

Mediation 2.0

Barbara Baarsma en Maurits Barendrecht¹

SEO Economisch Onderzoek/HiiL – Tisco (Universiteit van Tilburg)

Mediation als dienst verleend aan twee partijen in een conflict zal vanwege fundamentele doorgroeibelemmeringen aan de vraagzijde niet overleven. Er is een nieuwe propositie nodig. Mediation 2.0 is niet langer een op zich zelf staande dienst, maar een in de rechtspleging geïntegreerde dienst.

1. Inleiding

Mediation is niet nieuw. Het bestaat al zo'n twintig jaar, maar komt als dienst verleend aan twee partijen in een conflict niet echt van de grond. De aanbodzijde van de markt is er klaar voor, maar de vraagkant hapert. Er zijn in 2011 52 duizend mediations verricht door in totaal zo'n 4.600 mediators (Vogel, 2011). Dat zijn slechts 11 mediations gemiddeld per mediator. Gevolg is dat de meeste mediators niet kunnen rondkomen van hun mediationpraktijk, alleen een kleine voorhoede maakt winst. De rest heeft het mediatorschap als nevenfunctie. Slechts iets meer dan 1 op de 10 mediators werkt in 2011 louter als mediator en heeft het mediatorschap dus niet als nevenfunctie.

Uit enquêtes onder mediators valt af te leiden dat het aantal mediations tussen 2009 en 2011 fors is gestegen (Vogel, 2011), namelijk van 47.300 naar 51.690. Dat is een stijging van meer dan 9%. Het marktaandeel van mediation is en blijft echter beperkt. In 2004-2008 is mediation slechts in 2,7% van gevallen waarin een vorm van overeenstemming is bereikt, ingezet. Dit aandeel was in 1998-2002 nog 3,9% en is dus afgenomen (WODC, 2011). Internationaal is dit een patroon. Het model waarin twee partijen samen een mediator kunnen benaderen als alternatieve vorm van geschilbeslechting, is tot nu toe in nergens echt doorgebroken.

Vanwege de maatschappelijke voordelen van de inzet van mediation, is ook de politieke belangstelling gewekt en wordt getracht de markt vlot te trekken. Zo heeft de minister van Veiligheid en Justitie mediation opgenomen in de innovatieagenda van het rechtsbestel.² Concreet betekent dit dat de minister vanaf 2012 start met een nieuwe, gerichte campagne om mediation te bevorderen, met een wettelijke regeling voor de kwaliteitsborging van mediation komt, verplicht stelt dat er in 2014 een register is voor mediators en dat de eigen bijdrage voor mediation in het kader van de Wet op de rechtsbijstand op hetzelfde lage niveau blijft.

Om te kunnen beoordelen of deze beleidsinitiatieven kunnen bijdragen aan het oplossen van de problemen op de mediationmarkt, is het allereerst noodzakelijk om de oorzaak van de problemen te doorgronden. Dit *discussion paper* heeft als doel om dit op een prikkelende wijze te doen. Het stuk dient als input voor de *expert meeting* van 4 juni 2012 waar zal worden gesproken over de nadere invulling van de initiatieven van het ministerie van Veiligheid en Justitie.

¹ De auteurs hebben in het kader van het onderzoek dat ten grondslag ligt aan dit paper gesproken met circa tien deskundigen op het gebied van mediation en geschilbeslechting. Zij danken de gesprekspartners voor hun inzichten en informatie. Uiteraard zijn zij op geen enkele wijze verantwoordelijk voor de inhoud van dit paper, die berust louter bij de auteurs.

² Kamerstukken II 2010-2011, 33 071-05.

Paragraaf 2 analyseert waarom de vraag naar mediation blijft hangen (niet van de grond komt). We concluderen dat mediation als *stand alone* product niet kan overleven.³ Er is een nieuwe propositie nodig, die we mediation 2.0 noemen. Essentieel onderdeel daarvan is dat mediation veel meer dan nu het geval is onderdeel wordt van de keten van geschilbeslechting. In paragraaf 3 analyseren we waarom dit niet gebeurt. Tot slot bekijken we in paragraaf 4 hoe mediation 2.0 gestalte kan krijgen door te beschrijven hoe de integratie in de geschilbeslechtingketen kan plaatsvinden.

In dit discussion paper kijken we vooral naar mediation in Nederland, voor problemen die in potentie ook tot inschakeling van vormen van rechtshulp en rechtspraak kunnen leiden (conflicten die zijn gesitueerd in de schaduw van het recht). We vatten mediation breed op, maar leggen de nadruk op vormen van mediation die in de relatie tussen twee of meer partijen intervenueert als er sprake is van een conflict. Teambuilding, individuele conflict-coaching en relatietherapie vallen buiten dat kader. We richten de analyse op de vraag van particulieren.

2. Waarom werkt de mediationmarkt niet? Waarom verkoopt mediation niet als *stand alone* product?

Waarom wordt er zo mondjesmaat voor mediation gekozen? We zien, geïnformeerd door de literatuur en door de debatten over mediation, zes mogelijke oorzaken. Welke van die oorzaken is relatief de grootste barrière voor het doorbreken van mediation?

i. Onbekendheid | Ten eerste is mediation mogelijk onbekend en onbekend maakt onbemind. Uit de Geschilbeslechtingdelta 2009 blijkt dat mensen die mediation niet gebruiken dat in zo'n 40% van de gevallen nalaten, omdat ze niet weten wat mediation is. Uit de enquête van Stratus uit 2009 onder burgers blijkt dat bijna 60% nog nooit van mediation heeft gehoord of er wel van heeft gehoord maar niet echt weet wat het is. Als dit de barrière is, dan is wel de vraag of deze werkelijk groot is. 40% bekendheid met een product dat men slechts zeer incidenteel nodig heeft, is niet slecht. Als 60% van de mensen in geschillen het wel genoeg kent, maar toch slechts een klein percentage het gebruikt, is het waarschijnlijker dat de oorzaken ergens anders liggen. Om die reden twifelen we of een nieuwe campagne om mediation bij particulieren te introduceren goed besteed geld is.

ii. Goede kwaliteit niet transparant | Als men wel weet wat mediation is, dan is mogelijk een volgend probleem dat men niet weet bij welke aanbieder goede mediatordiensten te verkrijgen zijn. Het gevaar van deze kwaliteitsintransparantie is dat goede kwaliteit uit de markt verdwijnt. In de economische literatuur heet dit *averechtse selectie* (Akerlof, 1970).

Als het voor de mediator geld kost om bovengemiddelde kwaliteit te leveren, maar hij deze kwaliteit niet zichtbaar kan maken op de markt, dan is er een prikkel om minder kwaliteit te gaan leveren omdat daarmee kosten zijn te besparen zonder dat klanten weglopen. Op een goed moment blijft daardoor alleen ondergemiddelde kwaliteit over. *Averechtse selectie* betekent niet automatisch dat overheidsingrijpen nodig is. Als de marktpartijen een prikkel hebben om een reputatie op te bouwen en klanten hier gevoelig voor zijn, dan gaan mediators die goede kwaliteit willen bieden waarschijnlijk onder een gemeenschappelijk keurmerk of kantoornaam optreden, en is het sterk de vraag of overheidsregulering dan nog wel nodig is.

³ Een deel van deze analyse voert terug op eerder werk van de auteurs, Baarsma (2012) en Barendrecht (2008 en 2009).

De vraag is wederom hoe groot dit probleem is voor potentiële klanten. Als vanzelf een reputatiemechanisme ontstaat, is het intransparantieprobleem beperkt.

Een ijkpunt zou kunnen zijn of klanten de kwaliteit van mediationdiensten kunnen inschatten in verhouding tot de kwaliteit van diensten van vergelijkbare beroepsbeoefenaars. Te denken valt aan organisatieadviseurs, therapeuten, rechtsbijstandverzekeraars, advocaten, arbiters, accountants, schade-experts, taxateurs en notarissen. Ieder van die groepen, en zo ook de mediationdienstverlening, neemt zelf maatregelen om de kwaliteit transparant te maken.

Men vormt grotere kantoren, of netwerken, omdat optreden onder een gemeenschappelijke naam een gemeenschappelijk reputatiebelang geeft. Door zelfregulering, zoals een keurmerk of certificatie, ontstaan groepen die bepaalde kwalificaties afspreken. Dat is ook in de mediationmarkt gebeurd.

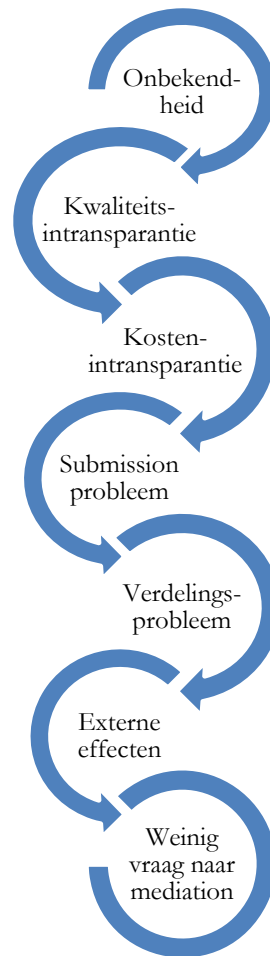
Daarbij is inderdaad een deel van de kwaliteit van mediation moeilijk meetbaar, maar is een ander deel wel degelijk meetbaar.

Mediation heeft juist een aantal nieuwe ijkpunten voor goede dienstverlening opgeleverd (denk aan open, luisterende, niet-beoordelende opstelling; volledige inventarisatie van alle belangen; het bereiken van erkenning van belangen aan beide kanten; het uitblijven van escalatie; bereikte overeenstemming over oplossingen; aanvaardbaarheid/tevredenheid met oplossingen; werkbaarheid van de oplossing na 6 maanden).

Kortom, *the-race-to-the-bottom* is niet onafwendbaar. Essentieel is wel om consumenten een handje te helpen en goede van slechte mediations te onderscheiden. Dit kan bijvoorbeeld via een keurmerk. Zelfregulering is hier afdoende. Het wettelijk opleggen van kwaliteitseisen en het beschermen van de titel mediator of geregistreerd mediator is geen goed idee. Natuurlijk, het zou het leven wel makkelijker maken, ook voor overheden die subsidieregelingen uitvoeren, maar van gemak gaat een markt niet beter werken. In tegendeel: juist omdat mediation de rol vervult van innovatieve dienst die naast – maar ook in plaats van – traditionele geschilbeslechting een plek aan het veroveren is, is het zaak om deze innovatie niet in de weg te zitten door wettelijke regels en eisen te gaan stellen.

