongeschikt zijn om problemen op te lossen, terwijl bij schikkingen compromissen worden bereikt.³⁶²

³⁶¹ Galanter 1985, p. 2. Galanter is zelf overigens kritisch op deze claim; zie Galanter 1985, p. 9.

³⁶² Galanter 1985, p. 2.

3.4.3 Tegen een bemiddelende rol

Fuller is uitgesproken kritisch op *judicial mediation*. Hij schrijft over een speciaal tribunaal in oorlogstijd, waarbij een bemiddelingspoging standaard deel uitmaakt van de procedure:

*‘The result was a mediated contract negotiated under the threat of an exercise of adjudicative functions. For rather obvious reasons, this is a dangerous procedure, requiring the skill of a George Taylor and a rather uninhibited use of public power that characterizes a war economy’.*³⁶³

In het Nederlandse debat schreef Vranken in 1999 kritisch over gerechtelijke bemiddeling. Hij stelde verschillende aspecten aan de orde: hoe om te gaan met precedentwerking van gerechtelijke uitspraken in principiële kwesties? Wat als een van de partijen objectief-juridisch gelijk heeft?³⁶⁴ Dan is het misschien niet terecht om druk uit te oefenen op een procespartij om een schikking te sluiten. Daarnaast stelt Vranken dat bemiddeling niet altijd zal slagen, en dat als bemiddeling niet slaagt, de emotionele schade groter kan zijn dan de emotionele schade van een gerechtelijke uitspraak. Het is bovendien onduidelijk wat de status is van informatie uit de bemiddelingsfase als de rechter toch vonnis moet wijzen.³⁶⁵

3.4.4 De middenweg: bemiddeling en rechtspraak naast elkaar

Wanneer het gaat over rechtspraak en ADR is de onderliggende vraag of rechtspraak een *ultimum remedium* moet zijn of niet. De Commissie fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht wijst deze gedachte expliciet af. Deze commissie staat differentiatie van procedures voor, waarbij zowel rechtspraak als ADR een plaats hebben.³⁶⁶ Ook Genn ziet een plaats voor zowel rechtspraak als ADR, maar zij sceptisch over de ontwikkelingen die zij signaleert. Volgens haar wordt mediation nu niet benaderd vanuit zijn kracht, maar vanwege een negatief beeld over de rechtspraak.³⁶⁷

³⁶³ Fuller 1978, p. 406.

³⁶⁴ Vranken 1999, p. 72-73; vgl. par. 3.2.3 van deze scriptie.

³⁶⁵ Vranken 1999, p. 74-75.

³⁶⁶ Asser e.a. 2006, p. 38.

³⁶⁷ Genn 2010, p. 13.

3.5 Overeenkomsten en verschillen

3.5.1 Inleiding

In paragrafen 3.2-3.3 is ingegaan op de rol van de rechter en die van de bemiddelaar. In deze paragraaf worden deze rollen nader geanalyseerd, vanuit de vraag: wat zijn de overeenkomsten en verschillen? Daartoe maak ik onderscheid in drie relaties: de relatie tussen de rechter of mediator met de samenleving (par. 3.5.2), met partijen (par. 3.5.3), en met het recht (par. 3.5.4). Tenslotte wordt onderzocht in hoeverre deze overeenkomsten en verschillen relevant zijn voor gerechtelijke bemiddeling (par. 3.5.5).

3.5.2 De rechter of mediator en zijn verhouding tot de samenleving

De besproken concepten over de rol van de rechter zien onder andere op de vraag of rechtspraak enerzijds een publieke institutie is met een rol in het maatschappelijk debat, of anderzijds een publieke dienst waarin de overheid optreedt als dienstverlener en problemen van burgers oplost. Daarnaast is besproken dat beide concepties ook samen kunnen gaan. In die opvatting draagt het verlenen van een probleemoplossende ‘dienst’ ook bij aan publieke belangen. Uit de bespreking in paragraaf 3.2.3 komt nadrukkelijk naar voren dat algemeen aanvaard wordt dat de rechtspraak een duidelijke maatschappelijke rol vervult en partijoverstijgende effecten heeft. Daarbij kan gedacht worden aan jurisprudentievorming en rechtsontwikkeling, maar ook aan het ontwikkelen van gedragsnormen in de samenleving en het bijdragen aan het publieke debat. Een belangrijk aspect van rechtspraak is dan ook de openbaarheid van zowel de zitting als de uitspraak.

Voor bemiddeling in de zin van mediation is dit anders. Mediation is een opdracht van beide partijen aan een mediator en geschiedt vertrouwelijk. Van partijoverstijgende werking is geen sprake: noch wordt een precedent geschapen, noch wordt recht ontwikkeld.

Op dit verschil is een groot deel van de bezwaren tegen bemiddeling gericht.³⁶⁸ Luban stelt de vraag: wat als *Brown v. Board of Education* in stilte geschikt zou zijn?³⁶⁹ In die zaak besliste het *Supreme Court* van de Verenigde Staten dat de rassensegregatie van het onderwijs een schending is van de Amerikaanse Grondwet. Het punt is duidelijk: de precedentwerking is belangrijk om ook andere onrechtvaardige situaties te beëindigen.³⁷⁰ Daaraan kan bovendien

³⁶⁸ Zie bijv. Vranken 1999, p. 74; De Bock 2017.

³⁶⁹ Luban 1995, p. 2629.

³⁷⁰ Zie ook: Vranken 1999, p. 72-73.

worden toegevoegd dat een dergelijke principiële zaak thuishoort bij een publieke institutie met een verankering in het staatsbestel, en niet bij een private aanbieder van conflictoplossing.

Hoewel de uitkomst van een geschil in deze visie geen partijoverstijgende werking heeft, kent mediation wel een ander effect dat doorwerkt in de samenleving. Zoals in paragraaf 3.3.2.2 besproken is, wordt in de literatuur betoogd dat mediation rechtszoekenden versterkt in hun zelfredzaamheid. Deze ‘*empowerment*’ kan als positief aspect van mediation worden gezien.

3.5.3 *De rechter of mediator en zijn verhouding tot partijen*

De verhouding van de mediator met partijen is gebaseerd op vrijwilligheid.³⁷¹ Daar is bij een rechter in de civiele dagvaardingsprocedure geen sprake van: de ene partij kan de andere partij dagvaarden, en door niet te verschijnen loopt de wederpartij het risico op een ongunstig verstekvonnis (art. 139 Rv). Weliswaar wordt partijautonomie als procesrechtelijk uitgangspunt erkend, maar daar staat het door Giesen verwoorde ‘beginsel van de actieve rechter’ tegenover.³⁷² Op grond van dit beginsel bewaakt de rechter de goede procesorde en beschermt hij de zwakkere partij.

De vrijwilligheid gaat er niet alleen om dat de partijen bij een geschil zelf beslissen of zij een mediationtraject aangaan, maar ziet ook op het verloop van de procedure. In theorie kunnen partijen bij de mediationovereenkomst zelf het verloop van de procedure bepalen en voert bij de rechtspraak de rechter de regie.³⁷³ Dat verschil zal in de praktijk echter gering zijn. Enerzijds treedt de mediator als procesbegeleider op. De modelovereenkomst van de Mediatorsfederatie Nederland (MfN) bevat bijvoorbeeld geen procedurele bepalingen.³⁷⁴ Het is ook niet te verwachten dat partijen het snel eens zullen worden over de inrichting van de procedure. Anderzijds hebben procespartijen bij de civiele procedure nog steeds verschillende mogelijkheden om invloed uit te oefenen op het verloop van de procedure. Zo bepalen zij de omvang van het geschil (art. 23 en 24 Rv) en mag de rechter een bewijsaanbod niet zonder meer passeren (art. 166 lid 1 Rv). Daarnaast heeft het gevolgen voor de uitkomst: bij bemiddeling kan de partij zelf kiezen wel of niet een vaststellingsovereenkomst aan te gaan. De rechter zal hoe dan ook uitspraak doen (art. 13 Wet AB), en die uitspraak is afdwingbaar.

³⁷¹ Zie par. 3.3.2.2.

³⁷² Asser Procesrecht/Giesen I 2015/518.

³⁷³ Vgl. Asser Procesrecht/Giesen I 2015/510.

³⁷⁴ Model mediationovereenkomst voor de MfN-registermediator, <https://mfregister.nl/login-registermediator/condities/> (laatst geraadpleegd 12 augustus 2019).

Ook de verhouding tot de rechter en derden is anders. Omdat het bij mediation om een driehoeksovereenkomst gaat, gesloten tussen de bij de mediation betrokken partijen en de mediator, blijft een derde erbuiten.³⁷⁵ Bij de rechtspraak hebben derden-belanghebbenden een beschermde en gerespecteerde rol. De derde kan zich voegen of tussenkomen (art. 217 Rv). Bij een uitspraak met een voor hem nadelig gevolg, kan de derde in derdenverzet gaan (art. 367 Rv). Daarmee kan de derde bij rechtspraak wel voorkómen dat hij er door een procedure tussen anderen bekaaid vanaf komt, maar bij mediation niet. Hoewel een vaststellingsovereenkomst de rechten van derden niet mag aantasten (art. 7:903 BW), hebben derden geen mogelijkheden om hun belangen actief te beschermen. Wel kan die derde uiteraard een vordering tot nakoming van een verplichting instellen in een eigen procedure, waarbij hij artikel 7:903 BW aan een eventueel verweer van de wederpartij kan tegenwerpen. Dat is echter een omslachtiger wijze dan de wijze waarop het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de belangen van derden beschermt.

3.5.4 *De rechter of mediator en zijn verhouding tot het recht*

Een belangrijk verschil tussen de rechter en de mediator is de mate waarin ze gebonden zijn aan het recht. De rechter is gebonden aan de wet, of in de woorden van Bauw e.a.: ‘de rechter spreekt recht en niet iets anders’.³⁷⁶ Omdat een vaststellingsovereenkomst niet gebonden is aan dwingend recht, kunnen partijen na bemiddeling wel afwijken van dwingend recht, met de goede zeden en de openbare orde als ondergrens (art. 7:902 BW).³⁷⁷ Bauw e.a. zijn van mening dat de verantwoordelijkheid bij het al of niet voldoen aan dwingend recht bij partijen ligt, maar dat hier idealiter sprake is van *informed consent*.³⁷⁸ Met andere woorden: het zou het beste zijn als partijen slechts dan afwijken van dwingend recht, als zij daartoe een bewust keuze maken.

Mijns inziens dient dit verschil niet overdreven te worden. In de eerste plaats wordt de gebondenheid van de rechter aan de wet beperkt tot een aantal open normen.³⁷⁹ De rechter spreekt dan wel recht, maar heeft een ruime interpretatievrijheid bij het bepalen van dat recht. Daarnaast bieden ook de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid mogelijkheden om binnen het recht al te stringente bepalingen buiten toepassing te

³⁷⁵ Zie par. 3.3.3.1.

³⁷⁶ Bauw e.a. 2018, p. 26.

³⁷⁷ Zie par. 3.3.3.2.

³⁷⁸ Bauw e.a. 2018, p. 28.

³⁷⁹ Bauw e.a. 2018, p. 26.

laten (art. 6:2 BW; art. 6:248 BW). Aan de andere kant wordt de vrijheid van partijen om tegen dwingend recht in te gaan begrensd door de openbare orde (art. 7:902 BW) en kunnen in een vaststellingsovereenkomst slechts geschillen worden geregeld waarvan de rechtsgevolgen ter vrije bepaling van partijen staan.³⁸⁰

3.5.5 *Gerechtelijke bemiddeling*

Wat betekenen deze overeenkomsten en verschillen voor gerechtelijke bemiddeling? Het ligt voor de hand dat de bemiddelende en de beslissende rol van de rechter dan op enkele punten dicht bij elkaar komen te liggen. Zo zal de verhouding van de rechter tot partijen anders zijn: een mediator is een neutrale facilitator, terwijl een rechter beslissingsmacht heeft. Als partijen er niet uitkomen, zal de rechter een knoop doorhakken. Dat leidt tot een andere dynamiek in het bemiddelingsproces. In die andere dynamiek zal de rechter meer dan een mediator de belangen van de zwakkere partij kunnen beschermen.³⁸¹ Ook is de rechter beter in staat om belangen van derden (derden-belanghebbenden of publieke belangen) aan de orde te stellen en te beschermen. Op dit punt lopen de rol van de beslisser en van de bemiddelaar dus uiteen.

Vrijwilligheid als kenmerk van bemiddeling blijft bij gerechtelijke bemiddeling overeind. De rechter kan partijen niet dwingen een vaststellingsovereenkomst te tekenen. De rechter kan evenwel druk uitoefenen, omdat hij de mogelijkheid om een vonnis te wijzen achter de hand heeft; dat zou het vrijwillige karakter van bemiddeling verminderen. Daarnaast blijft gelden dat de vaststellingsovereenkomst, anders dan een uitspraak, geen partijoverstijgende werking heeft.

Een belangrijk verschil is de openbaarheid van de rechtspraak tegenover de vertrouwelijkheid van mediation. De openbaarheid van de rechtspraak zou kunnen verhinderen dat partijen het achterste van hun tong laten zien. Dat durven partijen misschien eerder in de vertrouwelijke omgeving van mediation. Dat geldt niet alleen maar voor de openbaarheid jegens het publiek – want publiek is bij civiele zaken een zeldzaamheid –, maar kan ook te maken hebben met de angst dat de rechter bepaalde informatie meeweegt in zijn oordeel. Dat zou afbreuk kunnen doen aan de effectiviteit van de bemiddelende rol van de rechter. Aan de

³⁸⁰ Asser/Van Schaik 7-VIII 2018/135; zie par. 3.3.3.2 van deze scriptie. De beperking tot zaken waarvan het rechtsgevolg ter vrije bepaling van partijen staat, wordt overigens in het Wetsvoorstel bevordering mediation expliciet geregeld in art. 7:471 BW (art. 29 Wetsvoorstel).

³⁸¹ Vgl. Asser Procesrecht/Giesen I 2015/518.

andere kant maakt deze vertrouwelijkheid dat bemiddelingsprocessen in het kader van ADR niet bijdragen aan rechtsontwikkeling en dat er geen toezicht door de samenleving op mogelijk is.³⁸² In het kader van het ontbreken van dat toezicht karakteriseerde de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak de alternatieve geschilbeslechtingaanbieder e-Court als een ‘groot zwart gat’.³⁸³

3.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk werden de rol van de rechter, de rol van de bemiddelaar en de overeenkomsten en verschillen daartussen onderzocht. Het bovenstaande leidt tot twee archetypes voor rechtspraak en bemiddeling en tot de ‘tussenvorm’ van gerechtelijke bemiddeling. Een overzicht van de overeenkomsten en verschillen is schematisch weergegeven in

Tabel 1 (p. 84). Ik ga hieronder in op de belangrijkste verschillen.

Het archetype van rechtspraak heeft als belangrijkste karakteristiek dat het een publieke institutie is met partijoverstijgende werking van uitspraken. Derdenbelangen zijn bij rechtspraak gewaarborgd door de mogelijkheden van voeging, tussenkomst en derdenverzet. Hoewel partijautonomie een belangrijk beginsel is, ligt de regie van de procedure bij de rechter. De rechter geeft een (dwingende en executeerbare) eindbeslissing. De rechter is gebonden aan het recht, wat genuanceerd wordt door het gebruik van open normen en door de redelijkheid en de billijkheid. De rechter is daarnaast gebonden aan rechtsstatelijke waarborgen.

Mediation is daarentegen een private dienst. Mediation heeft geen partijoverstijgende werking en bindt alleen partijen. Vrijwilligheid is het leidende uitgangspunt; partijen behouden de beslissingsmacht. Mediation is in mindere mate gebonden aan het recht, maar dit wordt genuanceerd doordat de vaststellingsovereenkomst alleen geschillen kunnen betreffen waarvan de rechtsgevolgen ter vrije bepaling van partijen staan.

Tussen beide archetypen staat de gerechtelijke bemiddeling. Net als bij mediation blijft vrijwilligheid het uitgangspunt, omdat partijen zelf kunnen beslissen om een vaststellingsovereenkomst te tekenen. Door de positie van de rechter als publieke institutie zal de rechter zich echter minder terughoudend opstellen dan een mediator. De rechter kan daardoor opkomen voor derdenbelangen. Ook heeft de rechter doorzettingsmacht. Door te

³⁸² De Bock 2017, p. 13-14.

³⁸³ G.J. Dennekamp, ‘Robotrechter e-Court is een groot en niet transparant zwart gat’, *NOS* 17 januari 2018, <https://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2212374-robotrechter-e-court-is-een-groot-en-niet-transparant-zwart-gat.html> (laatst geraadpleegd 28 juni 2019).

zinspelen op een bepaalde uitkomst, impliciet of in de vorm van een voorlopig oordeel, kan hij sturend optreden. De openbaarheid van de civiele procedure kan ertoe leiden dat partijen minder snel het achterste van hun tong laten zien dan zij bij een mediator zouden doen. Van partijoverstijgende werking is evenwel geen sprake. Tot slot geldt voor de vaststellingsovereenkomst dat die niet gebonden is aan dwingend recht, net als bij mediation.

Op basis van deze overeenkomsten en verschillen kan het vermengen van de rollen van beslisser en bemiddelaar tot problemen leiden. Zo kan enerzijds de openbaarheid de effectiviteit van de bemiddeling tenietdoen en kan anderzijds de doorzettingsmacht van de rechter partijen een zetje geven om toch een schikking te sluiten. Dat kan positief zijn, maar zou ook tot dwangschikkingen kunnen leiden. Dat doet afbreuk aan de (procesrechtelijke) partijautonomie en de (materieelrechtelijke) contractsvrijheid en tast de vrijwilligheid van het bemiddelingsproces aan. Daarnaast kan het vermengen van deze rollen tot rolverwarring en onduidelijkheid leiden: stelt de rechter vragen bij wijze van bemiddelingspoging, of is het relevant voor zijn oordeel? Of deze problemen inderdaad spelen, wordt in het volgende hoofdstuk onderzocht (hoofdstuk 4).

Tabel 1: Overeenkomsten en verschillen tussen rechter, mediation en gerechtelijke bemiddeling

Rechter	Mediation	Gerechtelijke bemiddeling
Publieke instelling	Private dienst	Publieke instelling
Waarborging derden-belangen	Bindt alleen partijen	Rechter kan opkomen voor derden-belangen
Balans actieve rechter en partij-autonomie	Vrijwilligheid is leidend	Vrijwilligheid is leidend
Beslissingsmacht rechter	Beslissingsmacht partijen	Rechter heeft doorzettingsmacht
Gebonden aan het recht (genuanceerd door open normen en redelijkheid en billijkheid)	Niet gebonden aan het recht (genuanceerd door beperking van de vaststellingsovereenkomst (alleen geschillen ter vrije bepaling van partijen) en openbare orde).	Niet gebonden aan het recht (genuanceerd door beperking van de vaststellingsovereenkomst (alleen geschillen ter vrije bepaling van partijen) en openbare orde).
Partijoverstijgende werking	Geen partijoverstijgende werking	Geen partijoverstijgende werking

4 Gevolgen van gerechtelijke bemiddeling

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is een ontwikkeling geschetst waarbij sprake is van een toegenomen bemiddelende rol door de rechter. In het vorige hoofdstuk is vanuit een conceptuele benadering betoogd dat overeenkomsten en verschillen bestaan tussen de rol van de bemiddelaar en de beslisster en dat deze verschillen tot spanningen kunnen leiden (hoofdstuk 3). In dit hoofdstuk wordt op basis van bestaande empirische gegevens onderzocht wat de gevolgen zijn van deze ontwikkeling, zowel ten aanzien van de efficiëntie en effectiviteit als ten aanzien van de rechtvaardigheid van de procedure (**deelvragen 2, 3 en 4**; zie Kader 3). Het doel van dit hoofdstuk is om de concrete, waarneembare gevolgen van gerechtelijke bemiddeling in kaart te brengen. Dat dient aanvullend op de risico's zoals uit de conceptuele benadering naar voren zijn gekomen.

Het hoofdstuk wordt afgetrapt met een methodologische paragraaf (par. 4.2). Hierin worden de begrippen effectiviteit, efficiëntie en rechtvaardigheid geoperationaliseerd en wordt in kaart gebracht welke gegevens nodig (en beschikbaar) zijn om een conclusie te kunnen trekken over de gevolgen van gerechtelijke bemiddeling. Vervolgens worden respectievelijk de efficiëntie (par. 4.3), de effectiviteit (par. 4.4) en de rechtvaardigheid besproken (par. 4.5). Het hoofdstuk sluit af met een deelconclusie (par. 4.6).

Kader 3: Recapitulatie deelvragen 2, 3 en 4.

II. Empirische benadering

2. Wat zijn, blijkens bestaand empirisch onderzoek, de gevolgen van gerechtelijke bemiddeling voor de efficiëntie van de civiele procedure?
3. Wat zijn, blijkens bestaand empirisch onderzoek, de gevolgen van gerechtelijke bemiddeling voor de effectiviteit van de civiele procedure?
4. Wat zijn, blijkens bestaand empirisch onderzoek, de gevolgen van gerechtelijke bemiddeling voor de effectiviteit van de civiele procedure?

4.2 Methodologie

4.2.1 *Methodologische opmerkingen*

Voor dit onderzoek is geen afzonderlijk, zelfstandig empirisch onderzoek verricht. Dat zou uit methodologisch opzicht de voorkeur hebben. Zo zou een goede vergelijking gemaakt kunnen worden tussen rechtspraak, ADR en gerechtelijke bemiddeling en kunnen de relevante factoren optimaal worden geoperationaliseerd. Dat onderzoek is door temporele beperkingen van deze scriptie helaas niet mogelijk. Daarom wordt geput uit bestaande empirische data uit verschillende onderzoeken. De data zijn afkomstig uit verschillende empirische studies.

Bij deze onderzoeksdata moet een forse slag om de arm gehouden worden. Deze onderzoeken zijn niet altijd gericht op het onderzoeken van gerechtelijke bemiddeling als zodanig. Dat leidt tot beperkingen bij de toepassing van data op de onderhavige onderzoeksvragen en tot een verminderende validiteit. In de navolgende paragrafen wordt dan ook steeds ingegaan op de mate waarin de gegevens daadwerkelijk bruikbaar zijn om conclusies te trekken over gerechtelijke bemiddeling. Dit brengt tevens mee dat de cijfers alleen als indicatief kunnen worden beschouwd. De conclusies van deze analyse wordt dan ook zo veel mogelijk in kwalitatieve termen omschreven.

4.2.2 *Operationalisering van efficiëntie, effectiviteit en rechtvaardigheid*

Efficiëntie, effectiviteit en (ervaren) rechtvaardigheid zijn complexe begrippen die uit verschillende factoren zijn opgebouwd. Omdat in dit onderzoek geen zelfstandig empirisch onderzoek verricht wordt, moet genoeg genomen worden met de beschikbare indicatoren. In het navolgende blijkt dat een aantal indicatoren op meer van de begrippen kunnen slaan (zowel op efficiëntie als op effectiviteit; zowel op effectiviteit als op rechtvaardigheid). Deze begrippen zijn dan ook met elkaar verbonden. De desbetreffende indicatoren worden desalniettemin onder één aspect besproken. In de uiteindelijke afweging bij de beantwoording op de hoofdvraag wordt wel rekenschap gegeven van de verwevenheid van deze begrippen.

Efficiëntie is relatief gemakkelijk te operationaliseren: het gaat dan om een besparing van tijd en geld. Tijd kan worden uitgedrukt in de tijd die procesdeelnemers aan het onderzoek besteden, zoals het schrijven van processtukken aan de zijde van de procespartijen en het schrijven van een vonnis aan de zijde van de rechter, en in de doorlooptijd. De doorlooptijd is de tijdsduur vanaf het aanbrenge van de zaak tot het sluiten van de zaak. Geld kan worden uitgedrukt in de kosten voor procespartijen, zoals griffierechten en kosten voor rechtshulp, en

de kosten voor de rechtspraak, zoals de salarissen voor rechters en medewerkers. Dergelijke gegevens zijn ook voor handen. Zo publiceert het WODC gegevens over de doorlooptijd van zaken, over financiële aspecten en over waarderingscijfers van rechtszoekenden.³⁸⁴ Daarnaast is recent een onderzoek verschenen waarin de financiën van de rechtspraak zijn ‘doorgelicht’.³⁸⁵ Ook prikkels in de financiering van de rechtspraak worden hierbij betrokken.

Effectiviteit is eerder gedefinieerd als de mate waarin de rechtspraak het beoogde doel bereikt. De eerste vraag van effectiviteit is of de bemiddelingspoging effectief is: leidt gerechtelijke interventie inderdaad tot een toename van schikkingen? Als dat immers niet zo is, is geen reden om aan te nemen dat een procedure als geheel door gerechtelijke bemiddeling effectiever is dan zonder gerechtelijke bemiddeling.

De tweede vraag over effectiviteit is de vraag of het doel van de gerechtelijke procedure wordt verwezenlijkt. Dat is geen eenvoudige maatstaf, omdat het doel van de rechtspraak onderwerp van discussie is. Er wordt kritiek geformuleerd op de gedachte dat de rechter het onderliggende probleem op moet of kan lossen.³⁸⁶ Ook kan gesteld worden dat partijen soms gewoon behoefte hebben aan een beslissing, hetzij om helderheid te verkrijgen,³⁸⁷ hetzij om een executoriale titel te verkrijgen, hetzij omdat zij denken dat dat nodig is om hun conflict op te lossen. Voor dit onderzoek wordt daarom als uitgangspunt genomen of de procespartijen hun doel hebben bereikt en of hun probleem is opgelost. Zo worden al deze bezwaren min of meer afgedekt. Hier zijn cijfers over zijn beschikbaar, bijvoorbeeld in de Geschilbeslechtingsdelta.³⁸⁸

Tot slot wordt de naleving van de uitkomst van de procedure als maat voor effectiviteit gebruikt.³⁸⁹ Een niet-nagekomen uitkomst mist immers per definitie zijn doel. Ik had daarnaast graag cijfers over de tevredenheid met de uitkomst bij de effectiviteit betrokken: men zal immers tevredener zijn naarmate de uitkomst het probleem beter oplost. Dat blijkt echter niet mogelijk, omdat tevredenheid met de uitkomst als zodanig wel onderzocht is voor mediation,³⁹⁰ maar – voor zover mij bekend – niet voor de rechtspraak.³⁹¹

³⁸⁴ Zie ‘Cijfers en prognoses, rechtspleging civiel en bestuur’, op wodc.nl, <https://www.wodc.nl/cijfers-en-prognoses/rechtspleging-civiel-en-bestuur/> (laatst geraadpleegd 22 juni 2019).

³⁸⁵ Doorlichting Financiën Rechtspraak 2019.

³⁸⁶ Vranken & Snel 2019, p. 866.

³⁸⁷ Een voorbeeld is HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:193, NJ 2018/193, r.o. 4.3.

³⁸⁸ Ter Voert & Klein Haarhuis 2015, p. 136.

³⁸⁹ Op basis van Eshuis 2009.

³⁹⁰ Guiaux e.a. 2009, p. 96-97.

³⁹¹ De cijfers van de Geschilbeslechtingsdelta zijn uitgesplitst naar de vraag of de uitkomst een overeenstemming of een beslissing was, maar de overeenstemming hoeft niet bij de rechter te zijn bereikt en een

De derde relevante vraag is of de civiele procedure überhaupt in staat zou zijn om onderliggende conflicten op te lossen.³⁹² Dat blijkt niet uit statistische gegevens over de civiele rechtspraak, maar is ook een vraag naar psychologische en sociologische inzichten over conflicten en conflictoplossing. Derhalve zal ook acht worden geslagen op bronnen die vanuit dergelijke inzichten de effectiviteit van bemiddeling analyseren.

Rechtvaardigheid van de procedure is niet eenvoudig te definiëren. Een toetsing aan de eisen van artikel 6 EVRM ligt voor de hand, maar lijkt zich voor dit onderzoek niet te lenen. Gerechtelijke bemiddeling lijkt namelijk niet in te gaan tegen de verdragsrechtelijke eisen. Ook jurisprudentieonderzoek in het Nederlands recht biedt geen uitkomst. Een vaststellingsovereenkomst kan maar in een beperkt aantal gevallen worden vernietigd,³⁹³ waardoor een beoordeling door de rechter van die vaststellingsovereenkomsten achterwege blijft. Grootschalig empirisch onderzoek naar de ervaren procedurele rechtvaardigheid in de civiele procedure is (nog) niet verricht, dus ook dat onderzoek kan niet helpen.³⁹⁴ In plaats daarvan moeten we ons voor dit onderzoek wenden tot indirecte indicatoren. In de eerste plaats kijken we naar cijfers over tevredenheid. Hoewel dit een breed en vaag begrip is, is mijn onderliggende veronderstelling dat iemand tevredener is naarmate hij zich rechtvaardiger behandeld voelt, en ontevredener als hij zich onrechtvaardiger behandeld voelt. Met andere woorden: in de tevredenheid ligt (onder meer) de ervaren rechtvaardigheid besloten. Cijfers over de tevredenheid zijn beschikbaar in onder andere de Geschilbeslechtingsdelta.³⁹⁵ Tevredenheid met de procedure moet niet worden verward met tevredenheid bij de uitkomst. Dat laatste is eerder een maat voor de effectiviteit. Mijn onderliggende veronderstelling daarbij is dat men tevredener is met een uitkomst die het probleem beter oplost. Van der Linden heeft onderzoek gedaan naar de aanvaardbaarheid van de procedure. Dit ligt in het verlengde van de rechtvaardigheid, daarom wordt haar onderzoek bij de notie van rechtvaardigheid betrokken.

De ervaren druk of dwang die bij een schikking ervaren wordt, wordt in dit onderzoek gezien als een (negatieve) indicator voor ervaren rechtvaardigheid. De gedachte daarachter is dat schikkingsdruk of -dwang een inbreuk is op de beginselen van (procesrechtelijke) partijautonomie of (materieelrechtelijke) contractsvrijheid, en dus de rechtvaardigheid aantast.

beslissing kan ook door een ander dan de rechter zijn genomen (bijv. bindend advies).

³⁹² Vgl. Vranken & Snel 2019, p. 865.

³⁹³ Asser/Van Schaik 7-VIII 2018/160

³⁹⁴ Anders dan bij strafrecht: Grootelaar 2018.

³⁹⁵ Ter Voert & Klein Haarhuis 2015, p. 159-184; Hertogh e.a. 2018, p.

Naar ervaren druk of dwang is bijvoorbeeld onderzoek gedaan in het kader van recent onderzoek naar de civiele comparitie.³⁹⁶

4.2.3 *Vergelijking*

Het doel van dit onderzoek is om de gevolgen van gerechtelijke bemiddeling in kaart te brengen. Steeds zal een vergelijking worden gemaakt tussen de huidige reguliere comparitie en beschikbare gegevens over bemiddeling. De cijfers over bemiddeling worden aan verschillende bronnen ontleend. De Geschilbeslechtingsdelta besteedt ook aandacht aan buitengerechtelijke geschilbeslechting. Daarnaast kan acht worden geslagen op evaluatierapporten van initiatieven waar de bemiddelende rechter centraal staat.³⁹⁷ Ook wordt gebruik gemaakt van de Mediation Monitor.³⁹⁸ In sommige gevallen is de benadering indirecter en kan een inschatting worden gemaakt aan de hand van bekende gegevens. Een voorbeeld is de bespaarde tijd voor rechters: na een bemiddelingspoging hoeven zij geen vonnis meer te schrijven; dat levert een tijdsbesparing op die zo groot is als de in te schatten tijdsduur van het schrijven van een vonnis. Die tijdsbesparing is op zichzelf niet beschikbaar, maar kan wel uit bestaande onderzoeken naar tijdsbesteding worden afgeleid.

4.3 **Efficiëntie van de procedure**

4.3.1 *Inleiding*

In deze paragraaf worden de gevolgen van gerechtelijke bemiddeling voor de efficiëntie van de procedure in kaart gebracht aan de hand van drie indicatoren: de tijd die de procedure voor procesdeelnemers kost, de doorlooptijd en de financiële aspecten.

4.3.2 *Temporele efficiëntie: de doorlooptijd*

4.3.2.1 Doorlooptijd

De doorlooptijd is een van de meest in het oog springende elementen voor efficiëntie van de procedure. De doorlooptijd is voor procespartijen een belangrijke maat voor tevredenheid: een procedure met een snelle doorlooptijd wordt als laagdrempeliger gezien dan

³⁹⁶ Verschoof & Van Rossum 2018, p. 231.