Met name in de juridische sector, met zijn beroepsmatige neiging tot regulering, en zijn makkelijke toegang tot juristen die regels maken, is het gevaar groot dat er in de loop der tijd kartelachtige structuren ontstaan. De onlangs op Harvard benoemde hoogleraar Gillian Hadfield hamert al een aantal jaren op de grote maatschappelijke schade door de vaste structuren en overre-

Figuur 1: Waarom verkoopt mediation niet als stand alone product?



gulering bij juridische diensten (2000, 2008).⁴ Opleidingsinstituten, beroepsbeoefenaren en gevestigde marktpartijen hebben een gemeenschappelijk belang bij het in stand houden en steeds verder in dezelfde richting opschroeven van opleidingseisen en toetredingseisen. Voor hen is het makkelijk politieke steun daarvoor te mobiliseren, inspelend op een basaal geloof in de maatschappelijke waarde van de diensten en de integriteit van professionals. Of de eisen de belangen van de klant dienen, mede in het licht van het ontstaan van innovatieve geschilbeslechtingsvormen, is iets wat niet of nauwelijks wordt getoetst.

Er zijn tekenen dat deze kartelachtige neiging zich ook op de markt voor mediation voordoet. Onderzoek laat zien dat leidende mediators vaak een belangrijk deel van hun inkomsten halen uit opleiding die nodig zijn in het kader van het behalen van certificeringseisen.⁵ Al opgeleide mediators hebben belang om hun toch al kleine markt te beschermen. De roep om toetredingseisen is luid en het begin van politieke steun daarvoor is al zichtbaar.⁶ Voor velen is de status van beroepen als advocatuur, notaris en rechter een aantrekkelijk voorland. Vanuit het oogpunt van innovatieve diensten die de belangen van de klanten dienen, zijn de starre opleidingseisen aan rechtenfaculteiten en de klassieke structuren van deze beroepsgroepen echter grote barrières. Een deel van de problematiek van mediation is (zoals we in de volgende paragraaf zullen zien) dat mediators zelf geen eerlijke toegang hebben gekregen tot de markt voor geschilbeslechting die gedomineerd wordt door gevestigde juridische beroepen. Het is begrijpelijk, maar het heeft ook iets tragisch, dat men het zoekt in dezelfde soort marktbescherming die voor mediators tot zulke hoge barrières heeft geleid.

Een uitweg wordt zichtbaar als we ons realiseren dat het uiteindelijk voor de klant niet om de kwaliteit van de mediator gaat, maar om de kwaliteit van het proces van de geschiloplossing (de mediation). Opleidingseisen, kwalificaties en bijbehorend tuchtrecht zijn nooit meer dan een indirecte manier om goede kwaliteit van de dienstverlening zelf te waarborgen. Een slecht gekwalificeerde dienstverlener kan goed werk leveren en ook andersom. Wettelijke eisen en titelbescherming betekenen niet dat er geen slechte dienstverleners kunnen bestaan. In plaats van te reguleren wie de diensten verleent, is het effectiever en efficiënter om te reguleren waar die dienstverlening aan moet voldoen. Baarsma et al. (2006, p. 32) werken dit uit voor de notariële dienstverlening:

“Bij de borging van het publiek belang rechtszekerheid gaat het om goede en geregistreerde contracten. Deze contracten kunnen door een notaris, maar ook door een andere rechtskundige dienstverlener worden geleverd. De authenticiteit van de akte (waardoor deze bewijskracht heeft in een gerechtelijk proces) hoeft in principe niet voorbehouden te zijn aan de notaris. Waarom zou de advocaat niet ook een testament kunnen opmaken en doorsturen aan het betreffende register. [...] In plaats van te reguleren wie akten naar een

⁴ Baarsma en Felsö (2005) berekenden wat de kosten zijn van het procesmonopolie van advocaten en bijbehorende marktafsluitende regels. Daartoe is bekeken wat voor rechtsbijstandsverzekeraars de kosten zijn van inbesteden (zelf doen) versus het uitbesteden aan een externe advocaat. Gemiddeld is het uitbesteden aan een *preferred supplier* advocaat op uurbasis 2 maal zo duur als een advocaat in loondienst (inbesteden) en is het uitbesteden aan een externe advocaat waarmee geen *preferred supplier* relatie bestaat 4 maal zo duur als inbesteden.

⁵ Gecertificeerde mediators zijn beduidend meer betrokken bij training en opleiding dan geregistreerde mediators (NB. Gecertificeerde mediators waren zwaarder gereguleerd dan de geregistreerde mediators; het onderscheid bestaat tegenwoordig niet meer). Bijna de helft van de gecertificeerde mediators heeft in 2009 zelf trainingen verzorgd of een bijdrage geleverd aan trainingen, terwijl dat bij de geregistreerde mediators minder dan een vijfde is. Bron: Vogels et al. (2010).

⁶ Zie het voorstel van Ard van der Steur, waarin onder andere geregeld wordt dat de mediator een wettelijke status krijgt. Zie NRC, 2 december 2011. Het is op zich logisch dat de overheid aan mediators alleen dan het in de Europese mediationrichtlijn opgenomen verschoningsrecht wil geven als er duidelijke en voldoende kwaliteitseisen worden opgesteld en nageleefd. Niet gezegd is dat die eisen door de overheid gesteld dienen te worden.

register mag sturen, is het effectiever en efficiënter om te reguleren wat er in die akten moet staan.”

De klant heeft het meest aan duidelijke ijkpunten voor wat er in een goede mediation gebeurt. Dat kan hij zelf waarnemen of door een ander laten beoordelen. Behandelingsprotocollen voor het goed oplossen van echtscheidingen en arbeidsconflicten – zoals protocollen uit de medische sector – kunnen een dergelijke functie vervullen, maar mediators kunnen zelf ook veel doen aan het bekend maken van hun werkwijze op een manier die het voor de klanten toetsbaar maakt of zij krijgen wat was beloofd. Als de overheid die vorm van transparantie bevordert, ontstaat er eerder een *level playing field* waarop juist ook nieuwe diensten een kans maken.

iii. Kostenintransparantie | Veel mensen kunnen niet alleen de kwaliteit van een mediationstraject moeilijk inschatten, maar ook de kosten ervan. Ze kunnen de kosten al helemaal niet afzetten tegen de kosten van de traditionele rechtsgang. Daardoor kan de prijskwaliteitverhouding van de verschillende geschilbeslechtingsmogelijkheden niet vergeleken worden. En dus kiest een particulier mogelijk voor de bekende weg, die van de advocaat en de gerechtelijke procedure. Kostenintransparantie is een derde barrière die de ontwikkeling van de vraag in de weg kan staan.

Dat kosten transparantie wel degelijk van belang is voor consumenten blijkt uit het onderzoek van Vogels en Zeijden (2010). Lagere kosten zijn bij veel typen conflicten een belangrijke reden om te kiezen voor mediation, behalve bij conflicten met de werkgever (p. 40). Dat kan verklaard worden door de relatief lage kosten van het voeren van een arbeidsprocedure bij de kantonrechter en door het gebruik dat de werkgever de juridische kosten van de werknemer pleegt te dragen, als die werknemer al niet verzekerd is of lid is van een vakbond.

De vraag is wederom hoe het met de kosten transparantie van mediation is gesteld in vergelijking tot alternatieven, zoals onderhandeling met hulp van advocaten en/of een gang naar de rechter. Enerzijds zijn de kosten van mediation redelijk voorspelbaar: een aantal sessies van ieder een aantal uren tegen een te voren bekend uurtarief. De kosten van een procedure kunnen veel lastiger voorspelbaar zijn, omdat er bijvoorbeeld extra bewijsvoering of hoger beroep kan volgen, of dat er extra procedures nodig zijn om de wederpartij tot uitvoering van een vonnis te dwingen.

Anderzijds is er bij mediation altijd een kans op mislukking van rond de 40%.⁷ Dan zijn er alsnog de kosten van een procedure, die onvoorspelbaar zijn. De kosten van mediation bestaan dus uit de redelijk overzichtelijke kosten van de mediation zelf plus 40% van de kosten van procederen. De vraag is daarbij of mediation de kosten van procederen wellicht verlaagt (meer scherpte over wat werkelijk belangrijk is en meer duidelijkheid over verschillende perspectieven op de feiten). Wij hoorden ook geluiden dat mediation wat dit betreft minder kosteneffectief is dan onderhandelingen tussen advocaten, omdat die al onderhandelend ook een dossier opbouwen dat aan de rechter kan worden voorgelegd. De informatie die tijdens mediation wordt verzameld mag buiten de mediation niet tegen de andere partij worden gebruikt. Dat zou betekenen dat de kosten van een mislukte mediation in sterkere mate zijn verzonken (‘weggegooid’) dan van de geschilbeslechtende oplossing met advocaten. Bij ex ante onduidelijkheid over de kans van slagen van de mediation weegt dit verzonken-kosten-aspect mogelijk relatief zwaar mee in de keuze van consumenten.

⁷ Dit percentage volgt uit literatuuronderzoek, zie Bijlage A.2 Effectiviteit (overeenstemming) in: Gerritsen et al. (2009).

Kortom, de kosten van de mediation optie zijn moeilijk in te schatten, vooral omdat bij een mislukte mediation alsnog moeilijk te voorspellen kosten gemaakt moeten worden voor een procedure. Daarnaast zijn de kosten van een mislukte mediation niet duidelijk terug te zien in lagere kosten van alsnog procederen.

iv. Submission probleem | Een vierde probleem is dat mediation een bijzonder product is, omdat mediators niet één klant hebben. Twee klanten moeten overtuigd kunnen worden dat de dienstverlening van de mediator het beste is voor het betreffende geschil. Dit is een lastig probleem in de verkoopfase. Iedere bemiddelaar in transacties tussen twee of meer mensen of bedrijven heeft ermee te kampen, maar het is extra groot als de twee klanten een conflict met elkaar hebben. Als de ene partij zich uitsprekt voor mediation, zal de andere partij zich alleen al omdat ze een conflict hebben vaak uitspreken tegen mediation. Net als mediation worden arbitrage, *online dispute resolution*, *med-arb*, neutrale expertises en speciale procedures bij de rechter niet of nauwelijks verkocht aan partijen nadat eenmaal een conflict is ontstaan.