³⁹⁷ Hertogh e.a. 2018; Boeding-Polée & Allard 2017.

³⁹⁸ Guiaux e.a. 2009.

een procedure met een lange doorlooptijd.³⁹⁹ Ook kunnen partijen door de lange duur van de zitting volharden in hun standpunten, wat het vinden van een oplossing bemoeilijkt.⁴⁰⁰ Het levert daarnaast eenvoudigweg veel frustratie op als de procedure lang duurt, wat zich ook uit in verminderde productiviteit van betrokken personen bij de procedure.⁴⁰¹

Bemiddeling, althans het bereiken van een overeenkomst, heeft een duidelijk effect op de doorlooptijd. Het bespaart in de eerste plaats wachttijd voor procespartijen, de procedure komt met een schikking tenslotte tot een einde. Dat scheelt het wachten op een vonnis, waar (voor kantonzaken) 4 weken of (voor handelszaken) 6 weken voor staat.⁴⁰²

4.3.2.2 Resultaten

Zoals gezegd levert het niet hoeven wachten op het vonnis winst op ten aanzien van de doorlooptijd. In zaken waarin bewijsverrichtingen nodig zijn, loopt de bespaarde doorlooptijd verder op. Mijn inschatting van de relatieve tijdswinst is weergegeven in Tabel 2. De bespaarde doorlooptijd is als volgt ingeschat: de langste zaken zijn zaken met aanvullende proceshandelingen, zoals bewijsverrichtingen. Bewijsverrichtingen worden bijvoorbeeld gedaan in de vorm van een enquête of van een descente.⁴⁰³ Wanneer in zo'n zaak een schikking bereikt wordt, vervallen deze extra bewijsverrichtingen. De tijdswinst is dan het verschil in doorlooptijd tussen een zaak mét dergelijke proceshandelingen en een zaak zónder deze proceshandelingen. Bovendien gaat daar de termijn van het schrijven voor een vonnis vanaf (4 of 6 weken).

Helemaal zuiver is deze berekening uiteraard niet. In de eerste plaats kan een aanvullende bewijsverrichting ook bestaan uit het overleggen van stukken of bijvoorbeeld een deskundigenrapport, dat is bij deze berekening niet meegenomen. Daarover zijn geen cijfers beschikbaar. Daarnaast is het desbetreffende onderscheid in de gegevens van het WODC niet gemaakt voor handelszaken, alleen voor kantonzaken. Dit kan wel als indicatie dienen die de stelling ondersteunt dat het bereiken van een schikking een groot positief effect heeft op de doorlooptijden van civiele zittingen.

³⁹⁹ Mak 2017, p. 294.

⁴⁰⁰ De Bock 2015, p. 96.

⁴⁰¹ Van Dijk 2014, p. 86.

⁴⁰² Art. 6.5 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken.

⁴⁰³ Art. 201 Rv geeft de mogelijkheid voor een gerechtelijke plaatsopneming. Bij sommige MER-projecten (par. 2.2.3) komt een dergelijke descente veel voor.

Hierbij is voor de tijdswinst uitgegaan van een maximum (de hoogste doorlooptijden over de periode 2005-2017) en een minimum (de laagste doorlooptijden over de periode 2005-2017). Wanneer rekening gehouden wordt met hoger beroep loopt de bespaarde doorlooptijd zelfs nog meer op: bij een vaststellingsovereenkomst wordt immers geen hoger beroep meer ingesteld en blijft de hele procedure bij het gerechtshof achterwege.

Tabel 2: Tijdswinst door het bereiken van een schikking, t.a.v. de doorlooptijden.⁴⁰⁴

Type zaak		Doorlooptijd (in weken)	Tijdswinst (in weken)	Tijdswinst (relatief)
Kanton met enquête, descente of pleidooi	Min	34	15 + 4 = 19	56 %
	Max	49	22 + 4 = 26	53 %
Kantonzaak zonder enquête, descente of pleidooi	Min	15	4	27 %
	Max	22	4	18 %
Handelszaak	Min	55	6	11 %
	Max	82	6	7 %

4.3.3 *Temporele efficiëntie: bespaarde werktijd*

4.3.3.1 ‘Werktijd’ voor een zaak

De tweede temporele indicator hangt niet af van de tijdsduur van de zaak, maar van de tijd die rechters (en hun medewerkers) en procespartijen (en hun rechtshulpverleners) daadwerkelijk aan een zaak besteden. Deze beide factoren lopen op hun beurt vaak samen: de zitting zelf duurt voor zowel de procespartijen als voor de rechter tenslotte even lang, net als getuigenverhoren. Op andere aspecten loopt de ‘werktijd’ wel uiteen, bijvoorbeeld bij het schrijven van een vonnis. In deze paragraaf wordt een inschatting gegeven van deze tijdswinst. De volgende gegevens worden geanalyseerd: de zittingsduur, het niet hoeven schrijven van het vonnis en het voorkomen van bewijsverrichtingen. Dit zijn tijdsintensieve onderdelen van de civiele procedure, die door het bereiken van een schikking meer (de zittingsduur) of minder (schrijven, bewijsverrichtingen) tijd kosten.

⁴⁰⁴ De cijfers zijn ontleend aan tabel 4.9 van ‘Rechtspleging Civiel en Bestuur’ op wodc.nl, <https://www.wodc.nl/cijfers-en-prognoses/rechtspleging-civiel-en-bestuur/> (laatst geraadpleegd 19 juni 2019).

4.3.3.2 Resultaten

Effect van bemiddeling op de zittingsduur

Van der Linden heeft in 2008 onderzoek verricht, waarbij zittingen van de Rechtbank 's-Hertogenbosch en de Rechtbank Utrecht werden geobserveerd. Toen nam het bespreken van een schikking ongeveer 35 tot 40 procent van de zittingstijd in beslag, waarbij ook schikkingsbesprekingen op de gang zijn meegenomen (zie Tabel 3).⁴⁰⁵ Bij het onderzoek van Van der Linden moet wel aangetekend worden dat zij haar onderzoek ruim 10 jaar geleden heeft verricht en dat de comparitie zich in de tussentijd mogelijk ontwikkeld heeft.

Tabel 3: De opbouw van de CnA in tijd van alle 150 onderzochte zaken⁴⁰⁶

Tijdsduur van...	Rb 's-Hertogenbosch			Rb Utrecht		
	Gem	%	SD	Gem	%	SD
1. Het verkrijgen van inlichtingen	56 min	37,9	29,75	48 min	41,4	22,80
2. Het bespreken van een regeling	55 min	37,9	35,07	42 min	36,2	34,47
2a. Algemeen	1 min	0,7	2,69	1 min	0,9	3,19
2b. Doorverwijzing naar mediation	1 min	0,7	6,43	1 min	0,9	3,70
2c. Beproeven van een schikking in de rechtszaal	12 min	8,3	12,48	13 min	11,2	16,29
2d. Onderhandelingen op de gang	41 min	28,3	26,51	26 min	22,4	23,04
3 Opstellen van een proces-verbaal*	28 min	19,3	24,12	22 min	19,0	20,28
4 Het opstellen van de schikkingsovereenkomst **	20 min	13,8	20,17	17 min	14,7	11,74
5 De totale CnA	145 min	100,0	54,67	116 min	100,0	47,67

* Indien geen schikking bereikt is

** Indien een schikking bereikt is.

De aard van de schikkingsinterventies

Maakt het voor de zittingsduur uit of de rechter al dan niet ingaat op het conflict achter het geschil? Naar deze vraag hebben Verschoof en Van Rossem onderzoek gedaan. Het gaat daarbij om conflictinterventies, waarin de rechter de achterliggende problematiek aan de orde stelt.⁴⁰⁷ Hun conclusie is dat het ingaan op het conflict weinig meer tijd kost dan van het

⁴⁰⁵ Van der Linden 2008, p. 38.

⁴⁰⁶ De tabel is afkomstig uit Van der Linden 2008, p. 38. Afkortingen: gemiddelde ('Gem') en standaarddeviatie ('SD').

⁴⁰⁷ Verschoof & Van Rossum 2018, p. 25.

verrichten van reguliere schikkingsinterventies.⁴⁰⁸ Het kost tijd om aandacht te besteden aan het conflict onder het geschil, maar de uitloop van zittingen door die conflictinterventies is gering.⁴⁰⁹

De conclusie van deze gegevens is dat het beproeven van een regeling tijd kost en een zitting langer doet duren dan wanneer dat niet zou gebeuren. Daarbij geldt dat tijd besteden aan het onderliggende conflict niet wezenlijk meer tijd kost dan een ‘gewone’ schikkingsinterventie van de rechter.

Effect van het niet hoeven schrijven van een vonnis

Empirische gegevens over de duur van het schrijven van een vonnis zijn niet beschikbaar. Het tijdsonderzoek dat wel beschikbaar is, is niet uitgesplitst in de uitgevoerde werkzaamheden, er wordt alleen een algemene tijdsbesteding per rechtsgebied gegeven.⁴¹⁰ Ook is in dat onderzoek geen onderscheid gemaakt in geschikte en niet-geschikte zaken. Daarom kunnen daaraan geen conclusies worden verbonden over de vraag hoe veel tijd een schikking bespaart ten aanzien van het schrijven van een vonnis.⁴¹¹

Den Tonkelaar, zelf rechter, geeft inzicht in het schrijven van een vonnis. Hij noemt daarbij geen tijden, maar gaat wel in op het werkproces: een enkelvoudige uitspraak wordt geschreven door een medewerker en wordt door de rechter gecontroleerd, een meervoudige uitspraak wordt uitgebreid besproken, zowel voordat met het schrijven wordt begonnen als op basis van het concept-vonnis.⁴¹² Daardoor kunnen we rustig aannemen dat de tijdswinst doordat geen vonnis geschreven hoeft te worden, meer dan gering zal zijn, variërend van enkele uren werk voor een medewerker en een rechter bij een eenvoudige zaak tot enkele dagen voor een medewerker en meerdere rechters bij een grote meervoudige zaak.

Andere bewijsverrichtingen

Daarnaast scheelt het de rechter tijd als door de comparitie geen nadere handelingen door de rechter meer nodig zijn. Wanneer bewijsverrichtingen – zoals getuigenverhoren – worden gelast, is immers een tussenvonnis nodig en moet een rechter daarnaast daadwerkelijk de getuigen horen. Dat dit (veel) tijd kan besparen, is daarom aannemelijk. Over hoe veel tijd het schrijven van een tussenvonnis en het houden van contra-enquêtes vervolgens oplevert, zijn

⁴⁰⁸ Verschoof & Van Rossum 2018, p. 369.

⁴⁰⁹ Verschoof & Van Rossum 2018, p. 370.

⁴¹⁰ Hols e.a. 2015.

⁴¹¹ Een rechter en een medewerker zouden ieder ongeveer 4 uur en 20 minuten aan een handelszaak besteden. Bij kantonzaken is dat ieder nog geen halfuur. Zie Hols e.a. 2015, p. 60.

⁴¹² Den Tonkelaar 2015, p. 596-598.

geen empirische cijfers bekend. Een enquête duurt naar mijn ervaring als buitengriffier al gauw enkele uren en in sommige gevallen zelfs een hele werkdag.

4.3.4 *Financiële aspecten: de kosten van de procedure*

4.3.4.1 Financiële aspecten

Bemiddeling door de rechter heeft ook invloed op de kosten van de civiele procedure. Deels loopt dit samen met een tijdsbesparing, namelijk waar het gaat over de kosten van rechters en juridisch medewerkers aan de zijde van de rechtspraak en over de kosten van rechtshulpverlening aan de zijde van procespartijen. Maar er speelt ook een ander kostenaspect mee, namelijk het financieringssysteem van de rechtspraak in Nederland.

Over de precieze kostenbesparing aan kosten voor rechters en rechtshulpverleners is weinig te zeggen, omdat de kosten ver uiteenlopen. Zo hangen de kosten af van het type rechter (rechter, senior rechter, senior rechter A⁴¹³) en van de vraag of sprake is van een enkelvoudige of een meervoudige kamer. Dit geldt ook voor de kosten van advocaten. In algemene zin kan voor beide gevallen wel worden gezegd dat een *tijdsbesparing* altijd een *kostenbesparing* met zich brengt: voor de rechtspraak omdat een tijdsbesparing ertoe leidt dat een rechter meer zaken kan doen in dezelfde tijd, voor advocaten omdat zij gewoonlijk op basis van een uurtarief werken.⁴¹⁴ Naast de tijdsbesparing worden de financiën van de rechtspraak bepaald door de financieringssystematiek. De consequenties daarvan worden in de volgende paragraaf onderzocht.

4.3.4.2 Financieringssysteem rechtspraak

De financieringssystematiek van de rechtspraak is neergelegd in het Besluit financiering rechtspraak 2005 (hierna: ‘Besluit’). De financiering is hoofdzakelijk gebaseerd op de output van de rechtspraak, in het Besluit beschreven als ‘een productiegerelateerde bijdrage’ (art. 10, 23 en 25 Besluit). Het gaat om een bijdrage op basis van het ‘overeengekomen aantal zaken per productgroep’ (art. 26 Besluit). Ongeveer 95 procent van

⁴¹³ Vgl. art. 7 Wet rechtspositie rechterlijk ambtenaren; Bijlage bij Besluit rechtspositie rechterlijk ambtenaren.

⁴¹⁴ Zie uitgebreider: ‘Hoe rekent uw advocaat?’ op de website van de Advocatenorde Midden-Nederland, <https://www.advocatenorde-middennederland.nl/2125/hoerekentuwadvocaat.html> (laatst geraadpleegd 14 augustus 2019). Uiteraard speelt ook de rechtsbijstandsverzekeraar hier een rol.

de financiering vindt plaats op basis van outputfinanciering.⁴¹⁵ Deze outputfinanciering vindt plaats op basis van de ‘productie’, in artikel 1 onder c Besluit omschreven als ‘het totaal aantal behandelde of afgedane zaken’. De outputfinanciering geschiedt dus niet zozeer ‘per vonnis’,⁴¹⁶ maar per zaak die afgehandeld is. Deze financiering heeft de structuur van een tweetrapsraket. De Raad voor de rechtspraak ontvangt een bijdrage op basis van 10 categorieën, namelijk per rechtsgebied en per instantie (rechtbank, gerechtshoven en de Centrale Raad van Beroep).⁴¹⁷ Dat betekent dat voor deze stap niet van belang is hoe complex de zaak afgedaan wordt. De Raad verdeelt op zijn beurt het budget over de gerechten. Dat gebeurt op basis van 53 zaaks categorieën, die wel afhankelijk zijn van de zwaarte en complexiteit van de procedure. Dat zijn de zogenaamde Lamicie-categorieën.⁴¹⁸ Voor civiele zaken wordt bijvoorbeeld onderscheid gemaakt tussen uitspraken op tegenspraak met en zonder enquête, descente of pleidooizitting.⁴¹⁹ Een afdoening zonder uitspraak is een afzonderlijke Lamicie-categorie.⁴²⁰

Welke prikkels brengt dit financieringssysteem met zich? Enerzijds is een succesvolle bemiddeling een manier om het aantal afgedane zaken te verhogen. Anderzijds neemt bemiddeling de complexiteit weg, waardoor de financiële bijdrage per zaak lager is. Er zijn geen kwantitatieve empirische onderzoeken bekend die in kaart brengen hoe rechters daadwerkelijk beïnvloed worden door dergelijke prikkels uit het financieringssysteem.

Het is wel bekend dat rechters lijden onder een hoge werkdruk.⁴²¹ Daarnaast worden individuele rechters gestuurd of beoordeeld op productie.⁴²² Dit zou rechters kunnen stimuleren om meer aan te sturen op een schikking, zodat geen vonnis geschreven hoeft te worden. Hoewel kwantitatieve empirische gegevens ontbreken, brengen zowel rechters als wetenschappers naar voren dat rechters zich inderdaad soms gedwongen voelen ongewenste procedurele keuzes te

⁴¹⁵ Raad voor de Rechtspraak, *Jaarplan 2019. Rechtspraak maakt samen leven mogelijk*, p. 22.

⁴¹⁶ Zoals ten onrechte wel eens wordt vermeld, bijv. op de website van de Rechtspraak. ‘Financiering rechtspraak: 8 vragen en antwoorden’ op Rechtspraak.nl, <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Financiering-rechtspraak-acht-vragen-en-antwoorden.aspx> (laatst geraadpleegd 14 augustus 2019).

⁴¹⁷ Raad voor de Rechtspraak, *Jaarplan 2019. Rechtspraak maakt samen leven mogelijk*, p. 22.

⁴¹⁸ Raad voor de Rechtspraak, *Jaarplan 2019. Rechtspraak maakt samen leven mogelijk*, p. 22.

⁴¹⁹ Lamicie-categorieën 102 en 103. Lezing Van Dijk, ‘Costs per case: Funding of the judiciary in the Netherlands’.

⁴²⁰ Lamicie-categorie 199.

⁴²¹ Fruytier e.a. 2013, p. 83; Rapport visitatie gerechten 2018, p. 28-29.

⁴²² Rapport visitatie gerechten 2018, p. 19. Vgl. het functieprofiel senior rechter van de Raad voor de rechtspraak, p. 4, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Senior-Rechter.pdf> (laatst geraadpleegd 16 augustus 2019). Hier wordt als competentie genoemd: ‘productie versus kwaliteit: ook onder hoge werkdruk balans houden tussen productietempo en kwaliteit van de beslissing; dit vraagt om goede regievoering, snel doorgronden van juridische posities en duidelijk motiveren van beslissingen’. Zie ook: Leeuwarder manifest 2013.

maken om de werkdruk het hoofd te bieden.⁴²³ Overigens is inmiddels aangekondigd dat het financieringssysteem wordt herzien. In de toekomst zal een kleiner deel van de financiering gekoppeld zijn aan het aantal behandelde zaken.⁴²⁴

4.3.5 *Deelconclusie: gerechtelijke bemiddeling vergroot de efficiëntie*

Hoewel gegevens voor een exacte kwantificering ontbreken, kan worden gesteld dat de doorlooptijden van de procedure verkort worden wanneer partijen een schikking bereiken. Gerechtelijke bemiddeling kan er zo aan bijdragen dat partijen eerder duidelijkheid hebben over de uitkomst van hun geschil. Ook levert gerechtelijke bemiddeling al met al een tijdsbesparing aan de zijde van de rechter op, omdat nadere proceshandelingen achterwege kunnen blijven. Het is te verwachten dat die tijdsbesparing ook een kostenbesparing voor de rechtspraak met zich brengt. De tijdbepalende factoren zijn schematisch weergegeven in Tabel 4.

Tabel 4: Tijdbepalende factoren bij gerechtelijke bemiddeling.

Factoren waardoor de tijdsbesteding toeneemt	Factoren waardoor de tijdsbesteding afneemt
Langere duur zitting	Niet hoeven concipiëren
	Geen nadere bewijsverrichtingen
	Geen tussenvonnis
	Geen eindvonnis
	Geen hoger beroep

Deze tijdsbesparing leidt ertoe dat een procedure door het bereiken van een overeenstemming aan efficiëntie toeneemt. Door een schikking verminderen de tijd en de kosten voor zowel de rechtspraak als voor de partijen. Dat zegt nog niet dat gerechtelijke bemiddeling altijd tot een efficiëntere procedure leidt. De langere duur voor de zitting geldt voor zowel geslaagde als mislukte bemiddelingspogingen, maar de tijdsbesparende factoren gelden slechts als de bemiddelingspoging slaagt. Met andere woorden: bemiddelingspogingen moeten vaak genoeg slagen om de verlengde duur van de zitting te compenseren met de tijdsbesparende factoren. Op het oog lijkt de tijdsbesparing per schikking zo groot en de extra

⁴²³ Vgl. Leeuwarder manifest 2013, Tegenlicht 2015, p. 7; Fikkers e.a. 2017, p. 1026; Bovend'eert 2016, p. 409.

⁴²⁴ 'Begroting Rechtspraak met 95 miljoen per jaar verhoogd' op <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Prinsjesdag-2019.aspx> (laatst geraadpleegd 18 september 2019).

zittingstijd zo gering, dat verwacht kan worden dat gerechtelijke bemiddeling over het geheel genomen inderdaad tot een tijdbesparing leidt: er zullen vaak genoeg bemiddelingspogingen slagen om de extra tijd op de zitting te compenseren. Deze tijdbesparing kan echter niet eenvoudig worden gekwantificeerd. Ook het productiegestuurde financieringssysteem speelt een rol. Wat het precieze gevolg hiervan is, is nog niet in kaart gebracht.

4.4 Effectiviteit van de gerechtelijke procedure

4.4.1 Inleiding

Een terugkerend argument in de literatuur om vormen van gerechtelijke of buitengerechtelijke bemiddeling aan te wenden om geschillen te beslechten is de vermeende effectiviteit ervan. Door middel van bemiddeling zouden de onderliggende problemen kunnen worden opgelost, terwijl rechtspraak slechts het juridische geschil zou beslechten (conflictoplossing versus geschilbeslechting). In deze paragraaf staat deze vooronderstelling centraal en wordt onderzocht of gerechtelijke bemiddeling inderdaad effectiever zou zijn dan het louter beslissen op de vorderingen.

Dit onderzoek wordt op twee pijlers gebaseerd. De eerste pijler is dat in de gedragswetenschappen onderzoek is verricht naar conflicthantering en de vraag of conflicten eenvoudig opgelost kunnen worden. De eerste pijler staat centraal in paragraaf 4.4.2. De tweede pijler wordt gevormd door empirische data over de civiele procedure. Het gaat daarbij om de vraag of bemiddeling door de rechter daadwerkelijk leidt tot overeenstemming tussen partijen (par. 4.4.3) en om de vraag of een overeenstemming het probleem van partijen effectiever oplost dan een beslissing van de rechter (par. 4.4.4). Deze paragraaf eindigt met een deelconclusie (par. 4.4.5).

4.4.2 Gedragwetenschappelijke inzichten

4.4.2.1 Inleiding

Mediation is gebaseerd op de gedachte dat geschillen over meer gaan dan alleen het juridische geschil als zodanig.⁴²⁵ Simon Thomas stelt vast dat de meeste literatuur over mediation gaat over de wijze waarop mediation kan worden verricht, maar geen theoretische grondslag biedt voor mediation.⁴²⁶ Wellicht kunnen de psychologie en de sociale

⁴²⁵ Simon Thomas 2016, p. 51.

⁴²⁶ Simon Thomas 2016, p. 52.

wetenschappen inzicht bieden in de wijze waarop bemiddeling bijdraagt aan effectieve geschiloplossing.

4.4.2.2 Conflicten

Inzichten in conflicten

Simon Thomas verklaart het succes van mediation vanuit antropologische inzichten over conflicten. Bezien vanuit de sociale wetenschappen is een conflict een sociaal construct, dat plaatsvindt binnen een bredere sociale context. Het hebben van een geschil is sociaal gedrag en is beïnvloed door morele en culturele opvattingen, bijvoorbeeld over meningsverschillen, over het raadplegen van een mediator of het zich wenden tot een rechter, sociale gebruiken en noties over rechten. Het conflict wordt namelijk beïnvloed door de achtergrond van partijen en van stakeholders, de betrokken instituties en de impact van de conflictoplossing. Deze invloed van sociale factoren is de basis van de gedachte dat een conflict meer dan een juridisch geschil.⁴²⁷

Een geschil verloopt volgens sociale wetenschappers in fasen. Snyder onderscheidt drie fasen: de *preconflict* ofwel *grievance stage*, de *conflict stage* en de *dispute stage*.⁴²⁸ De overgang tussen fasen heeft verschillende oorzaken en gevolgen, die subjectief, instabiel, reactief en gecompliceerd zijn.⁴²⁹ In de literatuur wordt betoogd dat het conflict na een schikking of beslissing niet geheel tot een einde komt: het is onvermijdelijk dat voormalige conflicten daaropvolgende conflicten zullen kleuren. Er is daarom ook sprake van een post-conflictfase. De (juridische) procedure is dan slechts een moment waarbij het conflict overgaat in een nieuwe fase.⁴³⁰

Het hebben van een geschil is dus een dynamisch conflict binnen een sociale context. Binnen deze dynamiek wisselen betrokkenen tussen rol als object of als subject van het conflict. De overgang van deze fasen vraagt bijzondere aandacht van de mediator.⁴³¹

⁴²⁷ Simon Thomas 2016, p. 58-59.

⁴²⁸ Simon Thomas 1981, p. 56. Andere auteurs hanteren andere indelingen en zien wel tot 9 fasen: zie bijv. Snyder 1981, p. 147.

⁴²⁹ Simon Thomas 2016, p. 58.

⁴³⁰ Simon Thomas 2016, p. 57.

⁴³¹ Simon Thomas 2016, p. 59.

Typen conflicten

Twee typen conflicten worden onderscheiden: conflicten over de materiële verdeling van schaarse goederen en macht, en sociaal-emotionele conflicten over perceptie en principes, ook wel ‘belangenconflicten’ en ‘waardenconflicten’.⁴³² Bij belangenconflicten is sprake van onvereenigbare belangen, bijvoorbeeld dat de ene partij geen schadevergoeding wil betalen en de andere partij die wel wil ontvangen. Hier is een compromis mogelijk en is het in het algemeen mogelijk om naar ‘win-win mogelijkheden’ te zoeken.

Bij waardenconflicten is sprake van een morele lading. Deze waarden raken de identiteit van partijen. Mensen willen niet toegeven op principes. Bij dergelijke waarden blijkt dat onderhandelingen niet of nauwelijks mogelijk zijn.⁴³³ Dat betekent overigens niet dat bemiddeling op dit gebied onmogelijk is. Illes e.a. presenteren een aantal technieken die mediators bij waardeconflicten toepassen, overigens zonder de daadwerkelijke effectiviteit daarvan te onderzoeken.⁴³⁴

Conflicten en emoties

Naast belangen spelen ook emoties een grote rol bij conflicten: de emotionele reactie van partijen is bepalend voor het ontstaan en de intensiteit van een conflict. Het gaat om woede en frustratie, maar ook om bijvoorbeeld angst voor de toekomst. Door emoties worden barrières in de conflictoplossing opgeworpen. Aan de andere kant bieden emoties ook juist toegang tot de werkelijke belangen van partijen, dus het is belangrijk om ruimte te geven aan emoties.⁴³⁵

Redenen om compromissen te sluiten

Uit antropologisch onderzoek komt naar voren dat partijen die op meerdere manieren met elkaar verweven zijn (*multi-stranded relationship*) meer bereid zijn om compromissen te sluiten en een win-winoplossing te zoeken dan partijen die op slechts een wijze met elkaar verbonden zijn (*single-stranded social ties*). In de eerste categorie gaat het bijvoorbeeld om familieleden, die elkaar ook buiten het juridische geschil tegen zullen blijven komen. In de tweede categorie valt te denken aan zakenpartners, die na het verbreken van hun contractuele relatie geen zaken meer met elkaar doen. Partijen met *single-stranded social ties* zullen eerder

⁴³² Simon Thomas 2016, p. 56; Hulst & Van den Bos 2017, p. 1887.

⁴³³ Hulst & Van den Bos 2017, p. 1887, met verdere verwijzingen.

⁴³⁴ Illes e.a. 2014.

⁴³⁵ Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000, p. 20; Smilde 2019, p. 38-41.

overwinning zoeken in een procedure op tegenspraak dan personen met *multi-stranded relationships*.⁴³⁶

Mediation is gebaseerd op vrijwilligheid (zie par. 3.3). Deze vrije wil om voor mediation te kiezen stelt partijen in de gelegenheid om de wijze van geschilbeslechting (of oplossing) te kiezen die het beste bij zijn belangen aansluit. In werkelijkheid is deze keuze niet rationeel, maar wordt deze keuze bepaald door verschillende sociale, culturele en politieke factoren. Sociale controle door de groep waar de partijen toe behoren lijkt hier een belangrijke rol te spelen.⁴³⁷

4.4.2.3 Analyse: inzichten over conflictoplossing

De sociale en gedragswetenschappen bieden geen pasklaar antwoord op de vraag naar de effectiviteit van verschillende vormen van geschilbeslechting, maar kunnen wel bruikbare inzichten bieden. Een conflict is een dynamisch proces, verankerd in diverse sociale en culturele factoren. Het conflict gaat vaak verder dan alleen het geschil. Bij mediation kan aandacht worden besteed aan de verschillende overgangen naar een volgende fase in het conflict.

Een belangenconflict is gemakkelijker door middel van bemiddeling in een schikking te doen eindigen dan een waardenconflict. Op normen en waarden zijn betrokkenen minder snel bereid een compromis te sluiten. Partijen zijn ook sneller bereid compromissen te sluiten met personen met wie zij een *multi-stranded* relatie hebben dan met personen met wie zij een *single-stranded* relatie hebben. In andere woorden: mensen sluiten sneller compromissen met mensen op wie zij zijn aangewezen, dan met mensen van wie zij af kunnen. Of partijen kiezen voor mediation hangt af van verschillende factoren. Die keuze is lang niet altijd rationeel.

4.4.3 Effectiviteit van de bemiddelingspoging als zodanig

4.4.3.1 Inleiding

In deze subparagraaf staat de effectiviteit van de bemiddelingspoging als zodanig centraal: leidt (gerechtelijke) bemiddeling inderdaad tot overeenstemming?

⁴³⁶ Simon Thomas 2016, p. 59.

⁴³⁷ Marc Simon Thomas 2016, p. 59.

4.4.3.2 Resultaten: overeenstemmingspercentages

Verband tussen de energie van de rechter en het aantal schikkingen

Verschoof en Van Rossum hebben in hun onderzoek naar schikkingsinterventies door de rechter onderzocht of toegenomen inspanningen van de rechter ook tot meer schikkingen leiden. Zo'n verband vinden zij niet.⁴³⁸ In zittingen die in een schikking hebben geresulteerd, hebben rechters ook niet meer energie gestoken in het beproeven van een regeling dan in zaken die niet in een schikking hebben geresulteerd.⁴³⁹ Wat dat betreft lijkt de effectiviteit van gerechtelijke bemiddeling gering. Kort gezegd: als de rechter meer moeite doet om een schikking te bereiken, leidt dat niet per se tot meer schikkingen. Dat hoeft niet te betekenen dat schikkingsinterventies zinloos zijn. Zo zou het bijvoorbeeld kunnen zijn dat de rechters op dat moment niet de juiste interventies gepleegd hebben. Ook Verschoof stelt dat veel te winnen is bij de opleiding om rechters te leren *hoe* te interveniëren.⁴⁴⁰ Voor de conclusie te trekken dat bemiddelen geen zin zou hebben, is het daarom goed naar andere indicatoren te kijken, zoals schikkingspercentages.

Schikkingspercentage bij mediation

Uit de Mediation Monitor blijkt dat de meeste mediations slagen en gehele of gedeeltelijke overeenstemming bereikt wordt. Dat geldt voor zowel doorverwezen mediations als mediations waar geen doorverwijzing plaatsgevonden heeft. De resultaten van de Mediation Monitor worden weergegeven in Tabel 5. Bij deze tabel gelden enkele methodologische opmerkingen. Alleen de mediations die door de rechtspraak zijn doorverwezen, zijn uitgesplit naar rechtsgebied: de gebieden 'kanton', 'familie', 'hof' en 'overig' worden onderscheiden. Overig komt daarom grofweg overeen met handelszaken. Van mediations zonder doorverwijzing worden geen centrale gegevens bijgehouden. De Mediation Monitor gaat daarom uit van gegevens van de Raad voor de Rechtsbijstand voor zaken waarin een mediationtoevoeging is afgegeven en van cijfers van het Nederlands Mediation Instituut, waar mediators op vrijwillige basis gegevens aan konden verstrekken.⁴⁴¹

⁴³⁸ Verschoof & Van Rossum 2018, p. 91.

⁴³⁹ Verschoof & Van Rossum 2018, p. 91.

⁴⁴⁰ Verschoof 2019.

⁴⁴¹ Guiaux e.a. 2009, p. 109-110.

Tabel 5: Overeenstemmingspercentages bij mediation.

Doorverwijzing door:		Gehele overeenstemming	Gedeeltelijke overeenstemming	Geen overeenstemming
Juridisch Loket⁴⁴²		73 %	4 %	23 %
Rechtspraak⁴⁴³	Kanton	47 %	5 %	48 %
	Overig	43 %	8 %	49 %
Geen doorverwijzing⁴⁴⁴		71 %	5 %	23 %

Het valt bij de gegevens van de rechtspraak op dat de slagingspercentages van de civiele sector lager liggen dan bij de sector bestuursrecht van de rechtbanken. Volgens de onderzoekers valt dit verschil echter weg wanneer gecorrigeerd wordt voor het financiële belang, het behaalde resultaat en het moment van verwijzing.⁴⁴⁵ Deze percentages zijn vergelijkbaar met de percentages in de Geschilbeslechtingdelta 2014. Daarin werd bij een steekproef onder ‘ervaringsdeskundigen’ een schikkingspercentage vastgesteld van 45 procent in 2003, van 52 procent in 2009 en van 63 procent in 2014.⁴⁴⁶

Dit leidt tot de conclusie dat in ongeveer de helft tot driekwart van de gevallen mediation tot een (gedeeltelijke) overeenstemming leidt.

Schikkingspercentage bij de civiele rechtspraak

Er zijn verschillende onderzoeken gedaan naar het schikkingspercentage bij de civiele rechter. In WODC-onderzoek naar de herziening van de gerechtelijke kaart zijn 5.000 kantonzaken onderzocht. Dat onderzoek is verricht in het kader van de verschuiving van de competentiegrens van de kantonrechter. Daarom beperkt dit onderzoek zich tot zaken met een financieel belang van tussen de € 5.000 en de € 25.000.⁴⁴⁷ Van de kantonzaken leidde 29,2 procent van de zaken tot een schikking, van de civiele zaken 27 procent en van de zaken met een ‘gemengd model’ 27,1 procent.⁴⁴⁸ Meer in het bijzonder gaat het hier om zaken die beëindigd zijn door royement, wat volgens de onderzoekers ‘in de regel’ inhoudt dat een schikking bereikt is.⁴⁴⁹

⁴⁴² Guiaux e.a. 2009, p. 60.

⁴⁴³ Guiaux e.a. 2009, p. 90.

⁴⁴⁴ Guiaux e.a. 2009, p. 111.

⁴⁴⁵ Guiaux e.a. 2009, p. 127.

⁴⁴⁶ Ter Voert & Klein Haarhuis 2015, p. 178.

⁴⁴⁷ Eshuis & Geurts 2016, p. 30.

⁴⁴⁸ Eshuis & Geurts 2016, p. 208.

⁴⁴⁹ Eshuis e.a. 2014, p. 23.

Bij de Geschilbeslechtingdelta 2014 werd vermeld dat van iedereen die een gerechtelijke procedure gestart is (dat is maar 4 procent van de ondervraagden) 22 procent overeenstemming bereikt tijdens de procedure (11 van de 52 personen die een gerechtelijke procedure is gestart; de totale onderzoekspopulatie bedroeg 1.680 personen).⁴⁵⁰ Van der Linden kwam op een schikkingspercentage uit van 22,7 tot 41,3 procent.⁴⁵¹ Verschoof en Van Rossum kwamen bij een onderzoek van 100 comparities van antwoord uit op 29 schikkingen (29%).⁴⁵² Het percentage van tussen de 20 en 30 procent lijkt dus adequaat te zijn. Overigens geldt dat cijfer in alle onderzoeken slechts voor zaken die op tegenspraak behandeld zijn.

Schikkingspercentages MER-projecten

Een goede indicatie voor de werking van gerechtelijke bemiddeling is de vergelijking met projecten waarin gerechtelijke bemiddeling centraal gesteld is. Van de in paragraaf 2.2.3 genoemde projecten zijn alleen de Spreekuurrechter en de pilotfase van de GOO-rechter uitvoerig geëvalueerd.

De GOO-behandeling van de Rechtbank Amsterdam is erop gericht zaken te selecteren die geschikt zijn om minnelijk op te lossen en die zaken op een zitting te behandelen met extra aandacht voor het bereiken van een schikking.⁴⁵³ Het evaluatierapport ziet op de pilotfase, waarin 47 handelszaken, 3 kantonzaken en 9 familiezaken zijn betrokken.⁴⁵⁴ Bij handelszaken wordt in 57 procent van de gevallen een schikking bereikt, en bij kantonzaken in 66 procent van de gevallen (27 van de 47 resp. 2 van de 3 zittingen).

De Spreekuurrechter kent een schikkingspercentage van 91 procent (58 van de 64 zittingen).⁴⁵⁵ Dat is aanzienlijk hoger dan de schikkingspercentages van rechtspraak en zelfs hoger dan de schikkingspercentages van mediation.

4.4.3.3 Analyse: overeenstemmingspercentages

Bij mediation is het schikkingspercentage ongeveer 40 tot 75 procent. Bij civiele zaken bij de rechter is het schikkingspercentage (van zaken die tot een comparitie komen) ongeveer 20 tot 30 procent. De GOO-rechter schikt ongeveer twee derde van de zaken en de Spreekuurrechter maar liefst 91 procent. Hoe zijn deze hoge aantallen te verklaren?

⁴⁵⁰ Ter Voert & Klein Haarhuis 2015, p. 128.

⁴⁵¹ Van der Linden 2010, p. 79.

⁴⁵² Verschoof & Van Rossum 2018, p. 52.

⁴⁵³ Boeding-Polée & Allard 2017, p. 6 & p. 7.

⁴⁵⁴ Boeding-Polée & Allard 2017, p. 9.

⁴⁵⁵ Hertogh e.a. 2018, p. 69.

Het is in de eerste plaats niet vreemd dat mediation een hoger overeenstemmingspercentage heeft dan de civiele rechtspraak. Bij mediation hebben partijen immers al vrijwillig voor bemiddeling gekozen. Partijen hebben het streven naar een schikking dus al vooropgesteld (vgl. par. 3.3). Van de partijen die zich tot de rechter wenden, zal een deel het minnelijke stadium al gepasseerd zijn. Ook kan het zijn dat een aantal partijen duidelijkheid wil en de rechter om een vonnis vraagt. Zo bezien is het schikkingspercentage van de civiele rechter, wanneer dat vergeleken wordt met mediation, nog verrassend hoog. Ondanks het initiëren van een proces leidt een vijfde tot een derde deel van de comparities toch nog tot een schikking.

Het schikkingspercentage bij de GOO-rechter is in ordegrootte vergelijkbaar met dat van mediation. Als verklaring voor het hoge schikkingspercentage wordt dat zaken worden geselecteerd op hun geschiktheid voor een op een regeling gerichte procedure.⁴⁵⁶ De Spreekuurrechter kent een opvallend hoog schikkingspercentage, dat zelfs het percentage van mediation overstijgt. Net als bij de hierboven gesproken GOO-behandeling brengen de onderzoekers dit hoge schikkingspercentage in verband met de selectie: alleen zaken die verwezen werden door bepaalde ketenpartners kwamen in aanmerking voor een behandeling door de Spreekuurrechter.⁴⁵⁷ Dat betekent dat alleen zaken die zich lenen voor een schikking, door de Spreekuurrechter worden behandeld. De onderzoekers noemen daarom ook een ander schikkingspercentage: wanneer het percentage niet wordt afgezet tegen het aantal zittingen van de Spreekuurrechter, maar tegen het aantal aanmeldingen, eindigt 36 procent van de aanmeldingen in een schikking.⁴⁵⁸ Zelfs daarop kan sprake zijn van enige filterwerking, omdat dan in ieder geval een der partijen heil zag in een op een schikking gerichte procedure.

Toch vraag ik mij af of alleen het selectie-effect een schikkingspercentage van 91 procent van de zittingen kan verklaren. Bij mediation en bij de GOO-rechter gaat de bemiddeling immers ook alleen door als beide partijen instemmen met het bemiddelingstraject, dus dat is op zichzelf geen onderscheidend criterium. Wellicht speelt hier toch de zogenoemde ‘doorzettingsmacht’ van de rechter mee. De bemiddeling door de Spreekuurrechter vindt plaats ‘in de schaduw van het recht’.⁴⁵⁹ Procespartijen weten dat de rechter vonnis zal wijzen als partijen niet tot overeenstemming komen. Misschien dat het risico op een vonnis of het gezag van de rechter partijen over de streep trekt om akkoord te gaan met een schikking. Dat verklaart

⁴⁵⁶ Boeding-Polée & Allard 2017, p. 17-18.

⁴⁵⁷ Hertogh e.a. 2018, p. 95-98.

⁴⁵⁸ Hertogh e.a. 2018, p. 98.

⁴⁵⁹ Lennaerts 2016, p. 803.

nog niet het verschil tussen de GOO-rechter en de Spreekuurrechter. Wellicht moet de verklaring erin gevonden worden dat bij de GOO-rechter de keuze voor een bemiddeling na de dagvaarding en conclusie van antwoord genomen moet worden, en bij de Spreekuurrechter voordien. De keuze voor een op een bemiddeling gerichte procedure wordt bij de Spreekuurrechter dus eerder gemaakt dan bij de GOO-rechter. Dat vergt nog nader onderzoek.

Voor nu is van belang dat de Spreekuurrechter een zeer hoog schikkingspercentage heeft, dat mijns inziens niet door alleen het selectie-effect kan worden verklaard. Gerechtelijke bemiddeling lijkt daarom effectief om partijen tot overeenstemming te bewegen. Maar leidt gerechtelijke bemiddeling ook tot een doelmatige uitkomst van de procedure? Die vraag staat in de volgende paragraaf centraal.

4.4.4 *Doelbereik: lost de uitkomst het probleem op?*

4.4.4.1 Inleiding

In paragraaf 4.4.3 heb ik besproken dat bemiddeling door de rechter een effectieve manier is om partijen tot overeenstemming te bewegen. In deze paragraaf staat de vraag centraal of de bereikte overeenkomst ook effectiever is om het probleem op te lossen. Empirische onderzoeken geven gegevens over enkele indicatoren die kunnen helpen bij het beantwoorden van deze vraag, waaronder de naleving van de uitkomst van een procedure en de mate waarin het probleem daadwerkelijk opgelost is.

4.4.4.2 Resultaten: ervaringen naar uitkomst

In de Geschilbeslechtingdelta 2014 is informatie opgenomen hoe partijen de uitkomst hebben ervaren, uitgesplitst naar de vraag of de procedure geëindigd is met overeenstemming of met een beslissing. Deze informatie wordt niet uitgesplitst naar de vraag of het een gerechtelijke of een buitengerechtelijke procedure betreft. Deze resultaten worden samengevat in Tabel 6. Het valt op dat vrijwel alle uitkomsten van partijen die overeenstemming bereikt hebben, positiever zijn dan partijen wiens geschil in een beslissing is geëindigd: partijen hebben vaker het gevoel dat zij hun doel hebben bereikt, ervaren de uitkomst vaker als rechtvaardig en hun probleem is vaker beëindigd.⁴⁶⁰ Ook worden overeenkomsten beter

⁴⁶⁰ Ter Voert & Klein Haarhuis 2015, p. 147.

nageleefd dan beslissingen.⁴⁶¹ Daarnaast hebben partijen die overeenstemming bereikt hebben minder vaak ergens spijt van dan partijen van wie de procedure in een beslissing is geëindigd.

Tabel 6: Ervaringen van procesdeelnemers naar het al dan niet bereiken van overeenstemming.

Factor	Zaak eindigt in overeenstemming	Zaak eindigt in beslissing
Het doel is bereikt	87 %	70 %
De uitkomst is rechtvaardig ⁴⁶²	79 %	68 %
Het probleem is beëindigd	91 %	80 %
De uitkomst wordt nagekomen	92 %	81 %
Respondent heeft spijt ⁴⁶³	16 %	22 %

Van der Linden komt op een minder rooskleurig beeld over het doelbereik van procespartijen, waarbij zij specifiek onderzoek gedaan heeft naar de gerechtelijke procedure. In haar onderzoek scoort het gemiddelde doelbereik van partijen slechts een 2,68 op een vijfpuntsschaal, wat ‘gematigd negatief’ betekent.⁴⁶⁴ Van der Linden verklaart het doelbereik overigens niet vanuit de uitkomst van de procedure, maar vanuit een doel dat ligt in een ‘een meer achterliggende’ behoefte, zoals een snelle afhandeling, of zoals dat de andere partij naar hen luistert.⁴⁶⁵

Hieruit kan worden geconcludeerd dat een overeenstemming het probleem inderdaad effectiever oplost dan een beslissing. Dat betekent dat een procedure die eindigt in een schikking effectiever is dan een procedure die eindigt in een beslissing. Wel kan worden opgemerkt dat de scores van procedures die in een beslissing geëindigd zijn wat betreft de rechtvaardigheid, oplossing van het probleem en nakoming nog steeds hoog scoren. Uit de Geschilbeslechtingdelta en het proefschrift van Van der Linden komt een wisselend beeld naar voren over het doelbereik van partijen.

⁴⁶¹ Zie ook: Eshuis 2009, p. 113. Eshuis heeft onderzoek verricht naar de naleving van overeenkomsten en gerechtelijke beslissingen en komt tot een soortgelijke conclusie (74% resp. 85%).

⁴⁶² Hierbij geldt ook dat partijen zijn die zowel een overeenstemming als een beslissing hebben gehad: zo zijn 28 respondenten die in hun zaak eerst overeenstemming bereikt hebben, maar in wiens zaak later toch een beslissing gegeven is. 32 respondenten hebben alsnog overeenstemming bereikt na een eerdere beslissing. In beide gevallen scoort de overeenkomst hoger dan de beslissing naar ervaren rechtvaardigheid. Ter Voert & Klein Haarhuis 2015, p. 147.

⁴⁶³ Het percentage van respondenten die ergens spijt van hebben is na een overeenstemming ook lager bij betrokkenen van wie de procedure nog loopt (23%), gestopt is (20%) of waarbij respondenten geen actie ondernomen hebben (21%).

⁴⁶⁴ Van der Linden 2010, p. 103.

⁴⁶⁵ Van der Linden 2010, p. 104.

4.4.4.3 Resultaten: ervaringen naar uitkomst bij MER-projecten

Gericht Op Oplossing (GOO)

Wanneer bij GOO een schikking wordt bereikt, is die schikking volgens partijen vrijwel steeds een oplossing die recht doet aan de achtergrond van het geschil.⁴⁶⁶ Dit gevoel wordt gedeeld door de betrokken advocaten.⁴⁶⁷ Partijen zijn in het algemeen ‘(zeer) tevreden en blij met de goede afloop’. Daar staat tegenover dat de lange duur van de zitting zwaar kan zijn voor de partijen.⁴⁶⁸ Wanneer geen schikking wordt bereikt, is de tevredenheid van partijen wisselend. Sommige procespartijen hebben de zitting als prettig ervaren, anderen zijn teleurgesteld over het resultaat.⁴⁶⁹

De Spreekuurrechter

De Spreekuurrechter scoort hoog op tevredenheid met de uitkomst. Partijen zijn direct na afloop van de zitting overwegend tevreden (Figuur 1). 27 procent van de respondenten geeft echter aan enige druk ervaren te hebben om akkoord te gaan met een schikkingsvoorstel.⁴⁷⁰ De onderzoekers hebben partijen ook op een later moment gevraagd of hun mening veranderd is (Figuur 2). De mening van de grootste groep is onveranderd. 21 procent van de respondenten is minder tevreden over de oplossing. Als voorbeelden van redenen worden weergegeven dat de oplossing niet afdwingbaar blijkt of dat het probleem onverwachts toch nog voortduurt.⁴⁷¹ Opvallend is dat de onderzoekers ook aandacht besteed hebben aan de vraag of het geschil na behandeling ervan door de Spreekuurrechter definitief is opgelost. 80 procent van de respondenten geeft aan dat dat het geval is. In de overige 20 procent wordt aangegeven dat de tegenpartij nog geen uitvoering gegeven heeft aan de schikking.⁴⁷²

⁴⁶⁶ Boeding-Polée & Allard 2017, p. 17.

⁴⁶⁷ Boeding-Polée & Allard 2017, p. 22.

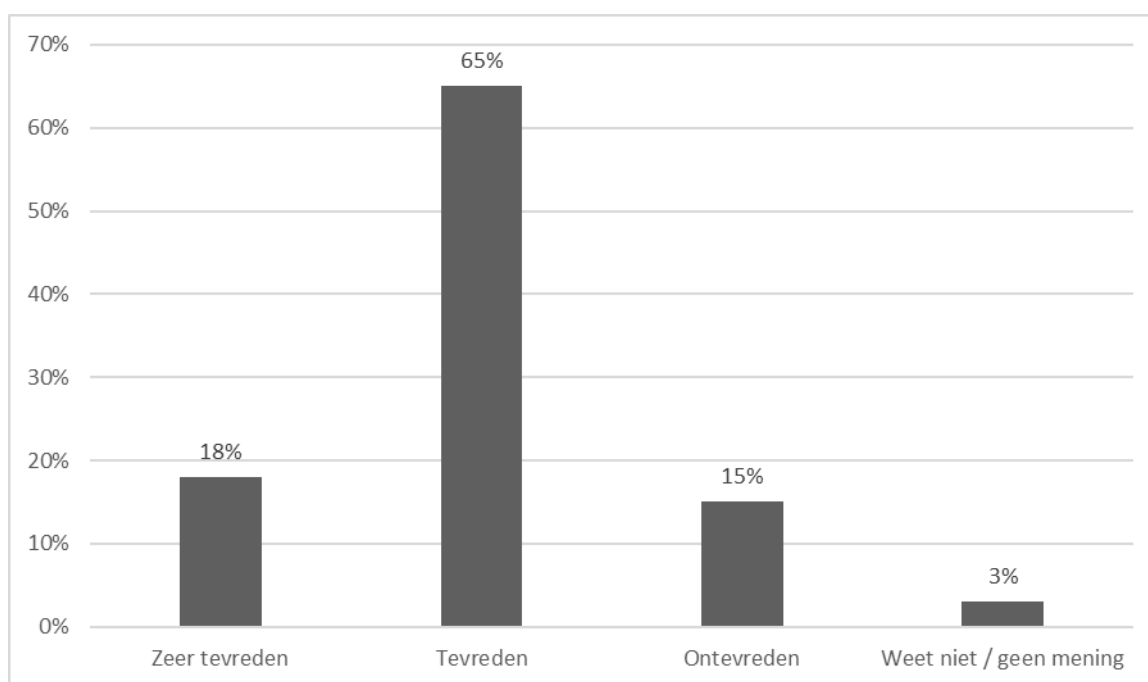
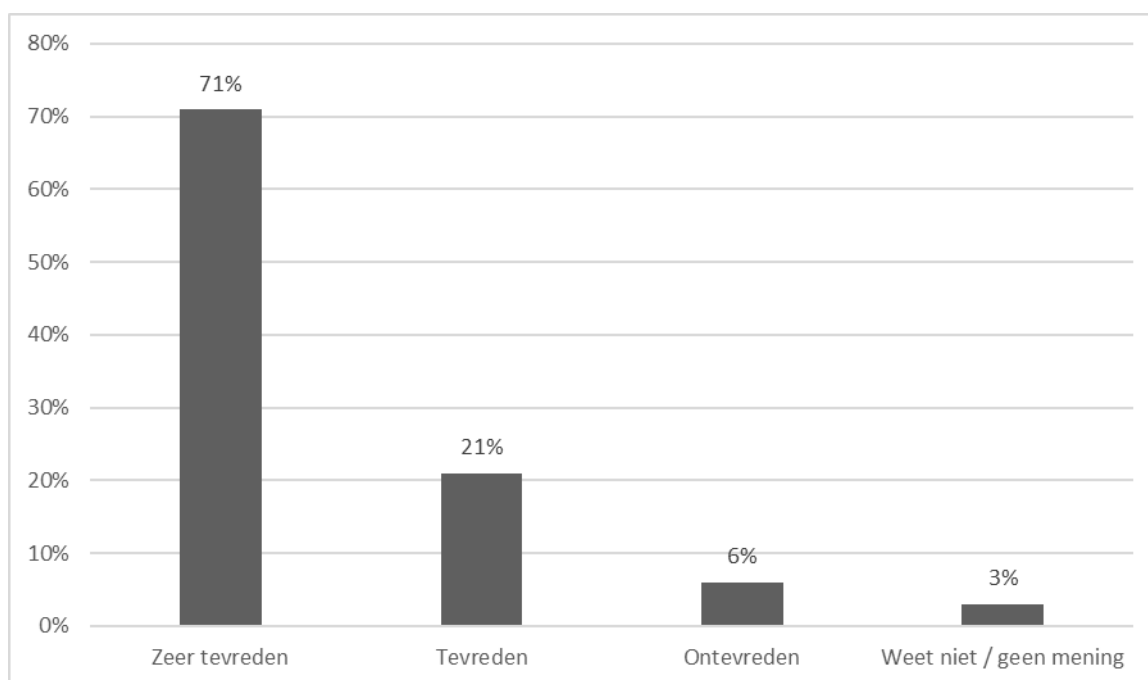
⁴⁶⁸ Boeding-Polée & Allard 2017, p. 21-22.

⁴⁶⁹ Boeding-Polée & Allard 2017, p. 24.

⁴⁷⁰ Hertogh e.a. 2018, p. 70.

⁴⁷¹ Hertogh e.a. 2018, p. 71.

⁴⁷² Hertogh e.a. 2018, p. 72.

Figuur 1: Tevredenheid over oplossing direct na afloop (n = 34).⁴⁷³Figuur 2: Tevredenheid over oplossing na verloop van tijd (n = 34).⁴⁷⁴

⁴⁷³ Hertogh e.a. 2018, p. 70.

⁴⁷⁴ Hertogh e.a. 2018, p. 71.

4.4.4.4 Analyse: doelbereik

In de Geschilbeslechtingsdelta 2014 zijn de ervaringen met de uitkomst in kaart gebracht, uitgesplitst voor de vraag of het geschil beëindigd is met een overeenkomst of met een beslissing, ongeacht welke procedure gevolgd is. Zowel beslissingen als overeenstemmingen scoren hoog op de vragen of het probleem van de procespartijen opgelost is en of procespartijen hun doel hebben bereikt. Overeenstemmingen komen positiever uit de bus dan beslissingen. Het valt verder op dat de mate waarin deelnemers van de Spreekuurrechter (80%) ervaren dat het probleem opgelost is, niet hoger ligt dan bij overeenstemmingen of beslissingen in de Geschilbeslechtingsdelta 2014 (91% resp. 80%). Daaruit blijkt dat rechtspraak in termen van effectiviteit zo slecht nog niet is, ook niet wanneer het op een vonnis aankomt.⁴⁷⁵ Scherper gesteld: het beeld dat de rechtspraak niet in staat is om problemen van burgers op te lossen (par. 2.2.2), wordt door de Geschilbeslechtingsdelta 2015 eenvoudigweg ontkracht. De Nederlandse geschilbeslechtingsmechanismen slagen er prima in om de problemen van burgers op te lossen. Dat neemt niet weg dat overeenstemmingen inderdaad (nog) effectiever zijn dan beslissingen en dat de inzet op bemiddeling de effectiviteit van de rechtspraak inderdaad (nog verder) kan vergroten.

4.4.5 *Deelconclusie: is gerechtelijke bemiddeling effectief?*

In deze paragraaf zijn verschillende elementen besproken die informatie kunnen bieden over de effectiviteit van bemiddeling door de rechter. Een eenduidig, empirisch antwoord over de effectiviteit van gerechtelijke bemiddeling is niet te geven, daartoe ontbreken empirische gegevens. Wel kunnen enkele indicatoren worden gegeven.

Verschoof en Van Rossum zien geen verband tussen de door een rechter geïnvesteerde energie in een schikking en het bereiken van een schikking. Toch is het schikkingspercentage van de Spreekuurrechter opvallend hoog, mijns inziens hoger dan slechts het selectie-effect zou kunnen verklaren. Ik zie dat als een aanwijzing voor de stelling dat een rechter partijen effectief tot een schikking kan bewegen.

Een schikking is daarnaast effectiever dan een beslissing. Ten aanzien van factoren als doelbereik, ervaren rechtvaardigheid, oplossing van het probleem en nakoming van de uitkomst blijkt dat partijen gunstiger scores geven bij overeenstemming dan bij een beslissing. Daarbij

⁴⁷⁵ Vgl. Vranken & Snel 2019, p. 860-861.

moet wel worden opgemerkt dat partijen wiens procedure in een beslissing is geëindigd, nog steeds positief oordelen.

Dit leidt tot een positief beeld over de effectiviteit van zowel de rechtspraak als bemiddeling. Het beeld dat een overeenstemming een gunstiger uitkomst van een procedure is dan een gerechtelijke beslissing wordt door de empirische gegevens ondersteund. Nuance is wel op zijn plaats: er is geen sprake van een droombeeld versus een nachtmerrie, maar eerder van twee positieve scenario's waarvan de een nog positiever scoort dan de ander.

4.5 Rechtvaardigheid

4.5.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt onderzocht wat de invloed is van gerechtelijke bemiddeling op de ervaren rechtvaardigheid van de procedure. Hoewel dit verbonden is aan de notie van 'procedurele rechtvaardigheid' moet worden benadrukt dat dit geen expliciet eigen onderzoek is naar ervaren procedurele rechtvaardigheid als zodanig, en ook dat de ervaren procedurele rechtvaardigheid in de civiele procedure nog niet expliciet is onderzocht. In plaats daarvan wordt de notie van rechtvaardigheid in dit onderzoek geoperationaliseerd door een aantal gegevens te analyseren. In de eerste plaats wordt in de Geschilbeslechtingsdelta gevraagd naar de ervaren rechtvaardigheid van de wijze van geschilbeslechting die partijen hebben gevolgd. Daarnaast wordt tevredenheid in dit onderzoek als indicatie voor rechtvaardigheid gezien. Het ligt immers niet voor de hand dat iemand tevreden is met een procedure (of uitkomst) die hij als onrechtvaardig beschouwt. Tot slot gaan we in op de ervaren dwang om een schikking te treffen. Een regeling onder dwang doet immers afbreuk aan de noties van partijautonomie en contractsvrijheid en gaat daarom in tegen de principes van het burgerlijk procesrecht.

Voordat ik inga op de empirische gegevens behandel ik kort de implicaties voor het positieve procesrecht. Vervolgens worden de ervaren rechtvaardigheid en de ervaren schikkingsdwang besproken.

4.5.2 Positiefrechtelijke implicaties van gerechtelijke bemiddeling

Voordat we overgaan op het bespreken van de empirische data over de ervaren rechtvaardigheid bij gerechtelijke bemiddeling plaats ik enkele opmerkingen over het positieve recht. Voorop staat dat gerechtelijke bemiddeling in het algemeen voldoet aan de eisen van

artikel 6 EVRM en van het burgerlijk procesrecht.⁴⁷⁶ Artikel 6 EVRM staat in principe vrij veel toe. Een verplichte voorprocedure, waarbij eerst geprobeerd moet worden een schikking te bereiken, is bijvoorbeeld niet in strijd met het recht op toegang tot de rechter.⁴⁷⁷ Uiteraard moet een dergelijke beperking wel proportioneel zijn en mag de essentie van het recht op toegang tot het recht niet onmogelijk maken.⁴⁷⁸

In paragraaf 2.3 heb ik ook het risico besproken dat bij med-arb en in de civiele procedure in de Verenigde Staten gezien wordt. Dat raakt aan de gepercipieerde onpartijdigheid van de rechter. Bij het recht op een onpartijdige rechter van artikel 6 EVRM gaat het alleen om de feitelijke onpartijdigheid, maar ook om de schijn van onpartijdigheid: *'justice must not only be done, it must also seem to be done'*.⁴⁷⁹ De bemiddelingsinterventies van de rechter mogen dus geen afbreuk doen aan de schijn van partijdigheid. Waar de grens precies ligt, is moeilijk te formuleren. In de Nederlandse context is in ieder geval één wrakingsverzoek ingewilligd omdat de rechter ongevraagd een voorlopig oordeel gaf. De wrakingskamer van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden overwoog als volgt:

'(...) In een civiel geding staat de partijautonomie voorop. Dat betekent dat de rechter, die wil onderzoeken of een schikking bereikt kan worden, slechts overgaat tot het geven van een voorlopig oordeel indien partijen dat wensen. Het is immers aan partijen te bepalen of de zaak rijp is voor schikking of tot nader processueel debat noopt. Dat geldt ook indien het er, op basis van het tot dan toe gevoerde debat, alle schijn van heeft dat een van de partijen zijn eigen procespositie of -kansen verkeerd inschat, welke overtuiging de voorzitter in deze zaak kennelijk had gelet op de door hem gebruikte stellige formuleringen. Toen de voorzitter eenmaal had uitgesproken dat de kans op verlies voor [verzoeker] "99%" was en hij "linksom of rechtsom" moest betalen kon [verzoeker], objectief gezien, met recht vrezen dat er geen enkele mogelijkheid meer was om het hof op andere gedachten te brengen. Daarbij is van belang dat de procedure nog niet was geëindigd (partijen hadden nog geen arrest gevraagd) en de mogelijkheid dus nog bestond dat [verzoeker] nadere processuele wensen had, van welke wensen hij objectieve beoordeling mocht verwachten. De vrees dat het van een dergelijke

⁴⁷⁶ Althans: voor het tegendeel heb ik geen aanwijzingen gevonden.

⁴⁷⁷ EHRM 26 maart 2015, applicatienr. 11239/11 (*Momčilović/Kroatië*), par. 54-56.

⁴⁷⁸ EHRM 26 maart 2015, applicatienr. 11239/11 (*Momčilović/Kroatië*), par. 43; zie ook EHRM 28 mei 1985, applicatienr. 8225/78 (*Ashingdane/Verenigd Koninkrijk*), par. 57.

⁴⁷⁹ EHRM 15 oktober 2009, applicatienr. 17056/06 (*Micallef/Malta*), par. 95 en par. 101.

*beoordeling niet meer zou komen was echter, ook objectief gezien, wel gerechtvaardigd door de stelligheid waarmee de voorzitter, ongevraagd, een (voorlopig) oordeel had gegeven. De nu besproken gang van zaken op de comparitie maakt dat de vrees van [verzoeker] voor vooringenomenheid van de voorzitter objectief gerechtvaardigd is. Het wrakingsverzoek jegens [gewraakte raadsheer 1] is gegrond.*⁴⁸⁰

Er is dus niets mis met bemiddeling door de rechter als zodanig, totdat de wijze waarop de rechter invulling geeft aan de bemiddeling ertoe leidt dat de schijn van partijdigheid onder druk staat, of dat inbreuk wordt gemaakt op de partijautonomie. Het beginsel van partijautonomie blijft dus leidend, ondanks de actievere opstelling van de rechter (zie hierover ook par. 3.2.2.2).

Tot zover een uitstapje naar een positiefrechtelijke benadering op gerechtelijke bemiddeling. In de volgende paragrafen wordt de (ervaren) rechtvaardigheid vanuit empirische gegevens onderzocht.

4.5.3 *Ervaren rechtvaardigheid*

4.5.3.1 Inleiding ervaren rechtvaardigheid

In deze paragraaf staat de vraag centraal hoe partijen de rechtvaardigheid van de procedure ervaren hebben. Hierbij zullen ook cijfers uit tevredenheidsonderzoeken worden betrokken. De resultaten worden uitgesplitst naar de uitkomst en naar de procedure.

4.5.3.2 Resultaten ervaren rechtvaardigheid en tevredenheid

Van de uitkomst

Het meest voor de hand liggen de resultaten uit de Geschilbeslechtingsdelta 2014, waarin expliciet onderzoek gedaan is naar de ervaren rechtvaardigheid door procespartijen. In paragraaf 4.4.4.2 (Tabel 6) is reeds weergegeven dat de respondenten de uitkomst bij een beslissing in 68 procent van de gevallen rechtvaardig vonden, en bij een overeenkomst in 79 procent van de gevallen. Een overeenkomst wordt dus vaker rechtvaardig gevonden dan een beslissing, maar ook hier geldt dat een beslissing eveneens goed wordt gewaardeerd. Van der Linden komt op een negatiever oordeel. Volgens haar blijken partijen ‘maar matig tevreden

⁴⁸⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2016:6181, *JBPR* 2018/63, m.nt. E. Thomas. Zie ook par. 2.3.1.

over de overeengekomen schikking tijdens de zitting’, waarbij de reden van de ontevredenheid uiteenloopt.⁴⁸¹

Van de procedure

In de Geschilbeslechtingdelta 2014 is onderzoek gedaan naar de ervaren procedurele rechtvaardigheid door procespartijen op zeven elementen.⁴⁸² De uitkomst verschilt tussen degenen die de procedure gewonnen en verloren hebben. De resultaten zijn weergegeven in Figuur 3. Daarnaast is in 2017 waarderingsonderzoek naar de rechtspraak gedaan. De onderzoekers concludeerden dat de tevredenheid van de rechtspraak ‘stabiel op een hoog niveau’ zit: bij kantonzaken was 80 procent van de respondenten (zeer) tevreden, bij handelszaken 84 procent.⁴⁸³ Deze positieve uitkomst correspondeert met het onderzoek van Van der Linden, waarin de procesdeelnemers ook overwegend positief waren over de ervaren rechtvaardigheid van de comparitie na antwoord.⁴⁸⁴ In het onderzoek van Van der Linden komt naar voren dat vier procespartijen het verloop van de zitting onaanvaardbaar vonden omdat de rechter te veel had aangedrongen op een schikking, tegen twee partijen die vonden dat de rechter te weinig bemiddeld had of te weinig aangedrongen had op een schikking, op een totaal van 150 zittingen.⁴⁸⁵

⁴⁸¹ Van der Linden 2010, p. 148.