Daar komt bij dat mediation psychologisch gezien een ‘zwaar’ product is, in de zin dat er nogal wat gevraagd wordt van beide partijen. Ze zitten met elkaar in een kamer en kijken elkaar in de ogen, en van tevoren moeten de partijen verklaren dat ze instemmen met bepaalde gedragsregels (zoals elkaar uit laten spreken). Psychologisch is het vaak net zo moeilijk om op één lijn te komen voor wat betreft de route naar een oplossing, als voor wat betreft de oplossing zelf (De Vries en Barendrecht 2006). Voor menig partij zal een gerechtelijke procedure minder zwaar voelen.

Bovendien zijn er strategische redenen om niet mee te werken aan een voorstel om een conflict met behulp van een bepaalde dienst op te lossen. In de context van private vormen van rechtspraak noemden Landes en Posner dit het *submission problem* (Landes en Posner 2006). Er is bijna altijd één partij die wil dat er iets wordt betaald of wordt veranderd in de status quo, terwijl de andere partij op het geld zit, of iets in zijn gedrag zal moeten aanpassen. Een rationeel handelende verweerder zal zich daarom niet vrijwillig onderwerpen aan de interventie van een derde die de oplossing van het conflict dichterbij brengt. Daarmee verzwakt hij alleen maar zijn onderhandelingspositie.

Er moeten dus prikkels zijn om de gedaagde toch tot medewerking te bewegen. Een rechter heeft die in handen, omdat hij ook intervenueert als de gedaagde zich niet aan zijn gezag onderwerpt (uitspraak bij verstek). Een mediator is afhankelijk van anderen om die druk op de gedaagde te zetten of de druk die partijen zelf voelen om tot een oplossing te komen omdat zij hun onderlinge relatie willen behouden. Partijen die voorafgaand aan het conflict al een relatie hadden, zoals bij een arbeidsgeschil (werkgever, werknemer), echtscheiding (man-vrouw), erfenis (broer-zus) en contractueel geschil (leverancier-koper), zouden een prikkel kunnen hebben om te investeren in de relatie en zijn van daaruit bereid om gezamenlijk het geschil op te lossen. Deze gedachte gaat echter voorbij aan het submission probleem, een probleem dat geldt voor alle partijen – of ze nu wel of geen relatie hebben.

Het submission probleem verklaart in belangrijke mate waarom mediation eigenlijk nauwelijks levensvatbaar is als *stand alone* alternatief. Het kan alleen worden verkocht aan partijen die ieder toch al voldoende redenen (prikkel) hebben om het probleem snel samen op te lossen én psychologisch in staat zijn om samen voor één mediator te kiezen én zelf niet over voldoende conflictantheringsvaardigheden beschikken en daarvoor een mediator willen inhuren.

Mediators overal ter wereld hebben dit ervaren. Zij hebben hulp van anderen nodig die druk op partijen zetten om naar een mediator te gaan. In Nederlands mediation jargon: zij hebben ‘verwijzingen’ nodig van organisaties die belang voelen bij goede oplossingen. Dat kunnen rechters zijn, maar voor arbeidsgeschillen ook de toezichhouders op re-integratie of voor burengeschillen bijvoorbeeld woningbouwverenigingen. De extra prikkels voor verweerders om aan mediation mee te werken zijn dan bijvoorbeeld de mogelijkheid van sancties of uitzetting.

v. Geen distributief rechtvaardige oplossing | Zelfs als partijen het erover eens zijn dat ze hun conflict willen oplossen met behulp van een mediator dan is nog niet gezegd dat de mediator hun conflict ook daadwerkelijk kan oplossen. Mediation brengt onder meer communicatie- en onderhandelingsvaardigheden in het proces, maar het heeft niet veel om distributieve rechtvaardigheid te realiseren in die gevallen waarin een verdelingsprobleem speelt. Stel een zzp-er is aangereden door een automobilist die verzekerd is. Het slachtoffer heeft als gevolg van het ongeluk medische kosten gemaakt en heeft een tijd niet kunnen werken. Hierdoor heeft hij als zzp-er ook financiële schade geleden, met een verwachting dat hij over zijn hele verdere leven een handicap zal houden die zijn verdienvermogen beïnvloedt. De totale schade bedraagt naar zijn berekening 100 duizend euro. De partijen komen in een mediation. Excuses, bloemen van de dader voor het slachtoffer en betere communicatie zijn haalbare uitkomsten.

Maar welke mogelijkheden heeft de mediator om te zorgen dat een ‘eerlijke’ of ‘rechtvaardige’ uitkomst wordt bereikt voor beide partijen? De aangereden partij wil 100 duizend euro, maar de verzekeraar van de automobilist wil misschien maar een deel betalen omdat die vindt dat het slachtoffer zelf mede schuldig is aan het ongeluk en dat hij geen inkomensschade zal lijden. Er is binnen mediation geen rechtvaardigheidsnorm die het verdelingsprobleem kan oplossen.

De normen over wat een aanvaardbare schadevergoeding is, zullen van elders moeten komen, bijvoorbeeld uit de jurisprudentie of uit een normale gang van zaken in de letselschadepraktijk. Bovendien ligt de onderhandelingsmacht vooral bij de verzekeraar. Vanuit de mediation is er geen enkele prikkel voor de verzekeraar om een redelijke schadevergoeding te betalen. Ook die prikkel moet van elders komen. Zonder die prikkels is er een grote kans dat de aangereden partij met een laag bod van de kant van de verzekeraar genoegen neemt. Hij heeft immers geen alternatief dan inbinden. En een rationele, de eigen winst maximaliserende verzekeraar zal ook slechts een laag bod doen, wetende hoe slecht de onderhandelingspositie van het slachtoffer is. Voor dat slachtoffer is mediation dus geen optie, als zijn belangrijkste probleem is om het geld waar hij recht op heeft uit de zak van de andere partij te krijgen.

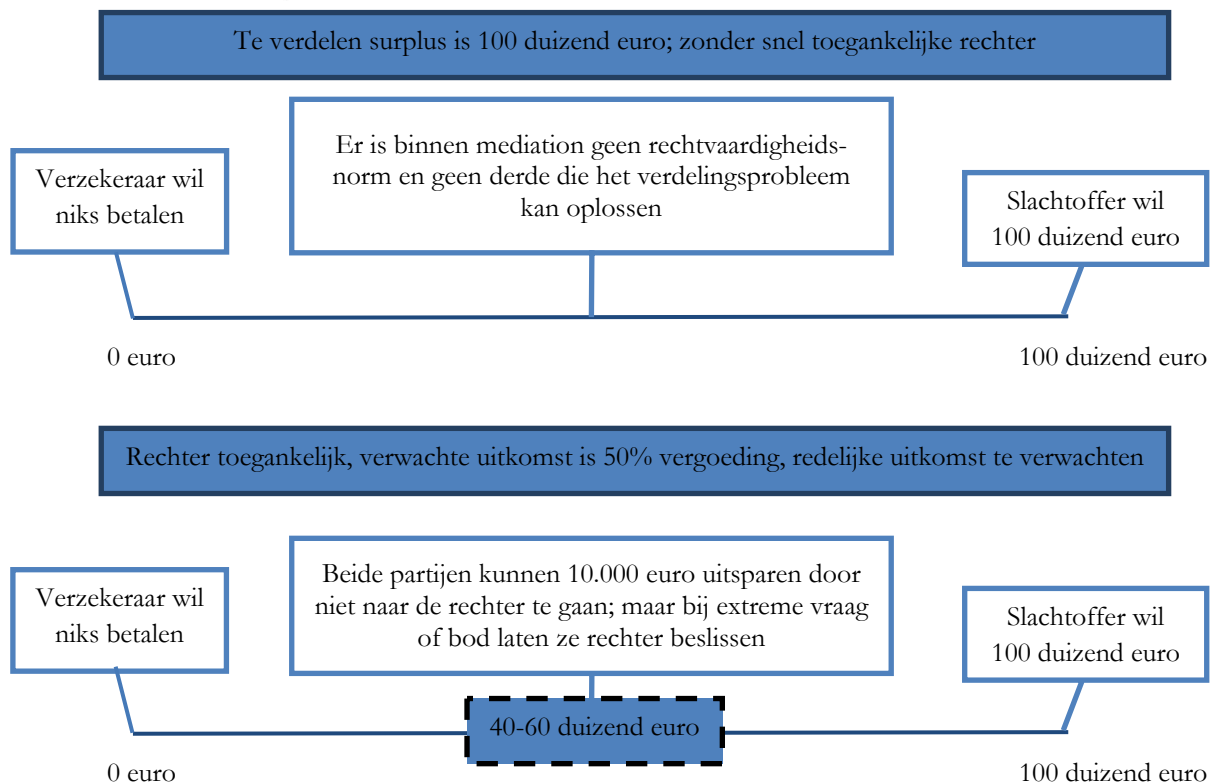
Dit is de achtergrond van veel bezwaren tegen mediation uit de kring van juristen en ook van bijvoorbeeld mensenrechtenorganisaties. Mediation is geen volwaardig alternatief voor rechtspraak, omdat het geen eerlijke uitkomsten kan garanderen in situaties waarin de ene partij meer onderhandelingsmacht (lees: betere alternatieven dan een faire overeenkomst) heeft. Partijen met een zwakke onderhandelingspositie naar een mediator sturen, heeft zelfs iets misleidends: het wekt de suggestie dat een goede oplossing gewaarborgd is, terwijl distributieve rechtvaardigheid op geen enkele wijze gegarandeerd kan worden.