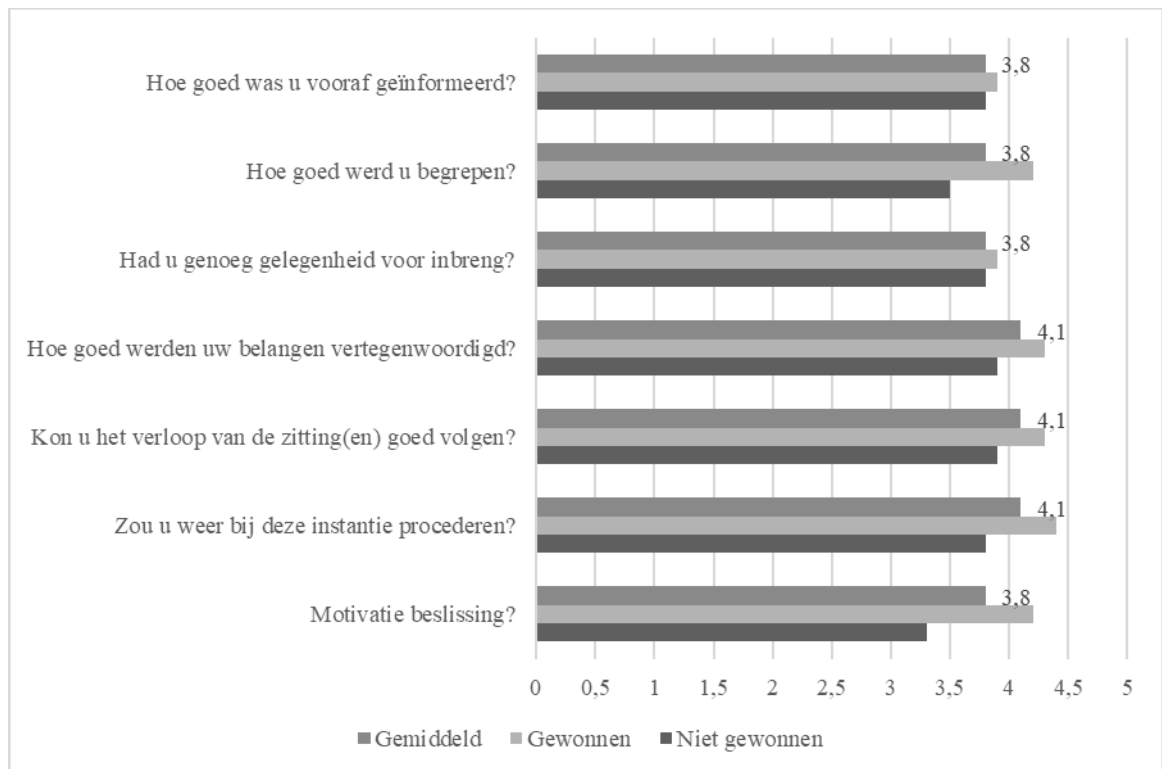
⁴⁸² Ter Voert & Klein Haarhuis 2015, p. 171.

⁴⁸³ Klantwaardering Rechtspraak 2017, p. 20.

⁴⁸⁴ Van der Linden 2008, p. 69; Van der Linden 2010, p. 110.

⁴⁸⁵ Van der Linden 2010, p. 136.

Figuur 3: Gemiddelde oordelen procedurele rechtvaardigheid (vijfpuntsschaal) door burgers die een zitting bijwoonden, naar al of niet gewonnen (j/n) (n=74). De gegevenslabels in de grafiek betreffen de gemiddelden.⁴⁸⁶



Procesdeelnemers vinden de informatievoorziening van de rechter in overwegende mate aanvaardbaar.⁴⁸⁷ Wanneer partijen oordelen dat de informatievoorziening ‘twijfelachtig’ of ‘onaanvaardbaar’ is, komt dat met name voort uit ‘geen, weinig of onjuiste informatie over het verloop van de zitting’.⁴⁸⁸ Van der Linden concludeert dat ‘partijen en advocaten het belangrijk vinden dat de rechter uitlegt wat de bedoeling van de zitting is, wat de doelen van de zitting zijn en wie er aan het woord gaat komen’.⁴⁸⁹ Deze bevindingen sluiten aan bij de notie van procedurele rechtvaardigheid (par. 2.4.4.3), waarvan *informational justice* een belangrijke component is. Voor een aanvaardbare procedure is van belang dat de rechter de partijen goed informeert.

Deelnemers van mediation zijn niet op dezelfde elementen bevraagd. Zij zijn bevraagd naar zes andere elementen, die hier voor de volledigheid ook worden weergegeven (Figuur 4). Daarnaast blijkt uit verschillende andere onderzoeken dat deelnemers bij mediation over het algemeen (zeer) tevreden zijn. Het bereiken van overeenstemming is daarbij een bepalende

⁴⁸⁶ Ter Voert & Klein Haarhuis 2015, p. 170 & p. 171, figuur 6.11.

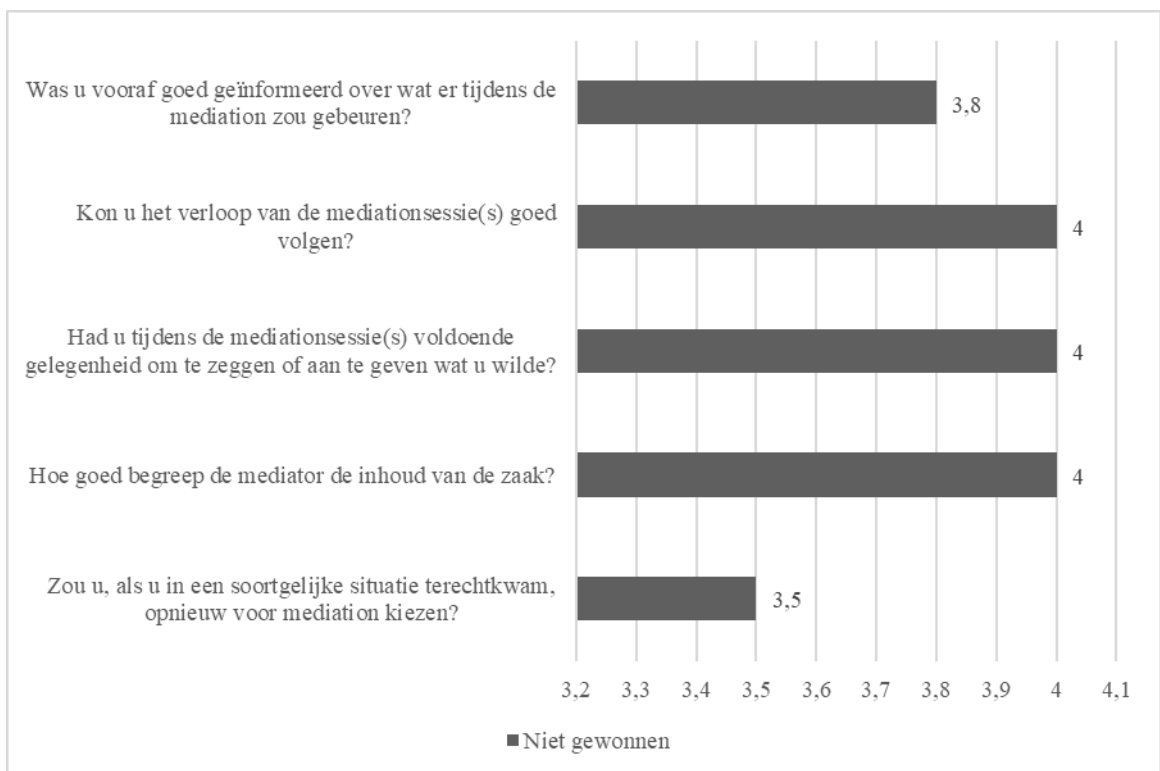
⁴⁸⁷ Van der Linden 2010, p. 125.

⁴⁸⁸ Van der Linden 2010, p. 129.

⁴⁸⁹ Van der Linden 2010, p. 129.

factor: partijen die volledige overeenstemming hebben bereikt, zijn significant tevredener over de mediation.⁴⁹⁰ Bij mediation na doorverwijzing door de rechter is de gemiddelde tevredenheid bij volledige overeenstemming over de uitkomst op een schaal van 1 (zeer ontevreden) tot 5 (zeer tevreden) 4,0. Bij gedeeltelijke overeenstemming is de tevredenheid 2,8 (3 is noch tevreden, noch ontevreden) en wanneer partijen geen overeenstemming bereiken, is de tevredenheid met de uitkomst 2,1.⁴⁹¹ Naar rechtsgebied is de tevredenheid bij de uitkomst lager bij civiele zaken dan bij bestuurszaken. Dat wijten de onderzoekers aan het lagere overeenstemmingspercentage bij de civiele sector.⁴⁹² Voor tevredenheid van partijen over de uitkomst van de mediation zonder doorverwijzing gelden soortgelijke scores op een schaal van 1 tot 5. Bij volledige overeenstemming krijgt de uitkomst een tevredenheid van 4,2. Bij gedeeltelijke overeenstemming is dat cijfer 2,8 en wanneer geen overeenstemming bereikt is, een 2,2.

Figuur 4: Ervaringen met mediation (n=88) van ervaringsdeskundigen, gemiddelden, vijfpuntsschaal.⁴⁹³



⁴⁹⁰ Guiaux e.a. 2009, p. 62.

⁴⁹¹ Guiaux e.a. 2009, p. 96.

⁴⁹² Guiaux e.a. 2009, p. 96-97.

⁴⁹³ Ter Voert & Klein Haarhuis 2015, p. 168, figuur 6.9.

4.5.3.3 Analyse ervaren rechtvaardigheid en tevredenheid

Wat zeggen deze gegevens over mediation en rechtspraak? Ten aanzien van de uitkomst blijkt dat een overeenstemming vaker rechtvaardig gevonden wordt dan een beslissing, maar dat ook een beslissing door de rechter vaak rechtvaardig wordt gevonden. Ten aanzien van de procedure geldt dat de onderzoekers van de Geschilbeslechtingdelta 2014 voor mediation en rechtspraak andere indicatoren hebben opgesteld. Dat maakt een vergelijking in het kader van dit onderzoek niet direct mogelijk. De tevredenheid van de rechtspraak is evenmin uitgesplitst naar de uitkomst (schikking of vonnis). Wel valt op dat de civiele procedure over het algemeen als rechtvaardig wordt ervaren en dat ook deelnemers aan mediation in het algemeen tevreden zijn. Daarbij is het al dan niet bereiken van een overeenstemming een bepalende factor. Voor duidelijke conclusies die betrekking hebben op bemiddeling door de rechter zijn de cijfers ten aanzien van de procedure echter onvoldoende vergelijkbaar.

Het springt in het oog dat de informatievoorziening door de rechter belangrijk gevonden wordt voor de aanvaardbaarheid (en dus de rechtvaardigheid) van de procedure. De observatie is van belang voor gerechtelijke bemiddeling: het is belangrijk dat de rechter aankondigt dat er bemiddeld of onderhandeld gaat worden en dat de rechter zich ook aan de gegeven informatie houdt. Dat komt overeen met opvattingen van procedurele rechtvaardigheid (par. 2.4.4.3) en met uitgangspunten van responsieve rechtspraak (par. 3.2.4). Ook bij die concepten speelt informatievoorziening een belangrijke rol.

4.5.4 *Ervaren dwang*

Ervaren dwang om een schikking te treffen doet afbreuk aan een rechtvaardige procedure. Een onder dwang of onder druk tot stand gekomen regeling is immers een inbreuk op de beginselen van partijautonomie en contractsvrijheid.

4.5.4.1 Resultaten ervaren dwang

De reguliere comparitie

In het onderzoek van Verschoof en Van Rossum is de ervaren dwang om een regeling te treffen, onderzocht. Deze resultaten zijn weergegeven in Tabel 7. Opvallend is dat in alle groepen een grote minderheid druk ervaren heeft om te regelen. In 17,3 procent van de zaken die op een comparitie zijn behandeld, heeft een van de procespartijen druk ervaren. Van de respondenten in wiens zaak ook daadwerkelijk een schikking getroffen is, heeft 31 procent druk ervaren, de gedaagden vaker dan de eisers (10,3% versus 20,7%). In relatieve zin ervoeren

partijen die op de zitting een werkafpraak maakten, het meest dwang (53,8% in totaal, 30,8% van de eisers en 23,1% van de gedaagden).

Tabel 7: Hoe vaak waren respondenten het (in enige mate) eens met de stelling 'Ik voelde mij door de rechter gedwongen te regelen', onderscheiden naar uitkomst van de zitting?⁴⁹⁴

Partijen	Eens met de stelling (in enige mate), totaal (n = 100)		Voortprocederen (n = 58)		Schikking (n = 29)		Werkafpraak (n = 13)	
	Abs	%	Abs	%	Abs	%	Abs	%
Eiser (n = 79)	14	17,7	7	12,1	3	10,3	4	30,8
Gedaagde (n = 66)	13	16,9	4	6,9	6	20,7	3	23,1
Totaal (n = 156)	27	17,3	10	17,2	8	31,0	6	53,8

Het betreffen weliswaar in alle groepen minderheden, maar deze minderheden zijn niet gering. Verschoof en Van Rossum spreken over 'heel hoge percentages':⁴⁹⁵ bij 24 van de in totaal 100 zittingen is door één of meer partijen dwang ervaren. In 3 van de gevallen meldden beide partijen dwang, in de andere 21 gevallen ervoer één van de partijen dwang.⁴⁹⁶ Opvallend is dat rechters en partijen dwang anders ervaren dan partijen. Ook ervaren procesvertegenwoordigers minder dwang dan partijen.⁴⁹⁷

In het onderzoek van Van der Linden is de opstelling van de rechter bij enkele van de 150 onderzochte problemen van invloed op de aanvaardbaarheid van de zitting: in een klein aantal gevallen vinden partijen dat de rechter te weinig aangestuurd had op een schikking, en in een klein aantal gevallen vinden partijen dat de rechter dat juist te veel had gedaan.⁴⁹⁸ Van der Linden concludeert daarom:

'dat het lastig is voor rechters om de schikking op een dusdanige manier te beproeven dat er vanuit de procesdeelnemers geen kritiek komt dat zij of te weinig hebben geholpen met een schikking of juist te veel hebben aangedrongen op een schikking'.⁴⁹⁹

⁴⁹⁴ Verschoof & Van Rossum 2018, p. 231.

⁴⁹⁵ Verschoof & Van Rossum 2018, p. 232.

⁴⁹⁶ Verschoof & Van Rossum 2018, p. 232.

⁴⁹⁷ Verschoof & Van Rossum 2018, p. 233.

⁴⁹⁸ Van der Linden 2010, p. 138.

⁴⁹⁹ Van der Linden 2010, p. 138.

De Spreekuurrechter

Ook bij de Spreekuurrechter is onderzocht of sprake was van ervaren druk om akkoord te gaan met een schikkingsvoorstel. 27 procent van de respondenten geeft aan daartoe ‘enige’ druk te hebben ervaren.⁵⁰⁰ Dit aantal is hoger dan het aantal bij de respondenten in het onderzoek van Verschoof en Van Rossum.

4.5.4.2 Analyse ervaren dwang

Het percentage van procespartijen dat druk of dwang ervoer om akkoord te gaan met een schikking is relatief hoog. Dat kan afbreuk doen aan de partijautonomie in het civiele procesrecht en dient mijns inziens een punt van aandacht te zijn voor verder onderzoek en bij het ontwikkelen van maatschappelijk effectieve rechtspraak. Schikkingen die zijn gepercipieerd als dwangschikking ondergraven de rechtvaardigheidsbeleving van partijen. Het is daarnaast niet ondenkbaar dat het afbreuk doet aan het vertrouwen in de rechtspraak. Ook kunnen gepercipieerde dwangschikkingen ten koste gaan van de effectiviteit van de rechtspraak: lost een dergelijke schikking het probleem immers echt op? Mijn verwachting is dat een dergelijke schikking juist tot meer frustraties en tot meer spanningen tussen procespartijen leidt.

Van der Linden wijst erop dat de rechter het moeilijk goed kan doen. Waar sommige partijen te veel druk ervaren, vinden andere partijen dat de rechter onvoldoende zijn best heeft gedaan om een schikking te bereiken. Verder onderzoek zou wellicht handvatten kunnen geven.

Bij de Spreekuurrechter ervaart een groter deel van de respondenten ‘enige druk’ dan de respondenten bij de reguliere civiele comparitie. Dat ondersteunt de gedachte dat de ervaren druk of dwang toeneemt in een zaaksvorm waarbij de rechter zich expliciet richt op het bereiken van een schikking. De onderzoekers in de evaluatie gaan niet uitgebreid op deze gegevens in.

Verschoof en Van Rossem hebben interviews gehouden met degenen die dwang ervaren hebben om een regeling te treffen. Verschoof en Van Rossum constateren dat in een aantal zittingen de ervaren dwang niets te maken heeft met de opstelling van de rechter, ‘maar door diens boodschap over het juridisch ongelijk of het negatieve bazo’ (bazo staat voor het beste alternatief zonder overeenstemming).⁵⁰¹ Dit betreft 10 van de 22 zittingen. Ervaren

⁵⁰⁰ Hertogh e.a. 2018, p. 70.

⁵⁰¹ Verschoof & Van Rossum 2018, p. 251.

dwang in deze categorieën hoeft partijen niet daadwerkelijk te benadelen. Mogelijk zijn partijen in deze categorieën immers ondanks de ervaren dwang toch beter af met een schikking dan met een (negatieve) beslissing van de rechter. Deze verklaring lijkt (ervaren) dwang te rechtvaardigen, de suggestie wordt gewekt dat een dergelijke dwangschikking de procespartij in kwestie juist verder helpt. Het zou dan gaan om een dwangschikking ‘om bestwil’. Maar dwang gaat in tegen het principe van partijautonomie in het civiele procesrecht en van de contractsvrijheid in het materieel burgerlijk recht, die aan een vaststellingsovereenkomst ten grondslag zou moeten liggen.⁵⁰²

In 12 van de 22 zittingen wordt dwang ervaren door de gedragingen van de rechter. De onderzoekers lijken te suggereren dat ervaren dwang niet altijd terecht is. Zo wordt opgemerkt dat een procespartij ‘de rechter verkeerd had begrepen’.⁵⁰³

Ondanks dat vraagtekens kunnen worden gesteld bij de ervaren dwang, kan worden gesteld dat ervaren dwang afbreuk doet aan de noties van partijautonomie en contractsvrijheid. Deze principes werden in paragraaf 3.2.2.2 besproken. Dit is een negatief neveneffect van bemiddeling door de rechter en kan afbreuk doen aan de effectiviteit van de rechter.

4.6 Deelconclusie

4.6.1 *Efficiëntie, effectiviteit en rechtvaardigheid*

In dit hoofdstuk wordt gepoogd een antwoord te geven op de vragen wat het gevolg is van gerechtelijke bemiddeling op de *efficiëntie* (**deelvraag 2**), de *effectiviteit* (**deelvraag 3**) en op de *rechtvaardigheid* (**deelvraag 4**) van de procedure.

In paragraaf 4.3 is empirische data geanalyseerd over de duur van de zitting, de doorlooptijd van de procedure en de bespaarde manuren door de rechter en zijn medewerker. Hieruit blijkt dat de snelheid van de procedure aanzienlijk toeneemt wanneer een schikking bereikt wordt en dat ook de kosten afnemen. Dat draagt bij aan efficiëntie. Ook is het bereiken van een schikking gunstig in het licht van het financieringssysteem van de rechtspraak, omdat een zaak dan relatief eenvoudig afgehandeld wordt (**deelvraag 2**).

Rechterlijke bemiddeling lijkt effectief te zijn in het bewerkstelligen van schikkingen. Hoewel geen statistisch verband aangetoond is tussen de energie van rechters in het bereiken van een schikking en het daadwerkelijk bereiken van een schikking, is het

⁵⁰² Vgl. de eerdergenoemde uitspraak van de wrakingskamer van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2016:6181, *JBPR* 2018/63, m.nt. E. Thomas.

⁵⁰³ Verschoof & Van Rossum 2018, p. 241.

schikkingspercentage van de Spreekuurrechter hoger dan alleen uit het selectie-effect kan worden verklaard. Als eenmaal een schikking is bereikt, is die schikking een effectieve manier om het geschil te beslechten (of het conflict op te lossen). Uit gegevens over de effectiviteit van de rechtspraak blijkt dat partijen op verschillende factoren gunstiger oordelen op vragen naar doelbereik en tevredenheid wanneer de uitkomst een overeenkomst is, dan wanneer de uitkomst een beslissing is. Dat neemt echter niet weg dat ook procedures die eindigen in een beslissing op dergelijke factoren gunstig uit de bus komen. In het algemeen scoren procedures hoog op de vraag of het probleem van betrokkenen is opgelost. Deze cijfers zijn niet uitgesplitst naar het type procedure en evenmin naar de vraag of overeenstemming bereikt is (**deelvraag 3**).

Over het algemeen worden beslissingen en schikkingen als rechtvaardig beschouwd, waarbij geldt dat schikkingen vaker als rechtvaardig worden beschouwd dan beslissingen. Wel ervaart een substantiële minderheid van de betrokkenen druk om een schikking te bereiken. Dat aantal is bij de Spreekuurrechter hoger dan bij de reguliere civiele comparitie. Dat is een gevolg van rechterlijke bemiddeling die afbreuk kan doen aan de efficiëntie van de rechtspraak. De mate waarin de rechter de partijen van informatie voorziet, lijkt een belangrijk aandeel te hebben in de mate waarin procespartijen de procedure aanvaardbaar vinden. *Informational justice* is daarom een belangrijk concept om in gedachte te houden bij de wijze waarop de rechter zijn bemiddelende rol invult (**deelvraag 4**).

4.6.2 *Deelconclusie in perspectief*

Zowel rechtspraak als bemiddeling komen opvallend positief uit de bus. Partijen zijn in overwegende mate tevreden en ervaren de uitkomst in het algemeen als rechtvaardig. Ook worden de problemen in de meeste gevallen door de gevolgde procedure opgelost. Dat gaat in tegen de tendens in de literatuur, waarin soms stevige kritiek op de rechtspraak wordt geformuleerd.

Bemiddeling door de rechter draagt bij aan de effectiviteit van de procedure: het maakt de civiele procedure sneller en goedkoper. Ook is het bereiken van een overeenstemming een effectievere manier om het geschil te beslechten (of het conflict op te lossen) dan een rechterlijke uitspraak. Daarnaast worden schikkingen als rechtvaardiger beoordeeld dan beslissingen. Daartegenover staat de ervaren druk om akkoord te gaan met een schikking.

De conclusies van dit hoofdstuk liggen in lijn met de conceptuele benadering van deelvraag 1 (hoofdstuk 3). Het heeft voordelen en nadelen om de rollen van de rechter en de

bemiddelaar te vermengen. Voordelen liggen op het terrein van efficiëntie en effectiviteit. Nadelen zien op de rechtvaardigheid van de civiele procedure. De ervaren schikkingsdruk neemt toe, wat afbreuk kan doen aan de rechtvaardigheidsbeleving. Ook is een goede informatievoorziening door de rechter belangrijk bij de rechtvaardigheidsbeleving. Deze informatievoorziening sluit aan bij het concept van *informational justice* als aspect van (ervaren) procedurele rechtvaardigheid. Informatievoorziening is ook belangrijk bij het ideaal van responsieve rechtspraak.

Deze scriptie vervolgt nu met een onderzoek naar oplossingsrichtingen. Hoe kunnen de nadelen van gerechtelijke bemiddeling ten aanzien van de rechtvaardigheid worden geadresseerd? Daartoe wordt in het volgende hoofdstuk een rechtsvergelijking verricht.

5 Oplossingsrichtingen en waarborgen.

Een rechtsvergelijking tussen Nederland, België en Frankrijk

5.1 Inleiding

In het eerste deel van deze scriptie heb ik besproken dat het vermengen van beslissen en bemiddelen voordelen heeft, maar ook risico's met zich meebrengt. De voordelen zien op de effectiviteit en efficiëntie van de procedure, maar de rechtvaardigheid van de procedure kan eronder lijden. Zo zijn schikkingen onder (gepercipieerde) druk of dwang een inbreuk op de beginselen van contractsvrijheid en partijautonomie. Ook kan rolverwarring ontstaan: weten partijen nog wel of de rechter spreekt vanuit zijn bemiddelende of beslissende rol?

In dit hoofdstuk worden oplossingsrichtingen gezocht. Hoe kunnen de nadelen van bemiddeling door de rechter worden ondervangen, zonder het kind met het badwater weg te gooien? Daartoe worden de oplossingsrichtingen en procedurele waarborgen uit de Nederlandse praktijk en literatuur onderzocht (**deelvraag 5**), maar wordt ook over de landsgrenzen gekeken. Door middel van een rechtsvergelijking worden de Belgische verzoeningsprocedure (**deelvraag 6**) en de Franse figuur van de *conciliateur de justice* onderzocht (**deelvraag 7**). De deelvragen worden gerecapituleerd in Kader 4.

Een rechtsvergelijking kent specifieke methodologische vereisten. Daarom wordt eerst ingegaan op de methodologie van de rechtsvergelijking. In paragraaf 5.2 worden onder andere de *tertium comperationis* en het doel van de rechtsvergelijking besproken. Ook wordt in die paragraaf besproken waarom de rechtsstelsels van Nederland, België en Frankrijk in de rechtsvergelijking worden betrokken.

Kader 4: Recapitulatie deelvragen 5, 6 en 7.

III. Rechtsvergelijking & ontwerp

5. Hoe wordt in Nederland geprobeerd vermenging tussen de beslissende en de bemiddelend rol van de rechter van elkaar te scheiden?
6. Wat kan het Nederlandse rechtsstelsel leren van de verzoeningsprocedure in België ten aanzien van een scheiding van de rollen van bemiddelaar en beslisser?
7. Wat kan het Nederlandse rechtsstelsel leren van de bemiddelingsprocedure bij de *conciliateur de justice* ten aanzien van een scheiding van de rollen van bemiddelaar en beslisser?

5.2 Methodologie van de rechtsvergelijking

5.2.1 Doel van de rechtsvergelijking

In deze rechtsvergelijking wordt onderzocht welke juridische en feitelijke middelen worden toegepast om de nadelen van bemiddeling door de rechter in Nederland, België en Frankrijk te verkleinen. Het doel is om te onderzoeken welke maatregelen in Nederland kunnen worden toegepast om de effectiviteits- en efficiëntievoordelen van de civiele procedure te behouden, zonder dat de rechtvaardigheid van de procedure eronder lijdt. Er is dus gekozen voor een ‘*lessons learned*’-benadering, waarbij het gaat om het zoeken van verbetermogelijkheden voor het nationale – in casu Nederlandse – recht.⁵⁰⁴ In deze rechtsvergelijking wordt de Nederlandse schikkingspraktijk zoals die op de comparitie toegepast wordt, vergeleken met de verzoeningsprocedure in België en met de *conciliateur* in Frankrijk. Een uitvoerige bespreking, waarin alle aspecten van gerechtelijke bemiddeling in België en Frankrijk worden belicht, is binnen het tijdsbestek van deze scriptie helaas niet haalbaar. De selectie van deze stelsels wordt in de volgende paragraaf uitvoeriger toegelicht.

De rechtsvergelijking is functioneel van aard, omdat het probleem dat beoogd wordt op te lossen, centraal staat: de (mogelijke nadelen van) vermenging van bemiddelen en beslissen.⁵⁰⁵ De verzoeningsprocedure en de *conciliateur* zijn niet, althans niet aantoonbaar, ingesteld met het doel om (de nadelen van) rolvermenging te voorkomen. De stelling die ik in

⁵⁰⁴ Siems 2017, p. 3-4.

⁵⁰⁵ Siems 2017, p. 26.

het vervolg van dit hoofdstuk verdedig is wel dat de verzoeningsprocedure en het gebruik van een *conciliateur* het gevolg gemeen hebben dat de rollen scherper gescheiden blijven dan in de Nederlandse praktijk. De *tertium comperationis*⁵⁰⁶ is dan dat zowel de Nederlandse maatregelen als de Belgische verzoeningsprocedure en de Franse *conciliateur* de rolvermenging tussen bemiddelen en beslissen beogen te verkleinen.

5.2.2 *Selectie van rechtsstelsels*

Gekozen wordt voor de verzoeningsprocedure in België en de functie van de *conciliateur de justice* ('bemiddelaar van justitie') in Frankrijk. De verzoeningsprocedure in België houdt in dat de rechter door middel van een verzoekschrift kan worden gevraagd een bemiddelingspoging te doen (art. 731 Gerechtelijk Wetboek). Dat leidt er in potentie toe dat de rollen van de rechter als bemiddelaar en als beslisser scherper van elkaar worden onderscheiden: de rechter is een bemiddelaar in een krachtens artikel 731 Gerechtelijk Wetboek ingeleide verzoeningsprocedure, en een beslisser wanneer een geding als procedure op tegenspraak ingeleid is.⁵⁰⁷ Of dat ook daadwerkelijk zo is, wordt in de rechtsvergelijking onderzocht. De verzoeningsprocedure bij de vrederechter staat hierbij centraal, omdat verzoeningen vooral bij de vrederechter plaatsvinden. In Frankrijk wordt een bemiddeling niet door de rechter zelf verricht, maar door een aparte functionaris, de *conciliateur de justice*.⁵⁰⁸ De bespreking van beide buitenlandse rechtsstelsels wordt voorafgegaan door een onderzoek naar de maatregelen die in Nederland genomen worden om het onderscheid tussen de bemiddelende en de beslissende rol van de rechter scherp te houden.⁵⁰⁹

De keuze voor deze rechtsstelsels, en meer specifiek voor de focus op deze concepten, is in de eerste plaats gekozen omdat ik verwacht dat dit adequate en bruikbare mogelijkheden zijn om bemiddeling in stand te houden, zonder dat dit afbreuk doet aan de civiele procedure als zodanig. Met de keuze voor de verzoeningsprocedure en de Franse *conciliateur* wordt daarnaast aangesloten bij de keuze om met name uit te gaan van de kleine, zelf procederende procespartij. Ook de verzoeningsprocedure en de procedure bij de *conciliateur* zijn juist bedoeld om deze 'doelgroep' van rechtszoekenden te bedienen.⁵¹⁰ Verder kennen zowel België

⁵⁰⁶ Zie over de *tertium comperationis*: Oderkerk 2015, p. 610; Siems 2017, p. 26.

⁵⁰⁷ Bauw e.a. 2019, p. 69-72.

⁵⁰⁸ Bauw e.a. 2019, p. 38-39.

⁵⁰⁹ Vgl. Oderkerk 2015, p. 605.

⁵¹⁰ Vgl. Bauw e.a. 2019.

als Frankrijk een eeuwenoude traditie van bemiddeling door de rechter.⁵¹¹ Voorts zijn België en Frankrijk ook geschikt voor een rechtsvergelijking: de keuze voor een functionele benadering brengt mee dat de betrokken rechtsstelsels niet te veel van elkaar mogen verschillen.⁵¹² Vooreerst betreffen het alle drie civillawjurisdicties. Daarnaast hebben het Belgische en het Nederlandse rechtsstelsel beide een sterke historische verwantschap met het Franse rechtsstelsel.⁵¹³ Tot slot past de vergelijking met Frankrijk en Nederland bij de ontwikkelingen rondom laagdrempelige rechtspraak in Nederland. In de ontwikkeling rondom de projecten in het kader van Maatschappelijk effectieve rechtspraak wordt ook juist naar deze landen gekeken.⁵¹⁴ Dit onderzoek sluit daarom goed aan bij het actuele politieke en academische discours over bemiddeling door de rechter.

Overigens ondersteunen praktische afwegingen deze keuze.⁵¹⁵ In het recente onderzoek van Bauw e.a. in opdracht van het WODC wordt een rechtsvergelijking gemaakt met de Belgische en Franse nabijheidsrechter.⁵¹⁶ Dat brengt mee dat er actueel materiaal voor handen is om deze rechtsvergelijking goed uit te voeren en dat deze rechtsvergelijking aansluit bij actueel wetenschappelijk onderzoek.

5.2.3 Werkwijze

Hoewel het onderzoek van Bauw e.a. (2019) als startpunt voor deze rechtsvergelijking dient, wordt zoveel mogelijk gebruik gemaakt van Belgische en Franse bronnen bij de beschrijving van die respectievelijke rechtsstelsels.⁵¹⁷ Dankzij de interviews die in het kader van het onderzoek van Bauw e.a. zijn afgenomen, biedt dit onderzoek interessante invalshoeken over de ‘*law in action*’ in die rechtsstelsels, die op basis van lokale onderzoeken lastiger te onderzoeken is. Zo wordt geprobeerd niet alleen de ‘*law in the books*’, maar ook de feitelijke uitwerking te onderzoeken.

⁵¹¹ Vgl. Von Bóné, *Justitiële verkenningen* 2019.

⁵¹² Oderkerk 2015, p. 603; Siems 2017, p. 27.

⁵¹³ Zie over Nederland: Lokin 2004. Zie over België: Heirbaut & Storme 2008; Siems 2017, p. 76.

⁵¹⁴ Vgl. Bauw e.a. 2019 en de daaraan ten grondslag liggende motie-Segers, *Kamerstukken II* 2016/17, 34550-VI, 65. Zie ook: Von Bóné, *Justitiële verkenningen* 2019.

⁵¹⁵ Vgl. Oderkerk 2015, p. 608.

⁵¹⁶ Ik ben zelf betrokken geweest bij dit onderzoek, zie ook par. 1.5.4 van deze scriptie.

⁵¹⁷ Vgl. Oderkerk 2015, p. 615.

5.3 Oplossingen uit Nederlandse literatuur en praktijk

5.3.1 *Inleiding*

In de vorige hoofdstukken heb ik betoogd dat de ‘beslissende’ en de ‘bemiddelende’ rol van de rechter vermengd raken en dat dit risico’s oplevert. Toch kent de Nederlandse civiele procedure waarborgen die deze vermenging tegen moeten gaan. Formele regelingen lijken te ontbreken, maar het oog valt op de Handleiding regie vanaf de comparitie van antwoord.⁵¹⁸

Ik ga eerst in op de oplossingsrichtingen die in de literatuur worden aangedragen (par. 5.3.2). Vervolgens bespreek ik de maatregelen die in de rechtspraak ontstaan zijn, zoals de voornoemde Handleiding (par. 5.3.3). Ook bespreek ik kort de daadwerkelijke toepassing van de genoemde maatregelen (par. 5.3.4). Naast deze maatregelen gaat het ook om de waarborging ervan: welke middelen kunnen partijen aanwenden als gerechtelijke bemiddeling tot problemen leidt? Kunnen zij bijvoorbeeld bevrijd worden van de gebondenheid aan een schikking als zij de wijze waarop de rechter de schikkingsbesprekingen begeleidt, onrechtmatig vinden (par. 5.3.5)? De vervolgvraag is welke waarborgen wenselijk zouden zijn. Die vraag bespreek ik in par. 5.3.6. Ik sluit af met een deelconclusie (par. 5.3.7).

5.3.2 *Oplossingsrichtingen in de literatuur*

In de Nederlandse literatuur worden verschillende suggesties gedaan om het gevoel van dwang of druk bij een schikking te voorkomen. Verschoof en Van Rossum schrijven dat het te vroeg overgaan op het beproeven van een schikking, namelijk voordat het geschil in zijn geheel besproken is, bijdraagt aan ervaren dwang.⁵¹⁹ Van der Linden e.a. schrijven dat het gevoel dat de rechter ‘doorhamert’ op een schikking, ertoe leidt dat partijen sneller dwang ervaren.⁵²⁰ Verder blijkt uit hun onderzoek dat het gevoel van dwang vergroot wordt als de rechter een ‘vergaand’ voorlopig oordeel geeft, bijvoorbeeld door mogelijke schikkingsbedragen te noemen. Volgens hen wordt de kans op het gevoel van druk juist kleiner als de rechter wijst op

⁵¹⁸ Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord, 2009, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Handleiding-regie-vanaf-de-conclusie-van-antwoord-2e-versie-september-2009.pdf> (laatst geraadpleegd 18 augustus 2019).

⁵¹⁹ Verschoof & Van Rossum 2018, p. 395 & p. 396. Zie ook: Steenberghe 2019, p. 403. Anders: Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000, p. 177.

⁵²⁰ Van der Linden e.a. 2009, p. 26.

gevolgen van doorprocederen ‘in termen van tijd, belasting, kosten en/of toekomstige verhouding’, of als hij ‘aangeeft wat hij een redelijke schikking vindt’.⁵²¹

Steenberghe sluit zich bij deze onderzoeken aan. Hij schrijft dat de rechter niet ‘zonder te checken’ moet veronderstellen wat de wens van partijen is, althans wat voor hen het beste is, en ook niet dat het voor partijen wel duidelijk zal zijn waarom hij al dan niet een schikkingsinterventie pleegt.⁵²² Hij stelt dat rechters zouden moeten vragen of partijen een schikking wensen te beproeven, en dat de rechter zo nodig inzicht moet verschaffen in wat partijen kunnen verwachten. Hiertoe kan, of moet, de rechter een voorlopig oordeel geven. Steenberghe ziet dit in de sleutel van de ‘*informed consent*’.⁵²³ Partijen moeten de keuze hebben tussen een uitspraak, een schikking en mediation.⁵²⁴ Daarmee sluit hij aan bij de conceptie van *informational justice*, een vorm van procedurele rechtvaardigheid waarbij de informatievoorziening naar procespartijen vooropstaat (zie par. 2.4.4.3). Ook past dit streven bij responsieve rechtspraak. Daarin wordt de rechter immers geacht een dialoog aan te gaan met partijen (par. 3.2.4). Volgens Steenberghe is de GOO-behandeling (par. 2.2.3.6) een goed voorbeeld van een procedure op basis van *informed consent*. Bij de GOO-rechter worden partijen tenslotte van tevoren geïnformeerd en moeten beide partijen instemmen met het bemiddelingstraject.⁵²⁵

Steenberghe wijst voorts op het ‘kantelmoment’ tussen de informatiefase en de schikkingsfase.⁵²⁶ Steenberghe benadrukt dat het belangrijk is de overgang van de ene naar de andere fase te expliciteren, omdat deze een ‘*mental switch*’ vergt. Ook is sprake van een ‘rolwisseling’ van de rechter. Wanneer de rechter hier onduidelijk over is, kunnen partijen zich onvoldoende vrij voelen om zich over de schikkingsbereidheid uit te spreken en kunnen zij een schikkingsinterventie als vooringenomenheid van de rechter beschouwen.⁵²⁷

Interessant is voorts dat Steenberghe de oplossingsrichting voor de (vermeende) problematiek van de rechtspraak niet ziet in een wetgevingsoperatie. Hij stelt dat vooral de rolopvatting van de rechter bepalend is. Volgens Steenberghe kan de rechter zich binnen de kaders van het huidige procesrecht al richten op het onderliggend conflict.⁵²⁸

⁵²¹ Van der Linden e.a. 2009, p. 27.

⁵²² Steenberghe 2019, p. 277.

⁵²³ Steenberghe 2019, p. 379-380.

⁵²⁴ Steenberghe 2019, p. 387 & p. 400-401.

⁵²⁵ Steenberghe 2019, p. 397.

⁵²⁶ En stemt daarbij expliciet in met Verschoof & Van Rossum 2018.

⁵²⁷ Steenberghe 2019, p. 404-405.

⁵²⁸ Steenberghe 2019, p. 398.

5.3.3 *Oplossingsrichtingen uit de praktijk*

De landelijke procesreglementen in civiele zaken en in kantonzaken geven geen aanwijzingen voor de schikkingsonderhandelingen op de comparitie.⁵²⁹ Wel staat voorop dat de wetgever het beproeven van een schikking als een van de taken van de rechter beschouwt, of nauwkeuriger: dat de wetgever het een taak van de rechter vindt om maatwerk te leveren, en dat het beproeven van een schikking daar onderdeel van kan en moet zijn.⁵³⁰

De Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord (hierna: ‘de Handleiding’) geeft wel handvatten voor de schikkingsfase van de comparitie. De Handleiding is een interne handleiding voor civiele rechters en is goedgekeurd door de landelijk overlegorganen van de civiele sectoren en van de kantonrechters. In de inleiding wordt benadrukt dat de Handleiding geen recht vormt, maar een inventarisatie van ‘*best practices*’.⁵³¹

De handleiding gaat uit van een systematische aanpak van de comparitie. Hierbij wordt geëxpliciteerd dat sprake is van een ‘gebruikelijk stramien’ en ‘uitzonderingen’ daarop, maar dat beide opgevat dienen te worden als ‘best practices: handig en verstandig, maar niet verplicht’.⁵³² In dit systeem begint de rechter met (1) de formaliteiten, gevolgd door (2) de informatie- of inlichtingenfase. Vervolgens begint (3) de onderhandelingsfase, al dan niet gecombineerd met (4) een voorlopig oordeel. Bij (5) de afsluiting wordt het proces-verbaal opgesteld, hetzij met een vaststellingsovereenkomst, hetzij met partijverklaringen en afspraken over het vervolg van de procedure. In de Handleiding wordt expliciet aangegeven dat het niet de voorkeur heeft als de rechter meteen aan het begin zijn visie op het geschil geeft.⁵³³ De handleiding geeft als uitgangspunt dat de rechter expliciet maakt dat hij overgaat naar de onderhandelingsfase en dat het initiatief tot onderhandelen van partijen uit moet gaan. Daartoe geeft de handleiding als tip mee om expliciet te vragen: ‘wat nu?’⁵³⁴

5.3.4 *Daadwerkelijke toepassing*

In hoeverre wordt dit scherpe onderscheid tussen de informatiefase en de onderhandelingsfase ook in de praktijk gemaakt? Hoewel Verschoof en Van Rossum

⁵²⁹ Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken; Landelijk procesreglement voor rolzaken kanton.

⁵³⁰ Steenberghe 2019, p. 9-10.

⁵³¹ Voorwoord bij de handleiding.

⁵³² Handleiding, nr. 19.

⁵³³ Handleiding, nr. 19.

⁵³⁴ Handleiding, nr. 54.

aanbevelen niet te vroeg met de schikkingsbesprekingen te beginnen, expliciteren zij niet of zij gedurende hun observaties daadwerkelijk gezien hebben dat de rechter te vroeg met de schikkingsbesprekingen begon. Ook Van der Linden is niet ingegaan op de mate waarin de scheiding tussen informatie- en onderhandelingsfase geëxpliciteerd is.⁵³⁵ Verder empirisch onderzoek kan dit uitwijzen. Uit de evaluatie van de Spreekuurrechter blijkt wel dat de verdeling in fases bij deze pilot het uitgangspunt was.⁵³⁶

5.3.5 *Waarborging van een eerlijk proces: het geldend recht*

Uit de voorgaande paragrafen blijkt dat de Nederlandse rechter geacht wordt om een duidelijke scheiding aan te brengen tussen de inlichtingsfase en de onderhandelingsfase, maar het is niet duidelijk of rechters dat in de praktijk ook doen. Daarom rijst de vraag wat in het Nederlands recht de consequentie is als de rechter zich niet aan deze richtlijnen houdt: kan een procespartij onder een schikking uit, als hij het niet eens is met de manier waarop de rechter de bemiddeling uitvoert? In de volgende paragrafen bespreek ik de mogelijkheden van hoger beroep (par. 5.3.5.1), wraking (par. 5.3.5.2) en het aantasten van de vaststellingsovereenkomst (par. 5.3.5.3).

5.3.5.1 Hoger beroep

Het geëigende middel om op te komen tegen de uitkomst van een procedure is het hoger beroep. In het geval dat partijen een schikking getroffen hebben, biedt appel geen uitkomst. Wanneer partijen een schikking treffen en deze neerleggen in een proces-verbaal, is de weg naar een hoger beroep afgesneden omdat de schikking de procedure doet beëindigen (art. 89 Rv (nieuw)). In de praktijk komt ook voor dat de rechter vonnis wijst conform de schikking tussen partijen.⁵³⁷ Technisch-juridisch is een schikking dan een wijziging van de vordering (art. 130 Rv) en moet de rechter de wens van partijen volgen om vonnis conform de schikking te wijzen.⁵³⁸ Ook dan kan de procespartij die een vaststellingsovereenkomst is aangegaan geen hoger beroep instellen. Als een overeenkomst wordt opgenomen in een vonnis, verliest de overeenkomst zijn gelding niet. Het vonnis vervangt de overeenkomst ook niet: ‘Een schikking

⁵³⁵ Van der Linden 2008; Van der Linden e.a. 2009; Van der Linden 2010.

⁵³⁶ Hertogh e.a. 2018, p. 51-58.

⁵³⁷ Knigge 2017, p. 123. Zie voor een voorbeeld: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1422.

⁵³⁸ De Graaf 2004, p. 220-221.

is, en blijft, een overeenkomst'.⁵³⁹ De vaststellingsovereenkomst is in de plaats van het bestaande geschil (en de bestaande rechtsverhouding) getreden. Dat leidt ertoe dat het procesbelang bij de oorspronkelijke vordering vervalft. Op grond van artikel 3:303 BW kan in dat geval geen hoger beroep worden ingesteld: het hoger beroep is niet-ontvankelijk.⁵⁴⁰ Wanneer de partijen bij een vaststellingsovereenkomst uitdrukkelijk bepaald hebben dat het doel van die overeenkomst is om het geschil definitief te beëindigen, kan dat worden geïnterpreteerd als afstand van het recht op hoger beroep (art. 333 Rv).⁵⁴¹

5.3.5.2 Wraking

Tijdens de procedure kan een procespartij een poging doen om de rechter te wraken. Wanneer een rechter door zijn schikkingsinterventies de schijn van onpartijdigheid wekt, kan een wrakingsverzoek worden ingediend (art. 36 Rv). Ik heb eerder besproken dat een schikkingsinterventie in elk geval in één geval tot een succesvolle wraking geleid heeft, omdat de voorzitter van de meervoudige kamer van het behandelend gerechtshof een van de procespartijen in een nadelige procespositie had gebracht.⁵⁴² Het gaat daarbij niet alleen om de vraag of de rechter daadwerkelijk partijdig is, maar ook om de vraag of de schijn van onpartijdigheid gewekt is (zie voor een uitgebreidere bespreking par. 4.5.2). Wraking kan dus als waarborg dienen wanneer de bemiddelingsinterventies van de rechter vragen oproept over de partijdigheid van die rechter.

Het is de vraag of deze waarborg op zichzelf voldoende is. Eerder hebben we gezien dat procespartijen in een aantal gevallen akkoord gaan met een schikking omdat zij druk of dwang ervaren door de rechter (par. 4.5.4). Als procespartijen al geen ruimte ervaren om af te zien van het tekenen van een vaststellingsovereenkomst, is moeilijk voor te stellen dat zij wel de ruimte ervaren om een wrakingsverzoek in te dienen. In een dergelijk geval is wraking onvoldoende om deze procespartij tegen de (ervaren) druk te beschermen. Het draagt mijns inziens bij aan een rechtvaardige procedure als schikkingen die onder (ervaren) druk tot stand komen, ook achteraf kunnen worden aangetast. Over de mogelijkheden tot het aantasten van een schikking gaat de volgende paragraaf.

⁵³⁹ Knigge 2017, p. 124. Knigge baseert dit op HR 19 november 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4483, *RvdW* 1982/205, *NJ* 1983/494, m.nt. E.A.A. Luijten.

⁵⁴⁰ De Graaf 2004, p. 224.

⁵⁴¹ De Graaf 2004, p. 221.

⁵⁴² Het gaat om Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2016:6181, *JBPR* 2018/63, m.nt. E. Thomas.

5.3.5.3 Het aantasten van de vaststellingsovereenkomst

Het hoger beroep staat na een schikking dus niet open, en wraking biedt niet altijd uitkomst als een partij druk van de rechter ervaart. In deze paragraaf onderzoek ik of het materiële recht ruimte biedt om de vaststellingsovereenkomst aan te tasten.

Het juridisch kader voor de aantasting van een vaststellingsovereenkomst wordt gevormd door artikel 7:902 BW. Dit artikel bepaalt dat een vaststellingsovereenkomst ook geldig is als zij in strijd is met dwingend recht. De ondergrens wordt bepaald door de goede zeden of de openbare orde (par. 3.3.3.2). Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de goede zeden en de openbare orde in dezelfde betekenis gebruikt moeten worden als in artikel 3:40 BW.⁵⁴³ Dat betekent in dat een vaststellingsovereenkomst niet in mag gaan tegen rechtsregels die van openbare orde zijn, zoals Europese regels die consumenten beschermen.⁵⁴⁴

Biedt deze bepaling ook bescherming tegen het geval waarin niet de inhoud, maar de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst strijdig is met de goede zeden of de openbare orde? Het antwoord daarop is ontkennend. De tekst van artikel 7:902 BW noemt specifiek dat de *inhoud of strekking* niet in strijd mag komen met de goede zeden of de openbare orde. De wetgever heeft daarmee willen bepalen dat op de koop toegenomen wordt dat de vaststellingsovereenkomst in strijd is met dwingend recht, zodat gefaciliteerd wordt dat partijen zelf een oplossing zoeken voor hun geschil en zo een procedure kunnen voorkomen.⁵⁴⁵ Het doel is dus niet zozeer om partijen te beschermen tegen een vaststellingsovereenkomst die in strijd komt met de openbare orde of goede zeden. De tenzij-bepaling is slechts een begrenzing van wat de wetgever bereid is ‘op de koop toe te nemen’.

Dat is anders bij artikel 7:904 BW. Wanneer de vaststellingsovereenkomst tussen partijen bepaalt dat een derde beslist op het geschil, zijn partijen niet gebonden aan de beslissing van die derde indien de gebondenheid aan die beslissing onaanvaardbaar zou zijn in verband met de inhoud of *de wijze van totstandkoming* van die beslissing.⁵⁴⁶ Maar in de schikkingen waarop dit onderzoek ziet, is artikel 7:904 BW niet van toepassing: de beslissing blijft bij partijen zelf. De wetgever heeft kennelijk een onderscheid willen maken tussen een

⁵⁴³ *Kamerstukken II* 1982/83, 17779, 3 (MvT), p. 38; Broekema-Engelen, T&C Burgerlijk Wetboek, art. 7:902 BW, aant. 3.

⁵⁴⁴ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voet*), r.o. 3.6.3; Broekema-Engelen, T&C Burgerlijk Wetboek, art. 7:902 BW, aant. 3.

⁵⁴⁵ HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1711, *NJ* 1997/570, m.nt. C.J.H. Brunner (*Schmitz/Caspers*), r.o. 3.4.

⁵⁴⁶ Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/163.

vaststelling door partijen zelf en een vaststelling door een derde. In de parlementaire geschiedenis en in de jurisprudentie zijn geen aanknopingspunten te vinden voor een andere interpretatie.

Overigens kan een vaststellingsovereenkomst wel vernietigd worden op grond van dwaling, maar die lat ligt hoog. De vaststellingsovereenkomst wordt immers juist gebruikt om een onzekere situatie te beëindigen.⁵⁴⁷

5.3.6 *Waarborging eerlijke procedure: het wenselijk recht*

5.3.6.1 Inleiding: een pleidooi voor aanpassing van art. 7:902 BW

Uit de bespreking in paragraaf 5.3.5 blijkt dat rechtszoekenden nog geen rechtsmiddelen tot hun beschikking hebben om te voorkomen dat zij gebonden zijn aan een vaststellingsovereenkomst die op een onjuiste wijze tot stand gekomen is, bijvoorbeeld onder (ervaren) druk of dwang. Er zijn wel wijzen waarop de rechtszoekende tegen die druk of dwang beschermd worden. Het gaat dan om het expliciteren van de overgang van de inlichtingenfase naar de onderhandelingsfase en het garanderen van *informed consent*. Maar maatregelen om de rechtszoekende te beschermen zijn krachteloos als de rechtszoekende geen middelen tot zijn beschikking heeft om de uitkomst van de procedure aan te tasten. Daarom pleit ik voor specifieke waarborgen bij een vaststellingsovereenkomst die partijen onder begeleiding van een bemiddelaar aangaan. Dergelijke waarborging draagt bij aan een eerlijke procedure en stimuleert rechters en beleidsmakers tevens om de geformuleerde oplossingsrichtingen daadwerkelijk toe te passen. Nadere waarborging sluit daarnaast aan bij het onderzoek van Bauw e.a., waarin naar voren gebracht is dat als de overheid ADR meer stimuleert, ook verdere waarborging van ADR op zijn plaats is.⁵⁴⁸ In hoofdstuk 2 heb ik besproken dat de rechter een steeds grotere bemiddelende rol speelt. Daarnaast wordt vanuit de politiek meer en meer ingezet op mediation.⁵⁴⁹ Hoewel van grote misstanden nog niet is gebleken,⁵⁵⁰ is het moment daar om burgers ook bij bemiddeling wettelijke bescherming te bieden.

Mijn voorstel is om een tweeledige waarborging van een eerlijke bemiddelingsprocedure in te stellen. In de eerste plaats moet het mogelijk zijn om de

⁵⁴⁷ Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/160.

⁵⁴⁸ Bauw e.a. 2018, p. 151; Bauw e.a., *NJB* 2019, p. 260-261.

⁵⁴⁹ Vgl. Regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst', 2017-2021, VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, 10 oktober 2017, p. 5; Brief van de Minister voor Rechtsbescherming van 11 juli 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 34755 VI, 115. Zie ook Bauw e.a., *NJB* 2019, p. 254.

⁵⁵⁰ Bauw e.a., *NJB* 2018, p. 261.

vaststellingsovereenkomst aan te tasten wanneer de bemiddelende rechter (onbedoeld) druk zet om een schikking te treffen. Daarnaast moet het proces-verbaal rekenschap geven van de wijze waarop de rechter de schikkingsbesprekingen heeft gevoerd. Ik licht beide maatregelen in de volgende paragrafen toe.

5.3.6.2 Aantasten van een vaststellingsovereenkomst

De meest eenvoudige wijze om het mogelijk te maken dat procespartijen een vaststellingsovereenkomst kunnen vernietigen, is aanpassing van artikel 7:902 BW. Aan dit artikel kan een tweede lid worden toegevoegd, dat inhoudt dat een vaststellingsovereenkomst die tot stand gekomen is door bemiddeling van een derde, vernietigbaar is wanneer de totstandkoming ervan in strijd is met de fundamentele rechtsbeginselen. Dat ligt in lijn met het bepaalde in artikel 7:904 BW.

De grens van deze vernietigingsgrond dient hoog te liggen: de druk of dwang om een schikking te bereiken, moet gerechtvaardigd en geobjectiveerd zijn. Een te eenvoudige aantasting van een schikking door de rechter zou tenslotte de rechtszekerheid aantasten. Het ligt daarbij voor de hand dat de rechter die oordeelt over een vernietiging van een vaststellingsovereenkomst een strengere maatstaf aanlegt wanneer de rechter bemiddeld heeft, dan wanneer een mediator bemiddeld heeft. Ook zou kunnen worden bepaald dat vernietiging van een vaststellingsovereenkomst die bij de rechter tot stand gekomen is, alleen vernietigd kan worden op vordering bij een rechter (in afwijking van art. 3:49 BW).

Deze vernietigingsgrond zou mijns inziens geen onlogische stap zijn. Het sluit bijvoorbeeld aan bij het voorgestelde artikel 1019ff Rv (artikel F Wetsvoorstel bevordering mediation). Dat artikel geeft de rechter de mogelijkheid om een vaststellingsovereenkomst die tijdens mediation tot stand komt, te bekrachtigen. Daarvan mag de rechter afzien als de overeenkomst tot stand is gekomen in strijd met de openbare orde of de goede zeden. Ook ligt een dergelijke vernietigingsgrond in het verlengde van artikel 7:904 BW, omdat vaststelling tot een derde ook vanwege de ontstaanswijze vernietigd worden. Vanwege deze twee bepalingen ligt het mijns inziens in de rede om de vernietigingsmogelijkheid niet te beperken tot vaststellingen die binnen de gerechtelijke procedure overeengekomen zijn. Tot slot merk ik op dat een dergelijke vernietigingsmogelijkheid ook in lijn ligt met de dogmatiek van het vermogensrecht. Het contractenrecht gaat immers uit van de wilsvertrouwensleer (art. 3:33 BW en art. 3:35 BW).⁵⁵¹ Wanneer een vaststellingsovereenkomst onder druk tot stand gekomen is,

⁵⁵¹ Asser/Sieburgh 6-III 2018/122.

is van een ‘wil’ tot het aangaan van die overeenkomst geen sprake (vgl. art. 3:33 BW). Doordat de lat voor vernietiging hoog ligt, doet het ook geen afbreuk aan het vertrouwensbeginsel. In voorkomende gevallen zal het immers voor de wederpartij van degene die de vernietigingsgrond inroept, ook duidelijk zijn dat hij moet twijfelen aan de wil van de laatstgenoemde (vgl. art. 3:35 BW).

5.3.6.3 Het proces-verbaal

De mogelijkheid tot het aantasten van een vaststellingsovereenkomst op grond van de totstandkoming ervan zou een papieren tijger zijn, indien procespartijen niet in staat zijn om te bewijzen hoe de vaststellingsovereenkomst tot stand gekomen is. Ter ondersteuning van de genoemde vernietigingsgrond zou de rechter hierover informatie moeten opnemen in zijn proces-verbaal. De gewoonte is nu om als een schikking bereikt wordt, alleen de tekst van de vaststellingsovereenkomst in het proces-verbaal op te nemen, en niet de verklaringen van partijen.⁵⁵² Mijn voorstel is dat de rechter verslag doet van het proces dat de rechter gevolgd heeft bij zijn bemiddeling. Daarin dient de rechter dan op te nemen of de rechter partijen voorgelicht heeft over de overgang van de inlichtingenfase naar de onderhandelingsfase en of hij het vrijwillige karakter van de vaststellingsovereenkomst heeft benadrukt. Een voorbeeldtekst kan als volgt luiden:

‘Partijen hebben verklaringen gegeven. De rechter sluit de inlichtingenfase. De rechter opent de onderhandelingsfase. De rechter schorst de zitting om partijen de gelegenheid te geven een schikking te beproeven. Na deze schorsing hebben partijen geen schikking bereikt. Op verzoek van partijen geeft hij een voorlopig oordeel. De rechter gaat met partijen in gesprek over een schikking. Partijen hebben daarbij de volgende vaststellingsovereenkomst bereikt. De rechter heeft zich ervan vergewist dat partijen op de hoogte zijn van het vrijwillige karakter van de vaststellingsovereenkomst.’

5.3.7 Deelconclusie: de Nederlandse civiele procedure

Uit zowel de literatuur als uit de praktijkaanbevelingen komen enkele belangrijke aspecten naar voren om de nadelige gevolgen van een vergrote bemiddelende rol van de rechter te verkleinen. Het eerste aspect is de timing van het schikkingsgesprek. Dat betekent dat de schikkingsbesprekingen pas zouden moeten beginnen nadat de informatiefase volledig

⁵⁵² Handleiding, nr. 89-90.

afgerond is. Naast het moment waarop de schikkingsbesprekingen beginnen is ook de wijze waarop die schikkingsbesprekingen ingeleid worden van belang. Een scherpe scheiding is nodig om verwarring bij partijen te voorkomen. Die scheiding kan bijvoorbeeld verbaal worden geëxpliciteerd door de rechter. Het tweede aspect is *informed consent*. Het is belangrijk dat de rechter partijen informeert en dat sprake is van bereidheid bij partijen om een bemiddelingstraject in te gaan. De notie van *informed consent* sluit aan bij de gedachte van procedurele rechtvaardigheid, waar *informational justice* een rol bij speelt, en bij responsieve rechtspraak, waarbij de rechter een dialoog met procespartijen zou moeten voeren. Het gaat dan niet alleen om een goede informatievoorziening, maar ook om de instemming van partijen op basis van die informatie. Op die wijze wordt ook de partijautonomie worden gerespecteerd. Het is aan partijen of zij de schikkingsbesprekingen aan willen gaan en op welke wijze. De rechter moet niet de indruk geven te drammen. De meest praktische werkwijze lijkt daarom om het gesprek in te gaan met de open vraag wat de procesrechtelijke wensen van partijen zijn. Het helpt ook niet als de rechter een te vergaand voorlopig oordeel geeft.

De rechtszoekende heeft evenwel nauwelijks middelen tot zijn beschikking om een vaststellingsovereenkomst aan te tasten in het geval dat de rechter de schikkingsbesprekingen niet op de juiste wijze insteekt. Procespartijen zouden de rechter kunnen wraken als de rechter blijk geeft van de schijn van onpartijdigheid, maar ze kunnen de vaststellingsovereenkomst niet aantasten. Dergelijke waarborgen zijn wel wenselijk, te meer omdat de nadruk op bemiddeling toeneemt. Ik stel voor dat vaststellingsovereenkomsten vernietigd kunnen worden wanneer de totstandkoming ervan in strijd is met de fundamentele rechtsbeginselen. Ter ondersteuning daarvan moet het proces-verbaal van de comparitie rekenschap geven van de gevolgde bemiddelingsroute door de rechter.

5.4 De verzoeningsprocedure in België

5.4.1 Inleiding: de verzoeningsprocedure

Wie in België behoefte heeft aan bemiddeling door de rechter, kan zich met een speciale rechtsingang tot de rechter wenden. Hij kan op grond van artikel 731 Gerechtelijk Wetboek (hierna: ‘Ger. W.’) een verzoeningsprocedure inleiden, in de praktijk gebeurt dat meestal voor de vrederechter. Zou een dergelijke verzoeningsprocedure uitkomst bieden om rolvermenging te voorkomen?

In deze paragraaf schets ik eerst de achtergrond van de vrederechter, de rechter die een belangrijke rol speelt in het verzoeningsproces (par. 5.4.2). Ik bespreek vervolgens de

verzoeningsprocedure. De juridische normen en de daadwerkelijke toepassing blijken uiteen te lopen, reden waarom ik de ‘*law in the books*’ (par. 5.4.3) en de ‘*law in action*’ (par. 5.4.4) afzonderlijk bespreek. Vervolgens wordt de verzoeningsprocedure besproken in termen van efficiëntie, effectiviteit en rechtvaardigheid (par. 5.4.5). Ik analyseer de bevindingen vervolgens vanuit de vraag of een verzoeningsprocedure wenselijk zou zijn in het Nederlandse rechtsbestel dan wel of het Nederlandse rechtsbestel iets kan leren van de verzoeningsprocedure (par. 5.4.6). Deze paragraaf wordt afgesloten met een deelconclusie (par. 5.4.7).

5.4.2 *De vrederechter*

Alvorens de verzoeningsprocedure uitgebreid te bespreken, is het zinvol kort in te gaan op de figuur van de vrederechter. De vrederechter is ontstaan in de Franse revolutie en komt voort uit een verlichtingsideaal. De rechter moest niet langer een heerlijke magistraat zijn, maar een ‘*citoyen parmi les citoyens*’, een burger onder de burgers.⁵⁵³ Een belangrijke taak was de verzoening. In de negentiende eeuw stond een rechtsgang in burgerlijke zaken pas open nadat eerst een verzoeningspoging werd gedaan.⁵⁵⁴ Deze verplichting is afgeschaft, maar de mogelijkheid tot een verzoeningsprocedure bestaat nog altijd (art. 731 Ger. W.).⁵⁵⁵

De vrederechter is een rechter in eerste aanleg. Hij wordt beschouwd als ‘nabijheidsrechter’ en staat dichtbij de rechtszoekende.⁵⁵⁶ De vrederechter heeft een territoriale bevoegdheid over een kanton. Zo’n kanton is niet groot: België kent 162 kantons.⁵⁵⁷ Daarnaast heeft de vrederechter de mogelijkheid om zittingen te houden ‘*sous l’arbre*’ (art. 66, §2 Ger. W.).⁵⁵⁸ Dat houdt in dat de vrederechter ook zitting kan houden in een opgeheven kanton, in een lokaal van de betrokken gemeente. Dat grote aantal kantons en deze zittingen ‘*sous l’arbre*’ zorgen dat de vrederechter topografisch nabij de rechtszoekende te vinden is.