Het feit dat de mediator het recht/de rechtvaardige oplossing niet kan afdwingen, betekent niet dat hij zich in sommige gevallen wel kan baseren op jurisprudentie, berekeningsmodellen of wet-

telijke normen.⁸ Op basis daarvan kan hij wel tot een inschatting komen van de verwachte uitspraak van de rechter, maar het essentiële probleem is dat de mediator zelf geen ‘machtsmiddel’ heeft om die uitspraak af te dwingen. Daardoor trekt de partij met de meeste onderhandelingsmacht aan het langste eind. De mediator kan een onbalans in onderhandelingsmacht tussen partijen die een conflict hebben niet oplossen. Om bij ons voorbeeld te blijven: de mediator heeft geen instrument om een machtsonbalans tussen de zzp-er die wordt aangereden en de automobilist recht te trekken, om een machtsevenwicht te creëren.⁹

Dit wordt anders als mediation plaatsvindt in een setting waar wel een snelle toegang tot een rechterlijke uitspraak (of een uitspraak door een andere gezaghebbende derde) mogelijk is (Genn, Hamlyn Lectures 2008). Dan kan een slachtoffer in de onderhandelingen met een redelijke kans op succes een schadevergoeding vragen conform de normen van het recht, omdat allebei de partijen weten dat de rechter die ook snel zal opleggen. Een goed voorbeeld daarvan is het ontslagrecht, waarin het mogelijk is tegen lage extra kosten binnen een korte tijd een oordeel van de rechter te hebben.

Figuur 2: Verdelingsprobleem van mediation



Figuur 2 geeft dit weer voor ons voorbeeld van de zzp-er en de automobilist. De figuur bestaat uit 2 delen. In beide gevallen is het te verdelen surplus 100 duizend euro. In het bovenste deel van de figuur is er geen snel toegankelijke rechter. Er is binnen mediation geen rechtvaardig-

⁸ Zo kan bij de bepaling van hoogte van een ‘redelijke’ alimentatie bij echtscheidingen gebruik worden gemaakt van tabellen waarin per inkomenscategorie staat hoeveel de alimentatie moet zijn (<http://www.lbio.nl/berekenen-van-alimentatie>). Hetzelfde geldt voor ontslagzaken waar de kantonrechttersformule voor een norm zorgt (<http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-kantonrecht/Documents/kantonrechterformuleniouw.pdf>).

⁹ Wat in dit geval ook niet helpt, is dat de zzp-er en de automobilist voorafgaande aan het ongeluk geen relatie hadden. Er is dus geen prikkel om te investeren in een oplossing die beide partijen tevreden stelt; beiden hebben een prikkel om tot het uiterste te gaan om hun gelijk te krijgen.

heidsnorm en daarom komt geen rechtvaardige verdeling tot stand. In het onderste deel is de rechter wel toegankelijk en is de verwachte uitkomst dat hij 50% vergoeding zal toekennen (50 duizend euro). Er is dan een redelijke uitkomst te verwachten. Beide partijen kunnen 10 duizend euro uitsparen door niet naar de rechter te gaan, maar naar een mediator. Als de verwachte verdeling echter afwijkt van 50 duizend euro plus of min 10 duizend euro, gaat de zpp-er naar de rechter en krijgt hij 50 duizend (min de gemaakte kosten).

Mediation kan dan toegevoegde waarde ten opzichte van rechtspraak hebben, omdat belangen kunnen worden verhelderd, zorgen kunnen worden besproken, alternatieven kunnen worden ontwikkeld, en ook de beelden van partijen over de situatie en hun inschatting van de toekomst kunnen worden uitgewisseld. In de arbeidsrechtpraktijk (en in de qua snelle toegang tot de rechter vergelijkbare familierechtpraktijk) wordt mediation dan ook relatief vaak gebruikt. Maar deze voordelen zijn slechts relatief. Als de rechter (of een andere neutrale geschilbeslechter) dichtbij is, kan ook die rechter zelf de functie van bemiddelaar vervullen. Advocaten, of andere rechtshulpverleners, die dan vaak ook betrokken zijn, kunnen mediationvaardigheden toepassen om het conflict op te lossen (zie paragraaf 4). Een andere uitweg, die vooral in de VS wordt gekozen, is dat mediators zich meer gaan profileren als verstrekkers van distributieve rechtvaardigheid. *Evaluative mediation* heeft zich daar ontwikkeld als een soort nieuwe eerstelijnsrechtspraak, waarin mediators ook aanbevelingen doen over wat een redelijke oplossing zou zijn.

vi. Postieve externe effecten | Stel dat een partij een conflict heeft, bekend is met mediation, een goede mediator heeft gevonden, de gedaagde bereid vond om mee te doen en er voldoende prikkels aanwezig zijn om een redelijke uitkomst te bereiken, dan nog zal de vraag naar mediation mogelijk lager zijn dan vanuit maatschappelijk oogpunt gewenst is. Dat komt doordat de voordelen van mediation voor een deel niet direct toevallen aan degene die mediation koopt. Mediation kan ten opzichte van een juridische procedure niet alleen tot besparingen voor de beide klanten leiden, maar ook voor derden die schade ondervinden van een conflict en voor Justitie. Er is in econometriaal sprake van positieve externe effecten.

Voor zover mediation leidt tot kostenbesparingen in de justitiële keten heeft de overheid er baat bij om het gebruik van mediation te stimuleren. Bij civielrechtelijke en administratiefrechtelijke conflicten gaat het dan vooral om niet door griffierechten gedekte kosten van rechtspraak en eventueel uit te sparen kosten van gesubsidieerde rechtsbijstand. Verder kunnen snel opgeloste conflicten mogelijk een matigend effect hebben op uitgaven voor politie, jeugdzorg en de strafrechtelijke keten. Dit kan een reden zijn voor subsidies aan partijen die mediation gebruiken, of andere stimulerende maatregelen. Die hebben echter vooral zin als prijs een barrière zou zijn om mediation te gebruiken. Dat kan voor bepaalde groepen een rol spelen, en dan vooral voor degenen die anders geheel gratis of vrijwel gratis rechtshulp krijgen.

Resumerend: Mediation zou nog iets bekender kunnen worden en mogelijk is het voor partijen niet zo eenvoudig om de kwaliteit van mediationdiensten te beoordelen. De voornaamste redenen voor het lage gebruik van mediation lijken echter structureel te zijn. Mediation vereist overeenstemming tussen twee partijen over ten minste de route naar een oplossing. Dat is bijna nooit haalbaar in de moeilijkste conflicten. Mediation wordt niet gebruikt als één van de partijen weinig strategisch belang heeft om het probleem snel samen op te lossen of psychologisch moeite heeft om samen met de andere partij een keuze te maken. In een geschil dat in belangrijke mate distributief is (belangrijkste vraag is hoeveel geld of andere zaken iedere partij toegewezen moet krijgen) is mediation geen goed product, tenzij de rechter er kort achter zit. Maar dan kunnen ook de rechter zelf en advocaten mediationvaardigheden inbrengen. Mediators zijn verder vooral afhan-

kelijk van verwijzingen door derden die belang hebben dat het geschil snel wordt opgelost en een zekere mate van druk op de partij kunnen zetten.

3. Waarom wordt mediation niet meer geïntegreerd in de rechtspleging?

De conclusie is dat mediation vooral levensvatbaar is als onderdeel van een geschilbeslechtsingsketen. Hoe komt die integratie tot stand? En waarom worden mediators daarbij relatief weinig ingeschakeld?

Om met het eerste te beginnen: naar onze waarneming worden de vaardigheden van mediation steeds vaker geïntegreerd in de keten. Bestuursorganen als de belastingdienst en het UWV trainen hun medewerkers in mediation en onderhandeling. In de familierechtpraktijk zijn veel professionals tegenwoordig zowel advocaat als mediator. In de letselschadewereld is een probleemoplossende benadering als standaard neergezet. Rechtsbijstandverzekeraars, vakbonden en organisaties als de ANWB zijn grote spelers op de markt van geschillen geworden en hebben veel belang bij snelle, aanvaardbare oplossingen van conflicten. Rechters doen trainingen in mediationvaardigheden en passen die toe tijdens zittingen, die veel meer dan vroeger gericht zijn op het bereiken van schikkingen. Medewerkers van het Juridisch Loket gebruiken de vaardigheden om contact met de andere partij te leggen. Ook in zakelijke geschillen zal een advocaat tegenwoordig over goede onderhandel- en geschiloplossingsvaardigheden willen beschikken. Er zijn geen precieze data over de geschilbeslechtsingsmethoden die in conflicten worden toegepast, maar het lijkt niet gewaagd om te veronderstellen dat mediationstechnieken tegenwoordig in de meerderheid van de conflicten een zekere rol spelen.

Voor mediators – die zich hierop toelagen – is dit een grote markt. Zij kunnen trainingen geven of in dienst gaan bij organisaties die mediationstechnieken toepassen. Zij kunnen ook hun diensten aan die organisaties aanbieden, maar dan staan die organisaties voor een *make or buy* beslissing. Bedrijven en maatschappelijke organisaties kunnen mediation bij gespecialiseerde mediationaanbieders inkopen, of zelf mediationdiensten opzetten en gaan verstrekken. Nu mediation sterk geïntegreerd wordt in andere diensten (rechtspraak, advocatuur, bestuur), ligt die laatste variant regelmatig voor de hand. Niettemin zouden kwalitatief goede mediationdiensten die goed geprijsd zijn een aantrekkelijke *buy* optie kunnen zijn voor organisaties waarin geschilbeslechting niet tot de core business behoort.