⁵⁵³ Rotthier e.a. 2018, p. 15; zie ook: Bauw e.a. 2019, p. 46.

⁵⁵⁴ Rotthier e.a. 2018, p. 17.

⁵⁵⁵ Voor sommige specifieke procedures bestaat de verplichting nog wel, zie Rotthier e.a. 2018, p. 38.

⁵⁵⁶ Vgl. de functiebeschrijving vrederechter opgesteld door de Hoge Raad voor de Justitie, zie ook: Bauw e.a. 2019, p. 49.

⁵⁵⁷ Gebiedsomschrijving en zetel van hoven en rechtbanken, bijvoegsel bij het Gerechtelijk Wetboek, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=1967101007&table_name=wet (laatst geraadpleegd 20 augustus 2019). Zie ook: Bauw e.a. 2019, p. 48.

⁵⁵⁸ Bauw e.a. 2019, p. 52.

De materiële bevoegdheid van de vrederechter strekt uit over in de eerste plaats alle vorderingen met een beloop van ten hoogste € 5.000,00. Daarnaast heeft hij een bijzondere bevoegdheid voor een aantal onderwerpen ongeacht het bedrag. Het gaat dan om een aantal min of meer ‘alledaagse’ onderwerpen, zoals huur van onroerend goed, zaken over appartementsrechten, over erfdienstbaarheden en over de levering van nutsvoorzieningen.⁵⁵⁹

Een verzoeningsprocedure bij de vrederechter is gratis. De procedure bij de vrederechter op tegenspraak kent een tarief, ‘rolrechten’ genoemd, van € 50,00.⁵⁶⁰

5.4.3 *De verzoeningsprocedure: law in the books*

Artikel 731 Ger. W. geeft de mogelijkheid aan één partij of aan beide partijen gezamenlijk om een geschil aan de rechter voor te leggen die in de eerste aanleg bevoegd is over dat geschil te oordelen. De bevoegdheidsverdeling voor de procedure ten gronde is dus leidend. De verzoeningsprocedure is een informele procedure:⁵⁶¹ een verzoek kan mondeling worden gedaan, waarna de griffier van het betreffende gerecht de wederpartij zal oproepen (art. 732 Ger. W.). De enige procedureregels die verder gegeven wordt, is dat een proces-verbaal opgemaakt wordt (art. 733 Ger. W.).⁵⁶² Daarnaast is de procedure gratis.⁵⁶³ Het bestaan van een verzoeningsprocedure als bijzondere rechtsingang neemt niet weg dat ook in een procedure op tegenspraak de rechter de taak heeft om een minnelijke regeling te bevorderen (art. 730/1 Ger. W.).

5.4.4 *De verzoeningsprocedure: law in action*

In werkelijkheid wordt vooral de vrederechter gezien als verzoeningsrechter. In de eerste plaats treden vrederechters veel vaker als verzoeningsrechter op dan alleen in die zaken, waarin de vrederechter ten gronde bevoegd zou zijn. Bauw e.a. stellen op grond van interviews met vrederechters vast: ‘de facto hanteren ze een algemene verzoeningsbevoegdheid’.⁵⁶⁴ Wanneer partijen zich wenden tot de vrederechter met een verzoeningsverzoek in een zaak

⁵⁵⁹ Art. 590-600 Gerechtelijk Wetboek. Zie ook: Bauw e.a. 2019, p. 53.

⁵⁶⁰ Wet van 14 oktober 2-18 tot wijziging van het Wetboek der registratie-, hypotheek en griffierechten teneinde de griffierechten te hervormen (*Belgisch Staatsblad* 20 december 2018); Bauw e.a. 2019, p. 61-61.

⁵⁶¹ Rotthier e.a. 2018, p. 37; Bauw e.a. 2019, p. 70.

⁵⁶² Zie voor een beschrijving van de procedure ten gronde de brochure van de Federale Overheidsdienst Justitie, *De vrederechter: de rechter die dicht bij de burger staat*, opgenomen als bijlage 6 bij Bauw e.a. 2019 (p. 161 e.v.). Voor een beschrijving van de verzoeningsprocedure de brochure van de Federale Overheidsdienst Justitie, *De verzoening of minnelijke schikking*, opgenomen als bijlage 8 bij Bauw e.a. 2019 (p. 171 e.v.).

⁵⁶³ Rotthier e.a. 2018, p. 36.

⁵⁶⁴ Bauw e.a. 2019, p. 73.

waarin de vrederechter op grond van artikel 731 Ger. W. niet bevoegd zou zijn, zal hij dus toch een verzoeningsprocedure in gang zetten.⁵⁶⁵ Dat gaat soms zelfs zo ver dat de rechter toch een verzoeningspoging doet wanneer een van de partijen een beroep doet op de onbevoegdheid van de vrederechter. Dit doet hij dan ‘met akkoord van partijen en onder voorbehoud’.⁵⁶⁶ In werkelijkheid komen veruit de meeste verzoeningsprocedures bij de vrederechter terecht.⁵⁶⁷

Daarnaast zal de vrederechter ook een verzoenende rol spelen tijdens een procedure op tegenspraak. Dat is overigens niet vreemd: artikel 730/1 Ger. W. draagt aan iedere Belgische rechter een verzoenende taak op, vergelijkbaar met de bevoegdheid van rechters om tijdens de mondelinge behandeling een schikking te beproeven (art. 87 Rv (oud); art. 87 Rv (nieuw)).⁵⁶⁸ Deze bijzondere focus op de verzoening is de reden om in dit onderzoek de focus te leggen op de verzoeningspraktijk van de vrederechter.

5.4.5 *De vrederechter in termen van efficiëntie, effectiviteit en rechtvaardigheid*

In deze paragraaf wordt onderzocht welke empirische gegevens beschikbaar zijn om conclusies te trekken over de efficiëntie, effectiviteit en rechtvaardigheid van de procedure bij de vrederechter.

5.4.5.1 Efficiëntie: gratis voor de rechtszoekenden, duur voor de overheid

De procedure van de vrederechter kan als laagdrempelig worden gekarakteriseerd. De verzoeningsprocedure is gratis en de procedure op tegenspraak kost slechts € 50,00 aan rolrechten.⁵⁶⁹ Een advocaat is bij de vrederechter niet nodig.⁵⁷⁰ Daarnaast is er door het aantal kantons altijd een vrederechter in de omgeving. De doorlooptijden zijn laag, ongeveer vier tot zes maanden wanneer partijen conclusies uitwisselen.⁵⁷¹ Ook is de procedure bij de vrederechter informeel van aard omdat de vrederechter de procesregels van het Gerechtelijk Wetboek niet altijd toepast. Dat geldt ook voor de procedure ten gronde.⁵⁷² Vrederechters zien

⁵⁶⁵ Bauw e.a. 2019, p. 73.

⁵⁶⁶ Bauw e.a. 2019, p. 74.

⁵⁶⁷ Ter Voert 2013, p. 15; Lanckswert 2018, p. 6.

⁵⁶⁸ Bauw e.a. 2019, p. 103. Zie ook: Verschoof & Van Rossum 2018.

⁵⁶⁹ Dit is in Nederland voor kantonzittingen voor natuurlijke personen voor zaken met vorderingen van onbepaalde waarde en vorderingen met een beloop tot € 500 € 81 aan griffierechten, voor zaken met een beloop van € 500 tot € 12.500 € 231 aan griffierechten en voor zaken met een beloop vanaf € 12.500 € 468. Zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken.

⁵⁷⁰ Rothier e.a. 2018, p. 17; Bauw e.a. 2019, p. 47.

⁵⁷¹ Bauw e.a. 2019, p. 66 & p. 68.

⁵⁷² Bauw e.a. 2019, p. 68.

ook laagdrempelig taalgebruik en inlevingsvermogen als aspecten van nabijheid.⁵⁷³ Met andere woorden: de vrederechter kent een hoge mate van efficiëntie voor de procespartijen, als snelle en goedkope rechtsingang voor het oplossen van geschillen.

De andere kant van de medaille is dat de vrederechters weinig efficiënt lijken vanuit het perspectief van de overheidsfinanciën. De 162 kantons hebben elk een vrederechter met bijbehorende ondersteuning. Dit lijkt een dure aangelegenheid. Daar staan weliswaar kostenbesparende factoren tegenover, maar dat neemt niet weg dat de kosten van de vredegerichten hoog zullen zijn. Kostenbesparende factoren zijn dat vrederechters meerdere kantons kunnen bedienen,⁵⁷⁴ dat griffies zijn gecentraliseerd⁵⁷⁵ en dat vrederechters niet overal een eigen locatie nodig hebben, omdat zij zittingen ‘*sous l’arbre*’ kunnen houden.⁵⁷⁶

Bauw e.a. omschrijven de verzoeningsprocedure als ‘zeer arbeidsintensief’, met een maximum van tien verzoeningsprocedures op een ochtend.⁵⁷⁷ Aan de andere kant moet die tijdsinvestering ook weer niet overdreven worden: dat zijn zo’n drie zaken per uur, dat is vergelijkbaar met de Nederlandse kantonrechter.⁵⁷⁸ De precieze kosten van de vredegerichten kunnen niet worden bepaald, dat wordt in België niet bijgehouden.

De vrederechter biedt procespartijen dus een snelle en goedkope procedure. Daar staat tegenover dat het waarschijnlijk duur is om het systeem van de vele rechters in den lande in stand te houden, zeker omdat de verzoeningsprocedure gratis is.

5.4.5.2 Effectiviteit: werkt de vrederechter?

De vrederechters zelf zeggen in de expertmeetings in het kader van het onderzoek van Bauw e.a. dat zij goed in staat zijn het onderliggende probleem van de procespartijen op te lossen. De vrederechters kennen de rechtszoekenden en hun wederpartijen in hun kanton, zoals malafide huisjesmelkers. Daarnaast kennen ze andere diensten, zoals de wijkagenten en sociaal werkers. Ook wijzen Bauw e.a. op de procedures die niet op tegenspraak zijn (vgl.

⁵⁷³ Bauw e.a. 2019, p. 69.

⁵⁷⁴ Wet van 1 december 2013 tot hervorming van de gerechtelijke arrondissementen en tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op een grotere mobiliteit van de rechterlijke orde (*Belgisch Staatsblad* 10 december 2013); Bauw e.a. 2019, p. 50-51.

⁵⁷⁵ KB van 18 juli 2017 tot het verbinden van een griffie aan meerdere vredegerichten en tot wijziging van het KB van 10 augustus 2001 tot vaststelling van de dagen en de uren waarop de griffies van de hoven en de rechtbanken open zijn (*Belgisch Staatsblad* 25 juli 2017); zie ook Bauw e.a. 2019, p. 58.

⁵⁷⁶ Art. 66, §2 Ger. W.; Bauw e.a. 2019, p. 65.

⁵⁷⁷ Bauw e.a. 2019, p. 75.

⁵⁷⁸ De Nederlandse kantonrechter besteedt gemiddeld 23 minuten aan kantonzaken, zie Hertogh e.a. 2018, p. 62. Marseille e.a. komen op gemiddeld 45 minuten tot 60 minuten per kantoncomparitie uit, daarmee vergeleken is de vrederechter zelfs snel, zie Marseille e.a. 2014, p. 55.

verzoekschriftprocedures in Nederland), zoals bewindprocedures, waar rechters ‘op een zeer persoonlijke manier’ handelen en rechtstreeks communiceren.⁵⁷⁹ Cijfers waarin rechtszoekenden beoordelen of hun doel bereikt is en of het onderliggende conflict opgelost is, zijn niet bekend.

Wel zijn cijfers bekend over de aantallen aanvragen tot minnelijke schikking en het aantal processen-verbaal tot verzoening. Bauw e.a. presenteren cijfers waaruit blijkt dat het aantal aanvragen tot minnelijke schikking daalt. Ook is het schikkingspercentage laag in vergelijking met de cijfers over Nederlandse mediation en gerechtelijke procedures. Deze cijfers zijn opgenomen in Tabel 8.

Tabel 8: Overzicht verzoeningsprocedures en hun schikkingspercentages over 2010-2015 bij de vrederechter.⁵⁸⁰

	Aanvragen tot minnelijke schikking	processen-verbaal verzoening	Schikkingspercentage (%)	processen-verbaal niet verzoening	processen-verbaal verdaging
2010	86.962	18.728	21,5	69.068	6.146
2011	80.780	17.251	21,4	65.545	5.960
2012	76.690	16.259	21,2	62.548	6.242
2013	70.953	14.289	20,1	56.895	5.055
2014	65.031	12.680	19,5	52.373	5.598
2015	60.422	11.900	19,7	49.820	5.157

Het beeld dat de vrederechters schetsen, namelijk dat van een zeer effectieve rechter, wordt niet ondersteund door dit empirische materiaal. De schikkingspercentages variëren van 19,5 tot 21,5 procent en zijn een stuk lager dan de cijfers bij mediation of bij comparities in civiele zaken in Nederland. De vrederechter lijkt daarom niet beter in staat om te ‘verzoenen’ dan de Nederlandse civiele rechter. Ook in de Belgische literatuur is kritiek te vinden op de effectiviteit van de verzoeningspoging.⁵⁸¹ Hierbij dienen wel twee belangrijke kanttekeningen te worden gemaakt. In de eerste plaats zeggen deze cijfers niets over het aantal schikkingen bij procedures ten gronde: dat schikkingspercentage kan veel hoger liggen. Daarover zijn geen statistieken beschikbaar. De tweede kanttekening is dat ook wanneer geen verzoening bereikt

⁵⁷⁹ Bauw e.a. 2019, p. 76-77.

⁵⁸⁰ De tabel is ontleend aan Bauw e.a. 2019, p. 72. De cijfers zijn afkomstig van ‘Statistieken’ op rechtbanken-tribunaux.be, <https://www.rechtbanken-tribunaux.be/nl/college-van-hoven-en-rechtbanken>. Als ‘bijlagen’ kunnen daar de statistieken per jaar van de vrederechters worden gevonden (laatst geraadpleegd 22 augustus 2019). Statistisch materiaal van na het jaar 2015 is niet voorhanden.

⁵⁸¹ Bijvoorbeeld Laenens & Henquin 2003, p. 1652.

wordt, de rechter wel probleemoplossend kan handelen. Bauw e.a. wijzen erop dat het geschil ook wanneer geen verzoening bereikt wordt, verduidelijkt wordt. Dat kan ertoe leiden dat partijen bijvoorbeeld buiten de procedure om alsnog een akkoord sluiten,⁵⁸² of dat de eisende partij het erbij laat en geen procedure ten gronde inleidt. Ook die mogelijkheden zijn niet meegenomen in de beschikbare statistieken.

De conclusie is dat de vrederechter in theorie in staat is om een verzoenende rol te spelen en partijen nader tot elkaar te brengen. Zo'n verzoening kan een effectieve oplossing zijn voor de conflicten van partijen. Daar staat tegenover dat het aantal daadwerkelijk bereikte verzoeningen lager is dan bij mediation of rechtspraak in Nederland.

5.4.5.3 Rechtvaardigheid: ervaringen van partijen

Ervaringen van partijen

Over de tevredenheid of de ervaren procedurele rechtvaardigheid van Belgische rechtszoekenden met de vrederechter of de verzoeningsprocedure zijn geen cijfers bekend. De Belgische Justitiebarometer gaat vooral in op tevredenheid van de rechtspraak als geheel.⁵⁸³ Dat onderzoek betreft echter een steekproef onder alle Belgische burgers en niet alleen onder hen die ook daadwerkelijk een procedure hebben gevoerd. Die gegevens zijn voor dit onderzoek minder bruikbaar.

Scheiding van de rollen

Opvallend aan de verzoeningsprocedure is de scherpe scheiding tussen de verzoeningsprocedure, die ingeleid wordt met een specifiek verzoek, en de procedure ten gronde, die ingeleid wordt met een dagvaarding (art. 700 Ger.W.) of een verzoekschrift op tegenspraak (art. 1034*bis* Ger.W.).⁵⁸⁴ De gebruikelijke gang van zaken is daarom dat een partij zijn wederpartij eerst oproept tot verzoening. Als dat niet lukt, kan hij de andere partij in een procedure op tegenspraak betrekken.⁵⁸⁵ Deze gang van zaken brengt een duidelijke scheiding aan tussen de rollen van de bemiddelaar en van de beslisser. Dat neemt overigens niet weg dat de rechter ook in de procedure ten gronde een bemiddelende rol kan spelen (art. 730/1 Ger. W.).⁵⁸⁶ Daarin zou dergelijke rolverwarring wel een rol kunnen spelen.

⁵⁸² Bauw e.a. 2019, p. 74.

⁵⁸³ Justitiebarometer 2014.

⁵⁸⁴ Bauw e.a. 2019, p. 61.

⁵⁸⁵ Vgl. Bauw e.a. 2019, p. 74.

⁵⁸⁶ Zie ook Bauw e.a. 2019, p. 73-74.

In de Belgische literatuur wordt gediscussieerd over een andere vorm van wat ik in deze scriptie rolverwarring noem: wanneer de verzoeningsprocedure niet tot een schikking leidt, zal in de praktijk dezelfde rechter de procedure ten gronde leiden.⁵⁸⁷ Dit brengt twee risico's met zich mee. De vrederechter kan zich bij de verzoeningsprocedure te terughoudend opstellen om geen voorschot te nemen op een eventuele procedure ten gronde, en bij de procedure ten gronde kan de vrederechter als minder onafhankelijk worden ervaren.⁵⁸⁸ Laenens en Henquin vrezen dat de vertrouwelijkheid van de verzoeningsprocedure hierdoor niet gewaarborgd wordt, waardoor partijen bij de verzoening hun kaarten niet op tafel willen leggen.⁵⁸⁹ Bauw e.a. hebben aandacht aan dit onderwerp besteed in de interviews en een expertmeeting. De geïnterviewde vrederechters verklaren zelf dat dit in de praktijk zelden of nooit problemen oplevert. Wel experimenteren enkele vredegerechten met een roulatiesysteem, waarbij de ene vrederechter de ander vervangt om dit te voorkomen. De ene vrederechter behandelt de verzoeningsprocedures van de andere rechter, en de andere vrederechter behandelt de procedures ten gronde van de ene vrederechter, en vice versa.⁵⁹⁰

Hoe verhoudt zich dit tot de mate van rolvermenging in Nederland? Door het hanteren van een aparte rechtsingang voor verzoeningsprocedures worden in de zaken die het stramien van een verzoeningsprocedure gevolgd door een procedure ten gronde volgen, de rollen van een bemiddelaar en een beslisser goed gescheiden. Dat dezelfde vrederechter de verzoeningsprocedure leidt en de procedure op tegenspraak leidt, doet daar slechts beperkt afbreuk aan. De vertrouwelijkheid is weliswaar in het geding en het beeld kan ontstaan dat de rechter zijn positie reeds ingenomen heeft, maar in ieder geval is de overgang van beide rollen sterk afgebakend. De Belgische rechter zal echter ook een schikking proberen te betrachten buiten de verzoeningsprocedure om, ex artikel 730/1 Ger. W. In die gevallen zal de situatie vergelijkbaar zijn met de Nederlandse situatie op de schikkingscomparitie.

5.4.6 *Analyse: een goed idee voor Nederland?*

5.4.6.1 Een Nederlandse verzoeningsprocedure

Is een dergelijke verzoeningsprocedure een goed idee voor Nederland? Ik vat de kenmerken van de Belgische verzoeningsprocedure samen. De procedure wordt ingeleid met

⁵⁸⁷ Bauw e.a. 2019, p. 74.

⁵⁸⁸ Bauw e.a. 2019, p. 74.

⁵⁸⁹ Laenens & Henquin 2003, p. 1655.

⁵⁹⁰ Bauw e.a. 2019, p. 74.

een specifiek verzoekschrift. Deze verzoeningsprocedure heeft een laagdrempelig karakter. De gerechtskosten zijn nihil en een advocaat is niet nodig. De doorlooptijd is kort. Over de effectiviteit van de vrederechter zijn de signalen wisselend. De vrederechters zelf zijn enthousiast, maar de cijfers ondersteunen dat niet. Het schikkingspercentage is een stuk lager dan wat we in Nederland zien bij mediation en bij de gerechtelijke procedure. Daar staat tegenover dat de vrederechters naar voren brengen dat hun procedure partijen ook op weg kan helpen als er tijdens de zitting zelf geen schikking bereikt wordt.

In Nederland worden de vrederechter en de verzoeningsprocedure nog wel eens gepresenteerd als een panacee tegen diverse problemen bij de rechtspraak.⁵⁹¹ Bauw e.a. betoogden dat politiek en rechtspraak kennelijk een behoefte zien in een vrederechterprocedure en hebben handvatten voor inpassing gepresenteerd.⁵⁹² In dit scriptieonderzoek staat (slechts) de vraag voorop of een aparte verzoeningsprocedure in Nederland zou helpen om verwarring van de rol van de rechter als bemiddelaar en als verzoener te voorkomen. Mijns inziens zou de invoering van een verzoeningsprocedure partijen helpen om de rollen van de rechter als bemiddelaar en beslisser te onderscheiden *indien en voor zover* partijen ervoor kiezen om eerst een verzoeningsprocedure te starten, en bij het niet bereiken van een schikking een procedure op tegenspraak in te leiden.⁵⁹³ Op grond van artikel 87 lid 2 Rv (nieuw) (en zoals staande praktijk is) zal de rechter echter ook buiten die keuzes een bemiddelende rol spelen in de procedures die aan hem zijn voorgelegd. Voor die gevallen helpt een verzoeningsprocedure niet. Dat brengt wel mee dat wie prijs stelt op een waterscheiding tussen bemiddeling en beslissing een keuze zal krijgen om zijn procedure in twee fases in te richten. Dat klinkt als een bijdrage aan de partijautonomie van procespartijen, maar daarbij dient wel bedacht te worden dat die keuze in feite alleen door de eisende partij gemaakt kan worden.

⁵⁹¹ Met name door Von Bóné (Von Bóné 2012; Von Bóné 2016; Von Bóné 2018; Von Bóné, AA 2019; Von Bóné, *Justitiële verkenningen* 2019 en diverse andere publicaties). Zie ook de motie-Segers, *Kamerstukken II* 2016/17, 34550-VI, 65. Ook in de populaire media krijgt de vrederechter positieve aandacht; zie bijv. ‘Belgische vrederechter werkt dejuridiserend’, *Mr.Online* 2 april 2019, <https://www.mr-online.nl/belgische-vrederechter-werkt-dejuridiserend/> (laatst geraadpleegd 23 augustus 2019); ‘In België is de vrederechter ook een beetje therapeut’, *NRC* 25 april 2018, <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/04/25/in-belgie-is-de-rechter-ook-een-beetje-therapeut-a1600711> (laatst geraadpleegd 23 augustus 2019); ‘Een laagdrempelige vrederechter, volgens de Belgen onmisbaar’, *EenVandaag* 1 mei 2018, <https://eenvandaag.avrotros.nl/item/een-laagdrempelige-vrederechter-volgens-de-belgen-onmisbaar/> (laatst geraadpleegd 23 augustus 2019). Zie over deze discussie ook Bauw e.a. 2019.

⁵⁹² Bauw e.a. 2019, p. 104.

⁵⁹³ Zoals Bauw e.a. 2019 voorstellen, zou dat ‘gekoppeld’ kunnen worden, door het proces-verbaal van niet-verzoening als procesinleiding te laten fungeren voor een procedure op tegenspraak; Bauw e.a. 2019, p. 102-105.

Een tweede beperking is dat de verzoeningsprocedure verankerd is in de Belgische rechtscultuur: een eenvoudige transponering leidt er niet per se toe dat de verzoeningsprocedure ook in Nederland zal werken.⁵⁹⁴ Bovendien zou zo'n transponering meer vergen dan een wetswijziging, omdat wat de vrederechter zo aantrekkelijk maakt, juist niet vastgelegd is in de Belgische wetgeving.⁵⁹⁵

5.4.6.2 Alternatieven?

Het eenvoudigweg invoeren van een verzoeningsprocedure naar de Nederlandse civiele procedure heeft dus als nadeel dat de risico's van rolvermenging alleen worden weggenomen wanneer de eisende partij ervoor kiest eerst een verzoeningsprocedure in te leiden, nog los van de bezwaren over *legal transplants* in het algemeen. Daarmee is nog niet weggenomen dat de rechter een schikking kan en zal betrachten in alle andere procedures. Er is een alternatief dat dit nadeel wegneemt, namelijk dat alle procedures opgesplitst worden in een verzoeningsprocedure en een procedure ten gronde. Dat alternatief is evenwel om verschillende redenen onwenselijk. Ik ga op deze plaats kort in op de nadelen hiervan.

In de eerste plaats doet een verplichte verzoeningspoging voor een procedure afbreuk aan het vrijwillige karakter van de bemiddeling.⁵⁹⁶ Ook kan het ertoe leiden dat partijen enkel een verzoeningsprocedure opstarten om maar toestemming te verkrijgen voor de procedure waar het hen echt om te doen is, de procedure op tegenspraak.⁵⁹⁷ Het is een beperking van de toegang tot de rechter⁵⁹⁸ en leidt tot extra kosten.⁵⁹⁹ Daarnaast doet het afbreuk aan het karakter van de rechtspraak in de samenleving: de rechtspraak krijgt dan slechts een subsidiair karakter.⁶⁰⁰ Hierbij komt nog eens dat de effectiviteit van de verzoeningsprocedure in werkelijkheid nog wel eens tegen kan vallen (zie par. 5.4.5.2).

Wanneer de verzoeningsprocedure niet verplicht wordt, maar de rechter in een procedure ten gronde geen bemiddelingspoging mag doen, brengt dat nog steeds nadelen met zich. Dan zou het kind met het badwater weggegooid worden, omdat de bemiddeling op de civiele comparitie nog altijd effectief blijkt. Het leidt tot een hoog schikkingspercentage en tot een effectieve oplossing van de problemen van rechtszoekenden (zie par. 4.4). Daarnaast zou

⁵⁹⁴ Vgl. bijv. Siems 2017, p. 220-221.

⁵⁹⁵ Bauw e.a. 2019, p. 103.

⁵⁹⁶ Brenninkmeijer e.a. 2009, p. 20-21; Lanckswaerd 2018, p. 10; Broekhuijsen-Molenaar 2019, p. 1536.

⁵⁹⁷ Lanckswaerd 2018, p. 15.

⁵⁹⁸ Lanckswaerd 2018, p. 12.

⁵⁹⁹ Lanckswaerd 2018, p. 14.

⁶⁰⁰ Lanckswaerd 2018, p. 14.

dat mijns inziens niet in de Nederlandse rechtscultuur passen, waarbij het betrachten van een schikking op de comparitie al sinds jaar en dag deel uitmaakt van de taak van de civiele rechter.⁶⁰¹

5.4.6.3 Lessen van de verzoeningsprocedure voor de Nederlandse procedure

Het transponeren van de verzoeningsprocedure biedt dus geen oplossing voor de risico's die het vermengen van de beslissende en de bemiddelende rol van de rechter meebrengt. Ook het alternatief – alle procedures splitsen in een bemiddelingszitting en een beoordelingszitting – biedt geen soelaas. Dat zou een disproportionele maatregel zijn. Dat neemt niet weg dat er een belangrijke les getrokken kan worden uit de Belgische verzoeningsprocedure, namelijk de scheiding die tussen de verzoeningsprocedure en de procedure ten gronde aangebracht wordt. Een dergelijke waterscheiding zou mijns inziens ook mogelijk kunnen zijn zonder dat de procedure als het ware opgeknipt wordt, bijvoorbeeld door een duidelijk moment in de comparitie op te nemen waarin de rechter expliciet overgaat van de informatiefase naar de bemiddelingsfase.

5.4.7 *Deelconclusie: een verzoeningsprocedure in Nederland?*

De introductie van een verzoeningsprocedure in Nederland biedt procespartijen die dat willen een mogelijkheid om de rollen van de bemiddelaar en de beslisser te scheiden. Verder is de verzoeningsprocedure een snelle en goedkope manier om een schikking te proberen te bereiken. De verzoeningsprocedure kent een laag schikkingspercentage. Het is echter geen manier om de bemiddelende rol en de beslissende rol in alle procedures scherper te onderscheiden. Het alternatief om alle procedures te splitsen in een bemiddelingsprocedure en een procedure ten gronde zou ook niet wenselijk zijn. Voor de Nederlandse comparitie zou hieruit wel de les getrokken kunnen worden dat een waterscheiding de risico's van een vermenging van bemiddelen en beslissen verkleint. Dat kan ook tijdens één procedure.

5.5 De conciliateur in Frankrijk

5.5.1 *Inleiding: de conciliateur de justice*

Ook in Frankrijk is een waterscheiding aangebracht tussen de bemiddeling door de rechter en zijn beslissing. Daar wordt de bemiddeling namelijk uitgevoerd door een daartoe

⁶⁰¹ Vgl. Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974.

ingestelde functionaris, de *conciliateur de justice*. In deze paragraaf onderzoek ik welke lessen we van de bemiddelingsprocedure kunnen leren voor de Nederlandse schikkingspraktijk.

Ik ga eerst in op de *conciliateur* en op de Franse vrederechter (par. 5.5.2). Vervolgens wordt de werkwijze van de *conciliateur* in de praktijk behandeld (par. 5.5.3). Ik bespreek de *conciliateur* ook kort in termen van efficiëntie, effectiviteit en rechtvaardigheid, maar daar is slechts beperkt cijfermateriaal over beschikbaar (par. 5.5.4). De paragraaf sluit af met een analyse (par. 5.5.5) en een deelconclusie (par. 5.5.6).

5.5.2 Achtergrond: de vrederechter en de conciliateur

5.5.2.1 Franse vrederechters: Juge de paix, juge d’instance, juge de proximité

De vrederechter, zoals die in België nog altijd bestaat, is geworteld in de Franse figuur van de *juge de paix*.⁶⁰² De *juge de paix* was een rechter die gericht was op het beproeven van een schikking.⁶⁰³ In 1958 werd de figuur van de *juge de paix* opgevolgd door de *juge d’instance*. Deze nam de meeste taken van de *juge de paix* over, maar de bemiddelende taak werd in 1978 afgesplitst en opgedragen aan een nieuw ambt, dat van de *conciliateur de justice*.⁶⁰⁴ Overigens heeft de Franse ‘vrederechter’ een turbulente ontwikkeling doorgemaakt: de *juge d’instance* is weer opgevolgd door de *juge de proximité*,⁶⁰⁵ maar vervolgens is dat teruggedraaid en werd de *juge d’instance* weer in ere hersteld. Die *juge d’instance* zal per 1 januari 2020 worden ondergebracht bij een *tribunal judiciaire*, waarmee de zelfstandigheid van de vredegerichten verdwijnt.⁶⁰⁶ De bevoegdheden van de *juge d’instance* betreffen civiele zaken met een beloop tot € 4.000.⁶⁰⁷

⁶⁰² Zie over de Belgische vrederechter par. 5.4.2. Over de geschiedenis van de Franse *juge de paix* en de vrederechter, die teruggaan op het Leidse College van de Vredemakers, zie Von Bóné 2019; Bauw e.a. 2019, p. 27 en p. 96-97.

⁶⁰³ Bauw e.a. 2019, p. 31-32.

⁶⁰⁴ Décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice; Décret n° 96-1091 du 13 décembre 1996 modifiant le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs.

⁶⁰⁵ Loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits; Bauw e.a. 2019, p. 34.

⁶⁰⁶ Bauw e.a. 2019, p. 44.

⁶⁰⁷ Art. L331-2 van de Code de l'organisation judiciaire (créé par Loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance); Bauw e.a. 2019, p. 35.

5.5.2.2 Conciliateur de justice

Ondanks deze turbulente ontwikkeling is de *conciliateur de justice* naast de *juge de proximité* en de *juge d'instance* blijven bestaan. De *conciliateur de justice* zal ook vanaf 1 januari 2020 blijven bestaan bij de nieuw op te richten *tribunaux judiciaires*. Deze ‘bemiddelaar van justitie’ heeft als taak het onderzoeken van een minnelijke schikking. De functie is vrijwillig, maar de *conciliateur* krijgt wel een vergoeding voor secretariële ondersteuning.⁶⁰⁸ De *conciliateurs* moeten minstens drie jaar relevante, juridische ervaring hebben. Ze worden benoemd door de president van het *cour d'appel* (hof van beroep).⁶⁰⁹ *Conciliateurs* zijn verplicht training te volgen, zowel na de benoeming als een vorm van permanente educatie.⁶¹⁰ De *conciliateur* heeft een algemene materiële bevoegdheid.⁶¹¹ Hun procedure is vormvrij.⁶¹² Er worden wel algemene regels gegeven in artikelen 1536-1541 Code de procédure civile en er is een ‘*Guide de la conciliation*’ die handvatten moet bieden voor de conciliatie, maar die biedt geen aanwijzingen voor de onderhandelingen als zodanig.⁶¹³

Ondanks het instellen van een aparte bemiddelaar heeft de Franse rechter ook een wettelijke taak om partijen te verzoenen.⁶¹⁴ Ook die kan dus een schikking beproeven. Het is mij niet duidelijk geworden wat de aanleiding is om de rollen van de rechter en de bemiddelaar te scheiden. De motieven daarvoor lijken veeleer in efficiency te liggen: Vericel e.a. schrijven dat een bemiddeling veel zittingstijd kost.⁶¹⁵ Dat de scheiding van beide rollen op zichzelf belangrijk gevonden wordt, blijkt niet uit de onderzoeksrapporten die over de *conciliateur* geschreven zijn.⁶¹⁶

5.5.3 De conciliateur in de praktijk

De Franse *juge de proximité* kent een zeer laag bemiddelingspercentage, namelijk 2,8 procent van de beslissingen (7,5% van de niet-inhoudelijke beslissingen).⁶¹⁷ Ook werden partijen in 2006 maar in 0,7 procent van de zaken doorverwezen naar de *conciliateur*.⁶¹⁸

⁶⁰⁸ Décret n° 78-381 (geconsolideerde versie), art. 1.

⁶⁰⁹ Décret n° 78-381 (geconsolideerde versie), art. 2 en art. 3.

⁶¹⁰ Décret n° 78-381 (geconsolideerde versie), art. 3-1.

⁶¹¹ Inspection Générale des Services Judiciaires 2015, p. 25.

⁶¹² Inspection Générale des Services Judiciaires 2015, p. 26.

⁶¹³ *Le guide de la conciliation devant le tribunal d'instance, guide à l'usage des conciliateurs*, april 2018.

⁶¹⁴ Art. 21 Code de procédure civile. De Franse wet spreekt van *concilier*.

⁶¹⁵ Vericel e.a. 2008, p. 101-102.

⁶¹⁶ Inspection Générale des Services Judiciaires 2015; Direction des services judiciaires 2018.

⁶¹⁷ Vericel e.a. 2008, p. 37; Bauw e.a. 2019, p. 37.

⁶¹⁸ Vericel e.a. 2008, p. 39.

Vericel spreekt van een ‘*très faible recours au mécanisme de la tentative de conciliation en cours d’audience*’.⁶¹⁹ Niet alle rechters zien bemiddeling niet als hun taak, ondanks de wettelijke opdracht in artikel 21 van de Code de procédure civile.⁶²⁰

Dit lage schikkingspercentage wordt echter verklaard door de bemoeienis van de *conciliateur*. Volgens Vericel e.a. worden de meeste schikkingen bereikt bij de *conciliateur*. Dat kan voorafgaand aan de zitting of tussen twee zittingen in.⁶²¹ Vericel legt een verband tussen deze bemiddeling door de *conciliateur* en het vrij hoge percentage van zaken dat ingetrokken wordt door de eiser, namelijk 18,6 procent.⁶²² Ook worden partijen aangemoedigd zich voor de zitting tot de *conciliateur* te wenden: 45,3 procent van de rechters stelt een dergelijk aanmoedigingsbeleid te voeren. Dit kan in de vorm van een gesprek met de *conciliateur* vooraf, maar hij kan ook aanwezig zijn in de zittingszaal. Het komt ook voor dat partijen in een keer worden opgeroepen voor zowel de *conciliateur* als voor de rechter, waarbij de conciliatiepoging enkele dagen voor de gerechtelijke zitting plaatsvindt.⁶²³ De *conciliateurs* ontvingen in 2006 200.000 aanvragen. Het schikkingspercentage van de *conciliateurs* bedroeg in 2006 bijna 50 procent⁶²⁴ en in 2013 zelfs 58,9 procent.⁶²⁵ Nadere statistische gegevens, zoals over de tevredenheid van de bemiddeling door de *conciliateurs de justice*, zijn niet bekend. Die worden ook niet te worden bijgehouden of onderzocht.⁶²⁶

Het systeem met een *conciliateur* brengt ook nadelen mee: het is moeilijk om kandidaten te werven, de werkwijze van de *conciliateurs* loopt uiteen, advocaten willen niet altijd meewerken en de bemiddeling is niet altijd goed ingebed in de gerechtelijke procedure.⁶²⁷ In reactie daarop is in 2015 voorgesteld om de bemiddelende taak weer terug te brengen bij de *juge de proximité*. Een fusie tussen de rechter en de bemiddelaar zou mogelijk maken dat een schikking meteen kan worden gehomologeerd.⁶²⁸ Dat voorstel lijkt geen stand te hebben gehouden. Verbetervoorstellen betreffen thans met name de werving en de arbeidsvoorwaarden van de *conciliateur de justice* en het verder inbedden van de *conciliateur* in zijn gerecht.⁶²⁹ In

⁶¹⁹ Vericel e.a. 2008, p. 46.

⁶²⁰ Vericel e.a. 2008, p. 47.

⁶²¹ Vericel e.a. 2008, p. 46.

⁶²² Vericel e.a. 2008, p. & p. 39.

⁶²³ Vericel e.a. 2008, p. 47.

⁶²⁴ Vericel e.a. 2008, p. 73; Bauw e.a. 2019, p. 39.

⁶²⁵ Inspection Générale des Services Judiciaires 2015, p. 26.

⁶²⁶ Inspection Générale des Services Judiciaires 2015, p. 39.

⁶²⁷ Inspection Générale des Services Judiciaires 2015, p. 27-28.

⁶²⁸ Inspection Générale des Services Judiciaires 2015, p. 31.

⁶²⁹ Direction des services judiciaires 2018.

de vorming van de *tribunaux judiciaires* lijkt zo'n gecombineerde rol ook geen plaats te hebben.

5.5.4 *De conciliateur de justice in termen van effectiviteit, efficiëntie en rechtvaardigheid*

Uitvoerig empirisch onderzoek naar de *conciliateur de justice* ontbreekt.⁶³⁰ Het is daarom moeilijk om gedetailleerde opmerkingen te maken over de effectiviteit, de efficiëntie en de rechtvaardigheid van de bemiddelingsprocedure voor de Franse *conciliateur de justice*. Wel blijkt dat de *conciliateur* een hoog schikkingspercentage heeft van rond de 50 tot 58 procent. In termen van efficiëntie *conciliateur* speelt het een positieve rol dat het een vrijwillige functie betreft. De rechter wordt tijd bespaard, omdat het bemiddelingsgedeelte van de zitting hem uit handen wordt genomen. Wel moet de bemiddelaar zich opnieuw in de zaak verdiepen; dat kost meer tijd dan wanneer één persoon zich het dossier eigen moet maken. Wat het oogpunt van rechtvaardigheid betreft, zijn geen empirische onderzoeken bekend naar ervaringen van rechtszoekenden. Omdat de procedure zo vormvrij is, kunnen de bestaande procedureregels ook niet worden getoetst aan het kader zoals dat geschetst is in paragraaf 2.4.

5.5.5 *Analyse: een goed idee voor Nederland?*

5.5.5.1 Een conciliateur in Nederland

Zou een dergelijke *conciliateur* in Nederland ingevoerd moeten worden? Enerzijds klinkt het aantrekkelijk: er wordt een duidelijke scheiding aangebracht tussen de rol van de rechter en van de bemiddelaar. De *conciliateur* heeft een hoog schikkingspercentage. En het lijkt erop dat een dergelijke constructie niet veel duurder hoeft te zijn dan de huidige civiele rechtspraak in Nederland: er moeten weliswaar extra bemiddelaars aangenomen worden, maar het scheelt rechters tijd omdat het bemiddelen hen uit handen genomen wordt.

Tegen de achtergrond van het ontbreken van Franse empirische gegevens en de problemen die in Frankrijk worden gesignaleerd, lijkt transplantatie van het fenomeen evenwel overhaast. Niettemin verdienen aspecten van deze Franse gerechtelijk bemiddelaar ook in Nederland serieuze overweging. De mogelijkheden daarvoor worden in de volgende subparagraaf besproken.

⁶³⁰ Inspection Générale des Services Judiciaires 2015, p. 39.

5.5.5.2 Alternatieven?

Een vorm van een gerechtelijk bemiddelaar kan mijns inziens op twee manieren worden bereikt. De eerste manier sluit aan op ‘Mediation naast rechtspraak’.⁶³¹ Mediation naast rechtspraak in civiele zaken bestaat doorgaans uit 3 bijeenkomsten, verspreid over 61 dagen.⁶³² De *conciliateur* lijkt een informelere rol te spelen dan deze mediator. Door aanwezigheid van de *conciliateur* in de zittingszaal kan hij partijen begeleiden bij de onderhandelingen die zij nu, in het Nederlands systeem, op de gang voeren. Dat is een compactere procedure dan een op zichzelf staand mediationtraject. De vergelijking met piketmediation (par. 2.2.3.8) dringt zich op. Ook bij piketmediation is immers sprake van een mediator die de schikkingsbesprekingen ter plaatse kan faciliteren.

Een dergelijke vorm van gerechtelijke bemiddeling zou dan ook naar het model van piketmediation kunnen worden ingericht. Een voorselectie kan plaatsvinden door rechters, door juridisch medewerkers of door mediationfunctionarissen op basis van vastgestelde indicatoren. In geselecteerde gevallen kan een gerechtelijk bemiddelaar (mediator) aanwezig zijn in de zittingszaal of op afroep beschikbaar kunnen zijn. Hun taak is dan het begeleiden van schikkingsbesprekingen. Ik verwacht dat een dergelijke ‘pressure-cooker’ partijen net als in het familierecht een duwtje in de goede richting kan geven bij het voeren van de schikkingsbesprekingen. Die schikkingsbesprekingen zouden partijen nu toch al op de gang voeren, in een schorsing. Dat kan in plaats van gerechtelijke bemiddeling zijn, of ondersteunend daarin. In andere gevallen kan een dergelijk gesprek misschien leiden tot het volgen van een uitgebreider mediationtraject. Piketmediation zou om te beginnen ingezet kunnen worden bij bijvoorbeeld burengeschillen. Burengeschillen hebben met familiegeschillen gemeen dat procespartijen met elkaar verweven zijn: ze wonen naast elkaar en zullen elkaar na het conflict nog vaker tegenkomen (vgl. par. 4.4.2). Een dergelijke vorm van piketmediation brengt echter wel kosten met zich mee, omdat er capaciteit nodig is om deze dienst bij voldoende zittingen te kunnen leveren. De kosten zijn afhankelijk van de precieze invulling van een dergelijk project.

Een tweede vorm is om niet aan te sluiten bij ‘Mediation naast rechtspraak’, maar om de werkwijze van de Bemiddelingsraadsheer verder uit te rollen (zie par. 2.2.3.7). Wanneer

⁶³¹ Zie bijv. de brochure ‘Mediation naast rechtspraak in civiele en kantonzaken’, op www.rechtspraak.nl, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/R023-Mediation-naast-civiele-en-kantonzaken.pdf> (laatst geraadpleegd 27 augustus 2019); Gerritsen e.a. 2009.

⁶³² Gerritsen e.a. 2009, p. 42.

partijen behoefte hebben aan een rechter die de schikkingsbesprekingen actief begeleidt, en dus meer doet dan slechts partijen de gang op sturen, zou de behandelend rechter een rechter-commissaris kunnen benoemen die als bemiddelaar optreedt. Er is wel een wetswijziging nodig om dit ook bij enkelvoudige kamers mogelijk te maken. Artikel 15 lid 4 Rv geeft alleen aan de meervoudige kamer de mogelijkheid om een gedeelte van de behandeling aan een rechter-commissaris over te laten. Wellicht kan de Experimentenwet rechtspleging hier te zijner tijd uitkomst bieden. Deze werkwijze sluit aan op de Amerikaanse praktijk, waarin de zaak naar een andere rechter doorverwezen kan worden voor de *settlement conference* (zie par. 2.3.2).

5.5.6 *Deelconclusie: conciliatie in Nederland?*

Net als in België is de bemiddeling in Frankrijk van de beslissingsfase gescheiden. We hebben gezien dat deze waterscheiding in België bestaat uit aparte procedures, met aparte procesinleidingen: de verzoeningsprocedure en de procedure ten gronde (par. 5.4). In Frankrijk wordt deze scheiding niet aangebracht in de procedure of door de procesinleiding, maar door de betrokken functionaris: de bemiddeling wordt door de *conciliateur de justice* begeleid, de beslissing is aan de rechter. In Nederland wordt een dergelijke scheiding ook in bepaalde projecten toegepast. De werkwijze van piketmediation doet denken aan die van de *conciliateur*. Piketmediation zou kunnen worden uitgebreid naar civiele dagvaardingsprocedures. Ook in het kader van de Bemiddelingsraadsheer is sprake van een andere functionaris die bemiddelt dan de beslissende rechter, namelijk in de vorm van een raadsheer-commissaris.

5.6 **Conclusie: rechtsvergelijking**

Uit deze rechtsvergelijking blijkt dat zowel in Nederland als in België en Frankrijk mechanismen bestaan die als gevolg hebben dat de bemiddelende rol en de beslissende rol van de rechter wordt gescheiden. In Nederland zien deze mechanismen op een scheiding tijdens de comparitie door de overgang van de inlichtingenfase en de onderhandelingsfase duidelijk te expliciteren. In België wordt een scheiding tussen beide rollen bewerkstelligd doordat partijen kunnen kiezen voor een aparte verzoeningsprocedure die met een verzoekschrift wordt ingeleid. Wanneer partijen niet tot een schikking komen, kunnen zij een gewone juridische procedure inleiden, waarin de rechter ten gronde beslist. In Frankrijk wordt de bemiddeling van de beslissing gescheiden door de behandelend functionaris. De bemiddelingsfase wordt begeleid door een gerechtelijk bemiddelaar, de *conciliateur de justice*. De rechter speelt daarom in Frankrijk nauwelijks een rol bij het beproeven van een minnelijke regeling.

Nederland is ten opzichte van België en Frankrijk een buitenbeentje. In Nederland bemiddelt de rechter zelf.

Ook in Nederland kan een waterscheiding tussen de inlichtingenfase en de onderhandelingsfase worden gecreëerd, bijvoorbeeld door een verzoeningsprocedure in het leven te roepen⁶³³ of door in te zetten op bemiddelaars in het gerechtshof, bijvoorbeeld in het kader van een bemiddelingsrechter, vergelijkbaar met de Bemiddelingsraadsheer⁶³⁴ of door piketmediation uit te breiden naar civiele dagvaardingsprocedures. Het gaat dan om een bemiddelingstraject binnen de civiele procedure waar procespartijen vrijwillig en gezamenlijk voor kunnen kiezen. Deze oplossingsrichting past in het streven van de Commissie fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht. Deze commissie bepleitte een procedure waarin zowel ADR als rechtspraak een plaats hebben en waarbij beide vanuit hun kracht werden benaderd. Een dergelijke gerechtelijk bemiddelaar doet daar recht aan.

Er zijn dus verschillende oplossingsrichtingen mogelijk om de nadelen van gerechtelijke bemiddeling te ondervangen. Deze oplossingsrichtingen zouden niet krachteloos moeten zijn. Daarom pleit ik ervoor om een specifieke bepaling op te nemen die bepaalt dat een vaststellingsovereenkomst vernietigbaar is als de totstandkoming ervan in strijd is met de openbare orde of de goede zeden. Ter ondersteuning daarvan dient de rechter in het procesverbaal verslag te doen van zijn bemiddelingsinterventies.

⁶³³ Zoals ook voorgesteld in Bauw e.a. 2019, p. 103-105.

⁶³⁴ Zie par. 2.2.3.7.

6 Conclusie

6.1 Beantwoording onderzoeksvragen

In dit onderzoek staat de vraag centraal of bemiddeling door de rechter in de civiele dagvaardingsprocedure wenselijk is in termen van een efficiëntie, effectieve en rechtvaardige procedure en welke waarborgen eventuele nadelen kunnen wegnemen. Daartoe zijn zeven deelvragen opgesteld, waarin de risico's eerst vanuit een conceptueel perspectief zijn onderzocht (**deelvraag 1**), en vervolgens vanuit een empirisch perspectief (**deelvragen 2, 3 en 4**) Oplossingsrichtingen zijn onderzocht vanuit een rechtsvergelijking tussen Nederland (**deelvraag 5**), België (**deelvraag 6**) en Frankrijk (**deelvraag 7**). Voordat aan de beantwoording van deze deelvragen is toegekomen, heb ik betoogd dat een ontwikkeling gaande is waarbij de bemiddelende rol van de rechter vergroot wordt.

Uit de conceptuele benadering van bleek dat een aantal verschillen en overeenkomsten bestaan tussen de rechtsprekende rol en de bemiddelende rol van een geschilbeslechter. Rechtspraak is een publieke instelling waarbij uitspraken worden geacht een partijoverstijgende werking te hebben. Uitspraken binden formeel weliswaar alleen procespartijen, maar ze leiden tot rechtsvorming en tot explicitering van maatschappelijke waarden. De openbaarheid van de rechtspraak is daar een belangrijk onderdeel van. Dat is anders bij bemiddeling. Een schikking is een overeenkomst en heeft geen derdenwerking. Ook is bemiddeling gebaat bij vertrouwelijkheid. Vrijwilligheid is hier leidend. Bij rechtspraak is het de rechter die een beslissing neemt, bij een bemiddelingstraject doen partijen dat zelf. Bemiddeling vindt doorgaans plaats in een vertrouwelijke setting. Het verschil tussen de openbare rechterlijke behandeling en vertrouwelijke vormen van bemiddeling heeft vooral een gevolg voor principiële zaken. Door zaken in een openbare rechtszaak te behandelen kan de uitspraak ook andere onrechtmatige situaties beëindigen.

Rechterlijke bemiddeling is hier een tussenvorm van. De rechter kan een rol spelen om belangen van derden (of publieke belangen) in de gaten te houden. Ook heeft hij doorzettingsmacht en weten partijen dat als zij er niet uitkomen, de rechter vonnis zal wijzen (**deelvraag 1**).

Uit het empirisch onderzoek blijkt dat bemiddeling door de rechter een positieve uitwerking heeft op de efficiëntie van de gerechtelijke procedure (**deelvraag 2**). Bemiddeling leidt ertoe dat de doorlooptijd wordt verkort en dat zowel de rechter als procespartijen minder tijd kwijt zijn aan de procedure. Ook draagt gerechtelijke bemiddeling bij aan de effectiviteit

van de procedure. Uit onderzoek blijkt dat procespartijen gunstiger oordelen over schikkingen dan over uitspraken op de factoren doelbereik, het oplossen van het probleem, ervaren rechtvaardigheid en nakoming van de uitkomst (**deelvraag 3**). Wat de rechtvaardigheid betreft is het beeld ambigu. Enerzijds worden schikkingen als rechtvaardiger beschouwd dan beslissingen van de rechter. Zo bezien dragen schikkingen bij aan de rechtvaardigheid van de procedure. Anderzijds ligt ervaren druk of dwang om te schikken op de loer. Dat doet afbreuk aan de partijautonomie en aan de ervaren onpartijdigheid van de rechter (**deelvraag 4**).

Uit rechtsvergelijkend onderzoek blijken verschillende oplossingsrichtingen mogelijk, die allemaal zien op een waterscheiding tussen het bemiddelende deel van de gerechtelijke procedure en het deel waarin de rechter de beslissing neemt. In Nederland wordt de scheiding tussen de inlichtingenfase en de onderhandelingsfase geëxpliciteerd. *Informed consent* moet hierbij worden gewaarborgd. Dat betekent dat de rechter duidelijk dient te zeggen wanneer de onderhandelingsfase begint en hij moet de wens van partijen respecteren om al dan niet over een schikking te spreken. Een afdwingbare waarborg staat procespartijen nog niet tot beschikking, maar zou mijns inziens wel wenselijk zijn. Ik pleit voor een wetswijziging op grond waarvan een vaststellingsovereenkomst vernietigd kan worden als de totstandkoming ervan in strijd is met de fundamentele rechtsbeginselen. Ter ondersteuning daarvan moet ook worden bepaald dat de rechter in zijn proces-verbaal verslag moet doen van de wijze waarop hij tussen partijen bemiddeld heeft (**deelvraag 5**).

In België hebben rechtszoekenden een aparte rechtsingang voor een bemiddelingspoging. Rechtszoekenden kunnen zich met een verzoekschrift tot de rechter wenden om een verzoeningsprocedure in te leiden. Daarin zal de rechter als bemiddelaar optreden. Het aanbrengen van een scheiding tussen een bemiddelingspoging en de procedure ten gronde is ook in Nederland mogelijk. Dat kan door een verzoeningsprocedure in te richten, maar het is ook mogelijk om de scheiding in de civiele procedure nadrukkelijk aan te geven (**deelvraag 6**).

In Frankrijk wordt ook een scherpe scheiding gemaakt tussen bemiddeling en beslissing. De waterscheiding bestaat in Frankrijk uit het feit dat de rechter beslist en een bemiddelaar bemiddelt. Partijen kunnen zich voor of tijdens de procedure tot deze *conciliateur de justice* wenden en de rechter kan partijen naar de *conciliateur de justice* verwijzen. Ook in Nederland zouden de bemiddelende rol van de rechter en de beslissende rol van de rechter van elkaar gescheiden kunnen worden door iemand anders dan de rechter als bemiddelaar aan te wijzen. In navolging van de Bemiddelingsraadsheer kan een bemiddelingsrechter-commissaris worden benoemd. Dit is ook staande praktijk bij de *settlement conference* in de Verenigde

Staten. Ook zou ‘Mediation naast rechtspraak’ kunnen worden uitgebreid door mediators in voorkomende gevallen in de zittingszaal uit te nodigen of door hen te vragen op de gang de schikkingspartijen te ondersteunen. Dit sluit aan bij piketmediation zoals dat nu vooral in het familierecht wordt toegepast (**deelvraag 7**).

Dat brengt ons op de beantwoording van de hoofdvraag, namelijk of het wenselijk is als de rechter een bemiddelende rol speelt en hoe eventuele nadelen kunnen worden ondervangen. In zowel de literatuur als in het domein van de Rechtspraak en van de politiek wordt bemiddeling door de rechter omarmd. Ook uit dit scriptieonderzoek blijkt dat bemiddeling wezenlijke voordelen meebrengt, met name doordat de procedure wint aan effectiviteit en aan efficiëntie. Maar gerechtelijke bemiddeling heeft ook nadelen. Door als dwingend ervaren optreden van rechters kunnen de partijautonomie en de (ervaren) partijdigheid van de rechter onder druk komen te staan. Een bemiddelende rol voor de rechter is dus wenselijk in termen van efficiëntie en effectiviteit. Ook kan gerechtelijke bemiddeling bijdragen aan de rechtvaardigheid van de procedure, maar als gerechtelijke bemiddeling leidt tot dwangschikkingen, doet dat afbreuk aan de partijautonomie en aan de (ervaren) onpartijdigheid van de rechter. Wanneer de ontwikkeling naar gerechtelijke bemiddeling doorzet, dienen deze nadelen te worden onderkend en te worden geadresseerd.

Het adresseren van de nadelen kan op meer en minder vergaande wijzen. Het invoeren van een specifieke verzoeningsprocedure kan in een gedeelte van de zaakstroom voorkomen dat rolvermenging ontstaat omdat partijen voor een specifieke bemiddelingsprocedure kiezen die gescheiden is van de procedure ten gronde. Dat neemt echter niet weg dat de rechter ook in andere procedures een schikking zal beproeven, waarin partijen niet eerst een verzoeningsprocedure hebben gevoerd. Eventuele rolverwarring wordt in die gevallen niet weggenomen. Het is daarnaast mogelijk om speciale gerechtelijk bemiddelaars aan te stellen. Dit kan een rechter-commissaris zijn naar voorbeeld van de Franse *conciliateurs de justice* of om mediators naar voorbeeld van piketmediation. Dat zou rolverwarring voorkomen omdat de rechter de bemiddeling aan een ander overlaat.

Een minder vergaande mogelijkheid is om de werkwijze van rechters rondom het beproeven van een schikking scherp tegen het licht te houden. *Informed consent* is hierbij een sleutelbegrip. Het gaat erom dat het voor partijen duidelijk gemaakt wordt in welke fase van de comparitie zij zich bevinden: is wat zij vertellen relevant voor het vonnis, of is het doel (slechts) om een schikking te beproeven? De rechter moet hier expliciet en duidelijk in zijn. Ook moet hij de standpunten van partijen respecteren: bemiddelingspogingen mogen niet worden afgedwongen.

Dergelijke maatregelen zouden niet vrijblijvend moeten zijn. Daarom zou artikel 7:902 BW zodanig moeten worden aangepast dat een vaststellingsovereenkomst vernietigd moet kunnen worden als de totstandkoming ervan in strijd is met de fundamentele rechtsbeginselen. Om de rechtszoekende te ondersteunen in zijn bewijspositie zou de rechter in het procesverbaal verslag moeten doen van de wijze waarop hij bemiddeld heeft.

6.2 Validiteit

Bovenstaande conclusie is gebaseerd op juridisch-dogmatisch, conceptueel en empirisch onderzoek. Ook is een rechtsvergelijking toegepast. Dit onderzoek brengt onzekerheden met zich mee. De belangrijkste onzekerheid komt voort uit het gebruik van verschillende cijfers uit verschillende empirische studies die niet altijd met elkaar te vergelijken zijn. Dat zorgt ervoor dat het kwantitatieve deel van het onderzoek met de nodige voorzichtigheid moet worden beschouwd. Om die reden zijn de conclusies in kwalitatieve termen en met voorzichtige bewoordingen geschreven. Ik signaleer slechts voor- en nadelen en probeer geen harde antwoorden te geven, zoals in de vorm van cijfers (bijv. ‘bemiddeling maakt de procedure 25 procent goedkoper’). Ook een rechtsvergelijking brengt altijd eigen risico’s met zich mee, met name omdat een ander rechtstelsel vanuit het eigen perspectief bestudeerd wordt. Een ander risico voor de validiteit is inherent aan rechtswetenschap verbonden: het recht en de rechtswetenschappen zijn normatief van aard. Ook dit onderzoek bevat verschillende impliciete en expliciete normatieve opvattingen. Ik heb geprobeerd deze zo veel mogelijk expliciet te maken.

Er is voor gekozen om beschikbare gegevens over civiele rechtspraak, over schikkingen bij de civiele rechter en over mediation en bemiddeling met elkaar te vergelijken. Daaruit zijn conclusies getrokken over bemiddeling door de rechter. Dat brengt onzekerheid met zich mee. Het feit dat de rechter bemiddelt, heeft immers zowel effecten op het vonnis van de rechter als op de bemiddeling door de rechter, die in deze vergelijking niet kunnen worden betrokken. Daarover ontbreken de gegevens. Dat leidt ertoe dat de empirische observaties slechts indicatief van aard kunnen zijn. Idealiter zou verder onderzoek verricht worden aan de hand van bemiddeling door de rechter, bijvoorbeeld in de evaluatie van MER-projecten.

Daarnaast dient te worden benadrukt dat dit onderzoek zich met name richt op de rol van de rechter. Partijen zullen vaak vertegenwoordigd worden door een advocaat, ook in kantonzaken. Dit onderzoek is vooral relevant voor geschillen waarin partijen zonder rechtshulp procederen. Het gaat dan om geschillen van een gering financieel belang van een

min of meer alledaagse aard, vergelijkbaar met het type geschil waarop MER-projecten zoals de Spreekuurrechter zich richten. Rechtshulpverleners spelen echter ook een rol in het onderhandelingsproces. Daartegenover staat dat ik niet verwacht dat advocaten de rol van de rechter geheel over kunnen nemen; ook voor die gevallen zullen de beschreven voor- en nadelen daarom opgaan, zij het in mindere mate. De precieze verhouding tussen de rol van de rechter en de rol van de rechtshulpverlener zou onderwerp kunnen zijn voor verder onderzoek.

Al met al zijn er factoren die de validiteit van het onderzoek kunnen verminderen. Toch denk ik dat de conclusies zoals die in paragraaf 6.1 geformuleerd zijn, door dit onderzoek voldoende worden gedragen. Dat komt met name omdat weliswaar onzekerheden bestaan over de mate waarin bepaalde voor- en nadelen voordoen, maar dat ik van mening ben dat wel duidelijk is *dat* de voor- en nadelen zich voordoen zoals ik ze in paragraaf 6.1 heb besproken.

In dit onderzoek zijn ook ontwerpsuggesties gedaan, namelijk verschillende wijzen waarop rolvermenging kan worden voorkomen. Deze suggesties zijn gebaseerd op inzichten uit een rechtsvergelijking tussen Nederland, België en Frankrijk. Het onderzoek naar de mogelijke inpasbaarheid van deze modaliteiten is echter beperkt geweest. Om inpasbaarheid van deze suggesties te waarborgen, is aangesloten bij bestaande projecten (de Bemiddelingsraadsheer, Mediation naast rechtspraak). Ook sluiten deze suggesties aan bij verschillende stemmen uit de literatuur, waarin wordt gestreefd naar een differentiatie van de civiele procedure, waarin rechtspraak en ADR beide een plaats hebben. Vervolgonderzoek naar de inpasbaarheid is niettemin wenselijk.

6.3 Conclusies in perspectief

Het problematiseren van gerechtelijke bemiddeling en van dwangschikkingen is in de literatuur verrassend weinig gebeurd. Gerechtelijke bemiddeling brengt aantoonbare risico's met zich mee voor de partijautonomie en de (ervaren) onpartijdigheid van de rechter. Waar critici van de rechtspraak streven naar een rechter die aandacht besteedt aan het conflict achter het geschil (par. 2.2.2), stelt dit onderzoek ook risico's tegenover dat streven. Een deel van deze risico's werden al door Fuller, Fiss en Luban naar voren gebracht (par. 3.2.3). De rechter is belangrijk bij rechtsvorming en normstelling, bemiddeling kan die plaats niet innemen.

In het onderzoek komt de noodzaak van een goede informatievoorziening naar voren. Dit staat niet op zichzelf. Ook in het kader van procedurele rechtvaardigheid is de notie van *informational justice* belangrijk (par. 2.4.4.3). Informatievoorziening en een dialoog tussen de rechter en procespartijen is ook bij responsieve rechtspraak van belang (par. 3.2.4). De

conclusie van deze scriptie dat de rechter aandacht moet besteden aan de faseovergang en bemiddeling op basis van *informed consent* moet beslissen, sluit dus aan bij moderne inzichten over de gerechtelijke procedure.

Interessant is ook dat het doembeeld dat in de literatuur soms naar voren komt (par. 2.2.2), niet door cijfers wordt onderschreven. In het algemeen zijn rechtszoekenden tevreden over de rechtspraak. Ervaringsdeskundigen vinden de procedure en de uitkomst zowel rechtvaardig als effectief.

6.4 Aanbevelingen voor beleid

Uit dit onderzoek kunnen verschillende aanbevelingen voor het verder ontwikkelen van Maatschappelijk effectieve rechtspraak worden afgeleid. De meest vergaande voorstellen dienen nader onderzocht te worden. De pilots en projecten in het kader van Maatschappelijk effectieve rechtspraak bieden daar een bruikbare voedingsbodem voor. Bij de evaluatie van deze projecten zou in het bijzonder ingegaan kunnen worden op de ervaringen van partijen met de bemiddelende rol van de rechter. Relevante vragen zijn of procesdeelnemers schikkingsdwang ervaren en hoe zij de onpartijdigheid van de rechter percipiëren. Diepte-interviews kunnen inzichten geven in het waarom van deze gevoelens. Behalve bij de evaluatie van bestaande projecten, kunnen inzichten over procedurele rechtvaardigheid en de ervaren onpartijdigheid ook bij de voorbereiding van nieuwe projecten worden betrokken.

Ook verdient het aanbeveling om piketmediation breder in te zetten. Nu wordt piketmediation nog vooral in het familierecht ingezet, maar het ligt voor de hand om deze vorm van mediation naast rechtspraak breder in te zetten. Hierbij valt met name, maar niet uitsluitend, te denken aan burengeschillen omdat burenen elkaar na een conflict nog vaker zullen tegenkomen.