Wat maakt dat dergelijke ‘inkoop’ van mediationdiensten niet zo veel plaatsvindt? We zien zeven problemen die deze wijze van integratie van mediation in de rechtspleging in de weg staan:

i. Gebrek aan transparantie | Het is naar de klant toe nog onduidelijk in hoeverre mediation-aanpak en -vaardigheden in andere diensten zijn ingebouwd. Van een rechter wordt op een zitting nog niet verwacht dat hij deze aanpak in huis heeft om partijen tot een schikking te bewegen. De ene rechter of advocaat heeft dezelfde vaardigheden als een volleerd mediator, de ander stelt alleen af en toe een vraag uit het mediation repertoire. Vanwege die onduidelijkheid loont het voor de rechtspraak of de advocatuur niet om extra te investeren in deze opwaardering van de bestaande producten.

ii. Bekostigingsmodellen kunnen een barrière vormen | Als een rechtbank inkomsten krijgt uit iedere nieuwe procedure of complicatie in zo’n procedure, of een advocaat voor een door hem besteed uur, dan is het weinig aantrekkelijk om een zaak door te verwijzen naar een media-

tor, die immers vooral gericht is op oplossing van het onderliggende conflict. Daarnaast zijn er transactiekosten. Daar waar het doorverwijzen naar een advocaat routine is voor veel betrokken organisaties (zoals het Juridisch Loket), levert het nog wat gedoe op om te verwijzen naar mediation. Doorverwijzen naar een advocaat gaat met een druk op de knop, terwijl het anderhalf uur duurt om een doorverwijzing naar een mediator te regelen omdat er in dat geval bijvoorbeeld een brief moet worden geschreven en er met partijen moet worden overlegd of ze naar een mediator willen. Als mediation meer en meer ingeburgerd raakt in de rechtspleging zullen deze verwijfskosten minder worden.

iii. Rigide modellen van beroepen en regulering daarvan | Vaste beelden als die van een rechter als beslisser en een advocaat als onafhankelijke vechter voor de belangen van één partij zijn een beletsel voor integratie van mediation. Procesrecht, tuchtrecht en de regels voor de rechterlijke organisatie kunnen evenzeer beletsel zijn.

iv. Concurrentie | Integratie betekent dat mediators hun werkzaamheden inbouwen in andermans verdienmodel. Maar mediators profileren zich nu als zelfstandige beroepsbeoefenaren. Dat wekt mogelijk weerstand op bij rechters, advocaten en andere potentiële gebruikers. Deze advocaten en rechters hebben geen belang bij groei van mediation, omdat een hoger aandeel mediation dan ten koste gaat van hun eigen werk en omzet. Dat zie je nu ook al: Van frequent doorverwijzen via het juridische circuit is geen sprake. Dat blijkt uit cijfers uit de Geschilbeslechtingdelta uit 2009. Slechts 10% van de personen die mediation hebben gebruikt om hun geschil op te lossen, zijn doorverwezen door het Bureau voor Rechtshulp, het Juridisch Loket, de advocaat of de rechter. Het overgrote deel kwam op eigen initiatief (34%) of via de andere partij (20%), de werkgever (12%), dan wel familie, vrienden of kennissen (4%). Een rationeel handelende rechtbank of advocatenkantoor zal alleen mediation doorverwijzen in zaken die onevenredig veel tijd zouden kosten, en die niet betekenen dat men in de toekomst niet naar rechter/advocaat gaat.

Behalve concurrentie op omzet is er ook sprake van concurrentie op beroepspride (*professional pride*). Als een rechter of advocaat doorverwijst naar een mediator zou hij dat als een falen kunnen ervaren ('ik kom er zelf niet meer uit en moet het daarom aan een ander overlaten'). Dat is waarschijnlijk een belangrijke reden dat de informele aanpak, die bijvoorbeeld door de Belastingdienst, het UWV en gemeenten wordt gebruikt, succesvol is. De ambtenaar in kwestie heeft hier zelf een actieve rol bij het oplossen van het probleem. De informele aanpak betekent dat burgers die een conflict met de overheid hebben actief door een ambtenaar worden benaderd om het probleem te bespreken. Van iedereen die benaderd wordt, kiest 40% voor een formele procedure en 60% voor de informele aanpak. In die laatste gevallen tracht de betreffende ambtenaar een oplossing te bereiken. Dat verrijkt zijn werk. Als hij de oplossing automatisch zou moeten doorschuiven naar een derde dan kan dat de indruk wekken dat de ambtenaar het niet zelf kan oplossen.¹⁰

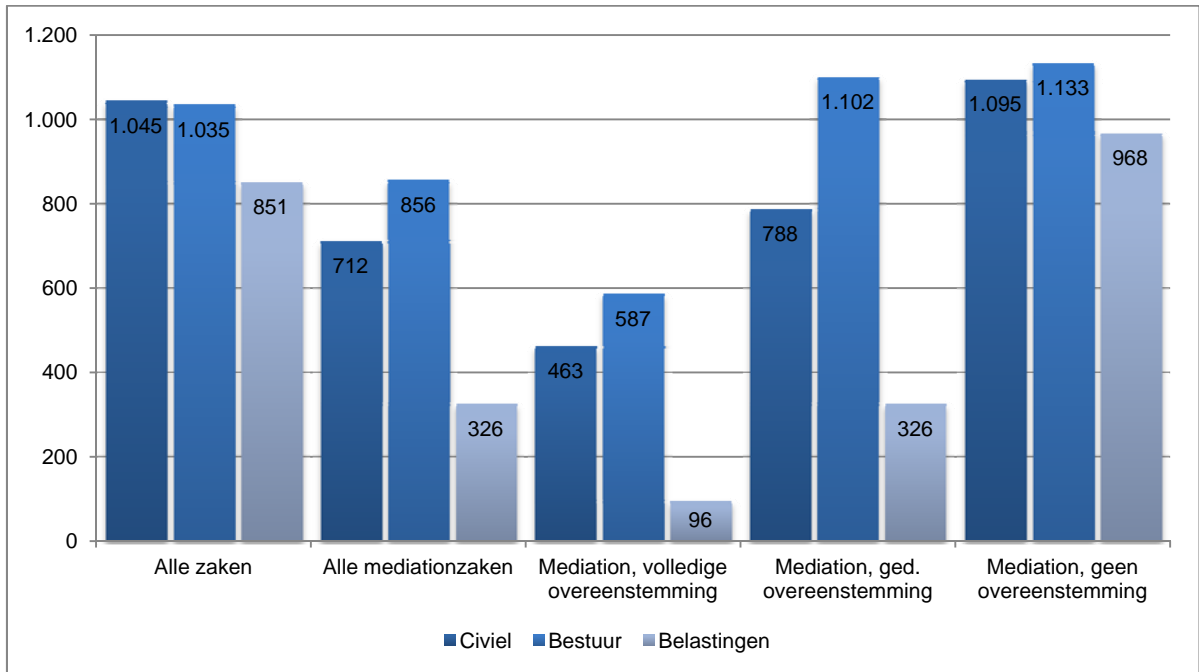
v. Prijs | Ook de prijs van inbouw van mediation moet aantrekkelijk zijn. In twee opzichten: (a) de kostprijs van inbouw van mediation moet lager zijn ten opzichte van de kostprijs van toepassing van andere, bestaande geschilbeslechtingmethoden en (b) de prijs van uitbesteden aan mediators moet lager zijn dan de kosten van inbesteden of de inzet van mediationvaardigheden.

Er is onderzoek gedaan dat inzicht geeft in hoe die afweging uit zou kunnen uitpakken voor de rechterlijke macht. Uit figuur 3 is af te lezen dat zaken met verwijzing naar mediation gemiddeld lagere kosten voor de rechtbank hebben dan alle zaken tezamen. Voor de sector Civiel bedraagt

¹⁰ Overigens wordt mediation wel aangeboden. Van de burgers die een informele oplossing kiezen, kiest 3-5% voor mediation.

dit verschil gemiddeld 333 euro per zaak, bij belastingzaken is het kostenverschil (absoluut en relatief beschouwd) zelfs nog groter (ruim 500 euro). Voorts is een duidelijke relatie te zien tussen kosten en de mate van overeenstemming: naarmate er minder overeenstemming is, stijgen de kosten per rechtszaak, want dan blijft er voor de rechtbank nog meer te beslissen over. In de bijlage staat meer informatie over deze kostenvergelijking.

Figuur 3: Gemiddelde kosten (in euro's) naar sector en mate van overeenstemming (2007-2008)



Bron: Gerritsen et al. (2009), bewerking auteurs.

Merk op dat de kosten van het inhuren van de mediator in deze opstelling nog niet zijn meegenomen, want die worden door de overheid of de partijen zelf gedragen, niet door de rechtbank. Die kosten bedragen naar schatting ongeveer €900 gemiddeld (Van Tulder, 2009, p. 11). Als de rechtbank dus een geïntegreerd product zou aanbieden van mediation en rechtspraak, en mediation zou inkopen bij mediators, dan zou dat product belangrijk duurder zijn dan de huidige rechtspraakproducten. Dat zou nog steeds een goed aanbod kunnen zijn voor partijen, als hun totale kosten bij mediation (waar ze samen met één mediator toekunnen) waarschijnlijk veel lager zijn dan bij procederen (waar ze zelf tijd aan besteden, waar ze advocatenkosten voor moeten maken, en waar ze ook een rechter griffierecht voor verschuldigd zijn). Maar voor de rechtbank is ‘inbouw’ via vrij gevestigde mediators niet erg aantrekkelijk.

Dat geldt mogelijk ook voor andere aanbieders die zouden kunnen overwegen mediators in te huren. Voor rechtsbijstandverzekeraars en vakbonden is verwijzing naar vrij gevestigde mediators waarschijnlijk geen aantrekkelijk geprijsde optie in vergelijking met eigen mediators en inzet van mediationstechnieken door eigen medewerkers. In de praktijk komt het dan ook weinig voor dat vakbonden en rechtsbijstandverzekeraars werk uitbesteden aan zelfstandige mediators. Er zijn wel enkele polissen waarbij het mogelijk is een externe mediator in te zetten, maar dat gebeurt niet vaak. Veel vaker is het zo dat vakbonden en rechtsbijstandverzekeraars zelf mediators in dienst hebben en vrijwel altijd is er een groep medewerkers die mediationvaardigheden hebben geleerd.