Een minder vergaande conclusie is dat rechters bij hun comparities duidelijke informatie dienen te verstrekken over de faseovergang naar de onderhandelingsfase en over hun bemiddelingstraject. Hierbij hoort ook dat partijen weten waar zij op dat moment in de procedure zitten en in hoeverre de inlichtingen een rol spelen bij het wijzen van het vonnis. Rechters dienen daarnaast alert te zijn op hoe hun gedragingen kunnen leiden tot ervaren dwang of druk bij procespartijen, ook als rechters daar goede bedoelingen bij hebben. Hier zou aandacht aan kunnen worden besteed in de opleiding van rechters.

6.5 Aanbevelingen voor verder onderzoek

Helaas blijkt in dit onderzoek dat empirische gegevens over ervaren procedurele rechtvaardigheid bij de civiele procedure nog slechts beperkt voor handen zijn. Een empirische studie, bestaand uit enquêtes en diepte-onderzoek, zou een goede toevoeging zijn aan de wetenschappelijke discussie en kan bijdragen aan de verdere ontwikkelingen van Maatschappelijk effectieve rechtspraak.

Een specifiek aspect dat nader onderzoek vergt, is de wijze waarop rechters in de praktijk overgaan van de inlichtingenfase naar de onderhandelingsfase. Wordt dit expliciet gemaakt en welke mate van informatieverstrekking hoort hierbij? Daarbij kan worden onderzocht in hoeverre rechters sturend of dwingend optreden bij het inleiden van schikkingsbesprekingen. Ook verklarend onderzoek is wenselijk. Wellicht kunnen inzichten uit de psychologie en sociologie daarbij een rol spelen. De vraag is dan welke factoren veroorzaken dat procespartijen dwang of druk ervaren.

Indien het invoeren van een gerechtelijk bemiddelaar naar het Franse model van de *conciliateur de justice* overwogen wordt, zou verder rechtsvergelijkend en empirisch onderzoek naar deze figuur van belang zijn. Hiertoe kunnen bemiddelingstrajecten worden geobserveerd en kunnen *conciliateurs* worden geënuquêteerd. Dat kan meer inzicht geven in de voor- en nadelen van een dergelijk systeem. Ook in Frankrijk ontbreken inzichten hierover. De *conciliateur de justice* heeft overeenkomsten met de werkwijze van piketmediation. Daarom zou vervolgonderzoek naar piketmediation ook behulpzaam kunnen zijn. Hierbij kunnen vragen worden gesteld zoals voor welke vragen gerechtelijke bemiddeling een oplossing kan zijn en welke indicatoren leidend kunnen zijn bij de voorselectie.

Zoals besproken in paragraaf 1.5.5.1 richt dit onderzoek zich op de rol van de rechter en ligt de focus op procespartijen die zelf procederen. In een groot aantal zaken schakelt de burger echter wel degelijk een rechtshulpverlener in. Vervolgonderzoek kan inzicht geven in de wenselijke rolverdeling tussen de rechter en de advocaat bij gerechtelijke bemiddeling. De advocaat kan partijen bijvoorbeeld voorlichten over de indeling van de procedure in een inlichtingenfase en een onderhandelingsfase. Ook kan hij ingrijpen wanneer het optreden van de rechter kan leiden tot ervaren druk om een schikking te accepteren.

Gelet op de ontwikkelingen binnen Maatschappelijk effectieve rechtspraak zou het welkom zijn om nader onderzoek naar gerechtelijke bemiddeling te initiëren. Kennis over de effectiviteit en rechtvaardigheid van gerechtelijke bemiddeling kan tenslotte direct bijdragen

aan de maatschappelijke effectiviteit van de rechtspraak. Dat helpt de rechtspraak recht te doen aan haar rol als publieke institutie.

Tot slot heb ik in paragraaf 2.2.3 genoemd dat de behoefte aan verandering in de civiele procedure door verschillende auteurs in de literatuur naar voren wordt gebracht (par. 2.2.2), maar empirisch onderzoek naar de daadwerkelijke behoeften van rechtszoekenden ontbreekt. Als rechtspraak en politiek willen inzetten op verdere verbetering van maatschappelijke effectiviteit van de civiele procedure, zou onderzoek naar de precieze behoefte van burgers in de rede liggen. Wellicht dat het WODC of de Raad voor de rechtspraak zulk onderzoek kunnen initiëren.

Literatuur

Ahsmann 2017

M.J.A.M. Ahsmann, 'Formele en materiële procesleiding: over botsende rechtsbeginselen en de rol van de rechter voorafgaand aan en tijdens de mondelinge behandeling', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2017, afl. 2, p. 48-55.

Allewijn 2018

D. Allewijn, *Tussen recht en vrede. Mediation in de responsieve rechtsstaat* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Sdu 2018.

Andries 2018

K. Andries, 'Korte boekbespreking van "Gerechtelijke bemiddeling: knelpunten en mogelijkheden"', *TMD* 2018/1.8.

Antokolskaia e.a. 2017

M.V. Antokolskaia e.a., *Evaluatie pilot preventie vechtscheidingen en pilot regierechter echtscheidingen* (Research Memoranda 2017, nr. 3), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2017.

Asser 2003

W.D.H. Asser, 'De taakopvatting van de civiele rechter', in: A.F.M. Brenninkmeijer, M. Hallers, A.-J. Kwak, A.T. Marseille, N.M. Mulder & G.K. Schoep (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 27-37.

Asser e.a. 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken (met medewerking van I.N. Tzankova), *Een nieuwe balans, interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2003

Asser e.a. 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken (met medewerking van I.N. Tzankova), *Een*

nieuwe balans, interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: Boom juridisch 2003.

Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/518

I. Giesen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016

A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018

F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/ Van Schaick 7-VIII 2018

A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VIII. Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, altijddurende rente, spel en weddenschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Scholten Algemeen deel* 1974

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel**, Deventer: Kluwer 1974.

Asser/Sieburgh 6-III 2018

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Vranken Algemeen deel 1995**

J.B.M. Vranken, *Mr. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1995.

Asser/Vranken *Algemeen deel*** 2014**

J.B.M. Vranken, *Mr. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel****, Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014.

Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000

J.M. Barendrecht & E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling. Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraak die sporen met andere geschiloplossingsmethoden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Baarsma & Barendrecht 2012

B. Baarsma & M. Barendrecht, *Mediation 2.0.*, SEO Economisch Onderzoek/HiiL – Tisco (Universiteit van Tilburg) 2012.

Barendrecht & Klijn 2004

J.M. Barendrecht & A. Klijn, *Balanceren en vernieuwen. Een kaart van sociaal-wetenschappelijke kennis voor de Fundamentele Herbezinning Burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2004.

Barendrecht e.a. 2017

M. Barendrecht, K. van Beek & S. Muller, *Menselijk en rechtvaardig. Is de rechtstaat er voor de burger?*, Den Haag: HiiL Innovating Justice 2017.

Barsky 2013

A. Barsky, 'Med-Arb: Behind the Closed Doors of a Hybrid Process', *Family Court Review* (51) 2013, p. 637-650.

Bakker 2016

F.C. Bakker, 'Maatschappelijk effectieve rechtspraak', *NJBlog* 8 september 2016, <https://www.njb.nl/blog/maatschappelijk-effectieve-rechtspraak.20396.lynkx> (laatst geraadpleegd 8 mei 2019).

Bauw e.a. 2018

E. Bauw, C.C. de Kluiver, M.A. Simon Thomas & W. van der Woude (met medewerking van A.F.M. Brenninkmeijer & J. van Mourik), *Rechtsstatelijke waarborging van buitengerechtelijke geschiloplossing*, Den Haag: Boom Juridisch 2018.

Bauw e.a. 2019

E. Bauw, S. Voet, E.G.D. van Dongen, J. van Mourik & M.A. Simon Thomas, *Naar een nabijheidsrechter? Een onderzoek naar de inpasbaarheid van de vrederechter in België en Frankrijk in het Nederlandse rechtsbestel*, Den Haag: WODC 2019.

Bauw e.a., NJB 2019

E. Bauw, A.F.M. Brenninkmeijer, M.A. Simon Thomas, W. van der Woude, C.C. de Kluiver & J. van Mourik, 'Herziening gesubsidieerde rechtsbijstand. ADR en rechtsstatelijkheid. Een wegingskader', *NJB* 2019/200, p. 254-261.

Van Beukering-Rosmuller 2017

E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'De juridische afdwingbaarheid van een mediationclausule. Een bespreking van de procesrechtelijke invalshoek, aan de hand van recente wetgevingsontwikkelingen', *TvA* 2017/2.

De Bock 2015

R.H. de Bock, 'Grip op Kwaliteit', in: R.J.P.M. van Lochem, R.A.J. van Gestel & R.H. de Bock, *Kwaliteit als keuze in rechtspraak, wetgeving en rechtswetenschap* (preadvies Nederlandse Juristen Vereniging), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

De Bock 2017

R.H. de Bock, *De toekomst van de civiele rechtspraak. Een pleidooi om de rechter niet te ontlasten* (oratie UvA), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

De Bock, in: GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 87 Rv, aant. 10

R.H. de Bock, 'Comparitie in hoger beroep', in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer.

Boeding-Polée & Allard 2017

J. Boeding-Polée & V. Allard, *GOO or no Go? Zou de rechtbank Amsterdam de GOO-behandeling moeten voortzetten, en zo ja op welke wijze?* Intern en vertrouwelijk

evaluatie-rapport d.d. 10 januari 2017 (via persoonlijke correspondentie ontvangen op 25 juni 2019).

Von Bóné 2012

E.K.E. von Bóné, 'De vrederechter en zijn opvolger de kantonrechter. Snelle en goedkope rechtspraak onderbelicht!', *Ars Aequi* 2012, p. 78-79.

Von Bóné 2016

E.K.E. von Bóné, 'Terug naar een "mediationrechter" in Nederland conform het model van Voltaire?', *TMD* (20) 2016, afl. 1, p. 17-20.

Von Bóné 2018

E.K.E. von Bóné, 'Experimenteren met de vrederechter is de moeite waard! Een gesprek met kantonrechter Rik Kruisdijk en vrederechter Lode Vrancken', *TMD* (22) 2018, afl. 2, p. 23-47.

Von Bóné, AA 2019

E.J.E. von Bóné, 'De Rotterdamse Regelrechter in actie', *Ars Aequi* 2019, p. 399-407.

Von Bóné, *Justitiële verkenningen* 2019

E.K.E. von Bóné, 'De vrederechter in historisch perspectief', *Justitiële Verkenningen* (45) 2019, afl. 1, p. 26-38.

Bovend'Eert 2016

P.P.T. Bovend'Eert, 'Wat is er mis met de rechterlijke organisatie?', *Ars Aequi* 2016, p. 406-410.

Brenninkmeijer e.a. 2003

A.F.M. Brenninkmeijer, M. Hallers, A-J. Kwak, A.T. Marseille, N.M. Mulder & G.K. Schoep (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Brenninkmeijer e.a. 2009

A.F.M. Brenninkmeijer, D. Bonekamp, K. van Oyen & H. Prein, *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu 2009.

Broekhuijsen-Molenaar 2019

A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, 'Mediation: vrijwillig of afdwingbaar?', *NJB* 2019/1200, p. 1533-1538.

Brouwers 2015

S. Brouwers, 'De minnelijke schikking van familiale geschillen in België. Nieuwe wegen als gevolg van de wet van 30 juli 2013 betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank', *TMD* 2015/2.3, p. 19-31.

Brown & Mariott 2011

H.J. Brown & A.L. Mariott, *ADR: Principles and Practice*, Londen: Sweet & Maxwell 2011.

Van Dijk 2014

F. van Dijk, 'Improved Performance of the Netherlands Judiciary: Assessment of the Gains for Society', *International Journal for Court Administration* (6) 2014, afl.1, p. 83-99.

Cointat 2002

C. Cointat, Rapport d'information fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, et d'administration Générale par la mission d'information sur l'évolution des métiers de la justice, Sénat rapport no 345, Parijs: Sénat 2002.

Denlow 2006

M. Denlow, 'Settlement Conference Techniques : A Judge's Opening Statement', *Judges Journal* (45) 2006, afl. 2, p. 22-27.

Van Deurzen 2018

A. van Deurzen, 'De proef (met een) Spreekuurrechter. DAS niet best', *NJB* 2018/263, p. 361.

Direction des services judiciaires 2018

L'attractivité des fonctions de concilateur de justice (Rapport à Monsieur le Directeur des services judiciaires), Parijs: Direction des services judiciaires 2015.

Doorlichting Financiën Rechtspraak 2019

Doorlichting Financiën Rechtspraak (definitief rapport), Boston Consultancy Groep 2019.

Eshuis 2009

R.J.J. Eshuis, *De daad bij het woord. Het naleven van rechterlijke uitspraken en schikkingsafspraken* (Research Memoranda nr. 1), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2009.

Eshuis e.a. 2014

R.J.J. Eshuis, S.J.P.J. Dalm & P.O. de Jong, *Evaluatie Competentiegrensverhoging 2011. Rapportage voormeting* (Cahier 2014-1), Den Haag: WODC 2014.

Eshuis & Geurts 2016

R.J.J. Eshuis & T. Geurts, *Lagere drempels voor rechtszoekenden. Evaluatie van de verhoging van de Competentiegrens in 2011* (Cahier 2016-14), Den Haag: WODC 2016.

Eshuis 2017

R.J.J. Eshuis, *De rechter op afstand. Een verkennend onderzoek naar de relatie tussen reisafstand en het gebruik van rechtspraak* (WODC Research Memorandum 2017-5) Den Haag: WODC 2017.

Fikkers e.a. 2017

M.E.L. Fikkers, H. de Hek, J.H. Kuiper, K.E. Mollema, R.A. van der Pol, I. Tubben & M.W. Zandbergen, 'Het manifest van Leeuwarden: vijf jaar na dato', *Ars Aequi* 2017, p. 1024-1027.

Forder 2019

C.J. Forder, 'Liever advocaten. Over de Divorce Challenge en de plannen voor vernieuwing van de echtscheidingsprocedure', *NJB* 2019/1559, p. 1924-1931.

Fruytier e.a. 2013

B. Fruytier, J. Dijkers, M. Keesen, J. Janssen, I. van den Berg, N. Valeton & R. Schouteten, *Werkdruk bewezen. Eindrapport werkdrukonderzoek rechterlijke macht*, 2013.

Fuller 1978

L.L. Fuller & K.I. Winston, 'The Forms and Limits of Adjudication', *Harvard Law Review* (92) 1978, afl. 2, p. 353-409.

Galanter 1974

M. Galanter, 'Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change', *Law and Society Review* (9) 1974, afl. 1, p. 95-160.

Galanter 1986

M. Galanter, 'The Emergence of the Judge as a Mediator in Civil Cases, 1930-1980', *Judicature* (69) 1986, p. 257-262.

Genn 2010

H. Genn, *Judging Civil Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.

Genn 2012

H. Genn, 'What Is Civil Justice For? Reform, ADR, and Access to Justice', *Yale Journal of Law & the Humanities* (24) 2012, afl. 1, nr. 18, p. 397-417.

Gerritsen e.a. 2009

M. Gerritsen e.a., *Mediation naast rechtspraak: kosten en doorlooptijden* (Research Memoranda 2009, nr. 3), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2009.

Van Gestel, Micklitz & Maduro 2012

R. van Gestel, H.W. Micklitz & M. Poaires Maduro, *Methodology in the new legal world* (EU Working Papers, Law 2012/13), San Domenico di Fiesole: European University Institute 2012.

De Graaf 2004

K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden en consequenties van schikken in bestuursrechtelijke procedures* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

De Groot 2012

G. de Groot, *Rechtspraak met hart voor de zaak* (oratie VU Amsterdam), 2012.

De Groot 2019

G. de Groot, 'Rechtsregels met betrekking tot de mondelinge behandeling', in: G. de Groot & H.M.M. Steenberghe (red.), *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 139-182

Grootelaar 2018

H.A.M. Grootelaar, *Interacting with Procedural Justice in Courts* (diss. Utrecht), 2018.

Grootelaar e.a. 2019

H.A.M. Grootelaar, L. Hulst & K. van den Bos, 'Ervaren procedurele rechtvaardigheid', in: G. de Groot & H.M.M. Steenberghe (red.), *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 85-138.

Guiaux e.a. 2009

M. Guiaux, F. Zwenk & M. Tumewu, *Mediation Monitor 2005-2008* (Cahier 2009-9), Den Haag: WODC 2009.

Gulliver 1973

P.H. Gulliver, 'Negotiations as a Mode of Dispute Settlement: Towards a General Model', *Law & Society Review* (7) 1973, afl. 4, p. 667-692.

Ten Haaft 2019

H. ten Haaft, 'De mondelinge behandeling vanuit het perspectief van de advocaat', in: G. de Groot & H.M.M. Steenberghe (red.), *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 473-506.

Hammerstein 2009

A. Hammerstein, 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk', *Ars Aequi* 2009, p. 672-675.

Hazard & Taruffo 1993

G.C. Hazard & M. Taruffo, *American Civil Procedure : An Introduction*, New Haven: Yale University Press 1993.

Heirbout & Storme 2008

D. Heirbout & M.E. Storme, 'De Belgische rechtstraditie : van een lang zoeken naar afhankelijkheid naar een verlangen naar afhankelijkheid ?', *Tijdschrift voor Privaatrecht* (3) 2008, p. 979-1041.

Hensen 2018

W. Hensen, *Gerechtelijke bemiddeling: knelpunten en mogelijkheden*, Brugge: die Keure 2018.

Hertogh e.a. 2018

M. Hertogh, M. Batting, C. Boxum, N. Struiksma & C. van Veen, "Zegt u het eens: wat wilt u van de rechter?" *Evaluatie van de pilot Spreekuurrechter* (Research Memoranda 2018, nr. 4), Den Haag: Raad voor de rechtspraak.

Van Hoecke 2011

M. van Hoecke, *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing 2011.

Hol & Loth 2001

A.M. Hol & M.A. Loth, 'Iudex mediator; naar een herwaardering van de juridische professie' (preadvies van de VWR-jaarvergadering van 18 december 2000), *R&R* 2001/1, p. 9-57.

Holvast 2017

N.L. Holvast, *In the Shadow of the Judge: The Involvement of Judicial Assistants in Dutch District Courts*, Den Haag: Eleven International Publishing 2017.

Hols e.a. 2015

M.C.A.B. Hols, J.J. Boog, J.M.P. de Kok, B.T. Hikkers & C. le Clercq, *Tijdsbestedingsonderzoek Rechtspraak in opdracht van de Raad voor de rechtspraak*, 17 april 2015.

De Hoon & Verberk 2014

M.W. de Hoon & S. Verberk, 'Towards a More Responsive Judge: Challenges and Opportunities', *Utrecht Law Review* (10) 2014, afl. 4, p. 27-40.

Hulst & Van den Bos 2017

L. Hulst & K. van den Bos, 'Is de Nederlandse rechtsstaat echt doof, blind, vastgeroest, onmenselijk en onrechtvaardig? Weloverwogen, en niet overhaast, op weg naar responsievere rechtspleging', *NJB* 2017/1457, p. 1885-1889.

Illes e.a. 2014

R. Illes, N. Ellemers & F. Harinck, 'Mediating Value Conflicts', *Conflict Resolution Quarterly* (31) 2014, p. 331-354.

Inspection Générale des Services Judiciaires 2015

Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends (rapport), Paris: Inspection Générale des Services Judiciaires 2015.

Justitiebarometer 2014

Vierde justitiebarometer 2014, Hoge Raad voor de Justitie.

Ingen-Housz 2011

N. Ingen-Housz, 'Enige opmerkingen over "med-arb"', *TMD* (15) 2011/4.4, p. 47-51.

De Jong & Brouwer 2018

E. de Jong & D. Brouwer (onder begeleiding van L. Coenraad & M. Antokolskaia), *Rapport Landelijke Evaluatie Piketmediation*, Amsterdam: Vrije Universiteit Amsterdam 2018.

Katz 2009

D.A. Katz, 'From the Bench: Mediation – A Judge's Views on Judicially Monitored Settlement Conferences', *Litigation* (35) 2009, afl. 4, p. 3-4 & p. 59-60.

Klaassen 2014

C.J.M. Klaassen, 'Verzekeringsgeschillen en ADR. Enkele observaties over geschilbeslechting in een kleine wereld', *AV&S* 2014/22, afl. 5/6.

Klaassen 2016

C.J.M. Klaassen, 'De civiele procedure volgens "KEI"', *RM THEMIS* 2016, afl. 2, p. 74-84.

Klaassen 2019

C.J.M. Klaassen, 'Voorlopige bewijsverrichtingen: wat kun en moet je ermee, nu en in de (nabije?) toekomst?', *Ars Aequi* 2019, p. 97-107.

Klantwaardering Rechtspraak 2017

Klantwaardering Rechtspraak 2017, landelijk rapport, 20 november 2017.

Van Klink & Taekema 2011

B.M.J. van Klink & H.S. Taekema, 'On the Border. Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research into Law. A Comparison of Pragmatist and Positivist Views', in: B.M.J. van Klink & H.S. Taekema (red.), *Law and Method. Interdisciplinary Research into Law*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, <https://research.vu.nl/ws/portalfiles/portal/2899064/VanKlink2011InterDisSTBvK11.pdf>

(laatst geraadpleegd 14 mei 2019), de paginanummering verwijst naar deze digitale editie.

Knigge 2017

M.W. Knigge, 'Schikken, of toch maar niet? Een onderzoek naar het verschil in werking tussen een rechterlijke uitspraak en een schikking neergelegd in een proces-verbaal', *TCR* 2014, afl. 4, p. 119-124.

Kortmann 2009

C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de rechter. Reactie op "Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk" van A. Hammerstein en "Een 'rechtsvormende taak' van de rechter? Een kritische noot" van C. Schutte', *Ars Aequi* 2009, p. 765-766.

Laenens & Henquin 2003

J. laenens & M. Henquin, 'De verplichte minnelijke schikking in huurgeschillen', *Rechtskundig Weekblad* 2002-03, afl. 42, p. 1652-1655.

Lanckswaert 2018

E. Lanckswaert, 'De Belgische evenwichtsoefening inzake de verplichte ADR-poging in het raam van een gerechtelijke procedure', *TMD* (22) 2018/2.2, p. 5-19.

Lennaerts 2016

T. Lennaerts, 'De Spreekuurrechter' *NJB* 2016/596.

Lennaerts 2017

T. Lennaerts, 'De proef (met een) Spreekuurrechter', *NJB* 2017/2139.

Leeuwarder manifest 2013

Leeuwarder manifest, 2013, https://www.recht.nl/exit.html?id=126208&url=http%3A%2F%2Fmronline.nl%2Fimages%2Fstories%2Ffiles%2FPDF_1_manifest_raadsheren.pdf (laatst geraadpleegd 17 augustus 2019).

Van der Linden 2008

J. van der Linden, Zitten, luisteren, schikken. Rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord (Research Memoranda nr. 5) Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2008.

Van der Linden e.a. 2009

J. van der Linden, A. Klijn & F. van Tulder, 'Meesterlijk gedrag: leren van compareren', *Rechtstreeks* 2009, afl. 3, p. 7-44.

Van der Linden 2010

J. van der Linden, *De zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2010.

Lock 2019

F.J.P. Lock, 'De suggestiebevoegdheid van de civiele rechter, niets nieuws onder de (Caribische) zon', *Ars Aequi* 2019, p. 92-93.

Lokin 2004

J.H.A. Lokin, 'De receptie van de Code Civil in de Noordelijke Nederlanden', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* (XXI) 2004, p. 1-15.

Loth 2018

M.A. Loth, 'De Rechtspraak op zoek naar verbinding. Voor een normatief duurzame samenleving', *Trema* 2018/2.

Loth & Mak 2007

M.A. Loth & E. Mak, 'Het rechterlijk domein in beeld. Cijfers, trends en perspectieven', in: . van Berckel & Y. Roijers (red.), *Rechtspraak 2019*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 47-87.

Loth & Mak 2007

M.A. Loth & E. Mak, 'The Judicial Domain in View: Figures, Trends and Perspectives', *Utrecht Law Review* 2007, afl. 1, p. 75-100.

Luban 1995

D. Luban, 'Settlements and the Erosion of the Public Realm', *Georgetown Law Review* (83) 1995, p. 2619-2662.

Luiten 2018

J.L.M. Luiten, 'Maatschappelijk effectieve rechtspraak: de Haagse wijkrechter en de Rotterdamse regelrechter', *TvPP* 2018-5.

Mak 2017

E. Mak, 'De Spreekuurrechter: een nuttige innovatie?', *Ars Aequi* 2017, p. 291-299.

Marseille e.a. 2014

A.T. Marseille, H.B. Winter, M. Batting & C.E. Bloemhoff, *Korte en effectieve kantoncomparities? Uitdaging voor reflexieve rechters* (Research Memoranda 2014, nr. 5), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2014.

Meijn & De Meere 2018

A.G. Mein & F. de Meere, *Motieven van burgers om (niet) naar de rechter te gaan* (research memoranda nr. 3 2018), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2018.

NJB 2013/1534

‘De Burenrechter, *NJB* 2013/1534.

Nonet & Selznick (1978) 2001

P. Nonet & P. Selznick, *Toward Responsive Law. Law & Society in Transition*, New Brunswick: Transaction Publishers 2001 (New York: Harper Torch Books 1978).

Oderkerk 2015

M. Oderkerk, ‘The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research. Sense and Nonsense of “Methodological Pluralism” in Comparative Law’, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, (79) 2015, afl. 3, p. 589-623.

Petit 2003

J.-G. Petit (red.), *Une justice de proximité, la justice de paix, 1790-1958*, Parijs: Presses Universitaire 2003.

Raad voor de rechtspraak 2018

Jaarplan 2018. Rechtspraak maakt samen leven mogelijk, Raad voor de rechtspraak 2018.

Rapport visitatie gerechten 2018

Visitatiecommissie 2018, *Rapport visitatie gerechten 2018, Goede rechtspraak, sterke rechtsstaat*, Den Haag, maart 2019.

Rechtspraak die ertoe doet, 2016

Rechtspraak die ertoe doet. Rechter over rechtspraak anno 2016, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2016.

Rechtstreeks 1/2019

‘Innovatieprojecten bij rechtbanken en hoven in Nederland’, *Rechtstreeks* 2019, afl. 1, p. 44-64.

Rotthier 2018

K. Rotthier (red.), *De Vrederechter, Tot Uw Dienst*, Brugge: Die Keure 2018, p. 35-38.

Rule of Law Index 2016

Rule of Law Index 2016, World Justice Project.

Van Schaik 2017

A.C. van Schaik, 'Een eerlijk proces onder KEI?', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2017, afl. 2, p. 41-47.

Scheltema 2003

M. Scheltema, 'De veranderende taak van de bestuursrechter', in: A.F.M. Brenninkmeijer, M. Hallers, A.-J. Kwak, A.T. Marseille, N.M. Mulder & G.K. Schoep (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 11-18.

Schutte 2009

Schutte 2009, 'De "rechtsvormende taak" van de rechter? Een kritische noot. Discussie over de wenselijkheid van rechterlijke rechtsvorming: een gepasseerd station?', *Ars Aequi* 2009, p. 676-680.

Simon Thomas 2016

M.A. Simon Thomas, 'Theorizing Mediation: Lessons Learned from Legal Anthropology', *Utrecht Law Review* 2016/1, p. 50-60.

Simon Thomas e.a. 2018

M.A. Simon Thomas, M.S. de Kort-de Wolde, E. Schutte & M.A. Schonewille, *ZAM/ACB Onderzoek naar Kansen en Belemmeringen voor Zakelijke Mediation onder advocaten, bedrijven en rechters in Nederland* (onderzoeksrapport), Utrecht: Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging 2018.

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

Snyder 1981

F.G. Snyder, 'Antropology, dispute process and law: A critical introduction', *British Journal of Law and Society* (8) 1981, p. 141-180.

De Sovirnin Lohman 2012

A.F. de Savornin Lohman, 'Duurzame rechtspleging – Doorlichten van

conflictoplossingssystemen op duurzaamheid, en: hoe komt herstelrecht uit de bus?', *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2012/4.3.

Spath 2019

J.B. Spath, 'De invloed van *repeat players* op de rechtsontwikkeling', *NTBR* 2019/7, p. 37-40.

Siems 2017

M. Siems, *Comparative law*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

Singer 2009

J.W. Singer, 'Normative Methods for Lawyers', *UCLA Law Review* (56) 2009, p. 899-982.

Smilde 2019

M.J. Smilde, 'Communicatie ter zitting. In gesprek over geschillen, conflicten en oplossingen', in: G. de Groot & H.M.M. Steenberghe (red.), *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 31-84.

Steenberghe 2018

H.M.M. Steenberghe, 'Een ongevraagd voorlopig oordeel: een blijk van vooringenomenheid of een blijk van verantwoordelijkheid?', *TvPP* 2018, afl. 6, p. 169-171.

Steenberghe 2019

H.M.M. Steenberghe, 'De mondelinge behandeling en de schikking', in: G. de Groot & H.M.M. Steenberghe (red.), *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 363-464.

Stein/Rueb 2015

A.S. Rueb, E. Gras & A.W. Jongbloed, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Stolk e.a. 2019

R. Stolk, Y.E. Schuurmans & J.E. Esser, 'De amicus curiae: een instrument voor rechtsvorming of ook voor rechtsbescherming?', *Ars Aequi* 2019, p. 9-19.

Tegenlicht 2015

Resultaten enquête Tegenlicht. De rechterlijke organisatie tegen het licht, 2013, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/enquete-verontruste-rechters.pdf> (laatst geraadpleegd 17 augustus 2019).

Thijssen 2008

H.E.B. Thijssen, *De juridische dissertatie onder de loep. De verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Den Tonkelaar 2015

J.D.H. den Tonkelaar, 'Hoe komen de bewoordingen van vonnissen en arresten tot stand?', *Ars Aequi* 2015, p. 594-601.

Van der Veld 2012

P. van der Veld, 'Mediation in zakelijke geschillen', *Vennootschap & Onderneming* 2012, afl. 9, p. 141-145.

Van Velthoven 2011

B.C.J. van Velthoven, 'Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland', *RM Themis* 2011, afl. 1, p. 7-16.

Verberk 2011

H.G.E. Verberk, *Probleemoplossend strafrecht en het ideaal van responsieve rechtspraak* (dissertatie EUR), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Verberk 2019

H.G.E. Verberk, 'Responsieve rechtspraak? "Maatschappelijk effectieve rechtspraak" als innovatieproces', *Rechtstreeks* 2019, afl. 1, p. 26-34.

Verburg 2018

D.A. Verburg, 'De rechter tussen straattaal en jargon: op weg naar begrijpelijke uitspraken', *Ars Aequi* 2018, p. 169-173.

Verburg 2019

D.A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans. Bejegening, beslechting en bewijs* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2019.

Vericel e.a. 2008

M. Vericel e.a., *Jurisdictions et juges de proximité: leur rôle concret en matière d'accès à la justice des petits litiges civils* (Onderzoeksrapport Mission de recherche droit et justice) 2008.

Verschoof & Van Rossum 2018

R.J. Verschoof & W.M. van Rossum, *Geschikt of niet geschikt? Schikkingsgedrag van de civiele rechter en de invloed daarvan op partijen*, Den Haag: Boom Juridisch 2018.

Verschoof 2019

R.J. Verschoof, 'Het onderliggende conflict: afblijven of uitdiepen?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2019, afl. 2, nr. 3.

Ter Voert 2013

M.J. ter Voert, *Civielrechtelijke voorprocedures in België, Noorwegen en Duitsland* (WODC-cahier 2013/1), Den Haag: WODC 2003.

Ter Voert 2014

M.J. ter Voert, 'Toegang tot recht in beweging. Over burgers en hun oplossingsstrategieën', *Justitiële Verkenningen* (40) 2014, afl. 1, p. 62-76.

Ter Voert & Klein Haarhuis 2015

M.J. ter Voert & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingsdelta 2014, Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2015.

Vranken & Snel 2019

J.B.M. Vranken & M.V.R. Snel, 'De civiele rechter in Nederland op de schopstoel', *NJB* 2019/687, p. 858-866.

Wetzels 2018

Wetzels, W.J.J., 'De regelrechter: de nieuwe pilot bij de rechtbank Rotterdam', *Trema* 2018, afl. 7.

Van der Wiel 2002

B.T.M. van der Wiel, 'De bewijsovereenkomst', *WPNR* 2002/6480, p. 221-229.

Van Zelst 2018

B. van Zelst, 'De toelaatbaarheid van Med-Arb naar Nederlands recht. Over het niemandsland tussen mediation en arbitrage', *NJB* 2018/446, p. 604-612.