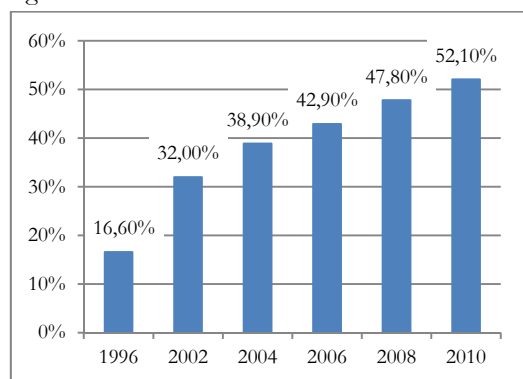
vi. Weerstand vanuit beroepsgroep | Mogelijk is het zo dat mediators die het nu al goed doen onvoldoende belang hebben om naar een in de rechtsgang geïntegreerde vorm van mediation (mediation 2.0) te gaan. De profilering als vrije beroepsgroep met een eigen status en spelregels (zie hiervoor) zit de mediators in de weg. Er is een kleine voorhoede binnen de vrij gevestigde mediators die het al prima doet (het zelfs heel druk heeft en er goed van kan leven), de dienst uitmaakt en een voorbeeld is voor de andere mediators. Doordat de kwaliteit van mediators op dit moment nog niet goed te beoordelen is (nog geen register), is sprake van een zich zelf versterkend mechanisme: als een mediator veel zaken heeft gedaan is dat voor de buitenwacht een teken van kwaliteit en dus gaan ze naar hem toe. Dit is een *winner-takes-(almost-)all-market*.

Cijfers van Stratus over 2011 onderschrijven deze kleine voorhoede en grote achterhoede (op een zoals gezegd kleine markt). 16% heeft geen zaken gedaan en bijna 69% heeft er tussen de nul en de tien gedaan. In 2009 was dat 25,5% respectievelijk 73,5%. Slechts 4% doet 50 of meer zaken per jaar. Dat is zo in 2011 en was ook zo in 2009. Ook uit de cijfers van het aantal mediationtoevoegingen komt dit winner-takes-all kenmerk naar voren: gemiddeld doen mediators 14,4 mediationtoevoegingen per jaar in 2010, maar de mediator met de meeste mediations heeft er 122 gedaan.

vii. Verzekeringsparadox: verzekeraars- en verzekerdenparadox | Rechtsbijstandverzekeraars en vakbonden hebben mogelijk te weinig prikkel om mediation te gebruiken als kostenbesparend instrument. Dat komt door de – overigens in academische kringen omstreden – *verzekeraarsparadox* (Hinloopen, 2007). Deze zegt dat verzekeraars een prikkel hebben om de schadelast te verminderen, want dit vergroot het verschil tussen premie-inkomsten en uitgaven, maar tegelijk óók een prikkel hebben om de schadelast in stand te houden. Als het te goedkoop wordt om een juridisch geschil op te lossen, verdwijnt immers de reden om een verzekering te nemen. Verzekeraars hebben daarom een prikkel om de kosten niet te laag te maken.

Een andere, niet omstreden paradox is de *verzekerdenparadox*. Rechtsbijstandsverzekerden zijn niet geneigd om voor mediation te kiezen. Men heeft het gevoel dat betaling van de premie recht geeft op die oplossing waarmee ‘het onderste uit de kan’ wordt gehaald en waarmee gezorgd wordt dat ‘het barbertje zal hangen’. Mediation past daar niet bij, het wordt gezien als te soft.

Figuur 4: Aandeel huishoudens met een rechtsbijstandsverzekering is in 14 jaar meer dan verdrievoudigd



Bron: Verzekerd van Cijfers, CVS

Dat verzekeraars weinig aan mediation doen, komt dus ook door deze gedragsreactie na betaling van de verzekeringspremie.

Twee jaar geleden had al meer dan de helft van het aantal huishoudens een rechtsbijstandsverzekering (figuur 4), waarmee de gedragsreacties van verzekerden grote invloed kunnen hebben op het marktpotentieel van mediation.

In de tussentijd zal dat aandeel gestegen zijn, wat betekent dat het marktpotentieel voor mediation verder is afgenomen.

Samengevat omvat de verzekeringsparadox zowel het gedrag van verzekeraars (kosten niet te sterk reduceren om verzekeren niet overbodig te maken) als het gedrag van verzekerden (er is al betaald, dus doe maar het zwaarste middel: rechtsgang).¹¹

4. Oplossingsrichtingen om mediation meer te integreren in de rechtspleging

Stel twee burens hebben ruzie over een boom die in de tuin van de ene buurman (meneer Jansen) staat, terwijl de andere buurman (meneer Pietersen) last heeft van de afvallende bladeren en de schaduw die de boom geeft. Of stel dat een bakkerijmedewerker uitglijdt tijdens het werk en arbeidsongeschikt raakt en dat de bakker alle schuld van zich afschuift. Een laatste voorbeeld: een klant van een telecombedrijf krijgt een rekening die niet kan kloppen (er staan allerlei buitenlandse telefoontjes op, terwijl de klant in Nederland was), maar vangt nul op rekest bij de aanbieder. Wat moeten meneer Pietersen, de bakkerijmedewerker en de telecomklant doen om hun conflict opgelost te krijgen? Ze kunnen allemaal naar de rechter, maar alvorens daar te komen staan er nog andere opties open.

Als de boze burens in een huurhuis van dezelfde woningbouwvereniging wonen, kan deze huisbaas als neutrale derde worden ingeschakeld. De bakkerijmedewerker heeft misschien een rechtsbijstandverzekering, zodat de verzekeraar een rol kan spelen. De telecomaangebieder is waarschijnlijk aangesloten bij de geschillencommissie telecommunicatie. Ze zouden ook voor mediation kunnen kiezen, maar zoals uit paragraaf 2 blijkt, kiezen partijen maar mondjesmaat voor mediation als *stand alone* product. Als mediation een geïntegreerd onderdeel zou zijn van de geschilbeslechtingsketen, zou mediation automatisch mee worden genomen bij de routes via bijvoorbeeld de rechter, sociale raadslieden, arbitrage, rechtsbijstandverzekeraars of een geschillencommissie.

De natuurlijke positie van de mediator is dicht(er) bij de rechter, geïntegreerd in rechtshulp of bij anderen die er vanuit een neutrale rol belang bij hebben dat het geschil effectief wordt opgelost. Hoe dicht(er) bij de rechter, hoe geloofwaardiger de propositie van de mediator wordt. Dichtbij de rechter wordt immers duidelijk dat als men er niet samen onder leiding van de mediator uitkomt, dat de rechter zal beslissen. In dat geval heeft de individuele partij geen macht meer om een distributieve uitkomst in lijn met normen daarvoor tegen te houden. Het submission probleem verdwijnt ook: want als je toch binnen korte tijd voor de rechter gesleept kunt worden, wordt het aantrekkelijk om van te voren serieus te proberen het conflict uit de wereld te helpen.

In deze paragraaf kijken we hoe – gegeven de in paragraaf 3 beschreven problemen – de mediator dicht(er) bij de rechter kan komen te staan en hoe mediation verder geïntegreerd kan worden in de rechtspraak en de verdere rechtspleging. Het gebruik van conflicthanteringsvaardigheden en mediationstechnieken speelt in de meeste van de negen hier genoemde oplossingsrichtingen een rol.

De oplossingsrichtingen zijn slechts voorbeelden van de manier waarop verdere innovatie van diensten en bedrijfsmodellen kan plaatsvinden die in de markt al zichtbaar zijn. Het kan ook nog anders. Denk daarbij aan het op grotere schaal doorverwijzen door organisaties die belang voelen bij goede oplossingen (rechters, UWV, woningbouwverenigingen etc.). Het doel van dit paper is om te discussiëren over deze en andere opties.

¹¹ In theorie zou de *verzekerdenparadox* verholpen kunnen worden door een no-claim korting op te nemen. Dat is echter geen acceptabel instrument voor typische claimverzekeringen, zoals een rechtsbijstandsverzekering.

i. Hybride model advocatuur en rechtshulp | Internationaal tekent zich in de rechtshulp een zekere trend af richting hybride modellen van advocatuur en mediation (HiiL et al., 2012). Advocaten en andere rechtshulpverleners, zoals rechtsbijstandsverzekeraars, gebruiken mediationstechnieken om actief naar een oplossing voor hun cliënt toe te werken. Ze slaan een brug naar de wederpartij, en bieden ook aan die andere partij een zekere garantie van een redelijke uitkomst. Maar als die uitkomst uitblijft, zijn ze bereid om de zaak aan de rechter of aan andere derden voor te leggen. Dit model van rechtshulp zou verder kunnen worden uitgewerkt en transparanter worden gemaakt, ook qua wijze van honorering. *Collaborative lawyering* is één van de pogingen daartoe, maar niet een erg waarschijnlijke eindversie van dit type product.

ii. Inzet mediationstechnieken door één partij ter voorkoming van escalatie van klachten | Klachtenafdelingen bij bedrijven en overheden zetten mediationstechnieken in. Dit gebeurt al en lijkt succesvol, zie bijvoorbeeld het UWV en de Belastingdienst. Mediators kunnen zich daarvoor laten inhuren, als hun prijs aantrekkelijk is. Daarbij is wel een (vooral in de Amerikaanse) literatuur onderkend probleem dat deze aanpak ook gebruikt kan worden om de macht van de grote partijen te versterken. Garanties voor distributief rechtvaardige uitkomsten zijn daar mogelijk een oplossing voor.

iii. Integratie in rechtspraak en andere geschilbeslechting | Dit is een erg voor de hand liggende denkrichting, nu rechters, arbiters en geschillencommissies zich steeds actiever als probleemoplossers gaan opstellen: meer zittingen, meer schikkingen en meer uitspraken die een definitief einde maken aan het onderliggende geschil. De discussie zit vaak vast op al dan niet verplichte mediation voor rechtspraak, maar er zijn veel meer mogelijkheden. Mediators zouden kunnen voorstellen dat zij samen met een rechter een kamer vormen die het geschil behandelt, zij zouden op afroep beschikbaar kunnen zijn in de rechtbank, zij zouden zelf rechter kunnen worden, of zij zouden in het kader van een breder opgezette rechtbank een intake kunnen doen met partijen en een rechter erbij kunnen halen om overblijvende geschilpunten te beslissen.

Er zijn dus vele mogelijkheden binnen deze denkrichting:

- Er kan gekozen worden voor een aparte afdeling mediation in elke rechtbank die meewerkt in procedures. Zo heeft de rechtbank Arnhem een eigen mediatorsbureau in hetzelfde gebouw, waardoor de toegang voor de rechter tot mediation heel laagdrempelig is. Indien deze mediator niet genoeg mediationwerk heeft, kan hij optreden als rechter. Veel Amerikaanse rechtbanken hebben op afroep mediators beschikbaar voor een paar uur bemiddeling.
- De mediator zou zelf in een bepaalde fase arbiter kunnen worden (med-arb, zoals dit in de VS heet), zodat ook het evaluatieve element van geschiloplossing meegenomen kan worden. Daarbij moet het submission probleem nog wel overwonnen worden, want de kans dat twee partijen in geschil samen voor die optie kiezen, blijft gering. Diensten waarbij de medewerking van één van de partijen onvrijwillig is, zijn niet ondenkbaar, zie bijvoorbeeld de Reclame Code Commissie, die ook optreedt als er geen medewerking van de verwerende partij kan worden verkregen.
- Versneld versterken van de moderne comparitie rechter. Dit is inmiddels het leidende model binnen de rechtspraak geworden: een rechter die als uitgangspunt heeft om te schikken en pas als dat niet lukt tot de traditionele rechtspraak overgaat. Naarmate een rechter zich meer mediationvaardigheden eigen maakt, zal hij effectiever zijn bij het oplossen van problemen.

- In het verleden heeft Bruinsma gesignaleerd dat sommige leidende kort geding rechters zich vrij voelen om als een Kadi rechter te spreken: een wijze man/vrouw die primair wijsheid (en niet persé het recht) inzet om tot een oplossing te komen (Bruinsma 1996). Recht is dan eerder een hulpmiddel om een conflict goed op te lossen dan dat handhaving van het recht het doel van de interventie is.
- Een andere oplossing zou *judicial mediation* kunnen zijn. De rechter bemiddelt dan eerst als een mediator, en beslist als het niet lukt. Zowel in Duitsland als in Canada is er veel aandacht voor deze variant. Aanvankelijk was er de neiging om een andere rechter te laten bemiddelen dan degene die besliste, maar dit werkt kostenverhogend en rechters vragen zich steeds meer af waarom zo'n scheiding van functies (die vooral door advocaten worden bepleit) eigenlijk nodig is (De Savornin Lohman, 2011).
- Een laatste hier te noemen denkrichting is versterking van rechtspraak met online geschiloplossingsplatforms die partijen laten onderhandelen over geschillen voor er een derde als bemiddelaar of als rechter bij betrokken wordt (Hiil et al., 2012).

Om deze integratie te bespoedigen, is het aan te bevelen om mediationvaardigheden en conflict-hantering als vast onderdeel in het curriculum van de opleiding tot jurist, rechter en advocaat op te nemen. Op zich is niet nodig dat elke advocaat en rechter ook mediator zijn. Het gaat er dus niet om de hele opleiding tot mediator verplicht stellen, maar wel de bewezen effectieve theorie en vaardigheden van conflictoplossing op basis van belangen, onderhandeling en beslissing door neutrale derden, al dan niet op basis van formeel recht.

Ook zal het bij de verdere ontwikkeling van geïntegreerde producten belangrijk zijn om een objectief ijkpunt te hebben voor kwaliteit en kosten. Klantwaardingsonderzoek, meting van rechtvaardigheid van procedures en uitkomsten, zullen daarbij een belangrijke rol spelen. Alleen als kwaliteit en kosten transparant worden voor afnemers, hebben aanbieders zoals rechtbanken en juridische dienstverleners een prikkel om producten met een hogere kwaliteit te ontwikkelen en aan te bieden of om technieken te aanvaarden die tot kostenbesparing leiden.

iv. Conflictdiagnose aan het begin van een rechtsgang | Bij particulieren speelt naast onbekendheid met mediation en gebrek aan kennis over en inzicht in kwaliteit nog een kostenargument. Als iemand een dagvaarding krijgt, zal hij juridische bijstand zoeken. Hij maakt dus meteen al kosten. Als daarna dan nog de vraag aan orde komt of mediation zou kunnen, dan heeft deze partij al kosten gemaakt en heeft daardoor minder prikkel om weer een ander traject (mediation in plaats van rechtsgang) in te gaan. Vanuit het perspectief van de verweerder is het daarom van belang om zo vroeg mogelijk in de geschilbeslechtingketen mediation naar voren te brengen. Dit zou bijvoorbeeld op de volgende manier kunnen:

- De klagende partij stelt een dagvaarding op en verstuurt die naar de verweerder (laat dit doen door een juridische adviseur of advocaat).
- Direct daarna roept de rechtbank beide partijen bij elkaar (dus nog voor de conclusie van antwoord, nog voor de verweerder een advocaat aan het werk heeft gezet) en laat de beide partijen met elkaar in gesprek gaan. Het gaat om een gesprek van een uur bij de rechtbank, met advocaten erbij. Dit geeft de rechtbank de mogelijkheid om te bekijken welke geschilbeslechtingmethode het best aansluit bij de specifieke situatie. In een dergelijke conflictdiagnose kan ook de mogelijkheid van mediation aan de orde komen (maar nooit als verplichting, daar is het een te zwaar instrument voor waardoor partijen te snel onder druk komen te staan om er samen te moeten uitkomen, terwijl je daar misschien nog niet aan toe bent).

- Daarna volgt dan ofwel mediation of het vervolg van de procedure (conclusie van antwoord, comparitie etc.).

De rechter kan dit ook laten doen door een mediator in dienst van de rechtbank. De rechter is zelf dus niet veel aan het woord, maar laat de partijen praten. Het voordeel om het in deze fase (voor de conclusie van antwoord) te doen, is niet alleen de nog niet of slechts beperkt gemaakte kosten door de verweerder, maar ook het feit dat de verweerder nog geen stelling heeft ingenomen en dus nog meer een *open mind* heeft ten aanzien van de oplossingsmethode en de oplossing.

Door al vroeg de conflict diagnose in te zetten wordt het verschil tussen mediation (conflictanalyse) en rechtspraak (juridische analyse) verkleind.

v. Versterking mediation met distributieve rechtvaardigheid | Mediators zouden ook hun diensten kunnen versterken door distributief aanvaardbare uitkomsten te garanderen. Zij zouden zich, in plaats van zich volledig te distantieren van het recht, meer kunnen profileren als dienstverleners die ook uitkomsten bieden die in lijn liggen met wat men bij de rechter zou krijgen. Dat zou kunnen door normen aan te reiken of door zelf een evaluatie te geven. Veel zaken in de juridische geschilbeslechting, zoals bijvoorbeeld ook massaschadezaken, gaan nu eenmaal ook over geld: juridische advisering over wat de waarschijnlijke *range* is waarbinnen een oplossing voor het verdelingsprobleem ligt. Maar dan zonder alle procesrechtelijke complicaties, juridische classificatieproblemen en strategische componenten die een advocaat in zijn advies zou stoppen.

vi. Versterking mediation met optie voorleggen aan rechter | De mediator zou het recht en een route kunnen krijgen om (net als een advocaat nu) het geschil aan de rechter voor te leggen. De uitkomst van een mediation is dan een overeenkomst, of een analyse van het geschil met de overblijvende geschilpunten die meteen aan de rechter worden voorgelegd met het verzoek om te beslissen. Voor de rechter is het voordeel dat het geschil dan geordend wordt aangeleverd, en mogelijk minder gepolariseerd is dan zou gebeuren als twee advocaten namens hun partij een standpunt innemen. Uiteraard is het hierbij belangrijk dat de mediator zijn onafhankelijkheid goed bewaakt. Door een onderdeel van het geschil voor te leggen aan de rechter moet niet de indruk worden gewekt dat de mediator partij kiest.

vii. Behandelingsprotocollen ontwikkelen | De kennis over de wijze waarop geschillen op een effectieve en als rechtvaardig ervaren manier kunnen worden opgelost, is enorm toegenomen. Voor echtscheidingen, burenc conflicten en letselschade zijn min of meer standaard werkwijzen ontwikkeld, die ook wetenschappelijk gevalideerd kunnen worden, van het eerste contact over het geschil tot en met een aanvaardbare beslissing door een rechter of een andere neutrale derde als partijen er niet uitkomen. Daarin spelen belangenonderzoek en andere mediationstechnieken een prominente rol.

Mediators hebben er belang bij dat *state of the art* behandelingen voor conflicten worden onderscheiden van meer traditionele behandelingen, die maatschappelijk gezien in zekere mate schadelijk kunnen zijn. In die nieuwere behandelingen spelen mediators een belangrijke rol. Bovendien zou dit een manier kunnen zijn om de kwaliteitscontrole van mediators te vervangen door die van conflictoplossingsprocessen waarbij mediators betrokken zijn, wat voor de klanten een meerwaarde heeft. Dit is wat ook al aan de orde kwam in paragraaf 2 bij kwaliteitsintransparantie, die opgelost zou kunnen worden door niet de *professional* maar de dienstverlening te reguleren. Door het opstellen van behandelingsprotocollen wordt die lijn gevolgd.

viii. Integratie mediation in private en semi-publieke rechtspraak | Denkbaar is ook een ontwikkeling waarbij, buiten de formele rechtspraak om, steeds meer geschilbeslechting ontstaat waarbij de verweerder min of meer verplicht is om te verschijnen. Vooral de gespecialiseerde geschiloplossingsfora ontwikkelen zich: consumentengeschillencommissies, specifieke procedures voor financiële geschillen, fora voor conflicten met de media, etc. etc. Mediators zouden bij de verdere ontwikkeling daarvan het voortouw kunnen nemen, met als voordeel dat zij de rol van mediation daarin zelf kunnen definiëren. Daarbij is wel van belang dat deze fora alleen kans maken als het submission probleem wordt opgelost. De verweerder moet voldoende prikkels hebben om mee te doen.

ix. Coach annex mediator | De coach leert de gecoachte persoon om te gaan met eventuele woede en andere zaken die een oplossing in de weg staan, zodat de persoon de juiste vragen kan stellen om tot een oplossing te komen. De coachende mediator maakt een persoon met een conflict weerbaarder zodat deze zelf beter in staat wordt gesteld om een bevredigende oplossing voor zijn conflict te krijgen. Dat kan gaan om het verbeteren van persoonlijke vaardigheden en bewustwording, maar ook om voorbereiding op de te verwachte juridische routes (voorlichting).

5. Conclusie

We zien weinig groeiperspectief voor vrij gevestigde, faciliterende mediation op vrijwillige basis. De doorslaggevende reden voor het niet echt aanslaan van dit product is bij de huidige stand van de wetenschap niet aan te wijzen, maar er is een aantal zeer plausibele redenen waardoor deze klassieke vorm van mediation – die nu al dertig jaar op de markt is – niet echt doorbreekt.

De onderliggende technologie en vaardigheden van geschiloplossing worden echter inmiddels zeer breed toegepast, zijn effectief en worden positief gewaardeerd. In alle sectoren van de rechtspleging en in vrijwel alle beroepen die zich met rechtspleging bezighouden, wordt deze *know how* inmiddels gebruikt. Dat is een continu innovatieproces waarin traditionele grenzen tussen beroepen vervagen en geleidelijk plaatsmaken voor gestandaardiseerde, geïntegreerde en vaak ook vergaand gespecialiseerde ‘behandelingen’.

Als mediators van deze ontwikkelingen willen profiteren, dan zullen zij vooral moeten nadenken over de manier waarop hun diensten in die van anderen kunnen worden geïntegreerd. Daarbij spelen prijs en herkenbare kwaliteit een belangrijke rol. Verder betekent innovatie ook dat men de competitie met gevestigde spelers aan durft te gaan. Beperkende regulering, monopolie-achtige situaties en rigide beroepsstructuren moeten waar nodig worden aangevochten. Maar bovenal zullen producten moeten worden ontwikkeld die een persoon in een geschil zelf kan kiezen zonder afhankelijk te zijn van de medewerking van de andere geschilpartij en die ook beter passen bij de precieze klantbehoeften.

Wij zijn van mening dat de in het kader van de innovatieagenda van het rechtsbestel beschikbare gelden het best ingezet kunnen worden om de doorontwikkeling naar mediation 2.0 te ondersteunen door de dienstverlening meer te integreren in de rechtspleging. Dat doet ook recht aan het karakter van de agenda: innovatie bevorderen. Het verder uitwerken van enkele van de in dit paper genoemde oplossingsrichtingen past daar beter bij dan de in de inleiding genoemde plannen van het ministerie van Veiligheid en Justitie. We verwachten ook minder effect van de door het ministerie genoemde instrumenten. Een nieuwe, gerichte campagne om mediation te bevorderen lijkt ons op dit moment geen prioriteit hebben, omdat de onbekendheid bij particulieren nu

ook weer niet zo groot is. En een wettelijke regeling voor de kwaliteitsborging van mediation is niet nodig, omdat zelfregulering hier voldoende soelaas kan bieden. Ook het op hetzelfde lage niveau houden van de eigen bijdrage voor mediation lijkt ons niet effectief om de vraag naar mediation te bevorderen, omdat de kosten van mediation geen belangrijke drempel zijn.

Literatuur

- Akerlof, G.A. (1970), The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics* 84(3), pp. 488-500.
- Baarsma, B.E. (2012), Blijft mediation de eeuwige belofte of wordt het een volwassen markt, in: *Nederlands Juristenblad*. Afl. 1, jaargang 87, 6 januari, pp. 14-20.
- Baarsma, B.E. en F. Felsö (2005), *Het proces als domein; over de effecten van het procesmonopolie van de advocatuur*, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek.
- Baarsma, B., J. Mulder en C. Teulings (2004), *Rechtszekerheid als publiek belang - Over de notaris, zijn domein en de markt*. Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek.
- Barendrecht, M. (2008), *In search of microjustice: Five basic elements of a dispute system*, TISCO Working paper series on civil law and conflict resolution systems no. 002/2009.
- Barendrecht (2009), *Understanding the Market for Justice*, TISCO Working paper series on civil law and conflict resolution systems no. 006/2009.
- Barendrecht, M. en B.R. De Vries (2006), Fitting the Forum to the Fuss with Sticky Defaults: Failure on the Market for Dispute Resolution Services?, *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 7(1), pp. 83-118.
- Bruinsma, J.F. (1996), *Kadi-rechtspraak in postmodern Nederland* (oratie Utrecht). Zwolle: W.E.J.Tjeenk Willink.
- Combrink-Kuiters, C., M. van Gammeren-Zoetewij en S.L. Peters (2011), *Monitor Gesubsidieerde Rechtsbijstand 2010*, Den Haag: WODC.
- De Savornin Lohman, A.F (2011), Werkdocument duurzame rechtspraak ten behoeve van de expert meeting duurzame rechtspraak, 2 december, Utrecht: Montaigne centrum voor rechtspleging en conflictoplossing, Universiteit Utrecht.
- Genn, H. (2010), *The Hamlyn Lectures 2008: Judging Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gerritsen, M., K. Janssen, J. Poort en J. Weda (2009), *Mediation via rechtspraak; Kosten en doorlooptijden*, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek, uitgegeven door de Raad voor de Rechtspraak, Research Memoranda nr. 3, Jaargang 5.
- Hinloopen, J. (2007), Verzekeringsparadox, in: *Economische Statistische Berichten*, 92(4517), pp. 526-527.
- Hadfield, G. K. (2000). The Price of Law: How the Market for Lawyers Distorts the Justice System. *Michigan Law Review* 98(4), pp. 953-1006.
- Hadfield, G. K. (2008). Legal Barriers to Innovation: The Growing Economic Cost of Professional Control over Corporate Legal Markets. *Stanford Law Review* 60, pp. 1689-1732.
- HiiL, Tisco (Tilburg University), Microjustice Initiative (2012), *Towards Basic Justice Care for Everyone: Challenges and Promising Approaches*, Trend Report Part 1, Barendrecht, M., M. Gramatikov, R. Porter en J.H. Verdonschot.
- Van Tulder, F. (2009), Essay in: Gerritsen, M., K. Janssen, J. Poort en J. Weda (2009), *Mediation via rechtspraak; Kosten en doorlooptijden*, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek, uitgegeven door de Raad voor de Rechtspraak, Research Memoranda nr. 3, Jaargang 5., pp. 7-17.
- Vogels, R.J.M. (2011), *De stand van Mediation in Nederland 2011*, Zoetermeer: Stratus.
- Vogels, R.J.M. en P.Th. Zeijden (2010), *De stand van Mediation in Nederland 2010*, Zoetermeer: Stratus.

Bijlage: kosten voor de rechtbank van verwijzing naar mediation

Om het effect van mediation op kosten van zaken te bepalen, moeten eigenlijk de kosten van zaken met mediation vergeleken worden met die van dezelfde zaken zonder mediation. In werkelijkheid heeft een zaak echter maar één verloop: wel of geen mediation. Er zal daarbij sprake zijn van een selectie-effect: zaken die naar mediation worden verwezen, zijn in doorsnee anders dan zaken waarbij dat niet het geval is. Dit gegeven leidt ertoe dat een directe vergelijking van zaken met en zonder mediation geen betrouwbare uitkomsten oplevert. Deze selectie-effecten zorgen ervoor dat elementaire vergelijking tussen zaken met verwijzing naar mediation en zaken zonder verwijzing naar mediation uitmondt in onnauwkeurige schatting van de effecten op kosten. Om deze selectieproblematiek het hoofd te bieden, kan gebruik worden gemaakt van *matching*. Bij matching worden bij elke rechtszaak mét verwijzing naar mediation (de onderzoeksgroep) vergelijkbare zaken zonder verwijzing naar mediation gezocht (de controlegroep) en wordt vervolgens het verschil in doorlooptijd en kosten bepaald.

Als soortgelijke zaken met en zonder mediation worden vergeleken, dan volgt het beeld uit onderstaande tabel. Indien volledige overeenstemming wordt bereikt, leidt mediation tot een kostenverlaging bij zowel civiele, bestuurs- als belastingzaken. Bij gedeeltelijke overeenstemming is dat niet langer het geval voor civiele zaken en als geen overeenstemming wordt bereikt leidt mediation tot een kostenstijging bij civiele en belastingzaken.

Tabel B.1: Gemiddeld effect van mediation op kosten (euro's), uitgaande van soortgelijke zaken (2007-2008)

	Algehele		Gedeeltelijke		Geen		Totaal	
	overeenstemming		overeenstemming		overeenstemming			
	Zonder mediation	Met mediation	Zonder mediation	Met mediation	Zonder mediation	Met mediation	Zonder mediation	Met mediation
Civiele zaken	831	464 (-44%)	683	737 (+8%)	904	1.083 (+20%)	852	746 (-12%)
Bestuurszaken	1.132	586 (-48%)	1.159	1.082 (-7%)	1.227	1.164 (-5%)	1.174	856 (-27%)
Belastingzaken	649	96 (-85%)	823	326 (-60%)	940	968 (+3%)	730	326 (-55%)

Bron: Gerritsen et al. (2009), bewerking auteurs.

Let wel: dit zijn 'bruto' kosteneffecten, dat wil zeggen, exclusief de kosten van de verwijzingsvoorziening (€307 per mediation).¹² Deze verwijzingskosten maken dus dat mediation in veel gevallen een duurdere optie is dan een gerechtelijke procedure. In tegenstelling tot de meeste particulieren kennen rechters en advocaten de hoogte van verwijzingskosten, en kan dit een reden zijn dat zij minder geneigd zijn door te verwijzen naar mediation. In dat geval is dat een rationele strategie die niet primair hoeft te zijn ingegeven door aantasting van de *professional pride* en/of uit vrees voor 'broodroof'. Mediation heeft dus wel de naam goedkoper te zijn (figuur 3 in de hoofdttekst), maar is dat bij nadere beschouwing niet altijd (tabel 1).

¹² Met informatie vanuit de Raad voor de rechtspraak zijn de totale maandelijkse kosten van de verwijzingsvoorziening berekend, bestaande uit de werkgeverslasten (salariskosten en sociale premies van de mediationfunctionaris en de medewerker van de mediationadministratie), materiële kosten en afschrijvingskosten. Per uur bedragen de kosten van de verwijzingsvoorziening gemiddeld € 41,29 voor een mediationfunctionaris en € 28,58 voor een medewerker van de mediationadministratie. Vermenigvuldigd met de gemiddelde tijdsbesteding per mediation resulteert dit in € 307 per mediation. Dit zijn dus de gemiddelde kosten die een rechtbank moet maken per mediation voor het verzorgen van de verwijzingsvoorziening.